Revista Brasileira de
CIÊNCIAS CRIMINAIS

BRAZILIAN CRIMINAL SCIENCES REVIEW

Ano 32 • vol. 204 • set./out. 2024

REVISTA BRASILEIRA DE
CIÊNCIAS CRIMINAIS
Ano 32 • vol. 204 • set./out. 2024

Presidência
Renato Stanziola Vieira

Coordenação
André Nicolitt

EQUIPE EDITORIAL DA REVISTA – IBCCRIM

Coordenador editorial: Willians Meneses (Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM – São Paulo/SP)

Editor-científico chefe: Prof. Dr. André Nicolitt (Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense – UFF – Rio de Janeiro/RJ)

Editores-científicos-assistentes: Profa. Dra. Alessandra Rapacci Mascarenhas Prado (Universidade Federal da Bahia – UFBA – Salvador/BA), Prof. Dr. Antonio José Teixeira Martins (Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ – Rio de Janeiro/RJ), Profa. Dra. Beatriz Corrêa Camargo (Universidade Federal de Uberlândia – UFU – Uberlândia/MG), Prof. Dr. Bruno Silveira Rigon, Prof. Dr. Carlos Hélder Carvalho Furtado Mendes (Centro Universitário – UNDB – São Luiz/MA), Profa. Dra. Ana Carolina Filippon Stein (Centro Universitário Metodista – IPA – Porto Alegre/RS) , Prof. Dr. Douglas Borges de Vasconcelos (Universitat Pompeu Fabra – UPF – Espanha), Profa. Dra. Ellen Cristina Carmo Rodrigues Brandão (Universidade Federal de Juiz de Fora – UFJF – Juiz de Fora/MG), Prof. Dr. Guilherme Francisco Ceolin (Centro Universitário de Brasília – UniCEUB – Brasília/DF), Prof. Dr. Gustavo Noronha de Ávila (Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR – Curitiba/PR), Profa. Dra. Junya Rodrigues Barletta (Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ – Rio de Janeiro/RJ), Prof. Dr. Luiz Gabriel Batista Neves (Universidade Federal da Bahia – UFBA – Salvador/BA), Profa. Dra. Maria Auxiliadora Minahim (Universidade Federal da Bahia – UFBA – Salvador/BA), Me. Maria Brito Alves (Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM – Brasília/DF) Prof. Dr. Nestor Araruna Santiago (Universidade de Fortaleza – UNIFOR – Fortaleza/CE), Profa. Dra. Renata Almeida da Costa (Univesidade La Salle – Canoas/RS), Dr. Rodrigo Oliveira de Camargo (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS), Prof. Dr. Taiguara Líbano Soares e Souza (Universidade federal Fluminense – UFF – Rio de Janeiro/RJ) e Prof. Dr. Vitor Stegemann Dieter (Instituto de Criminologia e Política Criminal – ICPC – Curitiba/PR)

Assistente Editorial: Bianca Ramos de Oliveira (Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM – São Paulo/SP)

CONSELHO EDITORIAL

Adolfo Ceretti (Università degli Studi di Milano-Bicocca – Itália)
Afranio da Silva Jardim (UERJ – Rio de Janeiro/RJ)
Alejandro Aponte (Pontificia Universidad Javeriana – Colômbia)
Anabela Miranda Rodrigues (Universidade de Coimbra – Portugal)
Ana Isabel Pérez Cepeda (Universidade de Salamanca – Espanha)
Ana Messuti (Instituto Vasco de Criminologia – Espanha)
Antonio Magalhães Gomes Filho (USP – São Paulo/SP)
Antonio Scarance Fernandes (USP – São Paulo/SP)
Antonio Vercher Noguera (Universidade de Salamanca – Espanha)
Aury Lopes Jr.(Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS)
Bernardo del Rosal Blasco (Universidade de Alicante – 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)
Fernanda Regina Vilares (FGV – FGVSP – São Paulo/SP)
Fernando Acosta (University of Ottawa – Canadá)
Fernando Santa Cecília Garcia (Universidade Complutense de Madrid – Espanha)
Francisco Muñoz Conde (Universidad Pablo de Olavide – Espanha)
Geraldo Prado (UFRJ – Rio de Janeiro/RJ)
Helena Regina Lobo da Costa (Universidade de São Paulo – USP – São Paulo/SP)
Heloisa Estellita (Fundação Getúlio Vargas – FGVSP – São Paulo/SP)
Iasevoli Clelia (Universita' Degli Studi di Napoli – Itália)
Ignacio Berdugo Gómez de La Torre (Universidad de Salamanca – Espanha)
Iñaki Rivera Beiras (Universidad de Barcelona – Espanha)
Iván Navas Mondaca (Universidad San Sebastián – Chile)
Jésus-María Silva Sánchez (Universidad Pompeu Fabra – Espanha)
João Pedroso (Universidade de Coimbra – Portugal)
Jorge de Figueiredo Dias (Universidade de Coimbra – Portugal)
José 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)
Leandro Ayres França (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS)
Luis Alberto Arroyo Zapatero (Universidad de Castilla-La Mancha – Espanha)
Luis Fernando Niño (Universidad de Buenos Aires – Argentina)
Luiz Regis Prado (UEM – Maringá/PR)
Maria Paz Arenas Rodrigañez (Universidade Complutense de Madrid – Espanha)
Manuel da Costa Andrade (Universidade de Coimbra – Portugal)

Maria João Antunes (Universidade de Coimbra – Portugal)
Mariângela Gama de Magalhães Gomes (Universidade de São Paulo – USP – São Paulo/SP)
Marina Pinhão Coelho Araujo (Insper Instituto de Ensino e Pesquisa – INSPER – São Paulo/SP)
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)
Nilo 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)
Salo de Carvalho (Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ – Rio de Janeiro/RJ)
Sergio Moccia (Università di Napoli Federico II – Itália)
Sérgio Salomão Shecaira (Universidade de São Paulo – USP – São Paulo/SP)
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 NÚMERO)

Alfredo Copetti Neto (Universidade Estadual do Paraná – PR)
Amanda Tavares Borges (Academia de Política do Estado de São Paulo – São Paulo/SP)
Andressa Loli Bazo (Universidade Presbiteriana Mackenzie – UPM – São Paulo/SP)
Antonio José Franco de Souza Pêcego (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUCMG – Uberlândia/MG)
Bartira Macedo De Miranda (Universidade Federal de Goiás – Goiânia/GO)
Bruno Corrêa de Sá e Benevides (Fundação Oswaldo Cruz – FIOCRUZ – Rio de Janeiro/RJ)
Carmen Hein de Campos (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS)
Carolina Costa Ferreira (Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, IDP, Brasília/DF)
Carolina Cutrupi Ferreira (Universidade Federal de São Paulo, UNIFESP, Brasil)
Christiane Russomano Freire (Universidade Católica de Pelotas – UCPEL – Pelotas/RS)
Claudia Barrilari (Universidade de São Paulo – USP – São Paulo/SP)
Cláudia Moraes Trindade (UNEB – Salvador/BA)
Eduardo Baldissera Carvalho Salles (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – Porto Alegre/RS)
Felipe Lazzari da Silveira (Universidade Católica de Pelotas – UCPEL – Pelotas/RS)
Gerson Faustino Rosa (Escola Superior da Polícia Civil do Estado do Paraná – ESPC – Curituba/PR),
Gisela França da Costa (Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ – Rio de Janeiro/RJ)
Jackson Silva Leal (Universidade do Extremo-Sul Catarinense – Unesc – Criciúma/SC)
Jamilla Monteiro Sarkis (Universidade Federal de Minas Gerais – Belo Horizonte/MG)
Jenifer da Silva Moraes (Universidade de Salamanca, Espanha)
José Carlos Francisco (Universidade Presbiteriana Mackenzie – UPM – São Paulo/SP)
Lucas Catib de Laurentiis (Pontifícia Universidade Católica de Campinas – PUC Campinas – Campinas/SP)
Luiz Antonio Borri (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS)
Rafael Junior Soares (Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR – Curitiba/PR)
Mara Lina Silva do Carmo (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUCSP – São Paulo/SP)
Marcelo Yukio Misaka (Universidade Estadual do Norte do Paraná, UENP, Brasil)
Ney Fayet De Souza Júnior (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS)
Patrícia Carraro Rossetto (Universidad de Málaga, Espanha)
Paulo Thiago Fernandes Dias (UNISINOS – São Leopoldo/RS)
Rafhael Lima Ribeiro (PUCMG – Belo Horizonte/MG)
Renata Guadagnin (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, PUCRS, Porto Alegre/RS)
Rowana Camargo (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, PUCRS, Porto Alegre/RS)
Tiago Oliveira de Castilhos (Faculdade de Desenvolvimento do Rio Grande do Sul – FADERGS, Porto Alegre/RS)
Tuanny Soeiro Sousa (UFPB – João Pessoa/PB)
Vinicius Gomes de Vasconcellos (Universidade Estadual de Goiás – UEG – Goiânia/GO)

AUTORES(AS) (DESTE VOLUME)

Alessandra Teixeira (Universidade Federal do ABC, UFABC, Brasil)
Alice Quintela Lopes Oliveira (Universidade Federal do ABC, UFABC, Brasil)
Ana Gabriela Mendes Braga (Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho", UNESP, Brasil)
Ana Isabel Pérez Cepeda (Universidad de Salamanca, España)
Antonio Eduardo Ramires Santoro (Universidade Federal do Rio de Janeiro, UFRJ, Brasil)
Bruno Amaral Machado (Centro Universitário de Brasília, UNICEUB, Brasil)
Bruno Tadeu Buonicore (Centro Universitário de Brasília, CEUB, Brasil)
Carolina Cutrupi Ferreira (Universidade Federal de São Paulo, UNIFESP, Brasil)
Daniel Dias Zanatta (Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, MPDFT, Brasil)
Daniel Nascimento Duarte (Universidade Federal do Rio de Janeiro, UFRJ, Brasil)
Daniela Bonaccorsi (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, PUCMG, Brasil)
Danilo Knijnik (Universidade de São Paulo, USP, Brasil)
Fábio Guedes de Paula Machado (Universidade Federal de Uberlândia, UFU, Brasil)
Fabio Lopes Toledo (Fundação Getúlio Vargas, FGV, Brasil)
Guilherme Machado Siqueira (Universidade La Salle, UNILASALLE, Brasil)
Letícia Cardoso Ferreira (Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho", UNESP, Brasil)

Lilian Milnitsky Stein (Universidade de Portsmouth – Reino Unido)
Marcelo Mayora Alves (Universidade Federal do Pampa – UNIPAMPA – Bagé/RS)
Mariana Dutra de Oliveira Garcia (Universidade Federal de Santa Catarina, UFSC, Brasil)
Mauro Machado Guedes (Centro Universitário de Brasília, CEUB, Brasil)
Mayra dos Santos Zavattaro (Universidade de Portsmouth – Reino Unido)
Nilo Batista (Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, Brasil)
Ray Bull (University of Derby. – Reino Unido)
Rebecca Milne (Universidade de Portsmouth – Reino Unido)
Rogério Schietti Cruz (Superior Tribunal de Justiça, Brasil)
Salo de Carvalho (Universidade La Salle, UNILASALLE, Brasil)
Vera Regina Pereira de Andrade (Universidade Federal de Santa Catarina, UFSC, Brasil)

BASES DE DADOS/DIVULGADORES INDEXADOS:

As opiniões expressas nos artigos são de responsabilidade dos autores.
Revista Brasileira de Ciências Criminais
revista@ibccrim.org.br – www.ibccrim.org.br

ISSN (Impresso):1415-5400
ISSN (Eletrônico):2965-3967

Revista Brasileira de **Ciências Criminais**

Ano 32 • vol. 204 • set./out. 2024

Coordenação (editor-chefe)
André Nicolitt

Publicação oficial do
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

IBCCRIM

Revista dos Tribunais

Thomson Reuters™

ISSN (Impresso):1415-5400
ISSN (Eletrônico):2965-3967

Revista Brasileira de CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 32 • vol. 204 • set./out. 2024

Presidência
Renato Stanziola Vieira

Coordenação (editor-chefe)
André Nicolitt

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

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

Alexandre Ferreira Mattioli e Juliana Mayumi Ono
Diretores Responsáveis

Av. Dr. Cardoso de Melo, 1855 – 13º andar – Vila Olímpia
CEP 04548-005, São Paulo, SP, Brasil

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

CENTRAL DE RELACIONAMENTO THOMSON REUTERS SELO REVISTA DOS TRIBUNAIS
(atendimento, em dias úteis, das 09h às 18h)
Tel. 0800-702-2433

e-mail de atendimento ao consumidor: sacrt@thomsonreuters.com
e-mail para submissão dos originais: aval.artigo@thomsonreuters.com

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

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

Impresso no Brasil: [09-2024]
Profissional
Fechamento desta edição: [16.07.2024]

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

Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

Diretoria da Gestão 2023/2024

DIRETORIA EXECUTIVA

PRESIDENTE
Renato Stanziola Vieira
1ª Vice-Presidente
Maria Carolina de Melo Amorim
2ª Vice-Presidente
Vinicius de Souza Assumpção
1ª Secretária
Raquel Lima Scalcon
2º Secretário
Bruno Shimizu
3ª Secretária
Carina Quito

1ª Tesoureira
Camila Torres Cesar
2º Tesoureiro
Antonio Pedro Melchior
1ª Diretora Nacional das Coordenadorias Regionais e Estaduais
Juliana Sanches Ramos
2ª Diretora Nacional das Coordenadorias Regionais e Estaduais
Luanna Tomáz de Souza
3ª Diretora Nacional das Coordenadorias Regionais e Estaduais
Fernanda Pascoal Valle Bueno de Castilho

CONSELHO CONSULTIVO

MEMBROS
Marina Pinhão Coelho Araújo
André Nicolitt
Ester Judite Rufino
Felipe Cardoso Moreira de Oliveira
Cleunice Aparecida Valentim Bastos Pitombo
Marcos Alexandre Coelho Zilli

OUVIDORA
Alessandra Rapacci Mascarenhas Prado

CONSELHO DE DIVERSIDADE

MEMBROS
Andre Pires de Andrade Kehdi
Clarice Beatriz
Débora Viviane
Isadora Brandão
Lúcia Ribeiro
Marcio Romualdo
Maria Sylvia de Oliveira
Michael Mary Nolan
Priscila França
Priscila Pamela C. Santos

DEPARTAMENTOS

ACESSIBILIDADE
Luciana Dias
Luiz Otávio Rodrigo Romeiro
AMICUS CURIAE
Débora Duprat
BIBLIOTECA
Simone Henriques
BOLETIM
Fernando Gardinali
CONVÊNIOS NACIONAIS
Luan Moyano
CONVÊNIOS INTERNACIONAIS
Livia Moscatelli
CURSOS
Daniel Zaclis
ESTUDOS E PROJETOS LEGISLATIVOS
Chiavelli Falavigna
CURSOS IBCCRIM – COIMBRA
Marcelo Ruivo
GRUPO DE ESTUDOS AVANÇADOS (GEAS)
Debora Mota
INFÂNCIA E JUVENTUDE
Ana Paula Freitas
INICIAÇÃO CIENTÍFICA (LABORATÓRIOS)
Camila Forigo
JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA
Monique de Carvalho Cruz
JUSTIÇA RESTAURATIVA
Fabiana Zanatta
MONOGRAFIAS
Ana Cristina Gomes
NOVAS TECNOLOGIAS NA JUSTIÇA PENAL
Maíra Fernandes
POLÍTICA DE DROGAS
Dudu Ribeiro
REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS
André Nicolitt
SISTEMA PRISIONAL
Roberto Moura

COMISSÃO ORGANIZADORA

29º SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE CIÊNCIAS CRIMINAIS – PRESIDENTES
Diogo Malan
Marta Saad
Marcela Diório
Saulo Mattos
Bartira Miranda

EQUIPE DO IBCCRIM
NÚCLEOS DE PUBLICAÇÕES

SUPERVISÃO
Willians Meneses

EQUIPE
Helen Christo

NÚCLEO DE ADMINISTRAÇÃO, EDUCAÇÃO E BIBLIOTECA

SUPERVISÃO
Fernanda Barreto

EQUIPE
Alexandre Soledade de Oliveira
Patrícia Jardim Grellet
Ana Paula da Silva
Hegle Borges da Silva
Anderson Fernandes Campos

NÚCLEO FINANCEIRO

SUPERVISÃO
Roberto Seracinskis

EQUIPE
Andrea Pereira dos Santos
Vanessa dos Santos Lima
Sara Lemos de Oliveira

Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) | www.ibccrim.org.br
Rua Onze de Agosto, 52, 6º andar, São Paulo, SP. CEP 01018-000

REVISTA BRASILEIRA DE
CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 32 • vol. 204 • set./out. 2024

Diretores de Conteúdo e Operações Editoriais
ALEXANDRE FERREIRA MATTIOLI E JULIANA MAYUMI ONO

Gerente de Conteúdo
ANDRÉIA R. SCHNEIDER NUNES CARVALHAES

Editorial: Aline Marchesi da Silva, Camilla Sampaio, Karolina de Albuquerque Araújo Martino e Quenia Becker

Estagiários: Aline Pavanelli e João Victor Sales

Produção Editorial e Equipe de Conteúdo Digital
Gerente de Conteúdo
MILISA CRISTINE ROMERA

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

Analista de Projetos: Jéssica Viana Bezerra

Analistas de Operações Editoriais: Danielle Castro de Morais, Mariana Plastino Andrade e Patrícia Melhado Navarra

Analistas de Qualidade Editorial e ProView: Ana Paula Cavalcanti, Gabriel George Martins, Gabriela Cavalcante Lino, Maria Carolina Ferreira, Maria Cristina Lopes Araujo e Rodrigo Araujo

Estagiárias: Beatriz Parise Jatene Castello Branco e Rebeca Crespo Rangel

Capa: Andréa Cristina Pinto Zanardi

Adaptação de capa: Linotec

Líder de Inovações de Conteúdo para Print
CAMILLA FUREGATO DA SILVA

Gerente de Operações e Produção Gráfica
MAURICIO ALVES MONTE

Analistas de Produção Gráfica: Jéssica Maria Ferreira Bueno e Victória Menezes Pereira

Diagramação eletrônica: Linotec Fotocomposição e Fotolito Ltda., CNPJ 60.442.175/0001-80

Impressão e encadernação: DEK Comércio e Serviços Ltda., CNPJ 01.036.332/0001-99

Sumário

Direito Penal

Diligencia debida, cadenas de actividad y sostenibilidad

Due diligence, activity chains and human rights

Ana Isabel Pérez Cepeda 17

Ainda há espaço para a imputação de tentativa de evasão de divisas?

Is there still scope of an imputation in an attempt of evade borders?

Fábio Guedes de Paula Machado 43

Precedentes internacionais: a sujeição de civis, em tempo de paz, à jurisdição militar

International previous: the subjection of civilians, in peace time, to military jurisdiction

Mauro Machado Guedes e Bruno Tadeu Buonicore..... 71

A ação nos crimes ambientais

Action in Environmental Crimes

Nilo Batista 103

Processo Penal

Prognósticos iniciais para uma concepção contemporânea de processo penal a partir da teoria crítica dos direitos humanos

Initial prognosis for a contemporary conception of the criminal procedure based on the critical theory of human rights

Antonio Eduardo Ramires Santoro e Daniel Nascimento Duarte..... 125

Câmera, gravando: implementação e aspectos legais no uso de câmeras corporais em agentes policiais

Camera, recording: implementation and legal aspects in the use of body cameras on police officers

Carolina Cutrupi Ferreira e Fabio Lopes Toledo 165

Forensic interviewing of children in Brazil: judges' perceptions after five years of law reform

Entrevista forense com crianças no Brasil: as percepções dos juízes após cinco anos de reforma legislativa

Mayra dos Santos Zavattaro, Rebecca Milne, Ray Bull e Lilian Milnitsky Stein 203

Criminologia

A visita íntima nas prisões e seu itinerário histórico: desigualdades de gênero e direitos sexuais em disputa

Intimate visitation in prisons and its historical itinerary: gender inequalities and sexual rights in dispute

Alessandra Teixeira e Alice Quintela Lopes Oliveira..... 235

Segurança pública e governança na visão dos gestores: o Programa Viva Brasília – Nosso Pacto pela Vida

Public security and governance in the view of managers: the Viva Brasília – Nosso Pacto pela Vida Program

Daniel Dias Zanatta e Bruno Amaral Machado 263

Crimes dos poderosos na gestão da saúde pública: uma pesquisa sobre práticas corruptivas e técnicas de neutralização

Crimes of the powerful in the public health system: a study of corruptive practices and techniques of neutralization.

Guilherme Machado Siqueira e Salo de Carvalho..... 299

"O direito é masculino": o gênero nas representações da criminosa em artigos da Revista Brasileira de Ciências Criminais

"Law is male": gender in representations of the female offender on articles of the Brazilian Journal of Criminal Sciences

Letícia Cardoso Ferreira e Ana Gabriela Mendes Braga 331

Encontros da polícia com o indivíduo e juízo de fundada suspeita na Jurisprudência americana e brasileira: a convergência de Terry *v.* Ohio com o RHC 158.580/BA e o HC 598.051/SP

Encounters between police and individuals and reasonable suspicion in American and Brazilian jurisprudence: the convergence of Terry v. Ohio with RHC 158,580/BA and HC 598,051/SP

Rogério Schietti Cruz e Danilo Knijnik..... 361

Comentário de Jurisprudência

A decisão no *Habeas Corpus* 208.240 do Supremo Tribunal Federal a partir de uma análise criminológica

The decision in Habeas Corpus 208,240 of the Supreme Federal Court from a criminological analysis

Daniela Bonaccorsi 407

Direito Por Quem o Faz

Parecer – A nova criminologia e a criminologia feminista: impropriedade, vagueza e ambiguidade conceitual em questão de concurso público para a Polícia Civil do Estado de São Paulo

Opinion – The new criminology and feminist criminology: impropriety, vagueness and conceptual ambiguity in a public examination question for the Civil Police of the State of São Paulo

Vera Regina Pereira de Andrade, Mariana Dutra de Oliveira Garcia e Marcelo Mayora Alves..... 423

Índice Alfabético-remissivo

Autores 465

Temas 469

Normas de Publicação – Revista Brasileira de Ciências Criminais 475

Diretrizes ao Corpo de Avaliadores – Revista Brasileira de Ciências Criminais 487

Condições para Submissão (*Check List*) 493

Direito Penal

Diligencia debida, cadenas de actividad y sostenibilidad

Due diligence, activity chains and human rights

Ana Isabel Pérez Cepeda[1]
Universidad de Salamanca, España.
E-mail: cepeda@usal.es

Autora convidada

DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.12628309]

Áreas do Direito: Penal; Direitos Humanos; Internacional

Resumen: La diligencia debida ha emergido como obligación de prevenir, mitigar y reparar de las grandes empresas en su cadena de actividades cuando se producen efectos adversos sobre los derechos humanos, laborales y medioambientales, sustituyendo a la responsabilidad social voluntaria. El análisis de los diferentes instrumentos internacionales, regionales y nacionales nos desvelará su vigencia, alcance y responsabilidad por su incumplimiento.

Palabras clave: Plutofilia – Deberes de Diligencia – Responsabilidad de las Empresas – Derechos Humanos.

Abstract: Due diligence has emerged as an obligation to prevent, mitigate and repair large companies with respect to their chain of activities when adverse effects on human, labor and environmental rights occur, replacing voluntary social responsibility. The analysis of the different international, regional and national instruments will reveal their validity, scope and responsibility for non-compliance.

Keywords: Plutophilia – International – Duties of Diligence – Liability of Companies – Human rights.

Sumário: I. Introducción: de la plutofilia a la diligencia debida. II. Instrumentos internacionales: el tortuoso camino hacia un Tratado Internacional vinculante. III. La diligencia debida en el ámbito estatal: una asignatura pendiente. IV. Normativa europea: especial referencia a la Directiva sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad (CSDDD). V. Conclusión. VI. Bibliografía.

1. Catedrática de Derecho Penal. Universidad de Salamanca. Orcid: [https://orcid.org/0000-0002-4901-7765].
E-mail: cepeda@usal.es

I. Introducción: de la plutofilia a la diligencia debida

La globalización en su tercera fase, con una crisis e intento de vuelta al proteccionismo, en su amplio alcance, ha sido el catalizador de la expansión de las prácticas capitalistas más allá de las fronteras nacionales, otorgando a las empresas transnacionales (en adelante ETN) un papel de relevancia en las economías locales, regionales y globales. Anclados en este contexto, las ETN, guiada por la búsqueda de beneficios y expansión global, a menudo operan en entornos donde los derechos humanos son vulnerados de manera sistemática (Arenal Lora, M. L., 2018). El modelo productivo y las actividades empresariales llevadas a cabo a través de las extensas cadenas de actividad globales han permitido maximizar el potencial de lucro, pero también han dado lugar al encubrimiento de delitos de mercado verdaderamente perniciosos y perjudiciales para los derechos humanos, especialmente en los países periféricos. Esto puede incluir supuestos de explotación laboral, degradación ambiental, desplazamiento de comunidades locales y discriminación, entre otros. Algunos casos como la industrial de la Union Carbide en Bhopal (India), los vertidos de petróleo de Texaco en la Amazonía de Ecuador, más recientemente, Repsol en Perú, Marina y Vale en Brasil, así como Plaza Rana en Bangladés, no deberían repetirse[2]. Sin embargo, debido a su poder económico y su influencia en la política y la legislación, estas empresas pueden evadir o minimizar su responsabilidad en relación con estas violaciones de derechos humanos, laborales y medioambientales.

Estas prácticas pueden enmarcase dentro de lo que denominamos plutofilia[3] (Terradillos Basoco, J. M., 2020) entendida en este caso como una inclinación o preferencia hacia los intereses de las élites económicas y corporativas. Las empresas

2. Ha habido denuncias de trabajo esclavo, trata de personas y/o explotación infantil que involucran a famosas empresas transnacionales, según lo informado por las noticias sobre la esclavitud en las plantaciones de café en Minas Gerais, Brasil, implicando directa o indirectamente a Nestlé, Jacobs Douwe Egberts, McDonald's, Dunkin 'Donuts, Starbucks e Illy; las múltiples infracciones comprobadas llevadas a cabo por la empresa Zara y también por otras marcas de la industria textil como M. Officer, Gregory, Le Lis Blanc, Animale, Brooksfield, Forever, Aeropostale, Toys 'R' Us, e Urban Outfitters; la imposición de trabajo forzoso a inmigrantes que implican a Coca-Cola en Rosarno, Calabria, Italia; y tantos abusos denunciados sobre China, por ejemplo, para la fabricación de productos famosos subcontratados por gigantes del sector tecnológico, incluidas las marcas Microsoft, HP, Nokia, Xbox e Apple, así como de varios otros sectores.
3. Texto elaborado en el marco del Proyecto de Investigación-Programa I+D+I orientada a los retos de la sociedad: ANALISIS CRITICO DEL DERECHO PENAL DE LA PLUTOFILIA (PLUTOPENAL), PID2022-142211NB-C21.

transnacionales, debido a su poder económico y capacidad de influencia, ejercen presión y condicionan el marco normativo tanto a nivel nacional como internacional que favorezcan sus intereses comerciales y protejan sus inversiones, incluso a expensas de los derechos humanos y el bienestar de las comunidades afectadas. Asimismo, la plutofilia influye en la impunidad de las empresas transnacionales ante la falta de transparencia en sus actividades y la explotación de vacíos legales o la debilidad de los sistemas de justicia en determinados países. Su poder económico les permite contratar equipos legales y utilizar mecanismos de resolución de disputas que les brindan una ventaja significativa sobre las víctimas y las comunidades afectadas. (Pérez Cepeda, A. I., 2019, pág. 265 y ss.). En suma, través de prácticas como el lobby, la presión política y el uso de sistemas de arbitraje privados, estas empresas pueden socavar los esfuerzos por establecer estándares internacionales más sólidos y vinculantes en materia de derechos humanos y responsabilidad corporativa.

Los problemas legales que surgen están vinculados a las estructuras complejas de las ETN y la deslocalización de su cadena de actividad, dado que la matriz y sus filiales tienen personalidad legal diferenciada y existen las lagunas en materia de jurisdicción, lo que comporta que la matriz no suele ser responsable de los incumplimientos legales de una filial extranjera. Con el fin de evitar la impunidad de las ETN, que desarrollan su actividad a través de las cadenas de actividad y sus socios comerciales, violando los derechos humanos, laborales y medioambientales, se ha dado un paso más allá de la responsabilidad social corporativa voluntaria a la exigencia de un deber de diligencia debida, que trata de promover la responsabilidad empresarial y proteger los intereses de todas las partes involucradas, incluidos los trabajadores, las comunidades locales, el medio ambiente y los accionistas. Este deber implica que las empresas tienen que tomar medidas razonables para prevenir, mitigar y reparar cualquier daño que puedan causar en el ejercicio de sus actividades comerciales a los derechos humanos, laborales y medioambientales. La diligencia debida ayuda a las empresas a identificar y gestionar los riesgos asociados con sus actividades comerciales, lo que puede incluir riesgos legales, financieros, operativos, reputacionales y de otro tipo. También al exigir a las empresas que sean diligentes en sus operaciones, se promueve una mayor transparencia y se facilita la rendición de cuentas tanto a nivel interno como externo. Con ello, se pretende que también las empresas con cadenas de actividad y socios comerciales operen de manera ética, responsable y sostenible, contribuyendo así al desarrollo y al bienestar de la sociedad en su conjunto.

Tal y como ha señalado Demetrio Crespo (2018, pág. 23) las vulneraciones masivas de los Derechos Humanos por parte de empresas multinacionales no pueden ni deben quedar sin respuesta. Sin embargo, este camino no está siendo pacífico, no existe en Derecho internacional una aceptación general de la responsabilidad

de las empresas transnacionales. Las empresas en este ámbito solo tienen derechos y exiguas obligaciones, no son sujetos de Derecho internacional. En las siguientes páginas trataremos desvelar los avances y trabas que está habiendo en el ámbito internacional, regional y nacional para configurar un deber diligencia, cuyo incumplimiento pueda conllevar una responsabilidad administrativa y civil. También podría haber abierto la puerta a una responsabilidad penal de la empresa matriz y administradores, aunque parece que al menos en la UE, después de la aprobación de la DIRECTIVA (UE) 2024/1760 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 13 de junio de 2024 sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifican la Directiva (UE) 2019/1937 y el Reglamento (UE) 2023/2859, en adelante CSDDD), no es la política criminal marcada.

II. Instrumentos internacionales: el tortuoso camino hacia un Tratado Internacional vinculante

Los instrumentos que componen la denominada "Carta Internacional de los Derechos Humanos" (la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, y los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos, y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ambos de 1966, y sus respectivos Protocolos Facultativos) contienen obligaciones que van dirigidas a los Estados, no a las ETN. A pesar de ello, en el seno de la ONU, las primeras iniciativas que pretendían regular un código de conducta para empresas que establecieran obligaciones e instrumentos de control llegaron con la creación en 1974 de la Comisión y el Centro de Empresas Transnacionales, dentro del Consejo Económico y Social (ECOSOC). La falta de acuerdos y la existencia de intereses contrapuestos provocó que, tras más de una década de negociaciones, la iniciativa fracasase. Mas tarde, la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, en el año 2003 elaboró unas "Normas sobre la responsabilidad de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos" (U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2 (2003)), sin embargo, tampoco se logró que fueran aprobadas por la Comisión de Derechos Humanos.

Estos intentos frustrados son el antecedente del instrumento hasta ahora más importante en el ámbito internacional: los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos para "proteger, respetar y remediar" desarrollados por Ruggie, el exrepresentante especial del secretario general de las Naciones Unidas, que fueron mediante Resolución de 6 de julio de 2011 aprobados por el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (A/HRC/RES/17/4, 17º Período de sesiones). Estos Principios establecen un programa se basaba en tres pilares: 1. Proteger: Los Estados tienen la responsabilidad de proteger los derechos humanos de sus

ciudadanos de cualquier violación por parte de terceros, incluyendo las empresas, estando obligados a promulgar leyes y políticas que promuevan y protejan los derechos humanos, garantizando que las empresas respeten estos derechos en sus operaciones; 2. Respetar: Las empresas tienen la obligación de respetar los derechos humanos reconocidos internacionalmente, al menos como mínimo los recogidos en la Carta Internacional de Derechos Humanos, en todas sus operaciones. La expectativa de un comportamiento responsable conlleva que las empresas procedan con la "debida diligencia" con el fin de identificar, prevenir y mitigar las consecuencias negativas de sus actividades sobre los derechos humanos que hayan provocado o contribuido a provocar (Principio 15). Pero, no exige que los Estados establezcan una responsabilidad, mediante sanciones, cuando el proceso de diligencia debida no se ha adoptado o se ha desarrollado forma incorrecta, causando impactos negativos en los Derechos humanos, que estén directamente relacionadas con operaciones, productos o servicios prestados por sus relaciones comerciales, incluso cuando no hayan contribuido a generarlos directamente; 3. Remediar: Se debe contar con los recursos adecuados para hacer frente a la necesidad de un mayor acceso por parte de las víctimas a las vías de recurso, judiciales y extrajudiciales. Las empresas deben proporcionar remedios efectivos para las personas y comunidades afectadas por violaciones de derechos humanos que se produzcan en el contexto de sus operaciones. Esto incluye compensación por daños y perjuicios, restitución y garantías de no repetición. Ahora bien, los principios rectores no establecen las vías de recurso para hacer efectivo el derecho a ser indemnizado, tampoco solucionan el problema de la extraterritorialidad, limitándose a describir los distintos enfoques que de forma unilateral están adoptando cada uno de los Estados (Esteve-Moltó, J. E., 2011, págs. 317-351).

Puede constarse como, los Principios Rectores se basan en el compromiso político y la debida diligencia, como proceso interno voluntario preventivo que llevan a cabo las empresas, y es preventivo, porque si lo incumplen en ningún momento se menciona la posibilidad de establecer mecanismos externos por la propia ONU para verificar cuando ese deber de debida diligencia se cumple. No obstante, tribunales como Corte Interamericana de Derechos Humanos reconocen el deber de diligencia de las empresas en relación con los derechos humanos plasmado en los Principios rectores (STCIDH 31 de agosto de 2021, Caso de los Buzos Miskitos (Lemoth Morris y otros) vs. Honduras; STCIDH 1 de octubre de 2021, Caso Vera Rojas y otros vs. Chile y STCIDH 27 de noviembre de 2023, Caso habitantes de La Oroya vs. Perú).

Existen otros instrumentos internacionales que establecen estándares para la protección de los derechos humanos en el ámbito empresarial y que tienen como objetivo promover y garantizar los mismos en sus operaciones. Entre ellos

destacamos que, los países adheridos se comprometen a promover y aplicar las Directrices de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) para Empresas Multinacionales (OCDE (2013), Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales, OECD Publishing. http://dx.doi.org/10.1787/9789264202436-es). Estas Directrices son un conjunto de principios voluntarios y no vinculantes que proporcionan orientación a las empresas multinacionales en áreas como los derechos humanos, el medio ambiente, la lucha contra la corrupción y las prácticas empresariales responsables. Las Directrices se revisan periódicamente y se actualizaron por última vez en 2023 (OECD (2023), Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales sobre Conducta Empresarial Responsable, OECD Publishing, Paris, https://doi.org/10.1787/7abea681-es), que establece nuevas recomendaciones en áreas como: el cambio climático, la biodiversidad, la tecnología, la integridad empresarial y la debida diligencia en las cadenas de suministro. También regulan un mecanismo de denuncia en el que cualquier persona o grupo puede presentar una queja formal contra una empresa multinacional que considere que ha incumplido las Directrices. Estas quejas se revisan por un Punto de Contacto Nacional designado por cada país adherido a las Directrices de la OCDE, cuyo procedimiento de implementación ha sido desarrollado en la última revisión.

Además, a partir de las Líneas Directrices, la OCDE ha desarrollado unas guías de debida diligencia o "due diligence", la última publicada en 2018 (OCDE (2018), Guía de la OCDE de Debida Diligencia para una Conducta Empresarial Responsable), encaminadas a que las empresas integren la responsabilidad social corporativa dentro de su actividad y así evitar que causen impactos negativos comerciales. En esta línea se han desarrollado una serie de guías sectoriales que abarcan áreas como: las cadenas de suministro responsables de minerales que provengan de áreas de conflicto o de alto riesgo, empresas que operan en el sector agrícola, textil y de calzado, industrias extractivas y en el sector financiero que son una serie de manuales prácticos. En términos generales, el proceso de diligencia debida del OCDE comprende: incorporar la conducta empresarial responsable a las políticas y medidas de gestión; identificar y evaluar los impactos negativos, en las operaciones, cadenas de suministro y relaciones comerciales; detener, prevenir o mitigar los impactos negativos; hacer un seguimiento de la implementación y los resultados; informar cómo se abordan los impactos e identificar, por último, reparar o colaborar en la reparación del impacto cuando corresponda.

Por su parte, la Declaración Tripartita de Principios sobre Empresas Multinacionales y Política Social de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) que se adoptó hace más de 40 años y ha sido modificada en varias ocasiones (2000, 2006, 2017, y más recientemente en 2022 (ISBN 978-92-2-038592-0 (web PDF))

establece los principios básicos que deben seguir las empresas multinacionales en cuanto a su responsabilidad social y su impacto en los derechos laborales. Esto incluye la igualdad de oportunidades, la no discriminación, la libertad sindical, el derecho a la negociación colectiva, la abolición del trabajo forzoso y el trabajo infantil, la salud y seguridad en el trabajo, y la protección social. Por ende, la Declaración recomienda que las empresas multinacionales se comprometan a aplicar sus políticas sociales y laborales en todas sus operaciones y en todas las partes de su cadena de suministro, y que trabajen en colaboración con los gobiernos, los empleadores y los trabajadores para promover el desarrollo sostenible y el bienestar económico y social. La Declaración no es vinculante, pero se considera una guía importante para las empresas multinacionales y los Estados, ya que proporciona un marco para la diligencia debida en el ámbito empresarial, promoviendo prácticas de negocio responsables y sostenibles. La OIT cuenta con un mecanismo de seguimiento y evaluación de la implementación de la Declaración.

Por su parte, la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas que establece los derechos de los niños y exige que las empresas respeten estos derechos en sus operaciones. La Convención sobre los Derechos del Niño es un Tratado Internacional adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1989 y que entró en vigor en 1990 (Ratificado por España, BOE» núm. 313, de 31 de diciembre de 1990), siendo el más ampliamente ratificado en la historia, con 196 Estados parte. Ha sido fundamental en la promoción y protección de los derechos de los niños en todo el mundo, inspirando la creación de leyes y políticas nacionales, que imponen a las empresas deberes transparencia y diligencia debida para proteger a los niños de la discriminación, el abuso y la explotación. Por ejemplo, la ley holandesa "Wet zorgplicht kinderarbeid" en 2019.

Todos estos instrumentos, inciden en que las ETN respeten los derechos humanos y se aseguren de que sus proveedores y subcontratistas también lo hagan y deben establecer políticas claras en materia de derechos humanos, con ese fin se incide en la necesidad realizar debidas diligencias y trabajar en colaboración con los gobiernos y otros actores relevantes para prevenir y abordar cualquier violación de los derechos humanos que se produzca en sus operaciones.

Sin embargo, como se ha señalado, actualmente no existe una Convención específica que regule en el marco del Derecho internacional de los derechos humanos las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas, a pesar de que desde hace varios años se ha venido discutiendo y trabajando en la creación del mismo. La iniciativa surge de movimientos activistas, tales como la "Campaña global para desmantelar el poder corporativo y poner fin a la impunidad" que fueron materializadas finalmente en la elaboración del "Tratado de los Pueblos para el control de las empresas transnacionales" (Hernández Zubizarreta, J., González, E.

& Ramiro, P., 2014) cuyo objetivo era "someter la arquitectura jurídica-política que sustenta el poder de las empresas transnacionales a normas y reglas de protección de los derechos humanos", buscando la protección y salvaguarda de los mismos y alejándose del criterio de la voluntariedad, que no ha evitado que se sigan produciendo sistemáticas violaciones de Derechos Humanos por parte de las empresas transnacionales (Del Valle Calzada, 2019, pág. 162). Ello motivó que el 26 de junio de 2014, el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas (CDH) adoptara la Resolución (A/HRC/RES/26/9) que preveía la "Elaboración de un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos" a través de la que pretendía acabar con la impunidad de las empresas transnacionales derivada de las lagunas en materia de jurisdicción y de las estructuras complejas de estas empresas. Al adoptar esta Resolución, el CDH creaba el grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta, que ha llevado a cabo nueve sesiones de negociaciones y discusiones para avanzar en la elaboración de un tratado, que ha elaborado su cuarto borrador (Text of the updated draft legally binding instrument with the textual proposals submitted by States during the ninth session of the open-ended intergovernmental working group on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights A/HRC/55/59/Add.1). El objetivo de este tratado es establecer obligaciones claras y exigibles de prevenir (diligencia debida) y remediar (responsabilidad) a las empresas transnacionales y otras empresas con el fin de promover y proteger los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo en toda su cadena de actividad. Entre las medidas que se estaban considerando se encuentran la obligación de las empresas de respetar los derechos humanos en todas sus actividades y operaciones, la obligación de llevar a cabo evaluaciones de impacto en materia de derechos humanos antes de iniciar nuevos proyectos, y la obligación de garantizar la reparación efectiva para las víctimas de violaciones de derechos humanos cometidas por las empresas (Guamán Hernández, A., 2021 págs. 65 y ss.). Así mismo, asegurar el acceso efectivo a la justicia y el recurso a las víctimas de violaciones de los derechos humanos en el contexto de las actividades empresariales de carácter transnacional, e impedir que se produzcan estas violaciones y fomentar la cooperación internacional con miras a que se hagan efectivas las obligaciones de los Estados en virtud del Derecho internacional de los derechos humanos. Se prevé que los Estados opten no solo por una responsabilidad civil y sanciones administrativas, sino también una responsabilidad penal, en su artículo 8, siempre que reparen y sean sanciones proporcionales al abuso contra los derechos cometido.

No obstante, en la última reunión, se ha cuestionado la delimitación del ámbito subjetivo, las obligaciones directas a las empresas, la extensión de la cadena de

actividad, la inversión de carga de la prueba que facilitaría el acceso a la justicia de las víctimas, entre otros temas. Países como EE. UU., cuestiona que abarque la protección derechos sociales, Reino Unido se ha manifestado a favor del modelo de la transparencia, pero en contra diligencia debida, alegando que la prevención y reparación no pueden considerarse obligatorias. Ante esta situación, y a pesar de la postura reticente que había mantenido la UE hasta el momento, ha dado un giro copernicano, aprobando la Resolución del Parlamento Europeo, de 18 de enero de 2024, sobre la definición de la posición de la Unión sobre el instrumento vinculante de las Naciones Unidas relativo a las empresas y los Derechos Humanos, expresa su compromiso de la Unión y de los Estados miembros con el proceso de las Naciones Unidas, en particular en lo que respecta al acceso a las vías de recurso y la protección de las víctimas (2023/2108(INI)).

En síntesis, ante el desafío de atribuir responsabilidades a las personas jurídicas en normas internacionales se produce un "ángulo muerto" en el Derecho internacional (Hernández Zubizarreta, 2009, pág. 663), puesto que la actualidad no existen normas de *hard law* capaces de responsabilizar a las corporaciones internacionales (ni a sus cadenas de actividades) por los graves ilícitos internacionales perpetrados extraterritorialmente, dando lugar a un proceso de debilitamiento de la protección de los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo de capas cada vez afecta más amplias de población, dificultando la identificación de víctimas y perpetradores sobre todo en casos de pobreza extrema y privación de los derechos más básicos.

III. La diligencia debida en el ámbito estatal: una asignatura pendiente

El Derecho Internacional de los derechos humanos, como se ha podido constatar, ha considerado tradicionalmente al Estado como el único responsable de respetar, proteger y garantizar el disfrute de los derechos por parte de las personas bajo su jurisdicción. Nos encontramos ante deberes que no se imponen directamente a las empresas transnacionales, sino que se imponen por los Estados en los que esas empresas llevan a cabo sus actividades, los denominados *host States*, es lo que se conoce como la aplicación horizontal del Derecho Internacional de los derechos humanos (Gómez Isa, 2015, pág. 38). Ello conlleva que, para poder asegurar efectivamente la vigencia de los derechos, los Estados debería controlar las actividades de los actores no estatales, entre los que se encuentran las ETN, cuando despliegan sus actividades, que supongan un peligro para la garantía de estos, y en caso de que se produzca violaciones procesar y sancionar a las empresas.

El problema principal es que las obligaciones de las grandes corporaciones en materia de derechos humanos se remiten a los ordenamientos nacionales que han

sido desregulados y flexibilizados para favorecer la atracción de inversión extranjera sin condiciones sociales, derechos laborales, ni fiscales tampoco ambientales y que, a menudo cuentan con estructuras judiciales y administrativas incapaces de hacer valer la vigencia y aplicación de sus propias normas (Hernández Zubizarreta, González & Ramiro, 2020). Las propuestas de control que existen se enfrentaban al escollo de abordar la relación de las empresas matrices con el resto de las filiales, proveedores y subcontratistas a lo largo de la cadena de actividad, así como resulta un desafío de adaptar los marcos normativos estatales para regular las obligaciones de las ETN, cuyos derechos están tutelados a escala planetaria a través de la *lex mercatoria*.

Entre los países de la UE que han adoptado leyes nacionales de diligencia debida, el primero fue Francia, "Loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre", 2017, pionera en este ámbito, posteriormente en Noruega "Lov om åpenhet i næringsvirksomhet for et anstendig arbeid", la ley holandesa "Wet zorgplicht kinderarbeid" en 2019 y la alemana Lieferkettensorgfaltspflichtgesetz (LkSG), 2021. Otros países como España, Austria, Bélgica, Holanda, Luxemburgo y Holanda tienen diversas iniciativas legislativas, que se encuentra en diferentes fases de tramitación, hoy en día paralizadas con el fin de realizar su adaptación a la Directiva de diligencia debida en materia de sostenibilidad corporativa (CSDDD), recientemente aprobada.

Las diferencias entre las leyes hasta ahora aprobadas en los distintos países de la UE eran sustanciales respecto al alcance de las empresas obligadas, el alcance material de los derechos, la definición de las cadenas de valor, las obligaciones de diligencia debida e informes, la responsabilidad civil y el acceso a la justicia, así como las autoridades encargadas de su supervisión. Ante ello, y teniendo en cuenta la iniciativa del Tratado, no es de extrañar que una de las finalidades que pretende la Directiva diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad es armonizar las diferentes legislaciones que sobre diligencia debida existen en la UE.

Con relación a la diligencia debida, que es el tema central que nos ocupa, todas las leyes nacionales prevén la identificación y gestión de riesgos, el establecimiento medidas preventivas en operaciones propias, filiales y proveedores, la toma medidas correctivas y la publicación de los informes. Si bien Alemania limita las medidas preventivas, respecto a los proveedores directos, estableciendo la obligación de diligencia debida respecto a los proveedores indirectos en caso de "conocimiento fundamentado" de abusos. Solo algunas incluyen, una declaración política (Alemania), designar a una persona responsable dentro de la empresa (Alemania), canal de denuncia (Alemania y Noruega), involucrar a las personas afectadas (Noruega y Holanda), proporcionando o cooperando en la reparación y compensación (Noruega y Holanda).

Respecto a la responsabilidad civil y acceso a la justicia, Francia y Holanda prevé la responsabilidad por los daños que la diligencia debida hubiera podido haber evitado, pero no hay inversión de la carga de la prueba. En el caso de Alemania y Noruega no se menciona, o bien expresamente en el caso alemán, se determina que el incumplimiento de la diligencia debida no da lugar a responsabilidades civiles.

En España, a pesar de que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, en su evaluación periódica del cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que España ratificó en 1977 en el sexto informe periódico de España (E/C.12/ESP/6) en sus sesiones 16ª y 17ª (véanse E/C.12/SR.16 y 17), celebradas los días 21 y 22 de marzo de 2018. En su 28ª sesión, celebrada el 29 de marzo de 2018, mostró su preocupación por los vacíos del ordenamiento jurídico español, y recomendó a España ese año, entre otras cuestiones, el establecimiento de mecanismos efectivos que garanticen la aplicación de la diligencia debida, el fortalecimiento del "marco normativo aplicable para asegurar la responsabilidad legal de las empresas respecto de las violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales cometidas directamente por éstas o resultantes de actividades de sus filiales en el extranjero" y que se refuercen "los mecanismos existentes para investigar las denuncias presentadas contra las empresas y adopte medidas efectivas para garantizar el acceso a recursos efectivos por parte de las víctimas, así como a las reparaciones o compensaciones correspondientes".

El único paso fue la elaboración en la anterior legislatura de un Anteproyecto de Ley de protección de los derechos humanos, de la sostenibilidad y de la diligencia debida en las actividades empresariales transnacionales, que buscaba regular la obligación de las empresas de respetar los derechos humanos y medioambientales a lo largo de sus cadenas globales de valor, mediante la implementación obligatoria de mecanismos de diligencia debida aportando seguridad jurídica a las relaciones económicas entre Estados, evitando prácticas de competencia desleal. Esto, implicaba que las empresas debían tomar medidas para prevenir, mitigar y remediar los impactos negativos de sus operaciones en los derechos humanos y el medio ambiente en todas las etapas de su cadena de actividad, tanto en sus operaciones directas como en las de sus proveedores y socios comerciales, así como la publicación de informes anuales sobre los planes de debida diligencia y su seguimiento, que deberían ser anuales

Estos planes debían incluir medidas proactivas para prevenir, aunque no preveía mecanismos de detección temprana, y mitigar cualquier impacto negativo, así como mecanismos de remedio en caso de que se produzcan violaciones y de su resultado. Se incorporaba un seguimiento continuo de los impactos detectados, y de los mecanismos de reparación (de acuerdo con los principios de debida diligencia

anexos a la normativa). Por ende, era fundamental garantizar la transparencia y la rendición de cuentas en el proceso de supervisión, involucrando a la sociedad civil y a las partes interesadas en la toma de decisiones y la elaboración de políticas. Sin embargo, aunque no preveía la creación de canales de denuncia, tampoco que los sindicatos y ONG en representación de las víctimas pudieran iniciar acciones colectiva ni la inversión de la carga de la prueba, se eliminaban algunos obstáculos que impiden el adecuado ejercicio del derecho de las víctimas al acceso a la justicia ante los tribunales españoles, independientemente del lugar en el que se haya cometido la vulneración, estableciendo un sistema de infracciones y sanciones para empresas incumplidoras, que incluía multas y restricciones en la participación en contratos gubernamentales, pero no la prohibición de acceder a recursos de cooperación financiera o de internacionalización de la empresa y la posibilidad de imponer restricciones comerciales a las empresas infractoras, que también quedan excluidas de la Directiva, como se verá posteriormente. Como medida adicional, el Anteproyecto preveía la posibilidad de imponer a las empresas infractoras la obligación de publicar información sobre la infracción cometida, así como las medidas adoptadas para corregirla y prevenirla en el futuro. Esta medida buscaba aumentar la transparencia y la rendición de cuentas de las empresas frente a la sociedad.

Una de las medidas más significativas era la posibilidad de aplicar sanciones penales en casos graves y recurrente de violaciones de derechos humanos y medioambientales, pudiendo ser objeto de prohibición la realización de ciertas actividades comerciales o incluso la disolución como entidad jurídica. En realidad, en nuestro país, siempre que, esté incluido en el catálogo de delitos por los que responde penalmente la persona jurídica y se demuestre la participación directa o la complicidad de la empresa, se le podrá imponer una sanción penal e incautación de bienes y activos, así como a los directivos y responsables pueden enfrentarse penas de prisión e inhabilitación para ejercer cargos directivos. El principal problema es que las violaciones de derechos laborales están excluidas del catálogo de delitos que responden penalmente las personas jurídicas, extremo que no subsana el Anteproyecto de la Ley orgánica contra la trata y explotación de seres humanos, (Terradillos Basoco, J., 2024).

Este Anteproyecto solo establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas cuando existe trata o bien de modo autónomo se explota a personas laboralmente mediante trabajo forzado, servidumbre o esclavitud, fundamentado, según (Pomares Cinta, E., 2023), en el deber de diligencia del Estado de proteger los derechos humanos, estableciendo solo con carácter programático la posibilidad de establecer una responsabilidad penal omisiva de la diligencia debida en la cadena de actividad. Por tanto, no se tipifica expresamente una obligación de garante de la empresa matriz de impedir que violen los estándares sobre sostenibilidad por las

empresas que participen en su cadena de actividad y se produzca resultados delictivos, tampoco la responsabilidad del garante de los administradores de la empresa matriz cuando teniendo conocimiento de que está sucediendo esos efectos adversos, resultados que violan los derechos humanos, no hacen nada por impedir los mismo. Por otra parte, en el supuesto de que se hubiera adoptado, subsiste el problema de la extraterritorialidad, que también impediría aplicar el derecho penal español y abrir un proceso penal ante los tribunales por los ilícitos penales cometidos fuera de territorio nacional por las filiales y socios comerciales, aunque se aplicase lo que establece el art. 23.4 k) 3º, m) 3º, n) 4º , o) 3º LOPJ, para los delitos contra la libertad e indemnidad sexual, trata de seres humanos, los delitos de corrupción y transacciones internacionales, falsificación de productos médicos y delitos que supongan una amenaza para la salud pública, que excepciona el principio territorial por el principio de personalidad activa, asumiendo competencias cuando el procedimiento se dirija contra "una persona jurídica, empresa, organización, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que tengan su sede o domicilio social en España", en virtud de cual resultaría necesario que matriz y filial, tenga sus sedes sociales en el país.

En otro orden de cosas, hay que señalar que el Anteproyecto de Ley de protección de los derechos humanos, de la sostenibilidad y de la diligencia debida en las actividades empresariales transnacionales se proponía la creación de una autoridad competente para supervisar el cumplimiento de la ley, independiente con competencias de inspección y sanción, sin interferir en el acceso a la justicia de las comunidades afectadas y tomar medidas contra las empresas que no cumplan con sus obligaciones.

Las contribuciones de la sociedad civil, sindicatos y empresas han sido fundamentales en el diseño del Anteproyecto de ley, destacando la necesidad de una delimitación de sectores de alto riesgo en función de su impacto y naturaleza, medidas de apoyo para PYMES. Asimismo, se proponía la inclusión de mecanismos de consulta con las partes interesadas y la garantía de asistencia jurídica gratuita para las víctimas. Finalmente, se consideraba importante destacar la necesidad de adoptar una perspectiva de género en los planes de debida diligencia y en la aplicación de la ley.

Esta propuesta de ley tendría que retomarse a la luz de la CSDDD, puesto que representa un paso importante hacia la protección de los derechos humanos y la sostenibilidad en el ámbito empresarial, en la medida en que puede contribuir a generar un entorno empresarial más ético y responsable, promoviendo el respeto a los derechos humanos, laborales e impacto climático en todas las etapas de la cadena de actividades.

IV. Normativa europea: especial referencia a la Directiva sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad (CSDDD)

En el ámbito de la Unión Europea se ha producido un avance muy significativo, las grandes empresas europeas están directamente obligadas a cumplir con diligencia debida la protección de los Derechos humanos, laborales y medio ambiente, responsabilizando a las mismas por su incumplimiento. Teniendo como punto de partida el artículo 21 del Tratado de la Unión Europea que establece que la acción exterior de la Unión se basará en el respeto de los principios de la Carta de las Naciones Unidas y del Derecho Internacional, hasta el momento se habían adoptado instrumentos jurídicos como son: el Reglamento (UE) 995/2010, por el que se establecen las obligaciones de los agentes que comercializan madera y productos de la madera; el Reglamento (UE) 2017/821 que asimismo prevé obligaciones para un comercio responsable de minerales de zonas de conflicto o alto riesgo y el Reglamento (UE) 2023/1115 relativo a la comercialización en el mercado de la Unión y a la exportación desde la Unión de determinadas materias primas y productos asociados a la deforestación y la degradación forestal; también la Directiva 2014/95/UE, traspuesta a nuestro ordenamiento jurídico a través de la Ley 11/2018, de 28 de diciembre, de información no financiera y diversidad, que establece la obligación a las empresas de hacer pública información sobre cuestiones de carácter social y medioambiental vinculados con su actividad empresarial (Foffani, L., 2023, págs. 607 y ss.).

El Parlamento Europeo aprobó en 2021 una Resolución con "Recomendaciones destinadas a la Comisión sobre diligencia debida de las empresas y responsabilidad corporativa", en el entendimiento de que "las normas voluntarias en materia de diligencia debida presentan limitaciones ...y por ello considera que la Unión debe adoptar con urgencia requisitos vinculantes" (2020/2129(INL)). La Resolución, además, incorporaba novedades como la responsabilidad para las empresas matrices por los daños producidos por sus filiales, un mejor acceso a la justicia para las víctimas por acciones de empresas europeas, o que actúen en los países miembros, incluso cuando se han producido fuera de la Unión Europea. La Propuesta se proponía integrar, igualmente, sistemas sancionadores y multas para aquellas empresas que, de manera directa e indirecta, a través de sus relaciones comerciales, violen los derechos humanos.

Dos años más tarde, se presentó una Propuesta de Directiva del Parlamento europeo y del Consejo 2022/0051(COD) sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifica la directiva (UE) 2019/1937, con fin de mejorar las prácticas de gobernanza empresarial, evitar la fragmentación de los requisitos de diligencia debida en el mercado único, incrementar la

responsabilidad de las empresas por los efectos adversos, facilitar el acceso a las vías de recurso para las personas afectada y complementar otras medidas vigentes o propuestas que abordan directamente algunos retos específicos en materia de sostenibilidad, estableciendo obligaciones para que las empresas adopten un plan que garantice que su modelo de negocio y su estrategia sean compatibles con el Acuerdo de París. La propuesta establecía normas sobre las obligaciones de diligencia debida de las empresas, también en relación con el cambio climático, los deberes de los administradores, la responsabilidad administrativa y civil, así como la protección de las personas que denuncien infracciones. Las autoridades de control designadas por los Estados miembros se encargarán de hacer cumplir la nueva Directiva.

En la actualidad, tras el informe de la Comisión JURI (Report – A9-0184/2023) y una resistencia jurídicamente inusitada por países que, precisamente, contaban con leyes que regulan la obligatoriedad de la diligencia debida, como Francia y Alemania, se aprobó la Directiva por el Parlamento europeo el 24 de abril de 2024 y un mes después por el Consejo, estableciendo unas obligaciones o deberes que se han diluidos respecto a los iniciales. Aun así, su compromiso con la sostenibilidad se mantiene y se prevé que ayudará a mejorar la protección de los derechos humanos y el cuidado del medioambiente en las cadenas de actividad. De esta forma, a la obligación de la empresa de informar (Directiva 2014/95/UE), se suma la obligación de hacer (CSDDD). Este deber de actuar de forma diligente consiste prevenir y eliminar los riesgos generados por su actividad en los derechos humanos de una persona o grupo de personas, de comunidades indígenas, de los trabajadores propios o de los socios comerciales, así como el impacto ambiental.

La Directiva reduce el ámbito de aplicación inicialmente previsto, afecta a menos del 0,05% de las empresas en la UE y se irá poniendo en marcha de manera escalonada a medida que se realicen las correspondientes transposiciones de la Directiva a las legislaciones nacionales de cada Estado miembro de la UE, y según el número de empleados y la facturación, las empresas con más de 1.000 empleados y 450 millones de euros de facturación dispondrán de 5 años para cumplir con la Directiva. La CSDDD es la primera regulación supranacional de carácter imperativo que, debido a su alcance, será exigible no solamente a las grandes empresas europeas, sino también a las extracomunitarias que operen en ella. En este último caso, el umbral para el cumplimiento con la Directiva será únicamente relativo a su facturación en la UE y no al número de empleados, las empresas con una facturación superior a 450 millones de euros tienen en 5 años. Ahora bien, las grandes empresas aplicarán los requisitos a sus socios y proveedores, por lo que de manera indirecta esta Directiva afectará a muchas más empresas en las cadenas de actividades.

Puede constarse como, la nueva formulación de la CSDDD omite el anterior enfoque basado en sectores de "alto riesgo". Así, ya no se aplicará la norma según las

empresas de determinados sectores de "alto riesgo", éstas solo entran en el ámbito de aplicación de la Directiva si cumplen con los criterios. Sin embargo, se ha conservado una cláusula de revisión, manteniendo abierta la posibilidad de reevaluar y potencialmente reintegrar este enfoque sectorial de "alto riesgo" en el futuro, ofreciendo un margen para ajustes basados en la evolución y observación del mercado y las prácticas empresariales. También los servicios financieros quedarán temporalmente excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva, pero habrá una revisión en dos años de cara a una posible inclusión, sin embargo, no ha sido excluido de adoptar y poner en práctica planes de transición climática.

La Directiva de diligencia debida sobre sostenibilidad corporativa da un paso más, al imponer obligaciones de control y supervisión en relación con los efectos adversos, reales y potenciales, sobre los derechos humanos, explotación laboral y el medio ambiente que ocasione no sólo la propia empresa sino también sus socios comerciales en la cadena de actividades. La cadena de valor que han pasado a llamarse de actividades, abarca todos subcontratista, proveedores, anteriores a la fase productiva (diseño, extracción, fabricación, transporte, almacenamiento, suministro...), no sucede lo mismo con la fase posterior, puesto que aunque incluye la distribución, transporte y almacenamiento (excepto las armas y productos de doble uso tras autorización de exportación, que ya están regulados), excluye todo aquello que tenga que ver con el uso y la venta, eliminación, desmontaje, reciclado, compostaje y vertido. Tampoco tienen en cuenta los posibles abusos contra los derechos humanos derivados del doble uso de sus productos ni los servicios que pueden ser utilizados para aplicar la pena de muerte o infligir torturas u otros tratos inhumanos o degradantes (Reglamento 1236/2005 de 27 de Junio DO L 200/1).

Las obligaciones previstas no pasan solo por incorporar las políticas corporativas de la diligencia debida con una aproximación basada en el riesgo, un procedimiento interno y externo de quejas, la comunicación al público de sus políticas y la transparencia sino también por la evaluación periódica de la efectividad de éstas, la implantación de medidas para la prevención de los efectos adversos potenciales y la eliminación de los reales.

El ámbito de la obligación de diligencia debida de las empresas está descrito en el Anexo I, en el que se establece una lista de derechos y prohibiciones específicos, que constituyen un efecto adverso para los derechos humanos en caso de abuso o violación de estos. En este anexo se introducen referencias a convenios de las Naciones Unidas, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, o la Convención sobre los Derechos del Niño. Por ende, se añaden nuevos elementos a las obligaciones e instrumentos enumerados en el anexo en relación con los derechos humanos de los

más vulnerables, y protege los principios y derechos fundamentales reconocidos por la Organización Internacional del Trabajo (Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948; Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949; Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930 (n.º 29) y su Protocolo de 2014; Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso, 1957; Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil, 1999, etc.). En el ámbito de los derechos laborales, la diligencia debida, que deben cumplir las grandes empresas, servirá para la prevención, mitigación, corrección y reparación por los impactos adversos producidos en sus cadenas de actividades que socaven, entre otros, el derecho a un trabajo decente, el derecho a no ser sometido a trabajos forzosos, esclavitud, trata de esclavos o servidumbre, el derecho a la libertad de asociación, reunión, derecho de organización y derechos colectivos, así como el derecho a no ser discriminado en el empleo (Sanguinetti Raymond, 2023, págs. 31 y ss.).

Por ende, se recoge la obligación de debida diligencia respecto al impacto medioambiental, es decir, la puesta en marcha de un plan de transición climática para mantenerse dentro del objetivo del Acuerdo de París de 1.5 ºC de limitación del calentamiento global, pero no para los impactos climáticos adversos derivados de las actividades empresariales. La Directiva refuerza las disposiciones relativas a la obligación de que las grandes empresas adopten y apliquen un plan de transición para la mitigación del cambio climático con objetivos quinquenales que comienza en 2030 hasta 2050, con reducciones de emisiones de alcance 1, 2 y 3 (cadena de actividad). Por tanto. conlleva el cumplimiento de la adopción de planes climáticos, en la medida en que las autoridades de supervisión deberán fiscalizar la adopción y el diseño del plan no de su puesta en marcha, tampoco habrá responsabilidad civil por el incumplimiento de las medidas de prevención y mitigación de impactos climáticos, salvo que se regule nacionalmente.

Los nuevos deberes en materia de información corporativa de sostenibilidad y de diligencia debida redundarán en estándares más exigentes, que llevará a las empresas a transformar sus modelos de negocio hacia otros más sostenibles, incluso a prestar apoyo a las PYMES de su cadena de activad para que cumplan con las nuevas exigencias.

Las obligaciones de diligencia debida recoge un proceso paso a paso: integrar la diligencia debida en las políticas y los sistemas de gestión; identificar y evaluar los impactos adversos reales y potenciales sobre los derechos humanos y el medio ambiente; prevenir los impactos adversos potenciales a través de planes de prevención, medidas de inversión, garantías contractuales para que los planes sean efectivos; cesación de efectos adversos reales, proporcionar reparación; mecanismos de notificación y reclamación, regulan un nuevo mecanismo de queja; monitorización y verificación de que las medidas son efectivas y, en último lugar, comunicación

basándose en la obligación de recogida en la Directiva de información financiera. Una cuestión importante es que establece la obligación de que las empresas desarrollen una cooperación, que incluya el diálogo y la consulta con las partes interesadas afectadas.

Este proceso de diligencia, a diferencia de la LkSG alemana que pone el acento en la proximidad del riesgo a la empresa matriz en la cadena, sigue un enfoque basado en el riesgo, esto significa que la empresa debe priorizar y poner el foco en la prevención de riesgos más graves y probables, con independencia del lugar que ocupe en la cadena de actividades.

Los Estados designarán una autoridad supervisora encargada de controlar si las empresas cumplen las obligaciones de diligencia debida. La investigación se centra en examinar la implementación de los procedimientos de diligencia debida adoptados por las compañías, no tanto en los efectos adversos reales derivados de sus actividades. El incumplimiento del deber de diligencia en las políticas de la empresa estará bajo supervisión administrativa, y cuando se produzcan efectos adversos como consecuencia de la infracción del deber de vigilancia en la cadena de actividad, podrá determinarse en los tribunales la responsabilidad civil, a la vez que se trata de un criterio para la adjudicación de contratos y concesiones públicas.

Las autoridades supervisoras, ante las que han establecido un mecanismo de reclamación, podrán poner en marcha inspecciones e investigaciones, ordenar el cese de infracciones, la reparación del daño, medidas cautelares e imponer sanciones que podrán ser mandatos de acción correctiva y multas a las empresas en función del volumen de negocio, que podrían alcanzar hasta un mínimo de la infracción más grave del 5% de los ingresos netos globales de las empresas infractoras, conforme al derecho nacional. Las sanciones deberán ser publicadas, y se impondrán sin perjuicio de la responsabilidad civil. A nivel de la UE se formará una red de autoridades supervisoras para asegurar una ejecución uniforme.

Las empresas por su parte designarán a un representante autorizado o empresa, ahora bien, no se trata de designar un miembro del consejo de administración o del órgano de gestión responsable de la diligencia debida en materia de sostenibilidad, ni de un oficial de cumplimiento responsable del desarrollo del programa de diligencia debida, sino un mero nexo de la empresa con la autoridad supervisora, a efectos de comunicación y cooperación, que puede ser persona física o jurídica.

La CSDDD, por tanto, no solo prevé está responsabilidad administrativa como la ley alemana, sino que establece la necesidad de que los Estados Miembros adopten la responsabilidad civil de las empresas por los daños producidos intencionalmente o por negligencia, de forma activa u omisiva, que deberá regularse en el ordenamiento alemán. Las condiciones causales para determinar la responsabilidad civil

son la ausencia de cumplimiento de las obligaciones de prevención y mitigación/cesación (arts. 7 y 8) y que, como consecuencia de ese incumplimiento, se produce algún efecto adverso y que este efecto ha provocado un daño. Las empresas matrices responden solidariamente del daño fuera causado conjuntamente por su filial o socio comercial.

De manera tal que, provocado un daño adverso contra los derechos humanos y laborales por la empresa o en su cadena de actividad para garantizar el derecho de las víctimas a obtener reparación, se determina que las empresas serán consideradas responsables civiles, pudiendo ser sancionadas por el daño causado o su contribución, a no ser que se demuestre que actuaron en línea con las obligaciones de diligencia debida y que se han tomado medidas para evitar el efecto adverso. Las personas físicas o jurídicas disponen de un período de cinco años para presentar reclamaciones ante los tribunales nacionales, pudiendo estar representados por sindicatos u organizaciones sociales.

Con el fin de facilitar el acceso a la justicia, se contempla que los Estados establezcan medidas cautelares y que para los demandantes que busquen justicia el coste de los procedimientos no resulte prohibitivo. Lamentablemente, no se ha previsto la inversión de la carga de las pruebas, pero existe la posibilidad de exigir los tribunales a las empresas la divulgación de información con el fin de fundamentar una posible demanda o una reclamación de daños y perjuicios.

La aplicación de la Directiva es imperativa con independencia del lugar donde se haya producido el daño o impacto adverso, siendo, de nuevo que los Estados cumpliendo su deber de proteger los derechos humanos, los que adopten o apliquen las reglas de extraterritorialidad y las medidas necesarias para proteger los derechos de las víctimas. Se ha desdeñado, por ahora, la opción presentada por el Parlamento Europeo en marzo de 2021 en la Propuesta de Directiva sobre diligencia debida, en se planteaba la reforma del Reglamento (UE) 1215/2012 del Parlamento europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil y de Reglamento Roma II del Parlamento europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007 relativo a la ley aplicable a las relaciones contractuales, que posibilitaba la construcción de un corpus legislativo coherente, incluidas las normas que rigen el acceso a la justicia, la jurisdicción, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, la legislación aplicable y la asistencia judicial en situaciones transfronterizas que impliquen a terceros países. Como señala Durán Ayago (2022, págs. 329 y ss.) realmente lo importante es que el demandante o perjudicado de la actividad de una filial de una empresa europea en un país tercero porque se hayan producido efectos adversos contra los derechos humanos, laborales e impacto ambiental protegidos por la Directiva, pueda demandar

conjuntamente a la empresa matriz y a la filial en el domicilio de la matriz y se le aplique la legislación más conveniente[4].

La CSDDD se ha limitado a exigir una responsabilidad administrativa y civil el incumplimiento de la obligación de diligencia debida, dejando al margen la responsabilidad penal por las graves violaciones a los derechos humanos, laborales y medioambientales. Si bien el establecimiento de la obligación de diligencia debida y el cumplimiento de ciertos estándares de sostenibilidad en las cadenas de actividad, hubiera podido abrir la puerta hacia una responsabilidad penal basada en una posición de garante de la empresa matriz respecto a los daños adversos contra los derechos humanos que se produzcan en su cadena de actividad (Zúñiga Rodríguez L., 2018, págs. 99 y ss.; Pérez Cepeda, A. I., 2019b, pág. 142) no ha sido así, se limita a establecer la responsabilidad administrativa y civil de la empresa matriz derivada de un daño adverso (delito), que se produce en su cadena de actividad, cuando la empresa matriz omite total o parcialmente las obligaciones de la diligencia debida.

Desde la perspectiva jurídico penal, a pesar de las dificultades probatorias y técnico jurídicas, la responsabilidad penal de la empresa que tiene noticia de que existen en sus filiales o cadena de actividad infracciones graves de derechos humanos y no adopta ningún tipo de medida para mitigar o poner fin a estos impactos adversos por una participación en el delito en cuestión en comisión por omisión, también ha sido propuesta por Nieto, Dopico, & Múñoz (2022), quienes incluso, han defendido un delito de desobediencia, cuando la empresa incumpliera de manera reiterada las indicaciones realizadas por el órgano supervisor de adoptar un plan de remediación (Nieto, Dopico, & Múñoz, 2022), que la Directiva aborda como sanción administrativa.

No es baladí tampoco que se haya excluido la posibilidad de que los Estados pudieran llegar a exigir una responsabilidad penal a los administradores de una sociedad matriz por el incumplimiento de deber de diligencia con el desarrollo sostenible en las cadenas de actividad. La Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y

4. Con este fin de posibilitar un litisconcorcio pasivo necesario entre una empresa matriz domiciliada en un Estado miembro, Durán Ayago (2022, pp. 329-357) propone la reforma del art. 4 del Reglamento (UE) 1215/2012, que hace referencia al foro del domicilio del demandado y art. 7. 2º del mismo Reglamento, si se logra demostrar que la omisión del deber de diligencia debida es el origen del daño. Adicionalmente, respecto al régimen jurídico que debería regir la responsabilidad, la introducción de art. 6 bis del Reglamento de Roma II, hubiera supuesto ofrecer a las víctimas la posibilidad de elegir leyes diferentes a la del país en que se produce el daño. En concreto, las opciones serían tres: la ley del país donde ha tenido lugar el daño (*lex damni*), la ley del país en el que ocurrió el hecho que dio lugar al daño (*lex delicti commissi*), o la del país en el que tiene su domicilio la sociedad matriz o, si esta carece de domicilio en un Estado miembro, la del país en el que opere.

del Consejo sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937 establecía la obligación de los administradores de tener en cuenta en todas sus decisiones las consecuencias que puedan producirse en materia de sostenibilidad, incluidas, cuando proceda, las consecuencias para los derechos humanos, el cambio climático y el medio ambiente acorto, medio y largo plazo (art. 25). Además, los administradores tenían el deber de poner en marcha y supervisar las medidas de diligencia debida, particularmente, tomando en consideración las aportaciones de las partes interesadas y la sociedad civil, por último, debían adaptar la estrategia de la empresa de tal forma que tenga en cuenta los impactos reales y potenciales que son detectados (art. 26). Ambos artículos se han suprimido, no teniendo los administradores en la CSDDD, ninguna obligación o deber, tampoco ha establecido responsabilidad alguna por incumplimiento de dichos deberes. En consecuencia, el administrador de un Consejo de la empresa matriz que decide no cumplir con las exigencias de la diligencia debida, tener una cadena de actividades, que, aunque esté contralada por inteligencia artificial en la búsqueda del lucro, sea indiferente que provoque efectos adversos sobre los derechos humanos, laborales e impacto ambiental, o que conociéndolos no haga nada por remediarlos, queda impune, ningún tipo de responsabilidad.

Más lejos aún queda que, a tenor de la Directiva, pueda dar lugar a un Derecho penal económico europeo, como proponía Nieto Martín (2020, págs. 160 y ss.), que establezca la obligación de prevenir y el grado de control o medidas de vigilancia que debe satisfacer la empresa matriz, tipificado como delito: el incumplimiento genérico de las obligaciones de *due diligence*, este deber es una sanción administrativa en la Directiva y no un delito de omisión pura de garante de la empresa matriz; los embargos y exportaciones condicionadas al cumplimiento de deberes de *due diligence*; la receptación de bienes o servicios producidos con violaciones a los derechos humanos, si bien para su prohibición se ha alcanzado Acuerdo del Reglamento por el que se prohíben en el mercado de la UE los productos fabricados con trabajo forzoso (P9_TA(2024)0309 Prohibiting products made with forced labour on the Union market European Parliament legislative resolution of 23 April 2024 on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on prohibiting products made with forced labour on the Union market (COM(2022)0453 – C9-0307/2022-2022/0269(COD)); la falsedad en el balance no financiero y, por último, la responsabilidad de los certificadores y auditores.

A tenor de lo expuesto, podría pensarse que la Directiva de diligencia debida con los consiguientes cambios en la forma de hacer negocios extenderá globalmente las prácticas de conducta empresarial responsable para evitar y abordar los impactos negativos derivados del comercio en los derechos humanos, laborales e impacto medioambiental. También que supondrá un impulso, aunque haya excluido la

dimensión de la responsabilidad penal, para la aprobación y entrada en vigor de la Convención de Naciones Unidas que implementar y desarrollar a nivel nacional las obligaciones impuestas por la diligencia debida a las grandes empresas.

V. Conclusión

La responsabilidad penal de las ETN por violación de los derechos humanos es un tema que ha ganado cada vez más atención en la última década, ha habido una creciente conciencia sobre la necesidad de establecer mecanismos de responsabilidad efectivos, aunque continúa siendo un tema controvertido y complejo. La razón de la actividad legislativa a nivel internacional, regional y nacional, como se ha podido constatar, no es el fracaso de la "autorregulación regulada" empresarial (*compliance*) (Ambos, K., 2018, pág.12, el mismo, 2021, págs. 258 y ss.) que conlleva un desplazamiento de la capacidad normativa en favor de las empresas que puede por esta vía en una exoneración de responsabilidad directa o indirecta (Navarro Cardoso, F., 2020, pág. 271), sino que es una parte del mismo. Por tanto, se ha creado un nuevo programa para establecer una obligación de cumplimiento, diligencia debida, que se piensa que posibilitará garantizar unos estándares de comercio sostenible en las cadenas de actividades.

Desde esta perspectiva, la cuestión de cómo hacer para que las ETN asuman su responsabilidad en la protección los derechos humanos, laborales e impacto ambiental en sus cadenas de actividades, parece decantarse, como hace la CSDDD en el establecimiento de la diligencia debida como un deber impuesto a las grandes multinacionales de realizar un programa de cumplimiento y reparación. El programa del cumplimiento de este deber de diligencia deberá sumarse, por ejemplo, en España, a los *compliance* existentes para prevenir determinados delitos, ampliando los riesgos que deben prevenirse y repararse a la violación de derechos humanos e impactos adversos como la esclavitud, el trabajo infantil, la discriminación, la explotación laboral y ambiental, entre otros, y en el ámbito de aplicación abarcará a las cadenas de actividades. La existencia y funcionamiento del programa de diligencia debida exonera directamente a las multinacionales de una infracción administrativa e indirectamente de responsabilidad civil, cuando se demuestre no existe una relación causa/efecto con los efectos adversos.

Ciertamente, a pesar de que la Directiva ha tenido significativos retrocesos durante la tramitación y las obligaciones pueden resultar insuficientes, nos encontramos ante un primer paso importante en el reconocimiento de las empresas transnacionales como sujeto de obligaciones y deberes, cuyo incumplimiento acarrea una responsabilidad administrativa y civil, que permitirá una reparación del daño causado y de las víctimas, la promoción de la transparencia, el fortalecimiento

de los mecanismos de rendición de cuentas, el fomento la participación de las comunidades afectadas y la promoción de la cooperación internacional para establecer estándares claros y efectivos.

La cuestión del alcance de los deberes de vigilancia por parte de la empresa matriz y la responsabilidad por el resultado (Muñoz de Morales, 2020, pág. 955), se limita a la infracción de la diligencia debida, que, a tenor de lo previsto en la CSDDD, puede dar lugar a una infracción administrativa y reparación a los perjudicados. Hay quien opina que se trata de una Directiva de medios no de resultados (Guamán Hernández, 2022, 4), en la medida en que la nueva directiva está orientada al desarrollo de la diligencia debida en derechos humanos y no a la contención de sus violaciones, estableciendo exclusivamente sanciones administrativa por el incumplimiento de la diligencia debida y una responsabilidad civil solidaria derivada de la producción un delito o crimen internacional que viola los derechos humanos y laborales en su cadena de actividad, como consecuencia la falta o incorrecta implementación de la diligencia debida, sin perseguir penalmente la responsabilidad penal de la ETN ni la de sus administradores por su participación en el delito cometido por la filial o socio comercial fuera de sus fronteras. Llegados a este punto, está manos de Naciones Unidas a través del futuro Tratado sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos, abrir una puerta o no para que los Estados regulen la responsabilidad penal de la empresa matriz y sus directivos por su conducta de participación en comisión por omisión en graves violaciones de los derechos humanos, laborales y medioambientales en sus cadenas de actividad. Ahora bien, dejar en manos de que cada Estado individualmente pueda o no establecer la responsabilidad penal por la infracción del deber de diligencia supone una falta de armonización que podría afectar a la competencia.

En España, deberá retomarse el Anteproyecto Ley de protección de los derechos humanos, de la sostenibilidad y de la diligencia debida en las actividades empresariales transnacionales, y adecuarlo a los mínimos de la nueva Directiva, avanzando en la protección de los derechos humanos, pudiéndose introducir además de la responsabilidad administrativa y civil de la empresa matriz por la infracción del deber de diligencia en la protección de los derechos humanos, laborales e impacto medioambiental en la cadena de actividad, la responsabilidad penal de las empresas por la comisión de crímenes internacionales, los delitos de explotación laboral (cuando se tipifiquen en nuestro CP), pero también los delitos contra los derechos de los trabajadores. Inclusive, cuando se trata de las conductas más graves y lesivas, se puede modificar el art. 31bis con el fin dar cabida a una responsabilidad de una participación de la empresa matriz en comisión por omisión cuando sean cometidos en el extranjero por empresa filiales, excepcionando el principio de territorialidad. Con independencia, en la medida en que la jurisdicción de la CPI es

complementaria, de que se introduzca o no la responsabilidad penal de las empresas en el Estatuto de Roma, que hasta ahora en el mejor de los casos se ha centrado exclusivamente en la responsabilidad de los administradores, por ejemplo, en los casos IG Farben y Krupp (Casasola Gómez-Aguado, 2018, pág. 47 y ss.).

VI. Bibliografía

Ambos, K. (2018). *Derecho Penal Internacional Económico. Fundamentos de la responsabilidad penal internacional de las empresas*. Madrid: Civitas.

Ambos, K. (2021). ¿Complicidad en crímenes internacionales mediante suministros (legales) de armas? Una contribución a los problemas de imputación en el marco de las cadenas de suministro. *Polít. Crim.* Vol. 16, (31). Disponible en: [http://politcrim.com/wp-content/uploads/2021/07/Vol16N31A13.pdf].

Arenal Lora, M. L. (2018). Crímenes económicos en derecho internacional: propuesta de una nueva categoría de crímenes contra la humanidad. APY Solidaridad en acción. Fundación para la Cooperación.

Casasola Gómez-Aguado, A. (2018). *Estudios sobre la Corte Penal Internacional*. Dykinson.

Del Valle Calzada, E. (2019). Reflexiones en torno al futuro del principio de jurisdicción universal y su aplicación a la criminalidad de las empresas transnacionales. CEFD. Publicación actas Congreso Internacional 70 Aniversario Declaración Universal de Derechos Humanos (39).

Demetrio Crespo, E. (2018). Vulneración de Derechos Humanos por empresas multinacionales: ¿de un Derecho penal económico transnacional a un Derecho penal internacional económico? E. Demetrio Crespo & A. Nieto Martín (Dir.). Derecho penal económico y Derechos Humanos. Valencia: Tirant lo Blanch.

Durán Ayago, A. (2022). Derechos humanos, diligencia debida y sostenibilidad empresarial: implicaciones para el Derecho Internacional Privado europeo a propósito de una Propuesta de Directiva en el aire. *AEDIPr*. (t. XXII), 329-357.

Esteve-Moltó, J. E. (2011). Los Principios Rectores sobre las empresas transnacionales y los derechos humanos en el marco de las Naciones Unidas para «proteger, respetar y remediar»: ¿hacia la responsabilidad de las corporaciones o la complacencia institucional? Anuario de Derecho Internacional, XXVII.

Foffani, L. (2023). The European directives regarding the 'non-financial statement' and the corporate 'sustainability reporting. ¿A new step towards a European Economic Criminal Law for the protection of human rights?,

Of swords and shields: due process and crime control in times of globalization. Líber amicorum prof dr. .A .E. Vervaele, Louhtman (ed.). Netherland. Eleven.

Gómez Isa, F. (2015). Las empresas transnacionales y los Derechos Humanos: ¿hacia un marco jurídico internacional de carácter vinculante?, *Revista de Responsabilidad Social de la Empresa*. 2015 (20).

Guamán Hernández, A. (2021). Diligencia debida en derechos humanos: ¿un instrumento idóneo para regular la relación entre derechos humanos y empresas transnacionales? *Revista de Derecho Social* (95).

Guamán Hernández, A. (2022). El borrador de Directiva sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad. Un análisis a la luz de las normas estatales y de la propuesta del Parlamento Europeo. *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales* (88).

Hernández Zubizarreta, J. (2009). *Las empresas transnacionales frente a los derechos huma*nos las multinacionales a control. Tanto los sistemas universales de protección de los *nos: historia de una asimetría normativa. De la responsabilidad social corporativa a las redes contrahegemónicas transnacionales*, Bilbao: Hegoa/OMAL.

Hernández Zubizarreta, J., González, E. & Ramiro, P. (2014). Tratado internacional de los pueblos para el control de las empresas transnacionales. Una apuesta desde los movimientos sociales y la solidaridad internacional, Cuadernos de trabajo Hegoa. Lan Koadernoak. Working papers (64).

Hernández Zubizarreta, J., González, E. & Ramiro, P. (2020). Empresas transnacionales y Derechos Humanos. Situación actual de los marcos regulatorios y propuestas. INFORME OMAL #25/2020. Disponible en línea: [https://omal.info/spip.php?article9369].

Muñoz de Morales, M. (2020). Vías para la responsabilidad de las multinacionales por violaciones graves de Derechos humanos", *Polít. Crim*., Vol. 15 (30).

Navarro Cardoso, F. (2020). "A vueltas con la vieja delimitación entre ilícito administrativo e ilícito penal, a propósito de algunos nuevos problemas". En E. Demetrio Crespo (Dir.). Derecho penal económico y teoría del delito. Valencia: Tirant lo Blanch.

Nieto Martín, A. (2020). Hacia un Derecho penal económico europeo de los Derechos humanos, *InDret* 3.

Nieto Martín, A., Dopico, J., & Muñoz, M. (2022). Observaciones al Anteproyecto de Ley protección de derechos humanos, de la sostenibilidad y de la diligencia debida en las actividades empresariales. *REPMULT*, [https://blog.uclm.es/repmult/category/documentos/].

Pérez Cepeda, A. I. (2019). Acuerdos de libre comercio y el sistema internacional de derechos humanos en el marco del Derecho Penal Internacional. *Revista penal México*. (14-15). México. Instituto Nacional de Ciencias Penales.

Pérez Cepeda, A. I. (2019b). Hacia el fin de la impunidad de las empresas transnacionales por la violación de los Derechos Humanos, Revista penal (44).

Pomares Cinta, E. (2023). Un nuevo modelo, otros deberes de diligencia para afrontar la *esclavitud moderna*: el Anteproyecto de Ley Orgánica integral contra la Trata y la Explotación de seres humanos (2022). *Revista Sistema Penal Crítico* DEBATE. Vol. 4.

Sanguineti Raymond, W. (2023). La diligencia debida en materia de Derechos humanos laborales. Sanguineti Raymond, W. & Vivero Serrano J. B. (Dir.) (2023). *La dimensión laboral de la diligencia debida en materia de Derechos Humanos*. Pamplona: Aranzadi.

Terradillos Basoco, J. M. (2020). *Aporofobia y plutofilia. La deriva jánica de la política criminal contemporánea*, Barcelona, Bosch, 2020.

Terradillos Basoco, J. M. (2024). Trabajo forzoso, servidumbre, esclavitud: ¿aggiornamento de la respuesta penal a la explotación laboral grave? Revista Sistema Penal Crítico Vol. 5.

Zúñiga Rodríguez, L. (2018). "Responsabilidad penal de las personas jurídicas y derechos humanos". En E. Demetrio Crespo & A. Nieto Martín (Dir.), Derecho penal económico y Derechos Humanos. Valencia: Tirant lo Blanch.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Áreas do Direito: Penal; Direitos Humanos; Internacional

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- Direito penal econômico, criminal *compliance* e seus possíveis impactos nos preceitos de responsabilização penal da pessoa jurídica, de Carolina Alencar Marchesano – *RDPec* 2/13-36;
- O dever de diligência no adimplemento das obrigações, de Beatriz Cal Tavares – *RDPriv* 112/189-213;
- O modelo espanhol de responsabilidade penal das pessoas jurídicas do CP de 2010, de José L. González Cussac e Paulo César Busato – *RBCCrim* 132/39-60;
- Os bancos estrangeiros como empresas transnacionais em face de seu dever de defender o meio ambiente em face da tutela jurídica da saúde ambiental/meio ambiente do trabalho, de Celso Antonio Pacheco Fiorillo – *RDT* 229/333-370; e
- Responsabilidade civil no mercado de capitais: Uma análise do dever de diligência das instituições intermediárias nas ofertas públicas de valores mobiliários, de Luiz Felipe Moreira Eustaquio, Beatriz Raphael da Rocha, Rodrigo Miguel Braga e Luisa Nordskog Costa – *RDB* 90/123-135.

Ainda há espaço para a imputação de tentativa de evasão de divisas?

Is there still scope of an imputation in an attempt of evade borders?

Fábio Guedes de Paula Machado[1]

Universidade Federal de Uberlândia, UFU, Brasil.
E-mail: fgpmachado@hotmail.com

Recebido em: 11.09.2022
Aprovado em: 25.07.2023
Última versão dos autores: 23.01.2024

DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.12628260].

Área do Direito: Penal

Resumo: Alvo, no passado, de intensas e variadas críticas dogmáticas, a lei que instituiu os crimes contra o sistema financeiro nacional (7.492/1986), não obstante não ter sofrido até aqui a necessária reforma e atualização, atrai até hoje a atenção dos operadores do Direito, renovada por meio das alterações infralegais e das posições jurisprudenciais (re)formuladas. No bojo das mudanças necessárias na interpretação dos tipos penais para melhor aplicação da justiça criminal, o delito de tentativa de evasão de divisas, na modalidade

Abstract: Target in the past of intense and varied dogmatic criticism, the law that instituted the crimes against the national financial system (7,492/86), regardless of not having undergone so far, the necessary reform and updating, attracts up to the present the Law operators attention, renovate through infralegal alterations and the (re)formulated jurisprudence positions. In the capacity of the necessary changes in the interpretation of the two penal types for a better application from the criminal justice, the crime of attempting to evade

1. Professor associado nível 4 da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia (UFU), com estágio pós-doutoral na Universidad de Barcelona (CAPES BEX n.º 1265/10). Doutor em Direito Penal pela Universidade de São Paulo. Mestre em Direito Processual Penal pela PUC-SP. Pós-graduado em Direito Penal – Parte Geral pela Universidad de Salamanca. Ex-investigador científico no Max-Planck Institut für ausländisches und International Strafrecht. Membro do Ministério Público de Minas Gerais.
Lattes: [http://lattes.cnpq.br/6258680899596296].
ORCID: [https://orcid.org/0000-0002-8164-6780].
E-mail: fgpmachado@hotmail.com

saída de moeda para o exterior sem autorização, está a merecer maior reflexão, eis que caminha para a perda de eficácia.

Palavras-chaves: Delito econômico – Tipicidade – Imputação – Crime tentado – Crime impossível.

borders in the modality output of currency to overseas without permission, it deserves a major reflexion that is approaches to a less of efficacy.

Keywords: Economic crime – Typicality – Imputation – Attempted crime – Impossible crime.

Sumário: 1. Introdução. 2. O precedente do Supremo Tribunal Federal. 3. A restrição de análise do tipo penal objeto de exame. 4. Sobre o injusto deste tipo penal. 5. Relações entre os ilícitos administrativo e penal. 6. A nova disciplina legal cambial retroage para efeitos penais?. 7. Perpetuação da conduta infracional na nova lei cambial. 8. Sobre a elementar do tipo penal "sem autorização legal". 9. A incidência do princípio da proporcionalidade como causa excludente da imputação do tipo penal de tentativa de evasão de divisas. 10. A incidência do princípio da ofensividade como causa excludente da imputação do tipo penal de tentativa de evasão de divisas. 11. A incidência do princípio da insignificância a justificar o afastamento da tipicidade material. 12. Conclusão. 13. Referências.

1. Introdução

A recente promulgação da Lei 14.286/2021 estabeleceu o "Novo Marco Legal do Câmbio" e, assim, alterou dispositivos pertinentes à Lei 9.069/1995. Buscou-se, com isso, facilitar o uso da moeda nacional em transações internacionais, como também abrir espaço para bancos e instituições financeiras brasileiras investirem no exterior recursos captados no Brasil ou fora dele.

Entre outras importantes inovações, também a nova lei possibilitou negociações entre particulares envolvendo pequenas quantias de moeda estrangeira e, no que nos interessa neste momento, estabeleceu um novo valor que cada viajante pode portar ao sair do Brasil ou nele entrar independentemente de prévia declaração à Receita Federal. Em vez dos atuais R$ 10.000,00 independentemente de prévia declaração,[2] serão permitidos US$ 10.000, ou o equivalente em outra moeda.[3]

2. Artigo 65 da Lei 9.069/1995. O ingresso no País e a saída do País de moeda nacional e estrangeira devem ser realizados exclusivamente por meio de instituição autorizada a operar no mercado de câmbio, à qual cabe a perfeita identificação do cliente ou do beneficiário (Redação dada pela Lei 12.865, de 2013) § 1º Excetua-se do disposto no caput deste artigo o porte, em espécie, dos valores: I – quando em moeda nacional, até R$ 10.000,00 (dez mil reais); II – quando em moeda estrangeira, o equivalente a R$ 10.000,00 (dez mil reais); III – quando comprovada a sua entrada no País ou sua saída do País, na forma prevista na regulamentação pertinente.
3. Art. 14. O ingresso no País e a saída do País de moeda nacional e estrangeira devem ser realizados exclusivamente por meio de instituição autorizada a operar no mercado de câmbio, à qual caberá a identificação do cliente e do destinatário ou do remetente. § 1º O disposto no caput deste artigo não se aplica ao porte, em espécie, de valores:

Sobre as alterações promovidas pela lei, afirmou o seu artigo 29 a sua entrada em vigor após um ano de sua publicação, que ocorreu em 30.12.2021.

Antes mesmo do advento da nova lei, o Conselho Monetário Nacional editou Resoluções elevando, substancialmente, os valores referentes às declarações que o contribuinte deve fazer à Receita Federal.

No âmbito penal, a novel legislação possibilita a reaparição de importantes discussões teóricas no que diz respeito ao tipo penal do artigo 22, parágrafo único, da Lei 7.492/1986, e que se encontravam adormecidas, mormente em torno da necessidade ou não de congruência entre as normas complementares e o tipo penal, a aplicação retroativa do seu complemento no curso da *vacatio legis*, incidência da *abolitio criminis* e de alguns princípios penais próprios do Estado Democrático de Direito.

Acerca das dificuldades trazidas pela Lei 7.492/1986, Marina Pinhão Coelho Araújo destaca a confusão estabelecida entre a esfera administrativa e a esfera penal, a construção de tipos penais muito abertos e a reiteração de crimes de mera conduta, além de o cenário econômico atual ser bem diverso daquele em que a lei foi promulgada,[4] marcado àquela época pela elevada inflação e saída – senão fuga – do país de dólares e empresas. E, no tocante ao crime de evasão de divisas, afirma a mesma autora ser talvez o mais aplicado e mais contestado artigo dessa lei.[5]

O advento da nova lei de câmbio serviu, também, ao recrudescimento de antigas críticas, dentre as quais apenas algumas serão lançadas neste opúsculo, e no compasso da reformulação do tema, importante e recente precedente do Supremo Tribunal Federal apimenta o debate e clama à necessidade de repensarmos o delito de evasão de divisas.

2. O precedente do Supremo Tribunal Federal

À parte dos debates havidos em torno do crime de evasão de divisas, em recente julgamento, a Suprema Corte brasileira reconheceu a inofensividade da conduta de um acusado imputado pela prática de tentativa de evasão de divisas, autuado com membros da sua família por portar moeda em quantia superior àquela isenta de prévia declaração à Receita Federal, quando se encontrava no interior de aeroporto

I – até US$ 10.000,00 (dez mil dólares dos Estados Unidos da América) ou seu equivalente em outras moedas; [...].

4. SOUZA, Luciano Anderson de; ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho (Coord.). *Direito penal econômico:* leis penais especiais. São Paulo: Ed. RT, 2019. v. 1. p. 110.
5. ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho. In: SOUZA, Luciano Anderson de; ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho (Coord.). *Direito penal econômico*: leis penais especiais, cit., p. 164.

com pretensão de viajar para o exterior. Ao final, o provimento jurisdicional determinou o trancamento do processo.[6]

6. "Habeas Corpus. 2. Penal e Processual Penal. Evasão de divisas na modalidade tentada (art. 22, parágrafo único, da Lei 7.492/1986 c/c o art. 14, II, do Código Penal). 3. Alegação defensiva de inépcia da inicial pela ausência de ofensividade na conduta do paciente. 4. A mudança normativa pela Resolução 4.844/2020 é regida por circunstâncias temporais cambiantes e por uma nova valoração. 6. Concessão da ordem para declarar a inépcia da denúncia oferecida na Ação Penal 0504957-22.2017.4.02.5101" (STF. HC 162.404/RJ, Relator Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, j. 07.12.2021; *DJe* 25.03.2022). Extraem-se do acórdão as seguintes passagens: "[...] 'Do que se extrai dos elementos de cognição, a denúncia aponta que o recorrente buscava sair do País, portando moeda estrangeira, em valores que, de acordo com a norma regulatória, deveriam ser transferidos por meio de instituição autorizada a operar no mercado de câmbio, com a identificação do cliente ou do destinatário, tal qual a exegese que se extrai do teor dos artigos 65 da Lei 9.096/95 e 1º da Resolução CMN 2.524/98'. (eDOC 113) [...]". "No caso em exame, como apontado pela defesa, o paciente portava cerca de R$ 40.000,00 ao tentar embarcar para Portugal com suas 3 filhas, de forma que os valores apreendidos seriam destinados ao custeio de 4 pessoas naquele país, o que seria inferior ao limite indicado de R$ 10.000,00 sem que fosse necessária a autorização descrita no tipo mencionado no art. 22, parágrafo único, da Lei 7.492/1986: 'Art. 22. Efetuar operação de câmbio não autorizada, com o fim de promover evasão de divisas do País: Pena – Reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.' Da análise do tipo, verifica-se que a norma comporta em seu elemento subjetivo o dolo, consistente na finalidade comprovada de realizar a evasão de divisas, não bastando a simples presunção do liame volitivo na arquitetura dogmática do tipo. Ainda, a locução normativa 'não autorizada' demanda uma regulamentação do direito administrativo, tratando-se, portanto, de norma penal em branco – isso significa que a subsunção da situação fática, ou não, ao tipo exige uma contrariedade com a regulação de ordem administrativa. A Constituição estabelece, no art. 5º, XXXIX, que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal. Cuida-se do princípio da legalidade ou da reserva legal estrita em matéria penal.Essas disposições encontram fundamentos vinculados à própria ideia do Estado de Direito, baseados especialmente no princípio liberal e nos princípios democrático e da separação de Poderes. De um lado, enuncia-se que qualquer intervenção no âmbito das liberdades há de lastrear-se em uma lei. De outro, afirma-se que a decisão sobre a criminalização de uma conduta somente pode ser tomada por quem dispõe de legitimidade democrática (Cf. Jorge Figueiredo Dias, Direito penal: parte geral, t. 1 – Questões fundamentais. A doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra Ed., 2004, p. 167; PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. Grundrechte – Staatsrecht II. 21. ed. Heidelberg: [s. n.], 2005. p. 289). Observa Jorge Figueiredo Dias que o princípio do *nullum crimen nulla poena sine praevia lege* deixa-se fundamentar, internamente, com base na ideia de prevenção geral (Direito penal, cit., p. 168) e do princípio da culpabilidade. O cidadão deve poder distinguir, com segurança, a conduta regular da conduta criminosa, mediante lei anterior, estrita e certa (Jorge Figueiredo Dias, Direito penal, cit., p. 168). Quanto ao aspecto formal ou das fontes, a reserva legal de que se cuida há de resultar de

lei aprovada pelo Congresso Nacional. Compete privativamente à União legislar sobre matéria penal (art. 22, I, da CF/88). A compatibilidade das normas penais em branco com o princípio da legalidade não é questão simples. Para melhor compreensão do tema, é necessário que se proceda a conceituação acerca das normas penais em branco. Segundo Guilherme de Souza Nucci: 'são as que possuem a descrição de conduta indeterminada, dependente de um complemento, extraído de outra fonte legislativa extrapenal, para obter sentido e poder ser aplicada. A pena prevista é sempre determinada'. (Manual de Direito Penal – Parte geral e parte especial). A doutrina classifica essas normas como homogêneas – aquelas em que seu complemento é emanado da mesma fonte legislativa – e heterogêneas – quando se utilizam de preceitos de fontes diversas, como atos meramente regulamentares.

De um modo geral, a doutrina admite a utilização da norma penal em branco como técnica legislativa, permitindo que o legislador remeta a outras fontes normativas, em melhor posição para complementar a proibição. Por exemplo, nas hipóteses em que a definição da proibição depende de conhecimento técnico, o legislador poderia remeter a complementação por órgão estatal competente. Sendo justificável a remissão, não haveria inconstitucionalidade. Nessa linha, cito excerto da obra de Cezar Roberto Bitencourt: 'No entanto, a fonte legislativa (Poder Legislativo, Poder Executivo etc.) que complementa a norma penal em branco deve, necessariamente, respeitar os limites que esta impõe, para não violar uma possível proibição de delegação de competência na lei penal material, definidora do tipo penal, em razão do princípio constitucional de legalidade [...], do mandado de reserva legal e do princípio da tipicidade estrita [...]. Em outros termos, é indispensável que essa integração ocorra nos parâmetros estabelecidos pelo preceito da norma penal em branco. [...] A validez da norma complementar decorre da autorização concedida pela norma penal em branco, como se fora uma espécie de mandato, devendo-se observar seus estritos termos, cuja desobediência ofende o princípio constitucional da legalidade". (Tratado de Direito Penal – Parte geral – v. 1). No caso dos autos, observa-se que existe um vazio regulatório sobre a locução normativa 'não autorizada', a partir da edição da Circular BACEN 2.494, de 19.10.1994. Como demonstrado, a indeterminação do elemento concreto do tipo gera uma gama de possibilidades, ocasionando uma discricionariedade desproporcional ao julgador, que deverá realizar o exercício interpretativo a partir de um alto nível subjetivo, dificultando ainda mais a compreensão antecipada do particular quanto aquilo que lhe é exigido pela norma. Exatamente este é o caso concreto, no qual o paciente portava um montante aceitável diante da limitação que vinha sendo adotada administrativamente, tornando desarrazoada a configuração de crime a partir do elemento típico em análise. Ademais, a instituição do delito de evasão de divisas tem por objetivo a supervisão estatal sobre os valores que saem do país para adequar a política cambial, e não a proteção direta da garantia de reservas de divisas, de forma que, mediante o devido registro, pode-se enviar quanto se quiser para o exterior. Essa finalidade é reafirmada na recente Resolução 4.844/2020, a qual altera o artigo 26, *caput*, da Resolução 3.568/2008, ao fixar o novo limite mínimo para a exigência de registro da operação cambial no Sisbacen, ato integrador do tipo penal em debate. Segundo o professor doutor Sérgio Rebouças, a Resolução reconheceria a falta de relevância administrativa e penal das movimentações

3. A restrição de análise do tipo penal objeto de exame

Preceitua o artigo 22, parágrafo único, da Lei 7.492/1986:

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

Três são as condutas típicas: 1ª) efetuar operação de câmbio, não autorizada, com o fim de evadir divisas; 2ª) promover, sem autorização legal, a saída de moeda ou divisa para o exterior; 3ª) manter depósitos no exterior não declarados.[7]

Conforme lecionam Feldens e Schmidt,

> "a adequação típica de uma conduta nos limites do artigo 22, *caput*, da Lei 7.492/86 pressupõe, no mínimo, que a operação de câmbio tenha sido realizada em desconformidade às normas que a regulam, antecipando-se a antinormatividade já no exame da subsunção do fato à norma penal incriminadora."[8]

---

cambiais em conta de depósito envolvendo valores inferiores a R$ 100 mil, uma vez elas não afetariam a política de câmbio brasileira. (REBOUÇAS, Sérgio. Evasão de divisas e retroatividade da Resolução 4.844/2020 do CMN. Conjur. 17 de ago. 2020. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2020-ago-17/opiniao-evasao-divisasretroatividade-resolucao-cmn#_ftn1]. Acesso em: 29.11.2021). Tal mudança normativa é responsável por uma nova percepção quanto ao próprio conteúdo do injusto do fato, capaz de retroagir o ato integrador em função de abolitio criminis, decorrente não apenas uma mudança regida por circunstâncias temporais cambiantes, mas sim de uma nova valoração. Nessa toada, embora não atinja diretamente a situação fática do caso concreto, de saída do país com valores em espécie, a modificação da normativa administrativa aponta para ausência de ofensividade na conduta do paciente. Ante o exposto, quanto ao HC 162.404, concedo a ordem, a fim de declarar a inépcia da denúncia oferecida na Ação Penal 0504957-22.2017.4.02.5101. No tocante ao HC 160.172, ante à declaração de inépcia da denúncia oferecida na Ação Penal 0504957-22.2017.4.02.5101, julgo prejudicado o *habeas corpus* 160.172. É como voto" (STF, HC 162.404, Segunda Turma, Relator Ministro Gilmar Mendes, j. 07.12.2021, *DJe* 25.03.2022).

7. Acerca dos antecedentes históricos que marcam o tema "evasão de divisas", ver: SCHMIDT, Andrei Zenker; FELDENS, Luciano. O delito de evasão de divisas 20 anos depois: sua redefinição típica em face das modificações da política cambial brasileira. *Revista Opinião Jurídica*, [s.l.], n. 8, p. 11-44, 2006. Disponível em: [https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/viewFile/2002/598]. Acesso em: 03.03.2022.
8. FELDENS, Luciano; SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O crime de evasão de divisas.* Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2006. p. 167.

Como exposto anteriormente, a análise dogmática a ser construída levará em consideração aspectos polêmicos em torno do injusto e estará limitada à tentativa de saída física do país de dinheiro portado pelo viajante, em aeroporto, e em montante acima do teto apontado pela Receita Federal como de desnecessária declaração prévia de porte, a indicar, portanto, análise apenas da segunda hipótese delitiva.

4. Sobre o injusto deste tipo penal

Sobre o bem jurídico tutelado pelas figuras penais presentes no artigo 22 da Lei 7.492/1986, não há consenso na sua identificação, não obstante passados mais de 30 anos da promulgação da lei, o que indiscutivelmente dificulta a própria *ratio essendi* do tipo penal.

Primeiramente, sustentou Manoel Pedro Pimentel tratar-se do bem jurídico ordem econômica,[9] uma vez que o desfalque sobre as reservas cambiais a atingirá. Outros sustentam tratar-se da política econômica nacional,[10] pois representa as ações desenvolvidas no âmbito econômico, e caso sejam pautadas em reservas cambiais inexistentes, poderão trazer grandes prejuízos ao país. Outro segmento doutrinário sustenta tratar-se de proteção à política cambial brasileira[11] e proteção às reservas cambiais.[12] Há também o entendimento de necessidade de proceder ao "equilíbrio do balanço de pagamento,[13] ou a credibilidade do mercado, ou a regular execução da

9. PIMENTEL, Manoel Pedro. *Crimes contra o sistema financeiro nacional*: comentários à Lei 7.492/86. São Paulo: Ed. RT, 1987. p. 157.
10. COSTA JÚNIOR, Paulo José da; QUEIJO, Maria Elizabeth; MACHADO, Charles Marcildes, *Crimes do colarinho branco.* São Paulo: Saraiva, 2000. p. 133.
11. MAIA, Rodolfo Tigre. *Dos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional*: anotações à Lei federal 7.492/86. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 132. Também neste sentido: GERSTLER, Daniel. Evasão de divisas como crime antecedente da lavagem de dinheiro: um estudo sob a perspectiva do bem jurídico tutelado pelo art. 22, *caput*, da Lei 7.492/1986, em face da nova sistemática regulatória do mercado cambial brasileiro, introduzida pela Carta Circular/Bacen 3.280/05. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 23, n. 115, jul.-ago. 2015. p. 372.
12. TÓRTIMA, José Carlos. *Evasão de divisas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 19. Também: MARANHÃO, Douglas Bonaldi. Direito penal econômico e o bem jurídico protegido através do crime de evasão de divisas. Direito Penal Econômico e Crime Organizado. *Revista de Ciências Penais*, São Paulo, n. 14, 2011. p. 242.
13. LOPES, Fernando dos Santos. O equilíbrio no balanço de pagamentos como bem jurídico protegido no delito de evasão de divisas e a inevitável constatação da *abolitio criminis* desse delito. *Boletim do IBCCRIM*, São Paulo, v. 20, n. 231, fev. 2012. p. 13-14. Para chegar a essa conclusão, sustenta o autor que a Lei 4.595/1964 é responsável por regulamentar o Sistema Financeiro Nacional e, consequentemente, interfere na livre movimentação de divisas.

política cambial estatal, potencialmente lesionável nos casos de moeda nacional ou estrangeira que possa (ou que venha efetivamente a sair do nosso País à míngua de qualquer controle)".[14] Ou seja, controle estatal da entrada e saída de divisas.

Percebe-se, portanto, manifesto dissenso doutrinário acerca da identificação do bem jurídico a ser objeto de proteção. Em verdade, o problema reside, tal como afirmou Ana Elisa Liberatore Silva Bechara, no potencial emancipatório da desmaterialização da teoria do delito, perceptível por meio do deslocamento da estrutura do bem jurídico configurado historicamente para a evitação de lesões agora para a infração de deveres.[15] E, após discorrer sobre o processo de desencadeamento da desmaterialização do bem jurídico, afirma a autora que, ainda que se possa admitir a sua ocorrência no sentido de desvinculá-lo de realidades ontológicas tangíveis, isso não poderia se dar por completo, a conformá-lo apenas como lesão de um dever jurídico, destacando que noutros tempos quando isso ocorreu a intervenção experimentou épocas de autoritarismo e arbítrio.[16]

Ante as sérias dúvidas em torno da compreensão sobre qual bem jurídico protegeria o tipo penal descrito no artigo 22, parágrafo único, da Lei 7.492/1986, mostra-se duvidosa a presença de dignidade penal dessa infração penal, o que vem a deslegitimar a intervenção penal, ou ao menos pô-la sob suspeita. E, por outro lado, expande-se a teia da ilegitimidade de leis penais simbólicas e o tão criticado paternalismo do Direito Penal.

Como já mencionado, três são as condutas descritas no artigo 22 da Lei 7.492/1986. Elas são formadas por elementos normativos do tipo, ao mesmo tempo que exigem complementação normativa (lei penal em branco), visto competir ao Poder Executivo federal regular e planificar a política cambial e, assim, estabelecer os limites, as condições e a forma de saída do país. Nesse aspecto, e em obediência ao artigo 22, VII, da Constituição Federal, atribuiu-se competência à União para disciplinar o tema por meio do Congresso Nacional, de modo que as suas diretrizes serão dadas pelo Conselho Monetário Nacional (CMN) e sua operacionalização será efetivada pelo Banco Central do Brasil.

FORTUNA, Eduardo. *Mercado financeiro*: produtos e serviços. 20. ed. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2015. p. 474.

14. SCHMIDT, Andrei Zenkner; FELDENS, Luciano. *O crime de evasão de* divisas: a tutela penal do sistema financeiro nacional na perspectiva da política cambial brasileira. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 161. Com a mesma opinião: FORNAZARI JÚNIOR, Milton. Aspectos atuais do crime de evasão de divisas. *Revista Criminal – Ensaios sobre a atividade policial*, São Paulo, v. 1, out.-dez. 2007. p. 106.
15. BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal.* São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 280.
16. BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*, cit. p. 284.

Trata-se, portanto, da necessária incidência de normas penais em branco. Sublinham-se nesse aspecto as elementares: operação de câmbio "não autorizada"; que o envio de moeda ou de divisa ocorra "sem autorização legal"; e a manutenção de depósitos "não declarados". Importa dizer que essas elementares do tipo transferem para a legislação e os diplomas infralegais de natureza extrapenal os pressupostos da adequação típica.[17]

Tal como já afirmado, aqui nos centralizaremos apenas na análise de algumas questões possíveis de discussão em torno do transporte pessoal de moeda para o exterior sem autorização legal. Tampouco analisaremos todas as possíveis maneiras de realização desse específico tipo penal, como as mais complexas envolvendo instituições financeiras ou bancárias, ou operações "dólar-cabo". Analisaremos tão somente a mais comum e singela forma de evasão de divisas, que é aquela que se dá pela saída do viajante para o exterior, seja a título de lazer, estudo ou trabalho, e que leva consigo uma significativa quantidade de moeda estrangeira superior ao limite de isenção de declaração à Receita Federal.

5. Relações entre os ilícitos administrativo e penal

Qual é a relação entre o ilícito administrativo e o penal quando o sujeito pratica a mesma conduta descrita em ambas as esferas? Ele será acusado por dois ilícitos nas duas searas, dada a autonomia e independência delas, ou se trata do mesmo ilícito sob duas ópticas diferentes? Em caso de resposta afirmativa, não estaríamos diante de violação à regra do *ne bis in idem*? Ou, se são duas infrações autônomas e distintas, em que consistiria a diferença entre ambas?

Ademais, no caso em que um tipo penal possui elementares normativas que estão conceituadas numa norma administrativa ao mesmo tempo que o tipo penal exige a sua complementação por meio de norma penal em branco, pode o tipo administrativo sancionador básico restringir o âmbito de aplicação do penal se lhe faltar uma elementar?

De qualquer modo, a complementação dos tipos penais por meio de normas, atos ou conceitos provenientes do Direito Administrativo estabelece a denominada acessoriedade, ou, como preferem outros autores, assessoriedade administrativa.[18]

17. MASI, Carlos Velho. *O crime de evasão de divisas na era da globalização*. Porto Alegre: Pradense, 2013. p. 87.

18. A doutrina diverge acerca do emprego do vocábulo. Nesse sentido, Renato de Mello Jorge Silveira utiliza "acessoriedade" (*Direito penal econômico como direito penal de perigo*. São Paulo: Ed. RT, 2006. p. 144); ao passo que Luciano Anderson de Souza refere-se ao termo "assessoriedade" (*Direito penal econômico*: leis penais especiais, cit., p. 79).

No caso que ora se examina, o tipo penal descrito no artigo 22, parágrafo único, da Lei 7.492/1986, exige, para a sua aplicação e eficácia, complemento – por se tratar de norma penal em branco –, que é fornecido pelo atual artigo 65 e seu § 1º da Lei 9.069/1995. Ocorre que esse, ao mesmo tempo que é complemento, figura também como descrição de tipo administrativo sancionador. Daí há de se indagar: a descaracterização do ilícito administrativo estende-se ao injusto penal?

A figura do ilícito enquanto contrariedade ao Direito integra ou pertence à teoria do Direito *in genere*, do qual são seus *longa manus* os ramos dos Direitos Penal e Administrativo. Desse modo, o ilícito, antes de ser penal, administrativo, civil, trabalhista ou tributário, é ilícito categorial. Ou seja, ilícito é gênero do qual o penal, o administrativo, o civil etc. são espécies.

Por isso é correto dizer que o ilícito penal deve delimitar com precisão a conduta proibida, bem como estabelecer todas as condições e circunstâncias do fato, apontando com clareza todos os elementos constitutivos.

No que tange ao tipo penal de evasão de divisas (art. 22, parágrafo único, da Lei 7.492/1986) e a infração disciplinar (art. 65 da Lei 9.069/1995), não há de falar em diferença ontológica, havendo apenas diferença de grau de intensidade, uma vez que o delito prevê a pena privativa de liberdade e multa, enquanto a infração administrativa prevê o perdimento da quantia excedente à permitida de inexigível declaração. Assim, o ilícito administrativo é apenas um *minus* em relação ao delito. Ou, se se preferir, a diferença fundamental entre os ilícitos é qualitativa.

Havendo identidade entre as infrações penal e administrativa, e ocorrida na hipótese concreta qualquer tipo de causa excludente do injusto, automaticamente ela se estenderá à outra seara, à luz de que ambos os ramos do Direito refletem o poder punitivo do Estado. Não haverá resíduo heterogêneo (vide, p. ex., a antiga Súmula 13 do STF) a ser reconhecido e que possibilite, ainda, a permanência da ocorrência e persecução do ilícito. Isso porque quaisquer das causas excludentes recaem, ao final, no reconhecimento do afastamento da punibilidade do fato, *v.g.*, se a absolvição se der por ausência de prova da existência do fato ou negativa de sua autoria.

Tampouco incide aqui a questão em torno da autonomia ou independência entre as instâncias, dado o imediato reflexo da causa de afastamento da infração de um para outro ramo do Direito, ante a necessidade de respeito à lógica jurídica e isometria.

6. A nova disciplina legal cambial retroage para efeitos penais?

Nessa perspectiva, cabe o seguinte questionamento: a violação de uma regra cambial, ilícito administrativo, é pressuposto necessário e suficiente à configuração do delito de evasão de divisas?

À primeira vista, o injusto da conduta de evasão estará sempre ligado ao injusto administrativo decorrente da violação de regra editada pelo Banco Central para proteger a política cambial nacional.[19] Daí a importância de se analisar o Direito Administrativo Sancionador para a compreensão das elementares normativas do tipo e das normas penais em branco, pois será a norma administrativa que definirá a aplicação do tipo penal.

Sobre o tema em questão, o Conselho Monetário Nacional (CMN) publicou, em 2020, duas importantes Resoluções procedendo às mudanças nos valores para fins de operações envolvendo câmbio, autorização legal e declaração ao Banco Central do Brasil.

Primeiramente, a Resolução CMN 4.841/2020[20] alterou a Resolução CMN 3.854, de 27 de maio de 2010, para aumentar o valor a partir do qual pessoas e empresas estão obrigadas a fazer a declaração anual de Capitais Brasileiros no Exterior (CBE), passando de US$ 100.000,00 para US$ 1.000.000,00, ou seu equivalente em outras moedas.[21]

Por sua vez, a Resolução CMN 4.844/2020[22] alterou a Resolução CMN 3.568, de 29 de maio de 2008, para aumentar o valor a partir do qual é obrigatório informar

19. SCHMIDT, Andrei Zenkner; FELDENS, Luciano. A associação entre o ilícito administrativo e o ilícito penal no exemplo do crime de evasão de divisas. In: PAULA, Marco Aurélio Borges de; MAGRINI, Raquel de Paula (Coord.). *Estudos de Direito Público*. Campo Grande: CEPEJUS, 2009. p. 484.
20. Resolução CMN 4.841/2020 – Altera a Resolução 3.854, de 27 de maio de 2010, que dispõe sobre a declaração de bens e valores possuídos no exterior por pessoas físicas ou jurídicas residentes, domiciliadas ou com sede no País. "O Banco Central do Brasil, na forma do art. 9º da Lei 4.595, de 31 de dezembro de 1964, torna público que o Conselho Monetário Nacional, em sessão realizada em 30 de julho de 2020, com base no art. 1º do Decreto-lei 1.060, de 21 de outubro de 1969, e tendo em vista a Medida Provisória nº 2.224, de 4 de setembro de 2001, e o § 1º do art. 201 do Decreto-Lei 5.844, de 23 de setembro de 1943, Resolveu: Art. 1º A Resolução 3.854, de 27 de maio de 2010, passa a vigorar com a seguinte alteração: 'Art. 2º A declaração de que trata o art. 1º, inclusive suas retificações, deve ser prestada anualmente, por meio eletrônico, na data-base de 31 de dezembro de cada ano, quando os bens e valores do declarante no exterior totalizarem, nessa data, quantia igual ou superior a US$ 1.000.000,00 (um milhão de dólares dos Estados Unidos da América), ou seu equivalente em outras moedas'".
21. No que se refere ao disposto no artigo 22 da Lei 7.492/1986, sustentava-se anteriormente a essa Resolução que incidia o tipo ao sujeito que mantivesse depósitos no exterior, não declarados ao Banco Central, em valores equivalentes a US$ 100.000 (Circulares BACEN 3.225/2004, 3.278/2005 e 3.313/2006).
22. Resolução CMN 4.844/2020 – Altera a Resolução 3.568, de 29 de maio de 2008, que dispõe sobre o mercado de câmbio, em relação à prestação de informação sobre as movimentações

ao Banco Central do Brasil a movimentação em contas de depósito em reais tituladas por pessoas físicas ou jurídicas residentes, domiciliadas ou com sede no exterior e mantidas em bancos autorizados a operar no mercado de câmbio, passando de R$ 10.000, para R$ 100.000,00.

A significativa elevação do teto monetário levou em consideração o fato de que os valores em torno das operações envolvendo câmbio, depósitos no exterior etc. estavam desatualizados há mais de duas décadas, não obstante a nítida desvalorização da moeda nacional desde então.

No bojo das mudanças cambiais havidas na legislação brasileira, mais recentemente foi sancionada a Lei do Mercado de Câmbio (Lei 14.286/2021), que, no seu artigo 14,[23] inexigiu a declaração do porte de valores dos viajantes que portem quantias em dinheiro até dez mil dólares americanos, ou outra moeda, e assim alterou o artigo 65 da Lei 9.069/1995. Logo, criou evidente *abolitio criminis*, a princípio, ainda a ser operacionalizada, haja vista que a nova lei entrará em vigor em 29.12.2022, isto se se considerar que dispositivo legal benéfico em *vacatio legis* em curso não retroage. Por assim dizer, pessoas investigadas, processadas ou até mesmo condenadas com trânsito em julgado por deixar – ou tentar deixar – o país conduzindo em espécie valores superiores a dez mil reais sem prévia declaração, até dez mil dólares americanos, serão alcançadas a teor da retroatividade

em contas de depósito em reais de pessoas físicas ou jurídicas residentes, domiciliadas ou com sede no exterior. "O Banco Central do Brasil, na forma do art. 9º da Lei 4.595, de 31 de dezembro de 1964, torna público que o Conselho Monetário Nacional, em sessão realizada em 30 de julho de 2020, com base nas disposições do art. 4º, incisos V e XXXI, da referida Lei e tendo em vista o Decreto nº 42.820, de 16 de dezembro de 1957, Resolveu: Art. 1º A Resolução nº 3.568, de 29 de maio de 2008, passa a vigorar com as seguintes alterações: 'Art. 26. A movimentação ocorrida em conta de depósito de pessoas físicas ou jurídicas residentes, domiciliadas ou com sede no exterior, de valor igual ou superior a R$ 100.000,00 (cem mil reais), deve ser registrada no Sisbacen, na forma estabelecida pelo Banco Central do Brasil. Parágrafo único. O Banco Central do Brasil poderá estabelecer situações nas quais será requerida a prestação de informações sobre movimentações de valores abaixo do limite estabelecido no caput.' (NR) Art. 2º Esta Resolução entra em vigor em 1º de setembro de 2020. Roberto de Oliveira Campos Neto, Presidente do Banco Central do Brasil" (Publicada no DOU de 03.08.2020).

23. Art. 14. O ingresso no País e a saída do País de moeda nacional e estrangeira devem ser realizados exclusivamente por meio de instituição autorizada a operar no mercado de câmbio, à qual caberá a identificação do cliente e do destinatário ou do remetente. § 1º O disposto no caput deste artigo não se aplica ao porte, em espécie, de valores: I – até US$ 10.000,00 (dez mil dólares dos Estados Unidos da América) ou seu equivalente em outras moedas; e II – cuja entrada no País ou saída do País seja comprovada na forma do regulamento de que trata o § 4º deste artigo.

benigna, conforme artigo 5º, inciso XL, da Constituição Federal, c/c artigo 2º do Código Penal.

Entretanto, e à parte da aguardada entrada em vigor do artigo 14 da Lei 14.286/2021, que se dará apenas em 29 de dezembro de 2022, resta saber se as alterações já em vigor elencadas nas mencionadas Resoluções têm correlação com o tipo penal ora em exame.

Paralelamente ao exposto até aqui, o Direito Administrativo Sancionador encontrou a sua justificativa no papel cada vez maior do Estado, e na necessidade de colocar parâmetros na sua atuação sancionadora. Diz respeito à proteção dos direitos individuais quando o Estado, no âmbito administrativo, exerce o poder sancionador. Ao se referir aos atos administrativos punitivos, Diogo de Figueiredo Moreira Neto conceitua-os como os que têm por objeto a aplicação de sanções impostas pela Administração Pública.[24]

Por sua vez, José dos Santos Carvalho Filho define sanção administrativa como o ato punitivo que o ordenamento jurídico prevê como resultado de uma infração administrativa, suscetível de ser aplicado por órgãos da Administração.[25]

As recentes Resoluções editadas pelo Conselho Monetário Nacional (4.841/2020 e 4.844/2020), ao elevarem consideravelmente os valores de registro ou declaração obrigatórios em quaisquer das situações em torno de moeda estrangeira e câmbio, inegavelmente produzem efeitos retroativos e extensivos às questões relativas ao porte de valores, porque refletem natureza de norma material, haja vista a previsão de penalidades em caso de seu descumprimento.

Portanto, é equivocado o entendimento de que essas normas cambiais não retroagem por se inserirem no âmbito da lei excepcional ou temporária. Com certeza, nos termos do artigo 3º do Código Penal, essas são confeccionadas para vigerem num determinado momento enquanto perdurar a excepcionalidade, na assertiva de que elas têm prazo de "validade". Ora, no caso concreto, os dispositivos da Lei 9.095 estão vigentes há 26 anos, o que formalmente desqualifica o argumento.

Ademais, acerca da retroatividade, é mandamento constitucional a aplicação da retroatividade da lei penal mais benéfica, prevista pelo seu artigo 5º, inciso XL, da Constituição Federal, e artigo 2º do Código Penal. Outrossim, seria manifesto equívoco concluir que essa retroatividade se circunscreveria apenas às leis incriminadoras, uma vez que o Direito Administrativo Sancionador é espécie do gênero Direito punitivo, como o é também o Direito Penal. Ora, ao se estabelecer a retroatividade da lei mais benéfica, quer-se evitar que pessoas sejam tratadas de maneira

24. *Curso de direito administrativo*. 16. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 177.

25. *Manual de direito administrativo*. 25. ed. rev., ampl. e atual. até a Lei 12.857/2012. São Paulo: Atlas, 2012. p. 91.

desigual por parte do Estado diante do cometimento do mesmo fato. Busca-se, assim, racionalizar a aplicação da norma ao mesmo tempo que se assegura a aplicação do princípio da igualdade (art. 5º, II, da CF).

Nesse sentido se manifestou o Ministro Luiz Fux, no julgamento do RE 600.817/MS. *In verbis*:

> "O princípio da isonomia impede que dois sujeitos sejam apenados de forma distinta apenas em razão do tempo em que o fato foi praticado, porquanto a valoração das condutas deve ser idêntica antes e depois da promulgação da lei, exceto nos casos em que a legislação superveniente seja mais gravosa. A lei, expressão da democracia e garante das liberdades individuais, não pode ter a sua incidência manietada quando se trata de favorecer os direitos fundamentais, sendo esse o caso da *novatio legis in mellius*."[26]

Some-se a isso que o princípio da retroatividade da norma mais benéfica tem assento no Direito Internacional, integrando o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (artigo 15.1) e o rol de direitos civis e políticos insertos na Declaração Americana de Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica (artigo 9º) –, dos quais o Brasil é signatário. Tratando-se de compromissos internacionais que versam sobre direitos humanos, têm eles *status* de supralegalidade.[27]

Vê-se, portanto, que o Supremo Tribunal Federal reconhece a receptividade da garantia constitucional à retroatividade da lei mais benéfica em se tratando de punibilidade, no sentido de que "para conferir o máximo de eficácia ao inciso XL do seu artigo 5º, a Constituição não se refere à lei penal como um todo unitário de normas jurídicas, mas se reporta, isto sim, a cada norma que se veicule por dispositivo embutido em qualquer diploma legal".[28]

Igualmente, o Superior Tribunal de Justiça tem consolidado o entendimento no sentido de estender o alcance da retroatividade da norma mais benéfica para o Direito Administrativo Sancionador. Nesse aspecto, exsurgem precedentes,[29] entre os quais destacamos:

---

26. STF, RE 600.817/MS, relator Ministro Ricardo Lewandowski, *DJe* 30.10.2014.
27. STF, RE 466.343/SP, relator Ministro Cezar Peluso, *DJe* 05.06.2009.
28. STF, RE 596.152, relator Ministro Ricardo Lewandowski, relator para o Acórdão Ministro Ayres Britto, *DJe* 13.02.2012.
29. STJ, REsp 1.353.267/DF, relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, relatora para acórdão Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, j. 23.02.2021, *DJe* 25.03.2021; e AgInt no MS 64.486; RESP 1.153.083; AgInt no REsp 1.602.122/RS 2016/0134361-2, relatora Ministra Regina Helena Costa, j. 07.08.2018, Primeira Turma, *DJe* 14.08.2018; RMS 37.031/SP, rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, j. 08.02.2018, *DJe* 20.02.2018; REsp 1.402.893/MG, rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, j. 11.04.2019, *DJe*

> "No caso, verifico que o acórdão recorrido adotou entendimento consolidado no STJ, segundo o qual é possível extrair do art. 5º, XL, da Constituição da República princípio implícito do Direito Sancionatório, qual seja, a lei mais benéfica retroage, pois, se até no caso de sanção penal, que é a mais grave das punições, a Lei Maior determina a retroação da lei mais benéfica, com razão é cabível a retroatividade da lei no caso de sanções menos graves, como a administrativa."[30]

Ante a previsão de sanção administrativa consistente no perdimento do dinheiro em quantia superior à permitida sem declaração à Receita Federal, é correto dizer que a persecução por ato infracional descrito em norma alfandegária se insere no âmbito do Direito Sancionador e, por coerência sistêmica, incidem sobre ela as regras e os princípios estabelecedores de limites ao *jus puniendi* estatal, entre os quais a retroatividade da lei mais benéfica, a analogia *in bonam parte*, e também os princípios da proporcionalidade, (in)ofensividade, insignificância etc.; desse modo, a proximidade ontológica entre ilícitos penais e administrativos e a estrutura punitiva do Direito Administrativo Sancionador habilitam a aplicabilidade dos princípios inerentes ao Direito Penal.

7. Perpetuação da conduta infracional na nova lei cambial

Ainda que a nova lei cambial esteja em *vacatio legis*, é certo que o tratamento dado ao fato infracional hoje tipificado no artigo 65 da Lei 9.069/1995 é o mesmo, conquanto o limite de dinheiro em espécie de porte possível pelo viajante sem declaração seja outro e bem superior ao atual câmbio de hoje, conforme se vislumbra no artigo 14 da Lei 14.286/21. Também o § 3º deste mesmo artigo prevê o perdimento do valor excedente.[31]

Certo, portanto, que o ingresso ou saída do país de valor superior ao montante estabelecido na lei deve ser precedido de declaração eletrônica ou impressa à Receita Federal, e, ante a sua omissão, incorrerá o viajante, após regular processo, na perda do valor excedente ao permitido sem a exigência da prévia declaração.

22.04.2019; RMS 65.486/RO, rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, j. 17.08.2021, *DJe* 26.08.2021; AgInt no Recurso em Mandado de Segurança no 65.486/RO (2021/0012771-8), relator Ministro Mauro Campbell Marques, j. 17.08.2021, *DJe* 26.08.2021.

30. STJ, AgInt no Recurso Especial 1.602.122/RS, relatora Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, j. 07.08.2018, *DJe* 14.08.2018.

31. [...] § 3º O descumprimento do disposto neste artigo acarretará, após o devido processo legal, o perdimento do valor excedente aos limites referidos no § 1º deste artigo em favor do Tesouro Nacional, além das sanções penais previstas na legislação específica.

Destarte, é fato que o artigo 65 da Lei 9.069/1995, ora vigente, como também o artigo 14 da Lei 14.286/21, em *vacatio legis*, não foram capazes de detalhar com a precisão necessária e devida a conduta infracional em toda a sua integralidade, e assim deixaram de solucionar importantes situações, tais como o termo final, local e momento de apresentação da declaração final do porte de valores pelo viajante. E, ante o vazio legal, surge a possibilidade de proceder à interpretação ampla ou restritiva acerca da incidência ou não dos tipos administrativo sancionador e penal, de acordo com o interesse em discussão, conforme passamos a destacar.

8. Sobre a elementar do tipo penal "sem autorização legal"

Importante questão deve ser tratada no tocante à elementar do tipo "sem autorização legal", prevista no parágrafo único do artigo 22 da Lei 7.492/1986. Isso porque a norma que a complementa, artigo 65 da Lei 9.069/95, é silente sobre ela. Ou seja, não disciplina a autorização ou fornece qualquer informação; ao passo que as normas infralegais que disciplinam esse mesmo assunto se referem apenas à declaração relativa aos valores portados pelo viajante. Ou seja, não há congruência ou simetria entre o tipo penal incriminador e as normas que o complementam.

Isso porque inexiste qualquer previsão de que a saída de moeda em espécie do país estaria condicionada à autorização prévia de quem quer que seja. O próprio nome do documento a ser preenchido pelo viajante, "Declaração de Porte de Valores", dá bem a ideia de que não se trata de um ato sujeito à aprovação ou deferimento da Administração Pública. Diante da declaração do porte de valores, a autoridade está obrigada a permitir que o cidadão saia do país com a quantia que tiver, e nesse aspecto a Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, XV, assegura, com *status* de direito fundamental, a liberdade de saída do país na posse de seus bens.[32]

É evidente que os termos "autorização" e "declaração" possuem conceitos diferentes, e não pode um ser tomado como se outro fosse, em manuseio de interpretação jurídica às avessas.

Tal como discorreu Ricardo Pieri Nunes ao se referir a Chan Kim Chang – sujeito que foi preso e morto no Brasil por tentar sair do país por portar US$ 30.550 dólares não declarados,[33] sendo franqueada, em seguida, com tapete vermelho a saída do país de outro cidadão na posse de três milhões de dólares apenas porque

32. TÓRTIMA, José Carlos. Op. cit., p. 139.

33. ARQUIVO G1: Chinês foi espancado dentro de presídio no Rio e morreu em 2003. *G1*, 04.09.2007. Disponível em: [https://g1.globo.com/Noticias/Brasil/0,,MUL98502-5598,00-ARQUIVO+G+CHINES+FOI+ESPANCADO+DENTRO+DE+PRESIDIO+NO+RIO+E+MORREU+EM.html].

declarou o porte da quantia –, a absoluta casuística, inadmissível na esfera criminal, fulmina o conteúdo axiológico da repressão, evidenciando que está a se tutelar mera função de controle, à míngua de lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico.[34]

Logo, e no âmbito penal, faz-se necessário refletir se é possível vermos a elementar "autorização" transformada em "declaração", porque por suposto se trata de conceitos diferentes. Autorização é elementar normativa do tipo e é ato discricionário e precário. Por ela, a administração consente numa atividade – ou funcionamento, ou situação de interesse exclusivo ou predominante do particular –, normalmente contida em um alvará, e esse confere direitos a alguém ou autoriza particulares a explorar determinados serviços com fins lucrativos ou vantajosos e que não contrariam o interesse público.

Assim, a elementar do tipo "autorização" serve para designar, na técnica do direito público, a classe de atos administrativos especiais, suscetíveis de várias acepções, todas elas, porém, interligadas por traço comum, que as relaciona: outorga da administração ao administrado para a prática de determinada atividade que, sem a mencionada anuência do poder público, seria proibida. Daí alguns administrativistas sustentarem que mediante autorização a administração remove obstáculo legal para facultar-lhe o exercício de atividade, de outro modo, proibida. Então, entende-se que o seu exercício não autorizado configura atividade ilícita.[35]

Celso Antônio Bandeira de Melo explica a autorização como "o ato unilateral pelo qual a administração, discricionariamente, faculta o exercício de atividade material, tendo, como regra, caráter precário. É o caso da autorização de porte de arma ou da autorização para exploração de jazida mineral".[36]

Estabelecido o significado do sentido da elementar normativa do tipo "autorização" presente no artigo 22, parágrafo único, da Lei 7.492/1986, nota-se, por outro lado, em consulta à lei que a complementa – Lei 9.069/1995 –, que esta se silencia absolutamente sobre a mencionada elementar do tipo. É por acaso a Resolução 2.524, do Banco Central do Brasil, que afirma que as pessoas físicas que

34. Leciona Juarez Tavares que "A questão da criminalização de condutas não pode ser confundida com as finalidades políticas de segurança pública, porque se insere como uma condição do Estado democrático, baseado no respeito dos direitos fundamentais e na proteção da pessoa humana. Isto quer significar que, em um Estado democrático, o bem jurídico deve constituir um limite ao exercício da política de segurança pública, reforçado pela atuação do judiciário, como órgão fiscalizador e controlador e não como agência seletiva de agentes merecedores de pena, em face da respetiva atuação do legislativo ou do Executivo" (*Teoria do injusto penal*. 4. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 215).

35. MASAGÃO, Mário. *Natureza jurídica da concessão de serviço público*. São Paulo: Saraiva, 1933. p. 8-9; e *Curso de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 1974. p. 152.

36. *Elementos de direito administrativo*. São Paulo: Ed. RT, 1980. p. 67.

entrarem ou saírem com recursos em moeda nacional ou estrangeira em montante superior a dez mil reais, ou o seu equivalente em outra moeda, deverão apresentar à unidade da Secretaria da Receita Federal que jurisdicione o local declaração relativa aos valores em espécie que estiver portando.

Pela legislação vigente é evidente que, ante a inexistência de autorização a ser concedida pelo poder público, o fato de o viajante não prestar declaração não pode ser compreendido como falta de autorização. O Executivo, ao não regulamentar ou inexigir a "autorização" descrita no artigo 22, parágrafo único, da Lei 7.492/1986, evidentemente impede a persecução administrativa e penal pelo seu descumprimento. Recorde-se que não se opera interpretação extensiva ou analogia *in malam parte* em Direito Penal ou Administrativo Sancionador próprios de um Estado Democrático de Direito.

Assim, se o fundamento fático e jurídico da tipicidade administrativa é replicado no tipo penal, ainda que respeitada a autonomia e/ou separação de instâncias, há nítida comunicação, sendo necessária a integralidade das elementares administrativas, para daí então apontar-se ou reconhecer-se a adequação típica.

9. A incidência do princípio da proporcionalidade como causa excludente da imputação do tipo penal de tentativa de evasão de divisas

Diferentemente das normas que determinam deveres e direitos definitivos, os princípios funcionam como mandados de otimização, podendo ser cumpridos em diferentes graus a depender das realidades fáticas e jurídicas, sendo essas determinadas pelos princípios e pelas normas colidentes.[37]

No que se refere ao princípio da proporcionalidade, ele se relaciona com a concepção de limitação do poder do Estado em relação aos direitos fundamentais, funcionando como um importante instrumento na proteção desses direitos constitucionalmente garantidos.[38] Logo, a proporcionalidade deve estar presente tanto no plano abstrato (cominação legal) quanto no plano concreto (aplicação das leis pelo juiz).[39]

37. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 90.
38. MIR PUIG, Santiago. El principio de proporcionalidade como fundamento constitucional de limites materiales del derecho penal. In: PUIG, Santiago Mir; JIMÉNEZ, Joan J (Dir.). *Constitución y principios del derecho penal*: algunas bases constitucionales. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010. p. 73.
39. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 57.

Por isso é correto afirmar que o princípio da proporcionalidade permite identificar normas penais incriminadoras editadas anteriormente à Constituição, e não recepcionadas por ela, como também permite que seja feito o controle de constitucionalidade das leis penais posteriores à sua promulgação, dada a ausência ou descumprimento de pelo menos um dos subprincípios inerentes à proporcionalidade, quais sejam: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.[40]

Nesse aspecto, afirma Santiago Mir Puig que:

> "as exigências de idoneidade e necessidade incluem diretamente os princípios de necessidade de pena para a proteção de bens jurídicos, subsidiariedade, *ultima ratio*, fragmentariedade e intervenção mínima. O terceiro subprincípio, de proporcionalidade em sentido estrito, tem relação com a exigência de proporção entre a gravidade do crime e a gravidade da pena."[41]

Desse modo, no âmbito penal, pode-se dizer que o princípio da proporcionalidade direciona-se sob duas frentes de controle. A primeira, quanto à verificação sobre a necessidade ou não de determinada conduta ser levada à condição de tipo penal, em consideração ao que preceitua cada um dos subprincípios da proporcionalidade. Acerca da segunda, busca-se evitar punibilidade desnecessária ou excessiva àquele que infringiu a norma. Nota-se, portanto, que o princípio da proporcionalidade é vocacionado para servir como instrumento limitador de medidas que restringem tais direitos. Logo, é correto afirmar que o exame da proporcionalidade exige que exista uma correspondência entre o meio e o fim, tendo em vista que a limitação de um direito só se justifica pela necessidade de preservar outros, mesmo que de forma indireta, verificando-se se as medidas utilizadas são adequadas, necessárias e proporcionais.

A teor da unanimidade doutrinária, o princípio da proporcionalidade subdivide-se em três subprincípios, que devem ser aplicados de maneira sucessiva e complementar, a saber: a adequação ou idoneidade, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito, que serão analisados especificamente a seguir.

O subprincípio da adequação, também chamado de idoneidade ou pertinência, estabelece que toda medida adotada pelo Estado deve ser adequada para realizar a finalidade intencionada. De acordo com Humberto Ávila, a adequação exige que

40. MACHADO, Fábio Guedes de Paula; OLIVEIRA, Daniela Fernandes de. O princípio da proporcionalidade no direito penal: controle de legitimidade e limitação da intervenção estatal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 100, n. 904, fev. 2011. p. 432.

41. El principio de proporcionalidade como fundamento constitucional de limites materiales del derecho penal. *Constitución y principios del derecho penal*: algunas bases constitucionales, cit., p. 76.

exista uma relação empírica entre o meio e o fim, de modo que o meio deve levar à realização do fim. Ou seja, o meio escolhido deve ser apto a realizar o objetivo pretendido.[42] Portanto, caso o meio escolhido não seja idôneo a atingir a finalidade pretendida, conclui-se que ele é inadequado ou impertinente.[43]

O subprincípio da necessidade, também conhecido como exigibilidade, determina que a adoção de uma medida restritiva de direito só será válida se ela for indispensável para a manutenção do direito, e somente se não puder ser substituída por outra medida também eficaz, mas menos gravosa.[44]

De acordo com o princípio da proporcionalidade, uma vez constatada a adequação e a exigibilidade de uma medida, deve-se analisar se os resultados positivos obtidos superam as desvantagens decorrentes da restrição de determinado direito. Nesse sentido, a proporcionalidade em sentido estrito demanda que exista uma ponderação entre o grau de restrição e o grau de realização do princípio contraposto.[45]

Aqui, busca-se um resultado que não seja desproporcional e que respeite os postulados constitucionais na restrição de determinados direitos para a proteção de outros.

Para isso, deve ser realizada uma ponderação dos "valores em conflito no caso em concreto, com o fim de encontrar o equilíbrio apropriado entre a eficácia de um e o sacrifício do outro, assegurando o máximo respeito aos objetivos da lei".[46]

De acordo com a dogmática alemã, o princípio da proporcionalidade decorre da ideia da proibição do excesso (*Übermassverbot*) e da proibição da proteção insuficiente (*Untermassverbot*).

No que se refere à proibição do excesso, o princípio da proporcionalidade visa impedir que o Estado, para efetivar seu dever de proteção, afete de modo desproporcional um direito fundamental. Aqui, o princípio da proporcionalidade funciona como um parâmetro de aferição da constitucionalidade das medidas restritivas de direito adotadas pelo Estado.[47]

---

42. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos, cit., p. 210.
43. MACHADO, Fábio Guedes de Paula; OLIVEIRA, Daniela Fernandes de. O princípio da proporcionalidade no direito penal: controle de legitimidade e limitação da intervenção estatal, cit., p. 434.
44. Ibidem, p. 436.
45. Ibidem, p. 436.
46. FLACH, Michael Schneider. O princípio da proporcionalidade como limite penal. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 68, jan.-abr. 2011. p. 179.
47. SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, proporcionalidade e direitos fundamentais: o Direito Penal entre a proibição do excesso e da insuficiência. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, n. 10, 2006. p. 334.

Nessa perspectiva, de acordo com Ingo Sarlet, o princípio da proporcionalidade, no plano da proibição do excesso, funciona como um importante instrumento de defesa dos direitos fundamentais, uma vez que proíbe intervenções estatais desproporcionais e excessivas.

No segundo caso, a proibição da insuficiência analisa a constitucionalidade das atuações insuficientes e das omissões estatais. Dessa forma, tem-se a insuficiência quando o poder público deixa de atuar ou toma uma medida insuficiente para proteger um direito fundamental de forma adequada, problema que o princípio da proporcionalidade também busca evitar.[48]

No que concerne aos princípios expressos e implícitos da Constituição, Luciano Feldens menciona três diversos aspectos: a) como limite material ao Direito Penal, estabelecendo proibições de incriminação; b) como fonte exclusiva do Direito Penal, significando dizer que apenas poderão ser criminalizadas as condutas que representem afronta a bens constitucionalmente relevantes; c) como fundamento normativo do Direito Penal, estabelecendo, ou não, obrigações de tutela penal.[49]

Expostas as nuances sobre o princípio da proporcionalidade, agora sobreposto ao objeto de investigação, valendo-se ainda de interpretação teleológica a partir do conteúdo normativo trazido pelas novas Resoluções do Conselho Monetário Nacional (4.841/2020 e 4.844/2020), ao elevarem consideravelmente os valores de registro ou declaração obrigatórios em quaisquer das situações em torno de moeda estrangeira e câmbio, aponta-se para a absoluta desnecessidade e desproporcionalidade de imputar-se Direito Penal aos viajantes que saiam ou busquem sair do país com quantias inferiores àquelas mencionadas nas Resoluções suprarreferidas.

10. A incidência do princípio da ofensividade como causa excludente da imputação do tipo penal de tentativa de evasão de divisas

Também a questão da inovação normativa trazida pelas Resoluções 4.841/2020 e 4.844/2020, do Conselho Monetário Nacional, permite reflexão e incidência do princípio da ofensividade.

A partir da Constituição Federal, todo o ordenamento jurídico é fundamentado em princípios e regras, dos quais alguns serão estruturantes do sistema, e deles

48. MACHADO, Fábio Guedes de Paula; OLIVEIRA, Daniela Fernandes de. O princípio da proporcionalidade no direito penal: controle de legitimidade e limitação da intervenção estatal, cit., p. 437.

49. FELDENS, Luciano. *A constituição penal*: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 38-68.

surgirão subprincípios. Esses princípios traduzem e manifestam as ideias diretivas de toda a ordem constitucional. E no que tange às inter-relações entre o Direito Constitucional e Direito Penal, dada a necessidade de obtenção de paz jurídica e harmonia para garantir o desenvolvimento social, parte-se da proteção de determinados valores e bens que, dada a sua magnitude e importância, são alçados à condição de bens jurídicos, pois levados à lei penal. Ela, a lei penal, possui vários âmbitos de alcance. No mesmo instante que a lei restringe o exercício da persecução estatal àquelas hipóteses enumeradas na lei, ela também comunica quais condutas são possíveis de lesionar os bens levados à tutela penal.

Sobre o tema, discorre Fábio Roberto D'Ávila que o princípio geral fundamental de tutela de bens jurídicos é representativo do dever do Estado em proteger valores cuja densidade impõe uma ascensão na forma de bens jurídicos, e que são oriundos do princípio constitucional de garantia, representado pela necessária ofensa e necessidade de sua tutela, e, por outro lado, no denominado.[50] *Nullum crimen, nulla poena sine necessitate* revela a obrigação de se recorrer à incriminação penal apenas quando isso seja imposto como exigência à promoção da tutela de um bem jurídico. Essa afirmativa permite a configuração de um modelo de base objetiva. Daí correto afirmar-se que o princípio da ofensividade (*nullum crimen, nulla poena sine injuria*) revela que um fato será ofensivo quando atingir bens essenciais à convivência civil. Ou, ainda, que não se pode imputar delito sem a lesão ou ao menos a colocação em perigo do específico interesse tutelado pela norma incriminadora.[51]

Entre as funções que desempenha o princípio da ofensividade, destacam-se a função crítica ou de caráter político-criminal, que orienta a escolha dos objetos de tutela segundo o modelo de bem jurídico, e a hermenêutica, orientada à interpretação constitucional, no sentido de que se deve buscar no tipo penal o conteúdo ofensivo.[52]

Em retorno à questão da evasão de divisas e sua forma tentada, descrita no artigo 22, parágrafo único, da Lei 7.492/1986, c.c. artigo 14, II, do Código Penal, valores inferiores àqueles mencionados nas Resoluções 4.841/2020 e 4.844/2020, do Conselho Monetário Nacional, tornam a conduta descrita no tipo como inofensiva, mostrando-se, portanto, como verdadeira causa excludente do tipo extrapenal.

50. MACHADO, Fábio Guedes de Paula. A leitura italiana sobre o princípio da ofensividade. In: PASCHOAL, Janaina Conceição; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge (Org.). *Livro homenagem a Miguel Reale Júnior.* Rio de Janeiro: Mundo Jurídico, 2014. p. 185.
51. MACHADO, Fábio Guedes de Paula. A leitura italiana sobre o princípio da ofensividade, cit., p. 177.
52. Idem.

11. A incidência do princípio da insignificância a justificar o afastamento da tipicidade material

Acerca da aplicação do princípio da insignificância na seara penal, o Supremo Tribunal Federal tem entendimento consolidado no sentido de que ele incide quando presentes, cumulativamente, (a) mínima ofensividade da conduta do agente, (b) nenhuma periculosidade social da ação, (c) grau reduzido de reprovabilidade do comportamento e (d) inexpressividade da lesão jurídica provocada (STF, RHC 145.447, AgR, relator Min. Luiz Fux, j. 01.09.2017, *DJe* 28.09.2017).

Ainda que grau reduzido de reprovabilidade do comportamento seja tema atinente à culpabilidade e não à tipicidade, de onde efetivamente se localiza o princípio da insignificância, é equivocado o entendimento pretoriano de qualificar os requisitos da insignificância por meio da inclusão desse requisito.

Em todo caso, é importante mencionar que a significância ou não de uma conduta descrita no tipo penal não se refere ao valor do prejuízo em tese experimentado pela vítima, ou quantificação do valor do dano experimentado. Por isso equivocado o entendimento que busca estabelecer insignificâncias em danos concretos a bens jurídicos com importe inferior a um salário-mínimo.

Paralelamente à questão penal, o Ministério da Fazenda publicou a Portaria MF 75, de 29.03.2012, na qual determinou, em seu art. 1º, inciso II, "o não ajuizamento de execuções fiscais de débitos com a Fazenda Nacional, cujo valor consolidado seja igual ou inferior a R$ 20.000,00 (vinte mil reais)".

Valendo-se da manifestação estatal de não cobrar créditos até determinados valores, o critério central e jurisprudencial que orienta o reconhecimento do princípio da insignificância no âmbito do Direito Penal Tributário e também no Previdenciário, assim como no crime de descaminho, reside no valor mínimo exigido para que se proceda ao ajuizamento da execução fiscal (STJ, REsp 573.398, rel. Min. Felix Fischer, j. 02.09.2004; REsp 633.657/RJ, rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, j. 04.11.2004, *DJe* 06.12.2004).

Mais recentemente, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, ao examinar o *Habeas Corpus* 535063/SP (*DJe* 25.08.2020), de relatoria do Ministro Sebastião Reis Júnior, estendeu ao âmbito estadual o entendimento firmado no Tema 157 dos recursos repetitivos – de que incide o princípio da insignificância nos crimes tributários federais e de descaminho quando o valor dos tributos não recolhidos não ultrapasse o limite de R$ 20 mil, e com isso determinou o trancamento da Ação Penal.

Ora, se, na hipótese de não recolhimento fraudulento de tributos devidos até o valor de R$ 20.000,00, nega-se a aplicação do Direito Penal sob o argumento da incidência do princípio da insignificância, pois a questão não atingiu estatura a

justificar a persecução criminal, com mais razão é de se aplicar a insignificância em questões inerentes à evasão de divisas e sua forma tentada, ainda a se considerar que sobre o tema sequer há a incidência de tributo. Ou seja, se sequer inexiste prejuízo ao erário, com maior razão há de se reconhecer a incidência do princípio da insignificância quando viajantes portarem valores não declarados e a menor do teto apontado nas Resoluções do Banco Central, quando autuados pela fiscalização.

Ainda que, aparentemente, estejamos diante de quantias elevadas, conforme disposto na Resolução CMN 4.844/2020, ao se referir a R$ 100.000,00, e Resolução CMN 4841/2020, ao se referir a US$ 1.000.000, tem-se que valores inferiores a essas quantias tornam condutas de porte desses valores como insignificantes, por não afetarem a política cambial brasileira.[53]

12. Conclusão

As mudanças normativas veiculadas pelas Resoluções CMN 4.844/2020 e CMN 4841/2020, conjuntamente com as novas diretrizes trazidas pela lei cambial 14.286/2021, permitem a extensão de seus efeitos ao Direito Penal, particularmente no que se refere ao delito de evasão de divisas e sua forma tentada, disposto no artigo 22, parágrafo único, da Lei 7.492/1986, c/c artigo 14 do Código Penal.

Isso porque Direito Penal e Direito Administrativo Sancionador ontologicamente possuem a mesma *ratio essendi* e simbolizam a intervenção estatal nas relações privadas.

Portanto, à medida que a legislação não penal, porém, de natureza sancionadora, atenua ou relativiza a intervenção estatal, ampliando o rol de liberdades do cidadão, imediatamente seus efeitos estendem-se à esfera penal, e com mais razão quando se estabelecer relação básica de existência e comunicação entre os tipos penal e administrativo sancionador.

À medida que a normatização administrativa reduz o *jus puniendi* estatal, ao estender-se e alcançar o âmbito penal, exalta a incidência dos princípios da proporcionalidade, ofensividade e insignificância.

Com manifesto acerto o julgamento proferido pela Suprema Corte brasileira ao reconhecer a incidência desses princípios na questão do delito de evasão de divisas e, consequentemente, determinar o trancamento do processo penal.

53. No mesmo sentido: REBOUÇAS, Sérgio. Evasão de divisas e retroatividade da Resolução 4.844/2020 do CMN. *ConJur*, 17.08.2020. Disponível em: [www.conjur.com.br/2020-ago-17/opiniao-evasao-divisasretroatividade-resolucao-cmn#_ftn1]. Acesso em: 29.11.2021.

13. Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho. *Direito penal econômico:* leis penais especiais. In: SOUZA, Luciano Anderson de; ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho (Coord.). São Paulo: Ed. RT, 2019. v. 1.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

BATISTA, Nilo. Consumação e tentativa no crime de evasão de divisas. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão (Org.). *Estudos criminais em homenagem a Evandro Lins e Silva (criminalista do século)*. São Paulo: Método, 2001.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 25. ed. rev., ampl. e atual. até a Lei n. 12.857/2012. São Paulo: Atlas, 2012.

COSTA JÚNIOR, Paulo José; QUEIJO, Maria Elizabeth; MACHADO, Charles Marcildes. *Crimes do colarinho branco.* São Paulo: Saraiva, 2000.

FELDENS, Luciano. *A constituição penal*: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FELDENS, Luciano; SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O crime de evasão de divisas*. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2006.

FLACH, Michael Schneider. O princípio da proporcionalidade como limite penal. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 68, p. 157-186, jan.-abr. 2011.

FORNAZARI JÚNIOR, Milton. Aspectos atuais do crime de evasão de divisas. *Revista Criminal – Ensaios sobre a atividade policial,* São Paulo, v. 01, p. 101--112, out.-dez. 2007.

FORTUNA, Eduardo. *Mercado financeiro*: produtos e serviços. 20. ed. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2015.

GERSTLER, Daniel. Evasão de divisas como crime antecedente da lavagem de dinheiro: um estudo sob a perspectiva do bem jurídico tutelado pelo art. 22, *caput*, da Lei 7.492/1986, em face da nova sistemática regulatória do mercado cambial brasileiro, introduzida pela Carta Circular/Bacen 3.280/05. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 23, n. 115, p. 369-392, jul.-ago. 2015.

LOPES, Fernando dos Santos. O equilíbrio no balanço de pagamentos como bem jurídico protegido no delito de evasão de divisas e a inevitável constatação da *abolitio criminis* desse delito. *Boletim do IBCCRIM*, São Paulo, v. 20, n. 231, p. 13-15, fev. 2012.

MACHADO, Fábio Guedes de Paula. A leitura italiana sobre o princípio da ofensividade. In: PASCHOAL, Janaina Conceição; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge (Org.). *Livro homenagem a Miguel Reale Júnior*. Rio de Janeiro: Mundo Jurídico, 2014.

MACHADO, Fábio Guedes de Paula; OLIVEIRA, Daniela Fernandes de. O princípio da proporcionalidade no direito penal: controle de legitimidade e limitação da intervenção estatal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 100, n. 904, p. 431-450, fev. 2011.

MAIA, Rodolfo Tigre. *Dos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional*: anotações à Lei federal 7.492/86. São Paulo: Malheiros, 1999.

MARANHÃO, Douglas Bonaldi. Direito penal econômico e o bem jurídico protegido através do crime de evasão de divisas. Direito Penal Econômico e Crime Organizado. *Revista de Ciências Penais*, São Paulo, n. 14, p. 229-253, 2011.

MASAGÃO, Mário. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 1974.

MASAGÃO, Mário. Natureza jurídica da concessão de serviço público. São Paulo: Saraiva, 1933.

MASI, Carlos Velho. *O crime de evasão de divisas na era da globalização*. Porto Alegre: Pradense, 2013.

MELO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de direito administrativo*. São Paulo: RT, 1980.

MIR PUIG, Santiago. El principio de proporcionalidade como fundamento constitucional de limites materiales del derecho penal. In: PUIG, Santiago Mir; JIMÉNEZ, Joan J (Dir.). Queralt *Constitución y principios del derecho penal*: algunas bases constitucionales. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 16. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NUNES, Ricardo Pieri. Evasão de divisas? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 14, n. 62, p. 134-177, set.-out. 2006.

PIMENTEL, Manoel Pedro. *Crimes contra o sistema financeiro nacional*: comentários à Lei 7.492/86. São Paulo: Ed. RT, 1987.

REBOUÇAS, Sérgio. Evasão de divisas e retroatividade da Resolução 4.844/2020 do CMN. *ConJur*, 17.08.2020. Disponível em: [www.conjur.com.br/2020-ago-17/opiniao-evasao-divisasretroatividade-resolucao-cmn#_ftn1]. Acesso em: 29.11.2021.

SCHMIDT, Andrei Zenkner; FELDENS, Luciano. A associação entre o ilícito administrativo e o ilícito penal no exemplo do crime de evasão de divisas. In: PAULA, Marco Aurélio Borges de; MAGRINI, Raquel de Paula (Coord.). *Estudos de Direito Público*. Campo Grande: CEPEJUS, 2009.

SCHMIDT, Andrei Zenkner; FELDENS, Luciano. *O crime de evasão de divisas*: a tutela penal do sistema financeiro nacional na perspectiva da política cambial brasileira. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SCHMIDT, Andrei Zenkner; FELDENS, Luciano. O delito de evasão de divisas 20 anos depois: sua redefinição típica em face das modificações da política cambial brasileira. *Revista Opinião Jurídica*, [s.l.], n. 8, p. 11-44, 2006. Disponível em: [https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/viewFile/2002/598]. Acesso em: 03.03.2022.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal econômico como direito penal de perigo*. São Paulo: RT, 2006.

SOUZA, Luciano Anderson de. In: SOUZA, Luciano Anderson de; ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho (Coord.). *Direito penal econômico:* leis penais especiais. São Paulo: Ed. RT, 2019. v. 1.

TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal.* 4. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

TÓRTIMA, José Carlos. *Evasão de divisas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Área do Direito: Penal

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- Análise sobre a (i)legitimidade do crime de evasão de divisas no cenário atual brasileiro, de Laudenor Pereira Neto – *RDPec* 10/169-186;
- Crime de evasão de divisas e suas formas típicas, de Miguel Reale Jr. – *RDPec* 2/187-202;
- Evasão de divisas como crime antecedente da lavagem de dinheiro: Um estudo sob a perspectiva do bem jurídico tutelado pelo art. 22, caput, da Lei 7.492/1986, em face da nova sistemática regulatória do mercado cambial brasileiro, introduzida pela Carta Circular/Bacen 3.280/05, de Daniel Gerstler – *RBCCrim* 115/369-392; e
- O resultado como fundamento do injusto penal, de Tiago Joffily – *RBCCrim* 119/17-47.

Veja também Jurisprudência relacionada ao tema

- TRF-3ª Reg., ApCiv 5011863-07.2022.4.03.6100, j. 28.02.2024, *DJe* 11.03.2024; e
- TRF-4ª Reg., ApCrim 5017360-64.2017.4.04.7000, j. 25.08.2020, *DJFe* 26.08.2020.

Precedentes internacionais: a sujeição de civis, em tempo de paz, à jurisdição militar

International previous: the subjection of civilians, in peace time, to military jurisdiction

Mauro Machado Guedes[1]
Centro Universitário de Brasília, CEUB, Brasil.
Email: mauro.guedes@sempreceub.com

Bruno Tadeu Buonicore[2]
Centro Universitário de Brasília, CEUB, Brasil.
E-mail: bruno.buonicore@gmail.com

Recebido em: 22.02.2022
Aprovado em: 20.07.2023
Última versão dos autores: 23.01.2024

DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.12628202].

1. Mestre em Direito e Políticas Públicas – UNICEUB (atual). Graduação em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (2010) e Graduação em Ciências Sociais – UERJ (2007). Especialização em Direito da Administração Pública – Universidade Federal Fluminense (2013). Curso de Formação em Delegado de Polícia Civil do DF – ESPCDF (2016) e Progressão na Carreira (2019).
Currículo Lattes: [http://lattes.cnpq.br/4841904176557016].
ORCID: [https://orcid.org/0000-0003-2368-6239].
E-mail: mauro.guedes@sempreceub.com
2. Doutor em Direito Penal pela Universidade de Frankfurt – *summa cum laude*. Professor Titular (Graduação, Mestrado e Doutorado) no Centro Universitário de Brasília – CEUB. Advogado. Ex-Assessor de Ministro do STF.
Lattes: [http://lattes.cnpq.br/7711285073938421].
ORCID: [https://orcid.org/0000-0002-0536-268X].
E-mail: bruno.buonicore@gmail.com

Áreas do Direito: Militar; Processual; Internacional

Resumo: A sujeição de civis, em tempos de paz, à jurisdição militar, é assunto que transpassa as fronteiras nacionais. Todos os Estados que optaram por monopolizar o uso legítimo da força por meio de forças armadas e, consequentemente, instituir um sistema de justiça especializado para assegurar a higidez operacional dessas tropas, viram-se (ou ainda se veem) diante desta problemática: eventualmente, indivíduos alheios à sistemática de hierarquia e disciplina (civis) acabam sendo submetidos ao específico jugo dessa aflição estatal. A jurisprudência internacional sobre o tema é vasta. Os aportes dogmáticos contemporâneos de Diálogo das Cortes, Controle de Convencionalidade e Constitucionalismo Cosmopolita conferem um novo colorido a esse arcabouço de decisões judiciais, máxime a orientar o rumo das políticas públicas penais-militares brasileiras sobre o tema. A hipótese do presente artigo é a de que, alteradas as circunstâncias fáticas subjacentes ao cenário brasileiro, não mais se justifica juridicamente a sujeição de civis à Justiça Militar. O método utilizado é o analítico-dedutivo, por intermédio de pesquisa de normas, jurisprudência e doutrina.

Palavras-chave: Precedentes das Cortes Internacionais de Diretos Humanos – Constitucionalismo cosmopolita – Direito penal e processual penal militar – Crime militar e competência – Sujeição de civis – Justiça Militar – Inviabilidade fático-jurídica contemporânea.

Abstract: The subjection of civilians, in peacetime, to military jurisdiction, is a matter that crossnational borders. All states that have chosen to monopolize the legitimate use of force through armed forces and, consequently, establish a specialized justice system to ensure the operational hygiene of these troops, have found themselves (or still see themselves) in the face of this problem: eventually, individuals unrelated to (civilian) to the systematic hierarchy and discipline end up being subjected to the specific yoke of this state affliction. International jurisprudence on the subject is vast. The contemporary dogmatic contributions of Dialogue of the Courts, Conventionality Control and Cosmopolitan Constitutionalism give a new color to this framework of judicial decisions, a move to guide the direction of Brazilian criminal-military public policies on the subject. The hypothesis of this article is that, once the factual circumstances underlying the Brazilian scenario have changed, the subjection of civilians to military justice is no longer legally justified. The method used is analytical-deductive, through research of norms, jurisprudence and doctrine.

Keywords: Precedents of the International Courts of Human Rights – Cosmopolitan Constitutionalism – Criminal Law and Military Criminal Procedure – Military Crime and Competence – Subjection of Civilians – Military Justice – Contemporary factual and legal infeasibility.

Sumário: 1. As razões de ser de uma tendência global de diálogo de fontes e cortes: o aporte do constitucionalismo contemporâneo na realidade brasileira. 2. Os precedentes internacionais sobre a sujeição dos civis, em tempos de paz, à justiça militar: uma tendência internacional a ser seguida pelo Brasil. 3. Considerações finais. 4. Referências. 5. Endereços eletrônicos. 6. Anexos.

"*Compreender que há outros pontos de vista é o início da sabedoria.*"

Thomas W. Campbell

1. As razões de ser de uma tendência global de diálogo de fontes e cortes: o aporte do constitucionalismo contemporâneo na realidade brasileira

No passado, a controvérsia sobre as conexões entre o direito interno e o internacional se baseava em vetusto antagonismo doutrinário: de um lado, os dualistas, que compreendem as duas ordens jurídicas como esferas autônomas; de outro, os monistas, cuja concepção é que ambas engendrariam único ordenamento jurídico[3]. Ocorre que o cenário contemporâneo de complexidades[4] já não mais se harmoniza com esse pensamento bipolar e, por isso, mesmo perfunctório. O atual estudo acadêmico se propõe a tratar de um tema que gravita em torno dessa intricada mutualidade entre o Direito Constitucional e o Direito Internacional: a jurisprudência internacional sobre o julgamento de civis, em tempos de paz, pela justiça militar e a exigência de acolhimento de uma exegese constitucional aberta aos influxos comparados (Constitucionalismo Cosmopolita)[5].

A visão ora adotada é, portanto, comparativa: buscou-se perquirir, por meio de metodologia analítico-dedutiva, as normas, a jurisprudência e a doutrina que apresentam definições sobre a (im)possibilidade jurídica de que indivíduos sem vínculo especial de subordinação com o Estado-militar (civis), possam ser submetidos, em tempo de paz, ao julgamento pela respectiva Justiça especializada.

Não se ignora o fato de que, na quadra histórica hodierna, têm surgido questões que interessam, simultaneamente, aos direitos interno e internacional. Uma mesma situação pode ser submetida à ponderação por cortes alienígenas e por tribunais nacionais, com decisões contraditórias. No Brasil, isso ocorreu no equacionamento da validade da Lei de Anistia aos agentes públicos que praticavam graves violações aos direitos humanos ao longo do regime militar. O Supremo Tribunal Federal (STF) chancelou a norma, ao argumento de inalterabilidade de texto normativo pelo Judiciário[6], ao passo que a Corte Interamericana de Direitos Humanos

3. MELLO, Celso de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. v. 1. p. 121.
4. BOGDANDY, Armin Von. *Configurar las relaciones entre El Derecho Constitucional y El Derecho Internacional Público*. Disponível em: [www.biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3019/11.pdf]. Acesso em: 05.12.2021.
5. Trata-se de um estágio atual de evolução do Constitucionalismo, também conhecido como Transconstitucionalismo, consistente em intercambiar normas e precedentes internacionais, para o enfrentamento de complexas questões jurídicas além-fronteiras, conforme CARVALHO, Alexandre Douglas Zaidan de. Transconstitucionalismo ou cosmopolitismo: perspectivas para uma semântica dialógica no constitucionalismo contemporâneo. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 46, Universidade de Brasília, 2015, p. 14.
6. ADPF 153, Min. Rel. Eros Grau, *DJe* 29.04.2010. "No Estado Democrático de Direito, o Poder Judiciário não está autorizado a alterar, a dar outra redação, diversa da nele

(CIDH) a considerou ilegítima, especialmente por ter a Lei da Anistia impedido a investigação, o julgamento e a punição de graves crimes cometidos sob a responsabilidade do Estado brasileiro[7]. Ocorre que, para além de divagações jusfilosóficas, interessa aqui analisar até que ponto dissonâncias desse jaez repercutem praticamente na vida das pessoas, especialmente aquelas submetidas a um julgamento penal-militar, ainda que não ostente tal condição funcional.

Aquela ideia preconcebida de que a supremacia constitucional, como manifestação da norma superior de uma comunidade política, capaz de conferir, no âmbito interno, a hierarquia e força que melhor lhe aprouver às normas internacionais, vem cedendo espaço para a noção de superioridade desses preceitos globais sobre as constituições nacionais. É que o artigo 27 da Convenção de Viena[8] sobre o Direito dos Tratados proíbe qualquer invocação de direito interno como escusa para o descumprimento de tratado internacional, e a jurisdição internacional tem aplicado esse dispositivo, inclusive diante de normas constitucionais[9]. Trata-se de uma tendência global de diálogos de fontes e cortes, que também se manifesta vigorosamente no Brasil[10].

O mundo de hoje exige uma atuação sinérgica entre o Direito Constitucional e o Direito Internacional, de reforço mútuo na promoção de valores humanitários que se apresentam não só nas constituições democráticas, como também no ordenamento jurídico internacional de direitos humanos. A Carta Política de 1988, assim como outras normas fundamentais populares, recebeu influências relevantes do Direito Internacional[11], adotando a maior parte dos direitos previstos nos tratados de direitos humanos. São consagradas, ainda, no Brasil e fora dele, cláusulas constitucionais de abertura[12] que, antes de serem meras benfeitorias voluptuárias, servem como autênticas balizas de interpretação e aplicação do direito.

---

contemplada, a texto normativo. Pode, a partir dele, produzir distintas normas. Mas nem mesmo o Supremo Tribunal Federal está autorizado a reescrever leis de anistia".

7. Caso *Gomes Lund "Guerrilha do Araguaia" X Brasil* (2010).
8. Incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto 7.030/2009.
9. Veja-se, a propósito, a decisão da CIDH prolatada no Caso *Olmedo Bustos e outros X Chile* (2001), que condenou esse Estado Nacional por violar a Convenção Interamericana, censurando o filme "A última tentação de Cristo". A censura prévia de filmes, vedada pela Convenção, é expressamente prevista pela Constituição chilena.
10. JACKSON, Vicki C. *Constitutional Engagement in a Transnational Era*. Oxford: Oxford University Press, 2010.
11. CHANG, Wen-Chen e YEH, Jiunn-Rong. Internalization of Constitutional Law. In: ROSENFELD, Michel e SAJÓ, Andras (Ed.). *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 1167-1168.
12. Cf. Constituição da República Federativa do Brasil (1988), art. 5º, §§ 2º e 3º.

Assim, se o bloco de constitucionalidade é o conjunto de normas ao qual se reconhece a hierarquia suprema em um determinado ordenamento jurídico, essas normas, ainda que não previstas expressamente no documento constitucional, devem ser tomadas como parâmetro para o exercício do controle de constitucionalidade. Aplica-se tal raciocínio, por exemplo, na França[13], Argentina[14], Venezuela e Áustria[15]. No Brasil, o argumento doutrinário para alçar os tratados sobre direitos humanos à hierarquia constitucional é de natureza substantiva: esse status supremo serviria para proteger com máxima eficácia os direitos humanos previstos nos tratados, confluindo com o espírito libertário da Constituição de 1988 e com a tendência mundial de compreender tais direitos como limites à atuação estatal, especialmente após a Segunda Guerra Mundial.

Não foi esse o entendimento que prevaleceu no âmbito do STF, todavia. Em um primeiro momento, ao julgar a validade da prisão civil do depositário infiel – autorizada pela Constituição Federal de 1988, mas vedada pela Convenção Interamericana de Direitos Humanos – afirmou o Excelso Pretório que os tratados internacionais sobre direitos humanos teriam a simples hierarquia de lei[16], aplicando-se-lhes os critérios cronológicos ou da especialidade para a solução de antinomias, mas nunca o da hierarquia. Seguiu-se, pois, a orientação firmada num precedente mais antigo[17]. A ideia era de que atribuir uma hierarquia normativa

13. O preâmbulo da atual Constituição Francesa (1958) apresenta a seguinte redação, de evidente abertura: "O povo francês proclama solenemente a sua adesão aos direitos humanos e aos princípios da soberania nacional como tal como foram definidos pela Declaração de 1789, confirmada e completada pela Preâmbulo da Constituição de 1946, assim como aos direitos e deveres definidos na Carta do Meio Ambiente de 2003."
14. O art. 75, inciso XXII, da Constituição Argentina enumera expressamente os tratados e declarações de direitos que possuem hierarquia constitucional naquela país: Declaração Universal de Direitos humanos, Convenção Americana de Direitos humanos, entre outros.
15. A Constituição austríaca conferiu hierarquia constitucional à Convenção Europeia de Direitos Humanos e aos seus protocolos adicionais, cf. SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais, Constituição e direito internacional: diálogos e fricções. In: PIOVESAN, Flávia e SOARES, Inês Virgínia Prado (Coord.). *Impacto das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos na Jurisprudência do STF*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 312.
16. HC 72.131/RJ, rel. Min. Moreira Alves, *DJe* 22.11.1995: "Inexiste, na perspectiva do modelo constitucional vigente no Brasil, qualquer precedência ou primazia hierárquico-normativa dos tratados ou convenções internacionais sobre o direito positivo interno, sobretudo em face das cláusulas inscritas na Constituição da República."
17. RE 80.004/SE, rel. Min. Cunha Peixoto, *DJe* 01.06.1977. Tratava o caso de conflito entre a legislação interna e a Convenção de Genebra – Lei Uniforme sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias. Na ocasião, o STF, revendo posição anterior que dava primazia aos

superior aos tratados internacionais sobre direitos humanos transfiguraria a Constituição Federal de 1988, de rígida a flexível, com todos os riscos de popularismos legislativos daí decorrentes.

Essa noção foi superada com a Emenda Constitucional nº 45/2004, que inseriu no art. 5º o indigitado § 3º, *verbis*:

> "§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais."

Assim, não restam dúvidas quanto à natureza jurídica dos tratados internalizados por meio desse procedimento: integram a Constituição, compondo o Bloco de Constitucionalidade. Em caso de conflito (tratado assim incorporado *versus* preceito constitucional), deve prevalecer a norma mais favorável ao titular do direito. Como decorrência, nossa pauta de direitos fundamentais foi objeto de relevantíssimos aportes, especificamente quanto aos direitos das pessoas com deficiência[18]. Posteriormente a esse novo marco constitucional, o STF revisitou o tema da validade da prisão civil do depositário infiel, vindo a alterar o seu entendimento, com a atribuição de hierarquia supralegal, mas infraconstitucional aos tratados de direitos humanos não incorporados pela forma estabelecida pela Emenda Constitucional (EC) 45/2004[19]. Prevalecem sobre a legislação interna, mas não integram o bloco de constitucionalidade, seguindo padrões de raciocínio jurídico internacionalmente estabelecidos[20]. Em julgados subsequentes, essa nova orientação se consolidou.

Com efeito, a tese da hierarquia legal dos tratados em questão, que antes prevalecia no STF, não estava em harmonia com a valorização dos direitos humanos que se extrai da Constituição. Não lhes proporcionava proteção suficiente, por deixá-los excessivamente à vontade do legislador ordinário, justamente como ocorre com o art. 124 da Constituição Federal de 1988, que confere ao alvedrio legislativo a incumbência de definir crime militar e, por consequência, a competência jurisdicional da justiça castrense, inclusive sobre jurisdicionados civis. E também não era

---

tratados sobre a legislação infraconstitucional, afirmou a paridade hierárquica entre tais esferas normativas, resolvendo a questão em favor da lei nacional, por ter sido editada posteriormente.

18. Atos aprovados na forma desse parágrafo: DLG 186/2008, Dec. 6.949/2009, DLG 261/2015 e Dec. 9.522/2018 (Convenção de Nova Iorque e Tratado de Marraqueche).
19. RE 466.343/SP, rel. Min. Cezar Peluso, *DJe* 03.12.2008.
20. Cf. Art. 25 da Lei Fundamental de Bonn e art. 55 da Constituição francesa.

compatível com a crescente e próspera abertura do constitucionalismo aos influxos do direito internacional.

Com esse importante avanço, abriu-se a possibilidade de exercício do chamado controle de convencionalidade das leis[21], em concreto, pelos juízes e tribunais brasileiros, com a aplicação do critério hierárquico para a solução de antinomias. A via é de mão dupla: de um lado, ocorre o controle destrutivo de convencionalidade, consistente em invalidar as normas internas contrárias aos tratados internacionais de direitos humanos; de outro, o controle é construtivo, com o ajuste da legislação interna à normativa internacional, pela trilha hermenêutica[22].

A partir dessas considerações iniciais, resta mais nítida a compreensão de que, na área dos direitos fundamentais, como é o caso do presente estudo, um provincianismo constitucional prejudicaria, acima de tudo, o cidadão. Por isso, empreender um genuíno esforço de harmonização entre os blocos normativos nacional e internacionais, consolidando os diálogos entre fontes e cortes no campo hermenêutico, antes de significar mais um devaneio academicista sem qualquer relevância factual, pode se apresentar como alternativa idônea para retirar dos ombros de indivíduos civis o abafadiço fardo da jurisdição penal militar.

2. Os precedentes internacionais sobre a sujeição dos civis, em tempos de paz, à justiça militar: uma tendência internacional a ser seguida pelo Brasil

Os últimos anos foram marcados por um manifesto espessamento normativo e institucional dos direitos humanos. Antes da Segunda Guerra Mundial, os marcos regulatórios eram insuficientes, uma vez que os Estados limitavam suas obrigações internacionais apenas a declarações de intenções e a um reduzido número de tratados e convenções, concluídos casuisticamente, com base somente na proeminência de questões estritamente particulares, sem que houvesse estruturas institucionais aptas a promover a efetividade dessas normas[23].

21. Para o estudo pioneiro do tema no Brasil, v. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Controle jurisdicional de convencionalidade das leis*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. Para um estudo no direito comparado latino-americano, v. MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Coord.). *Controle de convencionalidade:* um panorama latino-americano (Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai). Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.
22. SAGÜES, Nestor Pedro. *Perspectivas atuales del control de convencionalidad desde el caso argentino*. Disponível em: [www.corteidh.or.cr/index.php/en/cout-today/galeria-multi-media]. Acesso em: 01.12.2021.
23. Cf. BERNARDI, Bruno Boti. Justiça de Transição e as leis de anistia na Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: PIOVESAN, Flávia e SOARES, Inês Virgínia Prado (Coord.).

O ponto de virada foi o ano de 1948, quando promulgada a Declaração Universal dos Direitos Humanos, ocasião em que se assistiu à criação e à expansão de um regime internacional de direitos humanos, com a criação gradativa de mecanismos de monitoramento das práticas estatais. Em resposta às atrocidades nazistas e comunistas e aos horrores do holocausto, emergiu um modelo de proteção e promoção dos direitos humanos, cuja meta era prevenir, reparar e responsabilizar o abuso de poder pela Estado contra seus cidadãos[24]. A soberania estatal foi relativizada pela possibilidade de interferências externas, conforme Beitz[25]:

> "Normas constitutivas de uma prática global cujo objetivo é proteger indivíduos contra ameaças aos seus mais importantes interesses que se originem dos atos e omissões de seus governos (incluindo falhas para regular a conduta de outros agentes). A prática procura alcançar esse objetivo ao levar esses aspectos da conduta doméstica dos governos para dentro do escopo da preocupação internacional legítima."

No âmbito específico das Américas, a Organização dos Estados Americanos (OEA) foi palco para o surgimento e o desenvolvimento de um complexo sistema regional de direitos humanos, em 1959. A baixa projeção política inicial foi substituída por uma atuação notável, nas décadas de 1970 e 1980, quando graves violações de direitos humanos foram cometidas na América Latina, como resultado das políticas de repressão de governos autoritários. Essa fisionomia própria, erigida em contraste com o sistema europeu de direitos humanos (que durante muito tempo se deparou essencialmente com abusos de menor gravidade, cometidos por Estados Democráticos de Direito, os quais não atentavam contra as vidas ou integridades físicas de seus cidadãos), foi capaz de definir caminhos jurídicos e mesmo uma jurisprudência internacional especialmente adaptada.

Nesse ponto, merece destaque a declaração da Comissão Interamericana de Direitos Humanos que, instada por Argentina e Uruguai a se manifestar sobre a competência da Corte Interamericana (CIDH) para decidir a respeito das leis domésticas dos Estados, emitiu, em 1993, uma Opinião Consultiva favorável à confirmação da prerrogativa da CIDH, sem que tivessem ocorrido quaisquer excessos quando dos seus pronunciamentos sobre as legislações de anistia dos países[26].

Impacto das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos na Jurisprudência do STF. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 413.

24. Cf. LIMA, Raquel da Cruz. A emergência da responsabilidade criminal individual no Sistema Interamericano de Direitos Humanos. *Revista Lua Nova*, n. 86, 2012, p. 187-219.
25. BEITZ, Charles R. *The Idea of Human Rights*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2009. p. 197.
26. Opinião Consultiva 13/1993, da Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

Esse foi um marco histórico-jurídico muito relevante, a partir do qual os precedentes da CIDH passaram a ser invocados diante de violações pelos Estados, escamoteadas por legislações internas que viessem a lhes respaldar superficialmente.

Assim, desde o final dos anos 1980, a Comissão e a Corte Interamericanas têm consolidado uma vasta jurisprudência a respeito do tema – inaplicabilidade da jurisdição castrense a civis – que tem servido de referência até mesmo para os sistemas europeus e africano de direitos humanos, ademais da sua contribuição para a formulação dos Princípios de Joinet[27].

No caso *Loayza Tamayo X Peru* (1997), os fatos se contextualizam em um momento no qual existia prática generalizada de tratamento cruel, desumano e degradante em decorrência de investigações criminais pela suposta prática de crimes de traição e terrorismo. Em 06 de fevereiro de 1993, María Elena Loayza Tamayo, professora universitária, foi detida por membros da Divisão Nacional contra o Terrorismo (DINCOTE) em um prédio localizado no distrito de Los Olivos, na cidade de Lima. A prisão ocorreu com base em sua hipotética colaboração com o grupo armado Sendero Luminoso.

A presa foi levada ao centro DINCOTE, onde foi mantida incomunicável e não pôde entrar com um recurso judicial para contestar sua detenção. Depois de ter sido vexatoriamente exposta como terrorista pela mídia, vestindo um terno listrado, foi processada e posteriormente absolvida pelo crime de traição.

O parâmetro firmado pela CIDH foi inequívoco ao reconhecer a incompetência da justiça militar para dizer o direito aplicável ao caso concreto[28]:

> "61. (...) [A] jurisdição militar do Peru violou o artigo 8.1 da Convenção, no que diz respeito à exigência de um juiz competente. Com efeito, ao proferir a sentença de absolvição definitiva do delito de traição contra o país de que foi acusada a senhora María Elena Loayza Tamayo, a jurisdição militar carece de competência para mantê-la detida e menos ainda para depor, na sentença definitiva absolvição, que 'havendo indícios da prática do crime de terrorismo, providencie o encaminhamento das ações pertinentes ao Direito Comum e a disponibilização da referida denúncia à autoridade competente'. Com esta conduta os tribunais

27. Os órgãos da ONU começaram a adotar os mesmos parâmetros da CIDH nos anos seguintes, e o informe final de Louis Joinet, especialista independente designado pela Comissão de Direitos Humanos, incorporou os critérios da Comissão Interamericana, cf. MORALES, Felipe González. *Las transformaciones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos durante los Processos de Democratización de los Estados Partes*. Tese de Doutorado (Estudios Avanzados en Derechos Humanos). Getafe, Universidad Carlos III de Madrid, 2012. p. 273.

28. Disponível em: [www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=311]. Acesso em: 12.11.2021.

> militares atuam ultra vires usurparam jurisdição e invadiram os poderes dos órgãos judiciais ordinários (...). Por outro lado, (...) [as] autoridades judiciárias comuns eram as únicas que tinham o poder de ordenar a prisão e a prisão preventiva dos acusados."

Já no caso *Castillo Petruzzi e outros X Peru* (1999), o julgamento e a condenação à prisão perpétua de quatro cidadãos chilenos pelo crime de traição à pátria, previsto na legislação peruana como um tipo penal de terrorismo qualificado. A Corte IDH considerou que, durante a década de 1980 e até final de 2000, o Peru viveu um conflito entre grupos armados e agentes das forças policiais e militares. Este conflito se agravou com a prática sistemática de violações a direitos humanos, entre as quais execuções extrajudiciais e desaparecimentos forçados de pessoas suspeitas de pertencerem a grupos políticos opositores à hegemonia política estabelecida. Tais práticas teriam sido praticadas por agentes estatais e ordenadas por autoridades militares e policiais.

A CIDH decidiu, ainda, que o julgamento e condenação das vítimas na jurisdição militar, por um tribunal "sem rosto", e as imprecisões na definição dos tipos penais de terrorismo e traição à pátria pelos quais foram condenadas, afetaram a sua situação jurídica quanto à sanção aplicável, ao tribunal competente e ao procedimento correspondente, constituindo, portanto, violações ao direito de defesa e ao princípio da estrita legalidade penal[29].

No episódio *Cesti-Hurtado X Peru* (1999), os fatos tiveram início em 23 de dezembro de 1996, quando a Câmara de Guerra do Conselho Supremo de Justiça Militar decidiu abrir uma investigação, entre outros suspeitos, contra o Gustavo Cesti-Hurtado, pelos crimes de desobediência ao dever e à dignidade de a função, negligência e fraude. Ocorre que Cesti-Hurtado se aposentou do Exército, em 1984.

Não obstante, em 28 de fevereiro de 1997, foi detido e encaminhado a um presídio militar. Ele foi condenado, em 14 de abril do mesmo ano, a uma pena de prisão de sete anos. A Câmara de Revisão do Conselho Supremo de Justiça Militar modificou a pena, reduzindo-a para quatro anos. Cesti-Hurtado interpôs internamente uma série de recursos judiciais questionando a detenção, tendo sido todos eles indeferidos, imotivadamente.

Vejamos outro interessante precedente fixado pela CIDH[30]:

> "151. A respeito do processo contra o senhor Cesti Hurtado perante um órgão da justiça militar, a Corte observa que tal pessoa tinha, à data de instauração e

29. Disponível em: [https://summa.cejil.org/pt/entity/laa491uce6dsfw29]. Acesso em: 05.12.2021.

30. Disponível em: [www.corteidh.or.cr/CF/Jurisprudencia2/ficha.cfm?nId_Ficha=193&lang=es]. Acesso em: 12.11.2021.

> tramitação do processo, o caráter de militar aposentado, pelo que não poderia ser julgado pelos tribunais militares. Consequentemente, o julgamento a que foi submetido o senhor Cesti Hurtado constitui uma violação do direito de ser ouvido por um tribunal competente, de conformidade com o artigo 8 (1) da Convenção."

Em *Durand e Ugarte X Peru (2000)*, deflagrou-se o "*case*" com a prisão, em 14 e 15 de fevereiro de 1986, de Nolberto Durand Ugarte e Gabriel Pablo Ugarte Rivera por membros da Diretoria contra o Terrorismo no Peru. A prisão foi baseada em suas supostas participações em atos de terrorismo. Em 4 de março de 1986, foram transferidos por ordem judicial para o presídio de El Frontón.

Em 18 de junho de 1986, houve um motim na prisão onde eles estavam hospedados, ocasião em que as Forças Armadas iniciaram uma operação, o que causou a morte e ferimentos de muitas pessoas privadas de liberdade. Os corpos de Nolberto Durand Ugarte e Gabriel Pablo Ugarte Rivera nunca foram encontrados. Apesar de terem sido interpostos uma série de recursos por interessados na tutela da dignidade dos mortos, nenhuma investigação foi realizada ou os responsáveis pelos fatos foram punidos.

A CIDH se manifestou paradigmaticamente no seguinte sentido[31]:

> "117. Em um estado de direito democrático, a jurisdição penal militar deve ter alcance restritivo e excepcional e visar a proteção de interesses jurídicos especiais, vinculados às funções que a lei atribui às forças militares. Assim, o julgamento de civis deve ser excluído do âmbito da jurisdição militar e os militares somente devem ser julgados pela prática de crimes ou contravenções que, por sua própria natureza, violem o patrimônio legal da ordem militar.
> 118. No presente caso, os militares encarregados da repressão ao motim ocorrido na penitenciária de El Frontón fizeram um uso desproporcional da força que ultrapassou em muito os limites de sua função, o que causou a morte de um grande número de internos. Portanto, os atos que levaram a esse desfecho não podem ser considerados crimes militares, mas sim crimes comuns, de modo que a investigação e a punição dos mesmos deveriam caber à justiça ordinária, independentemente de os supostos autores serem militares ou criminosos. (...).
> 122. De acordo com os fatos comprovados no presente caso, as vítimas ou seus familiares não contaram com um recurso efetivo para garantir o exercício de seus direitos, o que levou, entre outros resultados, à falta de identificação dos responsáveis no procedimento seguido. na jurisdição militar e o não uso da devida diligência para identificar e determinar o paradeiro das vítimas. (...).

31. Disponível em: [www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=198]. Acesso em: 15.11.2021.

> 123. A esse respeito, esta Corte considerou que, diante de qualquer violação dos direitos protegidos pela Convenção, o dever de investigar deve ser realizado com seriedade e não como uma simples formalidade previamente condenada a ser infrutífera. Deve ter um sentido e ser assumido pelo Estado como seu dever jurídico (...).
> 125. No que diz respeito à declaração sobre a parcialidade e dependência da justiça militar, é razoável considerar que os funcionários da jurisdição militar que atuaram no processo de investigação dos fatos de El Frontón careciam da imparcialidade e independência exigidas por o artigo 8.1 da Convenção para investigar os fatos de maneira efetiva e exaustiva e punir os responsáveis por eles. (...).
> 127. (...) [O] Tribunal observa que, desde a data da supressão do motim na prisão de El Frontón, os familiares dos senhores Nolberto Durand Ugarte e Gabriel Pablo Ugarte Rivera desconhecem seu destino e têm não contava com recurso efetivo para apurar os fatos, identificar e punir os possíveis autores dos mesmos."

O caso *Cantoral Benavides X Peru* (2000) se refere à privação ilegal da liberdade de Luís Alberto Cantoral Benavides, seu encarceramento arbitrário, tortura, violação de garantias judiciais e do direito a não ser julgado ou punido duas vezes pelos mesmos fatos. A vítima foi detida por agentes da DINCOTE, em fevereiro de 1993, época em que se encontrava vigente um estado de emergência constitucional peruana, com suspensão de um conjunto de garantias individuais. Durante a sua detenção, Cantoral Benavides foi sujeito a atos de violência, com o fim espúrio de obter a sua autoincriminação.

Os fatos se inserem no contexto do conflito armado entre grupos armados e agentes das forças policiais e militares vivido no Peru durante a década de 1980 e até o final de 2000. Esse conflito se agravou com a prática sistemática de violações de direitos humanos de pessoas suspeitas de pertencer a grupos políticos opositores. Conforme mencionado alhures, tais práticas foram realizadas por agentes estatais e ordenadas por autoridades militares e policiais.

Cantoral Benavides foi julgado na jurisdição militar, fato considerado pela CIDH como violador dos requisitos de independência e imparcialidade estabelecidos na Convenção Americana[32]. A Corte analisou também, mais uma vez, a compatibilidade do tipo penal de terrorismo e traição à pátria com o princípio da legalidade penal.

O episódio *Lori Berenson Mejía X Peru* (2004), por sua vez, refere-se à detenção e ao posterior julgamento por um tribunal militar "sem rosto" e com restrições ao direito de defesa, nos termos da legislação antiterrorista peruana. A vítima foi condenada à prisão perpétua pelo crime de traição à pátria. Em sua defesa, foi interposto

32. Disponível em: [https://summa.cejil.org/pt/entity/2g8369qi9jocrf6r]. Acesso em: 10.11.2021.

um recurso de revisão extraordinária, que resultou na anulação da sentença condenatória e na transferência da causa ao foro penal comum.

A CIDH determinou que as condições de detenção sofridas pela vítima (isolamento prolongado, incomunicabilidade, má alimentação, condições sanitárias deficientes, restrição do direito de visitas, atenção médica deficiente, entre outras) constituíram tratos cruéis, desumanos e degradantes, e nesse sentido, violações da Convenção Americana. Reiterou, ainda, a necessidade de observar o princípio de legalidade na previsão dos tipos penais e a inadmissibilidade da competência penal militar sobre crimes cometidos por civis, por força do direito ao juiz natural e ao devido processo, ambas garantias vinculadas com o direito de acesso à justiça[33].

Em *La Cantuta X Peru* (2006), houve a detenção ilegal, o desaparecimento forçado e a execução extrajudicial de um grupo de estudantes e de um professor da Universidade Nacional de Educação Enrique Guzmán y Valle, também chamada La Cantuta, em Lima, na madrugada de 18 de julho de 1992, com a participação de efetivos do exército peruano e de agentes do grupo "Colina". Esse grupo, vinculado ao Serviço de Inteligência Nacional, tinha a seu cargo a identificação, o controle e a eliminação, através de ações sistemáticas de execuções extrajudiciais, assassinatos coletivos, desaparecimentos forçados e torturas, das pessoas suspeitas de pertencer aos grupos insurgentes e opositores ao regime do Presidente Fujimori.

Foram iniciadas investigações no foro militar, mas os fatos permaneceram impunes, situação apenas reforçada com a aplicação de leis de anistia. A CIDH considerou que os atos em causa se beneficiaram da situação que vigorava, nessa época, de impunidade generalizada das graves violações de direitos humanos, favorecida e tolerada pela ausência de garantias judiciais e pela ineficácia das instituições judiciais para fazer frente às violações sistemáticas de direitos humanos.

A CIDH aplicou parâmetros sobre desaparecimento forçado e sobre a obrigação estatal de investigar oficiosamente, sem demoras, de forma séria, imparcial e efetiva[34].

Em *Las Palmeras X Colômbia* (2000), os fatos ocorreram em 23 de janeiro de 1991, na localidade de Las Palmeras. O Comandante Departamental da Polícia de Putumayo ordenou que membros da Polícia Nacional e do Exército realizassem uma operação armada naquele local. Em uma escola rural, prenderam e assassinaram Artemio Pantoja Ordóñez, Hernán Javier Cuarán, Julio Milciades Cerón Gómez, Edebraiz Cerón Rojas, William Hamilton Cerón Rojas, Hernán Lizcano

33. Disponível em: [https://summa.cejil.org/pt/entity/7k8oe1lb8koz85mi]. Acesso em: 12.11.2021.

34. Disponível em: [https://summa.cejil.org/pt/entity/gazwivmb0ozuxr]. Acesso em: 02.12.2021.

Jacanamejoy e Moisés Ojeda. Seus parentes apresentaram uma série de apelos, mas o processo disciplinar absolveu todas as pessoas envolvidas. Da mesma forma, foram iniciados dois processos contencioso-administrativos nos quais se reconheceu que as vítimas da operação armada não pertenciam a nenhum grupo armado.

Segue a fundamentação do precedente histórico, no que interessa ao presente estudo[35]:

> "50. No que se refere ao processo penal militar (...) os juízes encarregados de conhecer do processo estavam vinculados à Polícia Nacional, instituição a que pertenciam as pessoas implicadas como autores materiais dos fatos. Além disso, a polícia fazia parte do Ministério da Defesa, Poder Executivo.
> 51. A esse respeito, o Tribunal já estabeleceu que, em um Estado democrático de direito, a jurisdição penal militar deve ter caráter restritivo e excepcional e estar destinada à proteção de interesses jurídicos especiais, vinculados às funções que a lei atribui para as forças militares. Por esse motivo, os militares só devem ser julgados pela prática de crimes ou contravenções que, por sua própria natureza, violem os direitos legais da ordem militar. (...)
> 53. Como já foi dito, o juiz encarregado de julgar a causa deve ser competente, independente e imparcial. No caso sub judice, as próprias forças armadas envolvidas no combate aos grupos insurgentes estão encarregadas de julgar seus próprios pares pela execução de civis, como o próprio Estado reconheceu. Consequentemente, a investigação e a punição dos responsáveis deveriam caber, desde o início, aos tribunais comuns, independentemente de os supostos autores serem policiais da ativa. Apesar do exposto, o Estado ordenou que a justiça militar se encarregue da investigação dos fatos ocorridos em Las Palmeras (...).
> 54. Em conclusão, a aplicação da jurisdição militar neste caso não garantiu o devido processo nos termos do artigo 8.1 da Convenção Americana, que regulamenta o direito de acesso à justiça dos familiares das vítimas do caso."

Os eventos no caso *19 Comerciantes X Colômbia* (2002) ocorreram em 07 de outubro de 1987, quando membros de um grupo paramilitar que atua no Município de Puerto Boyacá prenderam 17 comerciantes, supostamente por suas relações com grupos guerrilheiros. Os comerciantes eram envolvidos em atividades comerciais, como o transporte de mercadorias ou pessoas, ou a compra e venda de mercadorias na fronteira colombiana-venezuelana. Após a prisão, foram mortos e desmembrados para que seus corpos fossem jogados em um rio. Duas semanas após os eventos, outros dois comerciantes foram em busca dos desaparecidos, mas também foram presos e mortos pelo grupo paramilitar.

35. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=242]. Acesso em: 01.12.2021.

Diante do desaparecimento dos 19 comerciantes, seus parentes entraram com uma série de recursos legais para localizá-los. No entanto, não foram realizadas mais investigações e os responsáveis pelos eventos não foram punidos. Segue o precedente fixado[36] pela CIDH:

> "165. No que diz respeito ao direito penal militar, a Corte já estabeleceu que, em um Estado democrático regido por lei, tal jurisdição deve ter um escopo depreciativo e excepcional e ser destinada à proteção de interesses jurídicos especiais vinculados àqueles atribuídos por lei às forças militares. Portanto, os oficiais militares só devem ser julgados pela prática de crimes ou contravenções que, por sua própria natureza, ameaçam os bens legais da ordem militar. [...]
> 171. O Tribunal não se pronunciará sobre a jurisdição interna anterior, uma vez que não possui caráter de tribunal de apelação ou cassação para tribunais nacionais de direito.
> 172. Ou artigo 31.1 da Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados afirma que [...] Um tratado deve ser interpretado de boa fé de acordo com o significado ordinário a ser dado aos termos do tratado, não ao seu contexto, e levando em conta seu objeto e propósito."

O *Massacre de Mapiripán X Colômbia* (2005) refere-se à incursão militar e ao massacre de 49 campesinos, cometido por paramilitares com a colaboração e a aquiescência de membros do Exército Nacional, entre 15 e 20 de julho de 1997, no Município de Mapiripán. As vítimas foram detidas, torturadas, executadas e/ou desaparecidas, o que provocou um deslocamento massivo dos habitantes da região.

A CIDH desenvolveu parâmetros de responsabilidade estatal sobre atos de particulares, em caso de ação ou omissão por parte de agentes estatais que ocupem posições de garantia das obrigações de respeito e proteção. Determinou também a utilidade das normas de direito internacional humanitário para a interpretação da Convenção Americana, e afirmou que o Estado tem, em situação de conflito armado interno, obrigações especiais em relação às crianças, por sua especial vulnerabilidade. Ampliou, ainda, a sua jurisprudência sobre o conteúdo e alcance do direito de circulação e residência, relativamente ao deslocamento forçado das vítimas e à ampla gama de direitos consequentemente afetados[37].

Em outro massacre, *Pueblo Bello X Colômbia* (2006), os fatos ocorreram entre 13 e 14 de janeiro de 1990. Um grupo de aproximadamente 60 homens fortemente

36. Disponível em: [www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=274&lang=e]. Acesso em: 02.12.2021.

37. Disponível em: [https://summa.cejil.org/pt/entity/tw59015lhlpzxgvi]. Acesso em: 01.12.2021.

armados, pertencentes a uma organização paramilitar, chegou ao distrito de Pueblo Bello. Os paramilitares saquearam algumas casas e sequestraram um grupo de pessoas, que acabaram morrendo. Uma série de recursos foi interposta para iniciar investigações e punir os responsáveis. No entanto, nenhum resultado importante foi obtido.

A CIDH assim se manifestou[38]:

> "189. No que se refere à natureza da jurisdição penal militar, este Tribunal já estabeleceu que, em um estado de direito democrático, essa jurisdição deve ter um âmbito restritivo e excepcional e estar destinada à proteção de interesses jurídicos especiais, vinculados às funções que a lei atribui às forças militares. Por este motivo, os militares só devem ser julgados pela prática de crimes ou contravenções que, por sua própria natureza, violem os direitos legais da ordem militar, independentemente de que, à época dos fatos, a lei colombiana conferisse poderes aos órgãos da referida jurisdição para investigar fatos como os do presente caso. 193. Consequentemente, a jurisprudência desta Corte, a jurisprudência do Tribunal Constitucional da Colômbia, a grande celeridade e total desinteresse com que atuaram os órgãos da jurisdição penal militar para esclarecer os fatos do caso, permitem concluir que também a que esta jurisdição não era o meio adequado, não constituía um recurso eficaz para investigar as graves violações cometidas em detrimento das 43 vítimas de Pueblo Bello, nem para apurar a verdade dos fatos e processar e punir os responsáveis. As ações nesta área foram gravemente negligentes e os membros das Forças Armadas que pudessem estar vinculados aos fatos não foram investigados com seriedade."

No *Massacre da Rochela X Colômbia* (2008), 15 funcionários judiciais, membros de uma Comissão Judicial (Unidade Móvel de Investigação), que se encontravam no exercício das suas funções, investigando o massacre de 19 comerciantes e outros casos de violência da região de Magdalena Medio. Das 15 vítimas, 12 foram executadas e apenas 3 sobreviveram.

A CIDH afirmou a responsabilidade do Estado pelos atos cometidos por grupos paramilitares no contexto de expansão e controle territorial contra a insurgência guerrilheira, e destacou a especial gravidade dos fatos, pela sua finalidade de intimidação dos funcionários do Poder Judicial dedicada à investigação de graves violações de direitos humanos. Desenvolveu, ainda, parâmetros sobre a violação do direito à vida dos três sobreviventes, uma vez que a sua sobrevivência foi meramente fortuita, tendo inclusive sido disparados contra eles os últimos "tiros de

38. Disponível em: [www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=320]. Acesso em: 02.12.2021.

misericórdia". A CIDH também analisou a falta de investigação e a impunidade dos atos à luz dos parâmetros de devida diligência[39].

Em *Escué Zapata X Colômbia* (2008), os fatos se enquadram no padrão de violência contra os povos indígenas e seus líderes, assentados naquela área do país. Germán Zapata Escué foi um Conselho de Governador da reserva indígena do Jambaló, no Departamento de Cauca, que se dedicava à agricultura como os demais membros de sua comunidade e à defesa do território, por sua importância para a comunidade indígena.

Em 1º de fevereiro de 1988, agentes do Exército colombiano entraram violentamente em sua casa, onde o amarraram e expulsaram para fora de sua casa. A mãe da vítima foi para a casa de parentes que moravam nas proximidades, de onde ouviu uma série de tiros. Imediatamente, ela saiu em busca de seu filho, cujo corpo sem vida ela encontrou nas proximidades da aldeia. Uma série de recursos foi interposta com o objetivo de investigar e punir os responsáveis pela morte de Escué Zapata. No entanto, a investigação não foi concluída e nenhuma pessoa foi processada ou sancionada.

Sobre a ilegitimidade da jurisdição militar[40]:

> "104. Por mais de dez anos, a investigação criminal sobre a morte do senhor Escué Zapata esteve a cargo do Juízo nº 34 de Instrução Criminal Militar.
> 105. O Tribunal estabeleceu que, em um Estado Democrático de Direito, a jurisdição penal militar deve ter um âmbito restritivo e excepcional: os militares só devem ser julgados pela prática de crimes ou contravenções que, por sua própria natureza, violem os direitos legais dos ordem militar. A respeito, a Corte afirmou que "[quando] a justiça militar assumir jurisdição sobre matéria que deve ser ouvida pela justiça ordinária, fica afetado o direito a um juiz natural e, a fortiori, o devido processo, o qual, em seu tempo, [está] intimamente ligada ao direito de acesso à justiça". Por estas razões e devido à natureza do crime e dos bens legais lesados, o foro penal militar não era o foro competente para investigar e, se for caso disso, julgar e punir os autores dos fatos do presente caso.
> 106. Em vista do exposto, a Corte considera que, durante o período em que a justiça penal militar julgou o presente caso, o Estado violou o direito de ser ouvido por um juiz competente, independente e imparcial, consagrado no artigo 8.1 da Convenção Americana. Agora, o Tribunal observa que o processo pela morte do senhor Escué Zapata se encontra atualmente na jurisdição ordinária.

39. Disponível em: [https://summa.cejil.org/pt/entity/948rx7wlw0pgy14i]. Acesso em: 01.12.2021.

40. Disponível em: [www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=227]. Acesso em: 03.12.2021.

> Em outras palavras, o Estado corrigiu por conta própria a violação inicial deste direito. No entanto, o encaminhamento para a jurisdição ordinária, e neste caso para a Unidade Nacional de Direitos Humanos e Direito Internacional Humanitário da Procuradoria Geral da Nação (UNDH), não é suficiente para que o Estado cumpra todos os seus compromissos internacionais. Derivado da Convenção Americana. Em efeito, A investigação que se realiza nesta jurisdição deve ser realizada por todos os meios legais disponíveis e orientada para a determinação da verdade e a perseguição, captura, acusação e, se for o caso, a punição de todos os responsáveis, qualquer que seja a sua participação nos eventos. A *due diligence* nos processos investigativos requer que se leve em consideração a complexidade dos eventos, o contexto e as circunstâncias em que ocorreram e os padrões que explicam seu cometimento, seguindo todas as linhas lógicas de investigação. As autoridades judiciais devem tentar, no mínimo, entre outros: a) identificar a vítima; b) recuperar e preservar o material probatório relacionado aos fatos; c) identificar possíveis testemunhas e obter seus depoimentos; d) determinar a causa, forma, local e hora em que ocorreu o crime, bem como qualquer padrão ou prática que o possa ter causado; ee) em caso de morte, distinguir entre morte natural e acidental, suicídio e homicídio."

No episódio *Tio Tojín X Guatemala* (2008), os fatos tiveram início em 29 de agosto de 1990, quando membros do Exército da Guatemala, acompanhados por integrantes das Patrulhas de Autodefesa Civil, chegaram a Santa Clara, Município de Chajul. Nesse local, capturaram 86 de seus residentes. Essa comunidade era formada por grupos de famílias deslocadas que se refugiaram nas montanhas, em oposição às estratégias do Exército da Guatemala contra a população deslocada durante o conflito armado interno.

Entre os detidos, estava a senhora María Tiu Tojín, de 27 anos, e sua filha Josefa, de apenas um mês de idade, ambas ligadas etnicamente ao povo Maia. María Tiu Tojín fez parte de organizações que supostamente promoveram a não participação nas Patrulhas de Autodefesa Civil durante o conflito armado interno na Guatemala. Os 86 detidos foram transferidos para a base militar de Santa María Nebaj. Nesse local, María Tiu Tojín e Josefa foram vistas pela última vez. Uma série de recursos foi interposta para conduzir investigações e punir os responsáveis, todos sem êxito.

O entendimento firmado pela CIDH, na ocasião[41]:

> "50. O conflito armado interno "criou um cenário favorável para as crianças serem expostas a uma multiplicidade de violações. Está documentado que no teatro das operações militares (...) meninos e meninas foram vítimas de desaparecimento forçado".

41. Disponível em: [www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=245]. Acesso em: 04.12.2021.

> 51. Além do exposto, o sistema de administração de justiça da Guatemala foi ineficaz para garantir o cumprimento da lei e a proteção dos direitos das vítimas e de seus familiares em quase todas as violações de direitos humanos cometidas naquele momento. Assim, a falta de investigação deste tipo de incidente foi um fator determinante na prática sistemática de violações de direitos humanos."

No célebre caso *Rosendo Radilla X México* (2009), a vítima era pessoa envolvida em diversas atividades das vidas política e social de sua cidade, Atoyac de Álvarez, Estado de Guerrero. Em 25 de agosto de 1974, ele foi detido por membros do Exército mexicano enquanto estava com seu filho em um ônibus. Após sua prisão, ele foi visto no Quartel Militar Atoyac de Álvarez, com evidências de ter sido agredido fisicamente. Após esses fatos, seu paradeiro restou desconhecido.

Os familiares da vítima interpuseram diversos recursos para apurar os fatos e punir os responsáveis. O processo criminal foi encaminhado para a jurisdição penal militar. Não foram realizadas mais investigações e os responsáveis não foram punidos.

O precedente fixado foi ainda mais sofisticado que os anteriores, destrinchando a incompetência da justiça militar para o caso[42]:

> "a) Jurisdição competente
> 272. A Corte considera pertinente assinalar que reiteradamente estabeleceu que a jurisdição penal militar em Estados democráticos, em tempos de paz, tende a ser reduzida e até mesmo a desaparecer, portanto, se um Estado a conserva, seu uso deve ser mínimo, conforme estritamente necessário, e deve ser inspirado por os princípios e garantias que regem o direito penal moderno. Em um estado democrático de direito, a jurisdição penal militar deve ter um âmbito restritivo e excepcional e visar a proteção de interesses jurídicos especiais, vinculados às funções das forças militares. Por este motivo, a Corte indicou anteriormente que na jurisdição militar somente os militares em atividade devem ser julgados pela prática de crimes ou contravenções que, por sua própria natureza, violam os direitos legais da ordem militar.
> 273. Da mesma forma, este Tribunal estabeleceu que, levando em consideração a natureza do crime e o interesse jurídico lesado, a jurisdição penal militar não é a jurisdição competente para investigar e, se for o caso, julgar e punir os autores das violações de direitos. o julgamento dos responsáveis corresponde sempre à justiça ordinária. Nesse sentido, o Tribunal assinalou em múltiplas ocasiões que '[quando] a justiça militar assumir jurisdição sobre matéria que deve ser ouvida pela justiça ordinária, fica afetado o direito a um juiz natural e, a fortiori,

42. Disponível em: [www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=360]. Acesso em: 01.12.2021.

o devido processo', que, por sua vez, está intimamente ligada ao direito de acesso à justiça. O juiz encarregado de julgar o caso deve ser competente, independente e imparcial.

274. Consequentemente, levando em consideração a constante jurisprudência deste Tribunal, deve-se concluir que se os atos criminosos cometidos por uma pessoa que detém a condição de militar ativo não afetam os direitos jurídicos da esfera militar, essa pessoa deve sempre ser julgado por tribunais comuns. Nesse sentido, em situações que violam os direitos humanos dos civis, em nenhuma hipótese pode operar a jurisdição militar.

275. A Corte enfatiza que quando os tribunais militares ouvem sobre atos que constituem violação dos direitos humanos contra civis, eles exercem jurisdição não apenas em relação ao acusado, que deve ser necessariamente uma pessoa com estatuto militar em situação de atividade, mas também sobre o Vítima civil, que tem direito a participar do processo penal não só para os fins da respetiva reparação do dano, mas também para efetivar o seu direito à verdade e à justiça. Nesse sentido, as vítimas de violações de direitos humanos e seus familiares têm direito a que tais violações sejam conhecidas e resolvidas por um tribunal competente, de acordo com o devido processo e acesso à justiça. A importância do contribuinte transcende a esfera da esfera militar.

282. Pelo exposto, a Corte considera que o Estado violou o princípio do juiz natural ao ultrapassar a esfera da justiça militar neste caso, em violação aos parâmetros de excepcionalidade e restrição que caracterizam a jurisdição penal militar. A esse respeito, tendo em vista que os tribunais militares não são competentes, a Corte considera que não há que se pronunciar sobre a alegada falta de independência e imparcialidade alegada pelos representantes.

288. Em relação à obrigação geral de adaptar os regulamentos internos à Convenção, a Corte afirmou em várias ocasiões que '[n] no direito das nações, uma norma costumeira prescreve que um Estado que tenha celebrado um acordo internacional deve introduzir no seu direito interno as modificações necessárias para garantir o cumprimento das obrigações assumidas'. Na Convenção Americana, este princípio está incluído em seu Artigo 2, que estabelece a obrigação geral de cada Estado Parte de adaptar seu direito interno às suas disposições, para garantir os direitos nela reconhecidos, o que implica que as medidas jurídicas devem ser eficazes (princípio de *effet utile*).

289. Consequentemente, a Corte considera que o Estado violou a obrigação contida no artigo 2 da Convenção Americana, em conexão com os artigos 8 e 25 desta, ao estender a jurisdição da jurisdição militar aos crimes que não estão estritamente relacionados com a disciplina militar ou com direitos legais da esfera militar.

b) Recurso eficaz para contestar a jurisdição militar

296. Nesse sentido, a Corte estabeleceu que, para que o Estado cumpra o disposto no artigo 25 da Convenção, não basta que os recursos existam formalmente,

> mas sim que sejam efetivos nos termos dessa disposição. A Corte reiterou que a referida obrigação implica que o recurso seja idôneo para combater a violação e que sua aplicação pela autoridade competente seja efetiva.
> 297. A Corte destaca que, como já se afirmou nesta Sentença (...), a participação da vítima no processo penal não se limita à mera reparação do dano, mas, preponderantemente, a efetivar seus direitos à verdade e à justiça perante tribunais competentes. Isso implica necessariamente que, no âmbito interno, deve haver recursos adequados e eficazes por meio dos quais a vítima possa contestar a jurisdição das autoridades judiciais que eventualmente exercerem jurisdição sobre assuntos sobre os quais se considera não ter jurisdição.
> 298. Consequentemente, no presente caso, o recurso de amparo não foi efetivo para permitir que a senhora Tita Radilla Martínez contestasse o conhecimento da prisão e posterior desaparecimento forçado de seu pai, senhor Rosendo Radilla Pacheco, pelo foro militar, o que constitui uma violação do artigo 25.1 da Convenção."

E, como arremate dos precedentes fixados pela CIDH, imprescindível analisar o Caso *Palamara Iribarne X Chile* (2006), utilizado pela própria jurisprudência do STF[43], referente à proibição da publicação, pelo Estado chileno, do livro intitulado *Serviços de ética e inteligência*. O autor desse livro é Humberto Antonio Palamara Iribarne, assessor técnico das Forças Armadas. A publicação abordou aspectos relacionados à inteligência militar e a necessidade de adequá-la a alguns parâmetros éticos. Além disso, foram apreendidos os exemplares do livro, os originais do texto, um disco contendo o texto completo e o ferramental eletrostático da publicação.

Em consequência da recusa de Palamara Iribarne em suspender a publicação de seu livro, foi instaurado um processo penal pelos crimes de desobediência e descumprimento de deveres militares. Com base nos mesmos fatos, foi iniciada investigação administrativa sumária pelo cometimento de improbidade administrativa.

Em maio de 1993, Palamara Iribarne convocou uma entrevista coletiva em sua residência, na qual criticou as ações do Ministério Público da Marinha no processo contra ele instaurado. Em janeiro de 1995, foi condenado, como autor do crime de desacato, a 61 dias de reclusão menor em seu grau mínimo, ao pagamento de multa de 11 salários dignos, à suspensão do cargo ou de cargos públicos durante o tempo da sentença, além do pagamento das custas da causa.

As considerações sobre a incompetência castrense para atuar na espécie foram manifestadas pela CIDH, nos seguintes termos[44]:

43. HC 110.185/SP, rel. Min. Celso de Mello, *DJe* 14.05.2013 e HC 121.189/PR, rel. Min. Rosa Weber, *DJe* 19.08.2014.

44. Disponível em: [www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=313]. Acesso em: 05.12.2021.

"124. A Corte estabeleceu que toda pessoa tem direito a ser julgada por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial. Num estado democrático de direito, a jurisdição penal militar deve ter um âmbito restritivo e excepcional e visar a proteção de interesses jurídicos especiais, vinculados às funções que a lei atribui às forças militares (...).
125. O direito de ser julgado por tribunais de justiça ordinários de acordo com os procedimentos legalmente estabelecidos constitui um princípio básico do devido processo. (...)
128. Conforme demonstrado, o senhor Palamara Iribarne ingressou na Marinha do Chile em 1972 e sua aposentadoria como militar ocorreu em 1º de janeiro de 1993. Em um caso anterior, a Corte considerou que uma pessoa com caráter de militar aposentado não poderia ser julgada pelos tribunais militares. No caso em apreço, tem-se também em consideração que, (...), os trabalhadores civis contratados exercem um "trabalho temporário", de acordo com as necessidades da instituição, pelo que deveriam estar sujeitos às sanções dos regimes laborais e não militares lei criminal.
132. A Corte considera que as normas que definem a jurisdição penal militar no Chile não limitam a audiência dos tribunais militares aos crimes que, pela natureza dos bens jurídicos penais militares protegidos, são estritamente militares e constituem conduta grave cometida por os militares, que ameaçam os referidos direitos legais. A Corte enfatiza que esses crimes só podem ser cometidos por membros das instituições militares por ocasião das funções particulares de defesa e segurança estrangeira de um Estado. A jurisdição penal militar nos Estados democráticos, em tempos de paz, tende a ser reduzida e até mesmo a desaparecer, portanto, se um Estado a conservar,
133. No presente caso, a amplitude da jurisdição penal militar aplicada ao Sr. Palamara Iribarne resultou no julgamento de um funcionário civil contratado na jurisdição militar pelo cometimento, *inter alia*, de condutas que violavam os 'deveres e militares honra' ou suposta 'insubordinação', como os crimes de desobediência e descumprimento de deveres militares, previstos no Código de Justiça Militar, bem como os crimes que violam a 'ordem e segurança públicas', como o desacato.
139. A Corte indicou que a aplicação da justiça militar deve ser estritamente reservada aos militares da ativa, observando em um caso que 'na época [o] processo [contra eles] foi aberto e desenvolvido, [a vítima havia] o caráter de um militar aposentado e, portanto, não poderia ser julgado [a] pelos tribunais militares. (...)'
140. Os crimes de desobediência e descumprimento de deveres militares tipificados no Código de Justiça Militar estipulam que o sujeito ativo deve ser o 'militar'. A esse respeito, a Corte considera que o senhor Palamara Iribarne, por ser militar aposentado, não possuía a condição de 'militar' necessária para ser sujeito ativo dos crimes denunciados e, portanto, o referido regulamento penal militar não poderia ser aplicado ao dele. (...).

142. A ampla jurisdição dos tribunais militares no Chile, que lhes confere poderes para julgar casos correspondentes aos tribunais civis, não está de acordo com o artigo 8.1 da Convenção Americana.
143. A Corte afirmou que '[quando] a justiça militar assume jurisdição sobre matéria que deve ser ouvida pela justiça ordinária, o direito a um juiz natural é afetado e, a fortiori, o devido processo legal, que, por sua vez, é intimamente ligada ao direito de acesso à justiça'. O julgamento de civis corresponde à justiça ordinária.
144. Com base nas considerações anteriores, a Corte conclui que o Estado violou o artigo 8 (1) da Convenção, em prejuízo do senhor Palamara Iribarne, por ter sido julgado por tribunais que não eram competentes para tal, e tem violou a obrigação geral de respeitar e garantir os direitos e liberdades enunciados no artigo 1.1 da Convenção. Da mesma forma, ao contemplar em seu direito interno normas contrárias ao direito de ser julgado por um juiz competente, protegido no artigo 8.1 da Convenção, que ainda estão em vigor, o Chile violou a obrigação geral de adotar disposições de direito interno que emanam do artigo 2 da Convenção.
4.2 Direito de ser ouvido por um juiz ou tribunal independente e imparcial
145. O Tribunal considera que o direito a ser julgado por um juiz ou tribunal imparcial é uma garantia fundamental do devido processo (...).
146. A imparcialidade do tribunal implica que seus membros não tenham um interesse direto, uma posição tomada, uma preferência por qualquer das partes e que não estejam envolvidos na controvérsia.
155. A Corte considera que a estrutura orgânica e composição dos tribunais militares descritos (...) implica que, em geral, seus membros são militares ativos, estão hierarquicamente subordinados aos superiores por meio da cadeia de comando, sua nomeação não depende de a sua competência profissional e idoneidade para o exercício de funções judiciais, não têm garantias suficientes de mandato e não dispõem da formação jurídica necessária para o exercício das funções de juiz ou procurador. Tudo isso leva a esses tribunais sem independência e imparcialidade.
156. (...) A independência de qualquer juiz pressupõe que exista um processo de nomeação adequado, com duração de mandato estabelecida, garantias de estabilidade e fiança contra pressões externas. (...)
161. Com base no exposto, a Corte conclui que o Estado não garantiu ao senhor Palamara Iribarne seu direito a um juiz ou tribunal competente, imparcial e independente para conhecer dos processos penais iniciados contra ele, pelos quais violou o artigo 8.1 do a Convenção em seu detrimento e violou a obrigação geral de respeitar e garantir os direitos e liberdades enunciados no artigo 1.1 da Convenção. Da mesma forma, ao contemplar em seu direito interno normas contrárias a esse direito protegido no artigo 8.1 da Convenção, ainda em vigor, o Chile não cumpriu a obrigação geral de adotar disposições de direito interno que emanam do artigo 2 da Convenção.

4.3 Garantias judiciais no processo penal militar contra o Sr. Palamara Iribarne
166. (...) [U] m das principais características que o processo penal deve ter em sua condução é o caráter público. O direito a um julgamento público é protegido por vários instrumentos internacionais como um elemento essencial das garantias judiciais. (...)
167. O direito a julgamento público consagrado no artigo 8.5 da Convenção é um elemento essencial dos sistemas de processo penal acusatório de um Estado democrático e é garantido pela realização de uma fase oral na qual o acusado pode ter contato imediato com o juiz e as provas e para facilitar o acesso ao público.
168. A publicidade do processo tem a função de proscrever a administração da justiça secreta, sujeitando-a ao escrutínio das partes e do público, e está relacionada com a necessidade de transparência e imparcialidade das decisões tomadas. Além disso, é um meio pelo qual se constrói a confiança nos tribunais. (...)
170. A Corte considera que a norma que estabelece como norma que na jurisdição penal militar chilena o sumário é secreto, salvo as exceções previstas em lei, é contrária ao direito de defesa do acusado, uma vez que o impossibilita para que tenha acesso efetivo ao processo e às provas contra ele recolhidas que o impeçam de se defender adequadamente, em violação do disposto no artigo 8.2.c). (...)
174. A Corte considera que a regra de sigilo do trâmite do sumário na jurisdição militar chilena, ainda que contenha algumas exceções, é contrária à garantia de publicidade que deve ter o processo penal de acordo com o artigo 8.5 da Convenção. , (...) Desde o início das primeiras etapas de um processo, as garantias processuais máximas devem estar presentes para salvaguardar o direito de defesa durante todo o processo de uma pessoa acusada de cometer um crime, nos termos do artigo 8.2.d) do a Convenção.
175. Devido ao facto de na fase sumária o defensor não poder estar presente na declaração do arguido e, tal como aconteceu neste caso, teve de requerer ao procurador processo probatório sem ter conhecimento do sumário ou dos fundamentos do acusações feitas ao seu arguido, o direito do arguido a ser assistido por um defensor consagrado no artigo 8.2.d) da Convenção foi também afetado (...).
179. As restrições impostas ao Sr. Palamara Iribarne e seu advogado de defesa no Caso 464 pelos crimes de desobediência e violação de deveres militares e no Caso 471 pelo crime de desacato, ambos perante o Tribunal Naval de Magalhães, violaram as garantias do direito de defesa, bem como de trazer pessoas que possam esclarecer os fatos, reconhecidas no artigo 8.2, f) da Convenção.
181. Com base em todas as considerações anteriores, a Corte conclui que o Estado violou o artigo 8 da Convenção em seus parágrafos 1, 5, 2.c), 2.d), 2.f) e 2.g), ao em detrimento do senhor Humberto Antonio Palamara Iribarne, e violou a obrigação geral de respeitar e garantir os direitos e liberdades consagrados no artigo 1.1 da Convenção. Da mesma forma, ao contemplar em seu direito interno normas contrárias às garantias do devido processo protegidas nos mencionados parágrafos do artigo 8 da Convenção, que ainda estão em vigor, o Chile violou a

> obrigação geral de adotar disposições de direito interno que emanam do artigo 2 da Convenção."

Todo esse arcabouço jurisprudencial emanado da CIDH (Tabela 1, em anexo) serve como parâmetro ao exame de convencionalidade brasileiro, visto que não só os tratados, mas também a jurisprudência consolidada da CIDH se apresenta como precedentes paradigmáticos[45]. É que no julgamento do caso *Almonacid Arellano e outros X Chile* (2006), a CIDH assentou que cabe ao Poder Judiciário dos Estados o exercício primário do controle de convencionalidade entre as normas jurídicas internas que aplicam nos casos concretos e os tratados de direitos humanos em vigor, para o que deve levar em conta não apenas o tratado, mas também a interpretação que dele tem feito a CIDH, guardiã final da convenção Americana de 1969[46].

Esse foi o julgamento que inaugurou a doutrina do controle doméstico de convencionalidade e a partir do qual sobreveio o manifesto propósito da CIDH quanto ao reconhecimento do controle difuso de constitucionalidade como assunto de ordem pública internacional. A partir de então, os juízes e tribunais internos viram-se empoderados com o desiderato de adotar – junto à Constituição e demais leis – os tratados de direitos humanos e as interpretações que se lhes confere a CIDH, em detrimento das normas internas, quando mais benéficos aos direitos em questão, casuisticamente considerados[47].

Para além do exame de convencionalidade (delimitação temática do presente estudo), seria possível indicar outros precedentes internacionais[48] (Tabela 2,

---

45. Convém registrar ensinamento de Mazzuoli, no sentido de que "não há que se falar, por sua vez, em controle de convencionalidade de leis internas com costumes internacionais, princípios gerais de direito ou atos de organizações internacionais, pois convencionalidade conota o exame de compatibilidade vertical material das normas domésticas tão somente com tratados (convenções daí o neologismo) internacionais de direitos humanos (...) senão também a interpretação que dos mesmos tem feito a Corte Interamericana". (MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; FARIA, Marcelle Rodrigues da Costa e; OLIVEIRA, Kledson Dionysio de. *Controle de convencionalidade pelo Ministério Público*. Rio de janeiro: Forense, 2021. p. 06).
46. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; FARIA, Marcelle Rodrigues da Costa e; OLIVEIRA, Kledson Dionysio de. *Controle de convencionalidade pelo Ministério Público*. Rio de janeiro: Forense, 2021. p. 06.
47. Já existem alvissareiras normas administrativas no âmbito do TJTO (Recomendação 01/2017), TJMS (Instrução de Serviço 01/2018), TJRR (Instrução de Serviço 01/2018) e TJMT (Provimento 20/2020), no sentido de que os órgãos jurisdicionais observem, em suas decisões, os tratados de direitos humanos e a jurisprudência da CIDH.
48. Na Corte Europeia de Direitos Humanos: Hassan *vs*. United Kingdom (2014); Kononov *vs*. Latvia (2008); Ergin *vs*. Turkey (2006) e Korbely *vs*. Hungary (2010), cf. *Jurists, International*

em anexo) que corroboram a linha de raciocínio segundo a qual a jurisdição militar para o julgamento de civis, em tempo de paz, constitui manifesta afronta a direitos fundamentais universalmente considerados. Isso porque há uma positiva troca de experiências, conceitos e ideias entre cortes nacionais e internacionais, com possibilidade de aprendizado recíproco entre as instâncias envolvidas nesse diálogo. Esse é um lado bastante positivo da globalização.

É o que Daniel Sarmento[49] chamou de Princípio do Cosmopolitismo:

> "Além de o direito constitucional lidar cada vez mais com fenômenos transnacionais, o interesse e a facilidade de acesso ao que ocorre em outros sistemas jurídicos nacionais e internacionais aumentou muito. Com isso, ampliou-se a possibilidade real de integração não apenas econômica ou política entre os países e organizações internacionais, mas também discursiva: não só a normativa internacional, como também os argumentos empregados pelas cortes internacionais e constitucionais passam a ser cada vez mais considerados nas decisões adotadas na esfera interna em matéria constitucional."

Inobstante criticada por alguns[50], é certo que o constitucionalismo cosmopolita é a "inevitável onda do futuro"[51], o que torna os debates constitucionais inexoravelmente mais rico. As fragilidades jurídicas internas – como é caso analisado no presente estudo acadêmico – são abordadas a partir de uma perspectiva mais ampla e

---

Comission of: Military Jurisdiction and International Law (military corts and gross human rights violations – v. 01), icj.org, 2004. (Org.: Andreu-Guzmán). É possível mencionar, ainda, o famigerado caso *Ex Parte Milligan*, invocado pelo STF na fundamentação do HC 106.171/AM, rel. Min. Celso de Mello, *DJe* 01.03.2011, no qual Lambden P. Milligan foi condenado à morte por uma comissão militar em Indiana durante a Guerra Civil por se envolver em atos de deslealdade. Milligan buscou libertação por meio de habeas corpus de um tribunal federal. Ao final, decidiu o Tribunal competente que os julgamentos de civis por comissões militares criadas presidencialmente são inconstitucionais. Especificamente, é inconstitucional julgar civis por tribunais militares, a menos que não haja um tribunal civil disponível. A comissão militar, portanto, não tinha jurisdição para julgar e condenar Milligan, e ele tinha o direito de dispensar.

49. Ibidem, p. 321.
50. BORK, Robert H. *Coercing virtue:* the worldwide rule of judges. Washington, D.C.: The AEI Press, 2003. p. 23-24. (O autor critica a tendência de "homogeneização internacional do direito internacional" sob o argumento de que as constituições devam ser interpretadas de acordo com as tradições e com a história particular de cada país: se as decisões estrangeiras são importantes, elas deveriam fornecer subsídios para a atividade constituinte ou legislativa, não para a judiciária).
51. SUSTEIN, Cass R. *A Constitution of many minds*. Princeton: Princeton University Press, 2009. p. 189.

menos obtusa. Consensos globais se consolidam em torno da democracia e os direitos humanos podem se irradiar ainda mais. E, no que se refere às relações entre decisões de cortes internas e internacionais, o diálogo pode evitar conflitos desnecessários, que tenderiam a gerar insegurança jurídica, a provocar a responsabilização internacional do Estado e a abalar a sua imagem perante a comunidade global.

3. Considerações finais

Já se tornou um clichê acadêmico a afirmação de que a validade de um ordenamento jurídico é condicionada à sua compatibilidade com os influxos fáticos hauridos do tempo no qual esse ordenamento está inserido. Mas não é só isso. Hoje, essa validade também deve ser aferida em termos político-geográficos, e não apenas histórico-factuais. É que a globalização relativizou as fronteiras jurídicas e, a reboque, a ideia de uma ordem jurídica hermética, isoladamente considerada em sua história interna. A benfazeja noção de Diálogo de Fontes e Cortes é uma realidade adaptativa de um novo Constitucionalismo, o Cosmopolita, ao mundo atual.

Nesse frondoso e multifacetado cenário, alguns movimentos foram tradicionalmente relevantes para a afirmação dessa novel realidade jurídica. A Opinião Consultiva 13/1993 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, ao conferir à CIDH a prerrogativa de se manifestar sobre legislações domésticas, promoveu verdadeira revolução paradigmática no contexto latino-americano. Foi a pedra de toque a partir da qual, alguns anos mais tarde, a própria CIDH, no caso *Almonacid Arellano e outros X Chile* (2006), lançou as bases para portentosa doutrina do controle de convencionalidade. Não há como permanecer inerte diante desse estado de coisas.

Tanto é assim que, no microcosmo jurídico brasileiro, foi promulgada a EC 45/2004, abrindo as vias aéreas da Constituição de 1988 para o influxo do oxigênio jurídico global, com a inserção da cláusula de abertura em seu art. 5º, § 3º. O STF foi estimulado e, acertadamente, reviu sua jurisprudência (RE 466.343/SP – 2008) para consolidar novo entendimento quanto ao andar a ser ocupado pelos tratados internacionais de direitos humanos no edifício jurídico nacional. E foi além, passando a adotar em seus julgados paradigmáticos não só as normas constantes dessas convenções, mas também a própria jurisprudência emanada da CIDH a seu respeito.

A partir dessa trilha pavimentada, foram firmados 16 (dezesseis) precedentes históricos pela CIDH (Tabela 1, em anexo), quanto à inadmissibilidade de sujeição de civis, em tempo de paz, à justiça militar. A par deles, a Corte Europeia de Direitos Humanos também se desloca na mesma direção (Tabela 2, em anexo).

Esse é um movimento sem volta, por uma razão singela: lutar contra a maré jurídica cosmopolita significa isolar-se de uma comunidade cada vez mais integrada,

com todos os efeitos indesejáveis daí decorrentes, que vão muito além da já inoportuna insegurança jurídica.

Por isso, a manutenção do julgamento de civis pela justiça militar brasileira, ainda que sob o pálio de paregóricos normativos (Lei 13.774/2018), caracteriza-se como perigosa contratendência a produzir efeitos deletérios que extravasam o universo jurídico. Isso ganha especial gravidade no contexto brasileiro de expansionismo do direito penal militar (Lei 13.491/2017).

Não se propõe, aqui, a incorporação automática das orientações de Cortes e órgãos internacionais, isentando a jurisdição interna do dever de empenho argumentativo com o direito doméstico dos Estados Nacionais. Tal posição de imperialismo internacionalista[52] corresponderia a um monólogo, e não a um diálogo, como uma reedição maquiada do monismo radical, com primazia absoluta do direito internacional sobre o nacional, sob novas roupagens. Não se trata disso.

O escopo da presente pesquisa é contribuir, heuristicamente, para o debate sobre a constitucionalidade da sujeição de civis, em tempo de paz, à justiça militar. Isso não é mais possível de ser feito em termos autistas, razão pela qual se fez o aporte jurisprudencial e dogmático do devido processo convencional. Respeitadas as especificidades de nossa cultura, do quadro empírico do país e dos desígnios concretos do povo, o tema merece um enfoque mais abrangente, cosmopolita.

4. Referências

BEITZ, Charles R. *The Idea of Human Rights*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2009.

BERNARDI, Bruno Boti. Justiça de transição e as leis de anistia na Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: PIOVESAN, Flávia e SOARES, Inês Virgínia Prado (Coord.). *Impacto das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos na Jurisprudência do STF*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

BOGDANDY, Armin Von. *Configurar las relaciones entre El Derecho Constitucional y El Derecho Internacional Público*. Disponível em: [www.biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3019/11.pdf].

BORK, Robert H. *Coercing virtue:* the worldwide rule of judges. Washington, D.C.: The AEI Press, 2003.

CARVALHO, Alexandre Douglas Zaidan de. Transconstitucionalismo ou cosmopolitismo: perspectivas para uma semântica dialógica no constitucionalismo contemporâneo. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 46, Universidade de Brasília, 2015.

52. SARMENTO. Op. cit., p. 328.

CHANG, Wen-Chen; YEH, Jiunn-Rong. Internalization of Constitutional Law. In: ROSENFELD, Michel e SAJÓ, Andras (Ed.). *The Oxford Handbook of Comparative Constitucional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

JACKSON, Vicki C. *Constitutional Engagement in a Transnational Era*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

JURISTS, INTERNATIONAL COMISSION OF: Military Jurisdiction And International Law (Military corts and gross human rights violations – v. 01), ICJ. (Org.: Andreu-Guzmán), 2004.

LIMA, Raquel da Cruz. A emergência da responsabilidade criminal individual no Sistema Interamericano de Direitos Humanos. *Revista Lua Nova*, n. 86, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Coord.). *Controle de convencionalidade:* um panorama latino-americano (Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai). Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Controle jurisdicional de convencionalidade das leis*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; FARIA, Marcelle Rodrigues da Costa e; OLIVEIRA, Kledson Dionysio de. *Controle de convencionalidade pelo Ministério Público*. Rio de janeiro: Forense, 2021.

MELLO, Celso de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. v. 1.

SAGÜES, Nestor Pedro. *Perspectivas atuales del control de convencionalidad desde el caso argentino*. Disponível em: [www.corteidh.or.cr/index.php/en/cout-today/galeria-multi-media].

SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais, Constituição e direito internacional: diálogos e fricções. In: PIOVESAN, Flávia e SOARES, Inês Virgínia Prado (Coord.). 2. ed. *Impacto das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos na Jurisprudência do STF*. Salvador: JusPodivm, 2020.

5. Endereços eletrônicos

CORTE INTERMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: [www.corteidh.or.cr/].

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF): [www.stf.jus.br/].

6. Anexos

Tabela 1 – Precedentes da CIDH: inadmissibilidade da jurisdição militar sobre civis
Loayza Tamayo X Peru (1997)
Castillo Petruzzi e outros X Peru (1999)

Tabela 1 – Precedentes da CIDH: inadmissibilidade da jurisdição militar sobre civis
Cesti-Hurtado X Peru (1999)
*Durand e Ugarte X Peru (*2000*)*
Cantoral Benavides X Peru (2000)
Lori Berenson Mejía X Peru (2004)
La Cantuta X Peru (2006)
Las Palmeras X Colômbia (2000)
19 Comerciantes X Colômbia (2002)
Massacre de Mapiripán X Colômbia (2005)
Pueblo Bello X Colômbia (2006)
Massacre da Rochela X Colômbia (2008)
Escué Zapata X Colômbia (2008)
Tio Tojín X Guatemala (2008)
Rosendo Radilla X México (2009)
Palamara Iribarne X Chile (2006)

Tabela 2 – Precedentes da CEDH: inadmissibilidade da jurisdição militar sobre civis
Ergin X Turquia (2006)
Kononov X Letônia (2008)
Korbely X Hungria (2010)
Hassan X Reino Unido (2014)



PESQUISAS DO EDITORIAL



Áreas do Direito: Militar; Processual; Internacional

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- A garantia de julgamento pelo juiz adequado na Convenção Americana de Direitos Humanos: Alguns reflexos sobre o processo penal brasileiro, de Ricardo Donizete Guinalz e Thadeu Augimeri de Goes Lima – *RBCCrim* 128/349-381;
- A inconstitucional ampliação da competência da Justiça Militar: Temer x temer e o avanço da necropolítica, de André Nicolitt – *RBCCrim* 171/391-438;
- A inconsistente ampliação da jurisdição militar: uma análise a partir do posicionamento de órgãos internacionais de proteção de direitos humanos, de Bruno de Almeida Passadore e Ricardo Alves de Góes – *RBCCrim* 157/85-129; e
- Análise da convencionalidade da ampliação da competência da Justiça Militar, de Caique Tomaz Leite da Silva e João Pedro Gindro Braz – *RT* 1029/179-194.

Veja também Jurisprudência relacionada ao tema

- STM, HC 193-37.2014.7.00.0000, j. 19.12.2014, *DJe* 09.02.2015; e
- STF, HC 135.607, j. 26.10.2016, *DJe* 29.11.2016.

A ação nos crimes ambientais

Action in Environmental Crimes

Nilo Batista[1]
Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, Brasil.
E-mail: nilobatista@nb-advs.com.br

Autor convidado

DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.12628302].

Áreas do Direito: Penal; Ambiental

Resumo: A despeito de ser a omissão um personagem secundário e arredio nos direitos antigos, a modernidade a emparelharia à ação. No século XVIII, o direito revolucionário estabeleceu que só a lei pode proibir ou ordenar uma ação. A Constituição da República consagra esta função constitutiva do princípio da legalidade. O conceito jurídico-penal de ação tem assim respaldo constitucional, o que por si só inviabiliza conceber-se um crime sem ação (ou omissão de ação devida). Todas as teorias penalísticas sobre a ação foram construídas tendo em vista a ação humana: trata-se de rara unanimidade no tema. No regime de dupla imputação claramente adotado pela lei brasileira, é indispensável a presença de uma conduta humana. Crítica a um aresto da Corte Suprema pretendeu flexibilizar o regime legal.

Abstract: Despite omission being a secondary and rare concept in ancient law, modernity would pair it with action. In the 18th century, revolutionary law established that only the law can prohibit or order an action. The Constitution of the Republic enshrines this constitutive function of the principle of legality. Thus, for criminal purposes, the legal definition of action has constitutional support, which in itself makes it impossible to conceive of a crime without action (or omission of due action). All penal theories on action were constructed with human action in mind: this is rare unanimity on the subject. In the double imputation regime clearly adopted by Brazilian law, the presence of human conduct is indispensable. Criticism of an arrest by the Supreme Court that intended to make the legal regime more flexible.

1. Professor Emérito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.
Lattes: [http://lattes.cnpq.br/7558568315744459].
ORCID: [https://orcid.org/0000-0001-5512-4412].
E-mail: nilobatista@nb-advs.com.br

Palavras-chave: Crime ambiental – Dupla imputação – Ação humana.

Keywords: Environmental crimes – Double imputation – Human action.

Sumário: I. Raízes constitucionais do conceito jurídico-penal de ação. II. Existe alguma unanimidade entre as diversas teorias da ação?. III. *"– Parla!"*. IV. Crimes ambientais e pessoa jurídica. V. Um aresto confuso. VI. Referências bibliográficas. VII. Referências jurisprudenciais.

I. Raízes constitucionais do conceito jurídico-penal de ação

Muito, mas muito antes do invento dogmático de uma teoria da ação, filósofos, juristas, teólogos e publicistas se interessaram pelas formas que pode assumir a conduta humana transgressora de alguma lei. Para o direito romano, vejam-se as classes propostas por Cláudio Saturnino: seriam puníveis os feitos, os ditos, os escritos e os conselhos[2]. Na compilação justiniânea, curiosamente, tal excerto não está distante daquele fragmento de Ulpiano que proclamou a impunibilidade do pensamento[3]; é curioso porque só concepções políticas e jurídicas modernas justificariam essa aproximação. Por exemplo, Hobbes afirmava que o crime consistiria em praticar "por feito ou palavra um ato que a lei proíbe, ou omitir um ato que ela ordena", acrescentando logo que "não há lugar para humana acusação de intenções que nunca se tornaram visíveis em ações exteriores"[4]. Em Hobbes, se inserirmos sem dificuldade a fala entre os feitos (no sentido de que quem fala, tal qual quem escreve, realiza uma conduta ativa), já encontramos a parelha central e indissolúvel *ação-omissão* em confronto com o mero *pensamento* que não se converte em ato realizado ou, quando devido, não realizado.

Mas a parelha *ação-omissão* só se constituiria tardiamente, porque nos direitos antigos seu segundo termo, a omissão, era um personagem bem secundário e arredio. Platão preconizava a punição da omissão de socorro a um idoso ou a um pai agredido pelo próprio filho (e, neste último caso, "aquele que deixar de ajudar será banido do Estado para sempre"), bem como da prevaricação omissiva do magistrado que se abstém de proceder contra quem se relacionou com um banido; porém, desconhecemos qualquer lei penal grega que correspondesse a tais propostas[5]. Ao tratar das ações injustas, Aristóteles só menciona condutas ativas ("ações"

2. D. XLVIII, XIX, 16. Suprimindo-se os exemplos que ele intercalou entre as quatro classes (para os feitos, furto e homicídio), a formulação se resumiria a *Aut facta puniuntur, aut dicta, aut scripta et aut consilia*.
3. D. XLVIII, XIX,18: *Cogitationis poenam nemo patitur*.
4. *Leviatã*, p. 171.
5. As Leis, livro IX (na edição consultada, p. 393 e ss.). Tampouco, a infâmia decorrente da omissão de delatar um furto, proposta por Platão, foi lei com vigência comprovável.

ou "atos"), sem uma só referência à omissão[6]. Todavia, o mesmo Aristóteles aludiu a uma "lei de denúncia" que Sólon teria promulgado e que, segundo Plutarco, "determinava a degradação de quem se mantivesse neutro" perante um conflito civil[7]. Isso é tudo ou quase tudo.

Não foi muito diferente com o direito romano. Desde logo, mesmo no âmbito da responsabilidade civil por ato ilícito, a culpa omissiva não era imputável[8]. "Quem conhece o ladrão, delatando-o ou não, ladrão não é" – proclamou Ulpiano[9]; "Não há culpa em quem sabe porém não pode proibir" – replicou Paulo[10]. Os poucos casos de omissão punível no direito romano versam a violação de deveres em estruturas hierárquicas (senhor-escravizado, funcionários, militares)[11].

Embora também o direito canônico não se interessasse pela omissão, uma de suas mais prestigiosas fontes, Tomás de Aquino, propôs a questão da possibilidade de alguém pecar por omissão. Assinalando que "não agir é compreendido como uma maneira de agir (*non agere accipitur ut agere quoddam*)", o teólogo asseverou que "a transgressão (ativa) é pecado mais grave que a omissão (*transgressio est gravius peccatum quam omissio*)"[12]. Ora, como o pecado é ilícito que dispensa uma

6. *Ética a Nicômacos*, livro V, 8 (1135 b).
7. ARISTÓTELES. *A Constituição de Atenas*, VIII, 4 (na edição consultada, p. 27); PLUTARCO. *Vidas*, Sólon, 20 (na edição consultada, p. 59).
8. (...) *nè rapporti colla* lex Aquilia *si considera solo la* colpa in faciendo*, non quella* in omittendo: *ossia che si è responsabili della lesione cagionata mediante un'azione, non di quella cagionata mediante un'omissione* (FERRINI, Contardo. *Esposizione storica e dottrinale del diritto penale romano*, p. 250); *en los actos ilícitos por si mismos la culpa no puede nunca consistir en omisión, sino que es siempre* culpa in faciendo (BONFANTE, Pedro. *Instituciones de derecho romano*, p. 528).
9. D. XLVII, II, 49, § 1º: *Qui furem novit, sive indicet eum, sive non indicet, fur non est* (...).
10. D. L, XVII, 50: *Culpa caret, qui scit, sed prohibere non potest*; também de Paulo em D.L, XVII, 109: *Nullum crimen patitur is, qui non prohibet, quum prohibere (non) potest*.
11. Sobre eles, FERRINI, Contardo. *Esposizione storica ...*, cit., p. 30 e ss.; CADOPPI, Alberto. *Il reato omissivo proprio*, v. I, p. 196 e ss.
12. *Summa Theologiae*, II-II, q. 79, art. 3 resp. e art. 4 resp. A menor gravidade da omissão foi ideia que perduraria, endossada entre outros por Júlio Claro no século XVII (*semper gravius reputatur delictum, quod committitur faciendo, quod committitur omittendo – Practica Criminalis*, p. 5) e por Kaufmann em seu justamente celebrado estudo ("dadas as mesmas circunstâncias, omitir impedir o resultado é menos grave que realizá-lo dolosamente" – *Dogmática de los delitos de omisión*, p. 306). Aquela avaliação comparativa de Tomás de Aquino não se inspirou em Aristóteles, porque este, quando ofereceu "critérios para medir a gravidade do delito", simplesmente, ignorou a omissão (*Retórica*, livro I, 14 – 1374 b e 1375 a – na edição consultada, p. 73 e ss.). Em outra passagem, Aquino observará que "aquilo que se segue à falta de ação (*ad defectum actionis*) nem sempre se imputa ao sujeito como causa só porque deixou de agir, mas apenas quando podia e devia agir (*sed solum tunc cum potest et debet agere*)" – cf. *Summa*, I-II, q. 6 resp.

conduta exterior, podendo expressar-se em meros pensamentos ou desejos, e como mandamentos divinos ou deveres religiosos podem assumir o modo prescritivo, impondo a realização de determinada conduta, é provável que o direito penitencial favorecesse a existência de omissões castigáveis[13]. No âmbito do concurso de agentes em matéria penal, como frisou Schiappoli, a omissão era irrelevante: "deve a cooperação ser ativa; de uma participação meramente negativa não se fala (*non è parlare*)." No entanto, tal restrição desaparece em matéria penitencial: *la nozione de partecipazione non riceve limitazioni nel foro penitenziale*[14]. Entre os raros crimes omissivos canônicos, está a omissão de socorro a um clérigo agredido, a *percussio clerici*: uma decretal estabeleceu que "aqueles que fizeram e que consentiram (*facientes et consentientes*) sofrerão idênticas penas", criminalizados pois aqueles que "mesmo podendo, renunciam a resistir ao manifesto agressor (*quum possint, manifesto facinori desinunt obviare*)"[15].

Tampouco o direito germânico, todo ele orientado pela objetividade do dano, todo ele um direito do acontecimento, dará espaço à omissão. Em tema de concurso de agentes, o direito germânico antigo exigia atividade: "a responsabilidade se continha na órbita da execução, e tudo que não se relacionava materialmente com a execução ficava de fora"[16]. Se abrirmos o *Liber Iudiciorum*, o grande texto legal visigótico no qual se fundiram as culturas jurídicas germânica e hispano-romana, encontraremos pouquíssimas infrações omissivas: aqui, um juiz que não quis ouvir o querelante pagar-lhe-á aquilo que lhe pagaria o querelado; ali, quem achou gado sem pastor e omitiu cuidar diligentemente dele terá que indenizar o proprietário[17]. Mas, no alvorecer da modernidade, já encontramos, ainda poucos e dispersos, alguns delitos omissivos, basicamente, a omissão de denúncia ou de socorro (sempre em situações determinadas ou envolvendo sujeitos especiais) e, inclusive, o modelo clássico do magistrado inerte. Na *Recopilación de las Leyes destos Reynos* (1640), leis dos séculos anteriores criminalizavam o alcaide que não investigasse o roubo

13. Para frugal informação sobre o direito penitencial canônico, BATISTA, Nilo. *Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro*, p. 194 e ss. Um livro penitencial prescrevia o exílio de quem omitisse o pagamento da reparação devida à família da vítima (p. 200). Passagem de um penitencial selecionada por Manzini é significativa: *Si quis in corde suo per cogitationem peccaverit...* (*I Libri penitenziali e il diritto penale medievale*, p. 152).
14. *Diritto penale canonico*, p. 718.
15. *Corpus iuris canonici*, Decretais de Gregório IX, livro V, tít. XXXIX, cap. XLVII. É claro que, hoje em dia, o delito omissivo é admitido plenamente no direito penal canônico (cf. CALABRESE, Antonio. *Diritto penale canonico*, p. 31).
16. Assim DEL GIUDICE. Pasquale, *Diritto penale germanico rispetto all'Italia*, p. 478.
17. *Liber Iudiciorum*, respectivamente, livro II, tít. I, XVIII. e livro VIII, tít. V, VII (na edição consultada, p. 67 [99] e 348 [661]).

cometido numa fortaleza, arcando ele com o prejuízo, e aquele que não entregasse o procurado malfeitor por ele acolhido perderia metade dos bens[18]. Nas Ordenações Afonsinas (1446), o dever de delatar a conspiração (lesa-majestade)[19], o moedeiro falso[20] e qualquer um de maus bofes que se abrigasse na pousada (encobridores)[21] criava as condições estruturais da criminalização omissiva. Segundo Sgubbi, Farinacio tratou, para além da omissão de delatar o lesa-majestade (por ele também versada), da omissão da mulher que não delata o projetado homicídio de seu marido, da inércia diante da revelada prostituição da mulher ou de filhas e de outras similares[22].

Também entre os jusnaturalistas sedimentava-se a ideia de que "todo homem é responsável por aquelas ações cuja *execução ou omissão* seria de sua própria escolha", como disse Pufendorf[23]. A ação, que desafia a norma proibitiva, se enlaça à sua própria ausência, que desafia a norma mandamental: está composto o par. Os mesmos jusnaturalistas viam na requisição de ação ou omissão (de ação devida) a virtude de impedir que fossem puníveis os atos puramente internos[24].

Os penalistas da segunda metade do século XVIII emparelhavam sem restrições a omissão à ação. Mello Freire afirmava que o delito, que caracteriza como "fato ilícito (*factum illicitum*)", também se apresenta na omissão daquilo que "a lei ordena fazer (*quod lex facere jubet*)"[25]. "Pelo nome de ato – escreveu Romagnosi – deve entender-se não apenas (...) a *execução* de uma ação injusta, senão toda *omissão* de um ato que se deva realizar"[26]. E Feuerbach (o Tratado sai em 1801, mas a formação do autor é setecentista) ensina haver "um crime omissivo (...) sempre que uma pessoa tem direito à exteriorização de nossa atividade"[27]. Contudo, a revolução burguesa ressignificaria politicamente o par conceitual *ação-omissão*, já agora não apenas como modo da conduta punível, mas como requisito da exterioridade da conduta e garantia do exclusivo império da lei. O inciso V da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) dispunha que "a lei só tem o direito de proibir as ações

18. *Recopilación*..., cit., livro VIII, tít. XII, IIII, e livro VIII, tít. XVIII, IIII.
19. Ordenações Afonsinas V, II, 10.
20. Ordenações Afonsinas V, V, 5.
21. Ordenações Afonsinas V, C, 1 (lei de D. Diniz, 1351).
22. SGUBBI, Filippo. *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, p. 9.
23. *Os deveres do homem e do cidadão*, livro I, cap. I, XVII (na edição consultada, p. 69).
24. Cf. GRÓCIO. Hugo. *O direito da guerra e da paz*, v. II, p. 823 (livro II, XX, XVIII).
25. *Institutionum Juris Criminalis Lusitani*, p. 2.
26. *Génesis del derecho penal*, p. 219.
27. *Tratado de derecho penal*, § 24 (na edição consultada, p. 66); tal fórmula responde à concepção feuerbachiana de que todo crime ofende um direito da vítima.

prejudiciais à sociedade. Tudo quanto não é proibido pela lei não pode ser impedido e ninguém pode ser obrigado a fazer o que ela não ordena", ou seja, a lei só pode proibir condutas danosas e, ao mesmo tempo, só a lei pode proibir ou ordenar condutas. Encontram-se aí raízes dos princípios da lesividade e da legalidade.

Olhemos agora para o princípio de que há exatamente dois séculos – desde a Constituição imperial (artigo 179, inciso I) – está presente entre nós, sem receber dos penalistas a atenção que merece: "Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei." (artigo 5º, inciso II, da CR.)

Talvez ofuscado pelas funções garantistas dos enunciados que constam dos artigos 1º e 2º do Código Penal e dos incisos XXXIX e XL da Constituição da República (proibir retroatividade da lei penal nova ou pior, conceder retroatividade à lei penal melhor[28], proibir que costume ou analogia integrem tipos legais e exigir taxatividade do tipo legal), tal dispositivo ficou em segundo plano, e o penalismo brasileiro dele não extraiu as generosas consequências teóricas que oferece. Sim, porque é dele que deriva a mais relevante função do princípio da legalidade, a *função constitutiva*[29]: só a lei pode criminalizar condutas, e só condutas (ações ou omissões devidas) podem ser criminalizadas. Pensamentos, desejos, crenças religiosas, convicções políticas ou filosóficas, criações artísticas ou pesquisas científicas, existe todo um universo infenso a ver-se criminalizado, seja pelas interdições constitucionais que desenham a autonomia moral da pessoa[30], seja – o que ora nos interessa mais – pela ausência de conduta (ação ou omissão devida). Não é suficiente a promulgação da lei criminalizante: é indispensável que a criminalização se exprima por um dos dois únicos modos criminalizantes que a Constituição autoriza, isto é, por ação ou omissão. Em outras palavras: o legislador ordinário brasileiro só está autorizado a criar um crime se este crime necessariamente envolver, como requisito essencial, uma conduta externa (ação ou omissão devida). Para o direito penal brasileiro, um crime sem conduta é inconcebível[31]. A raiz constitucional do *nullum crimen sine conducta* não permite à dogmática jurídico-penal outra conclusão.

II. Existe alguma unanimidade entre as diversas teorias da ação?

Em 1904, ao estudar a introdução do conceito de ação na teoria do delito, Radbruch observava que "este conceito permaneceu por completo fora da

28. Cf. artigo 2º, parágrafo único, do CP, e artigo 5º, inciso XL, da CR.

29. A ela, nos referimos décadas atrás: *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*, p. 68.

30. Cf. artigo 5º, incisos VI, VIII e IX, da CR.

31. No mesmo sentido, ZAFFARONI, Raúl et alii. *Direito penal brasileiro*, v. II, t. I, p. 101 e ss. e 79 e ss.

discussão"[32]. Ele não tinha como profetizar a extraordinária amplitude que tal discussão teria ao longo do século XX. Quando Heleno Fragoso, em 1961, publicou sua tese de livre-docência, arrolava apenas quatro concepções distintas sobre a ação[33]; mais de seis décadas depois, Juarez Tavares apresenta um mosaico no qual, contando as variantes, temos dez concepções teóricas diferentes[34]. E note-se que tal mosaico é integrado apenas por teorias muito prestigiadas e influentes, não estando nele incluídas contribuições originais como entre nós a de Renato Gomes[35].

Todos conhecemos as disputas – por vezes, acaloradas, como aquela entre finalismo e causalismo aromatizado por Kant – travadas entre as distintas concepções, algumas já superadas e outras atualmente em plena batalha. A busca por uma concepção com rendimento teórico que abrangesse a omissão e a culpa foi histórico motivo para muitas dessas disputas. Refugindo por completo a nosso objetivo expor e debater tais concepções, e muito menos as influências que sofreram a ainda sofrem de teorias da ação elaboradas pela filosofia ou pelas ciências sociais, cabe, contudo, uma pergunta: haveria por acaso algum ponto comum, alguma unanimidade entre as concepções penalísticas de ação?

Recordemos, a voo de andorinha, algo de cada uma delas. A causalista (ou, para desagrado de Welzel, naturalista) postulava para a ação um "movimento corporal" (ou, no caso da omissão, uma "distensão dos músculos") acompanhado da voluntariedade desse movimento (ou dessa distensão dos músculos) que a crítica, no caso do homicídio, chamaria de "vontade de apertar o gatilho". A teoria sintomática, vinculada ao positivismo criminológico, se interessava pela disposição biopsicológica do autor. O normativismo neokantiano produziu um conceito valorado de ação que não obstante pressupunha "um querer do agente" (MEZGER[36]) ou uma "atuação voluntária" (MAYER[37]). Para a teoria finalista, o conteúdo da vontade é como a "alma" da ação: o autor representa antecipadamente a finalidade desejada e escolhe os meios para atingi-la. As vertentes da teoria social predicam para a ação uma "causação voluntária" (ENGISCH), uma "conduta objetivamente

32. *El concepto de acción*, p. 110.

33. *Conduta punível*, p. 7 e ss.

34. *Fundamentos de teoria do delito*, p. 118 e ss.

35. Em *Teorias da conduta*, Renato Gomes, depois de examinar as diversas concepções de ação, cria uma variante para a teoria finalista que toma o trabalho como modelo da práxis, como paradigma geral da atividade humana. É como se Welzel, ao invés de apoiar-se em Hartmann ou Hönigswald, houvesse se atirado a Georg Lukács (especialmente, *Para uma ontologia do ser social*).

36. *Tratado de derecho penal*, t. I, p. 212.

37. *Derecho penal,* p. 145.

controlável pelo homem" (MAIHOFER), ou, ainda, uma "conduta portadora de vontade" (SCHMIDT) da qual provenham "consequências causais dominâveis pela vontade" (KAUFMANN)[38]. A concepção negativa de ação, seja na fórmula de Herzberg ("não evitação evitável em posição de garante"), seja na de Jakobs ("causação do resultado individualmente evitável"), nos remete à constatação de que só a humana capacidade de ação consegue evitar resultados antijurídicos. Para a teoria pessoal roxiniana, ação é "manifestação da personalidade". No chamado modelo teleológico, a dominabilidade do perigo requisita a representação (consciência) do mesmo perigo. Finalmente, chegamos às concepções fundamentadas em filosofias da viragem linguística. Para a teoria da ação significativa, inspirada em Wittgenstein, a capacidade de ação requer "certos caracteres inatos (a mão e o cérebro) e é adquirida com a linguagem no curso da vida social"[39]. E, para a habermasiana teoria da ação comunicativa, basta-nos reproduzir o início do conceito formulado pelo mais fecundo de seus prosélitos brasileiros, Juarez Tavares, para quem ação é a "conduta volitiva..."[40].

Em todas as concepções produzidas pela dogmática jurídico-penal, encontramos um elemento que aponta para a pessoa humana. "Movimento corporal", "voluntariedade", "disposição biopsicológica do autor", "consciência dos fins e eleição dos meios", "causação voluntária", "conduta portadora da vontade", "consequências dominâveis pela vontade", "evitação de resultados antijurídicos", "personalidade", "consciência do perigo", "a mão e o cérebro", "conduta volitiva" – todos esses elementos, extraídos de concepções distintas, sinalizam para a única unanimidade entre elas: todas foram construídas para a pessoa humana, todas pressupõem um agente de carne e osso. Uma prova disso reside na constatação de que, para todas essas concepções, a negação (ausência) da ação provém, ressalvadas pequenas diferenças de rótulos, da simples negação no sujeito dos atributos da vontade e da consciência (força física irresistível, atos reflexos, estados de inconsciência), ou seja, na ausência de atributos característicos da pessoa humana, não existe ação (compreendendo a atuação positiva e a omissão de ação devida). Logo, só a pessoa humana é capaz da ação.

Essa opinião, tradicionalmente prevalecente na doutrina em geral[41], é dominante na doutrina brasileira. "O conceito de ação – ensina Juarez Cirino dos

38. Extraído de WESSELS, Johannes. *Direito penal*, p. 20 e 21; o próprio Wessels definirá a ação como "conduta socialmente relevante, dominada ou dominável pela vontade humana" (p. 22).

39. VIVES ANTÓN, Tomás S. *Fundamentos del Sistema Penal*, p. 207.

40. *Fundamentos de teoria do delito*, p. 135.

41. Por todos, JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis: *El acto sólo proviene del hombre. (...) La llamada persona moral no puede cometer delitos.*" (*La ley y el delito*, p. 210-211.)

Santos – (...) representa fenômeno exclusivamente humano"[42]. Entre os requisitos do "sujeito da ação", em seu sistema caracterizado como "pessoa deliberativa", Juarez Tavares inclui a "capacidade de expressar-se linguisticamente" e de "argumentar", a de "executar uma conduta", a de "autocrítica" e a de "comunicar-se conscientemente com os demais, de modo a ressaltar sua subjetividade"[43]: um açougue, um banco ou um laboratório químico serão capazes' disso? Claro que não, porque "o único sujeito com capacidade de ação é o indivíduo", frisa Cezar Bitencourt[44]. Veja-se a enunciação de René Dotti: "A conduta, revelada através da ação ou da omissão, como primeiro elemento estrutural do crime, é produto do *homem*."[45] "De conseguinte – agora é Luiz Regis Prado –, falta ao ente coletivo o primeiro elemento do delito: capacidade de ação"[46]. Em coro, Miguel Reale Júnior: "Falta à pessoa jurídica capacidade criminal."[47] Concluamos essa amostragem com a irretocável opinião de Luís Greco: "A pessoa jurídica não tem mente ou corpo; ela não decide, nem age."[48]

Na jurisprudência, cabe mencionar o acórdão do Superior Tribunal de Justiça que corretamente proclamou: "Na dogmática penal a responsabilidade se fundamenta em ações atribuídas às pessoas físicas. Dessarte a prática de uma infração penal pressupõe necessariamente uma conduta humana."[49] Contudo, a partir dessa constatação ineludível, o tribunal entendeu "inviável a imputação penal a pessoa jurídica".

Que a incapacidade de ação dos entes morais seja um "grande obstáculo para a admissão da responsabilização da pessoa jurídica", como ressaltou Levorato[50], está demonstrado pelo acórdão do STJ suprarreferido. Por muitos caminhos metodológicos, que aqui não serão percorridos, é possível, contudo, remover o "grande obstáculo" (a incapacidade de ação) à responsabilização penal das pessoas jurídicas. O argumento de Tiedemann, invocando a responsabilidade de partícipes[51], enseja o exemplo de um paraplégico, totalmente incapaz de ação, mas que se comunica precariamente e consegue instigar a prática de um homicídio, pelo qual responderá

42. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, p. 271.
43. *Fundamentos de teoria do delito*, p. 141.
44. *Reflexões sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica*, p. 59.
45. A incapacidade criminal da pessoa jurídica, p. 168.
46. Responsabilidade penal da pessoa jurídica: fundamentos e implicações, p. 129.
47. A responsabilidade penal da pessoa jurídica, p. 344.
48. Por que é ilegítimo e quase de todo inconstitucional punir pessoas jurídicas, p. 70.
49. BRASIL. STJ, REsp 622.724/SC, 5ª T., rel. Min. Felix Fischer, v.u.
50. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica nos crimes ambientais*, p. 91.
51. Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas en el derecho comparado, p. 37.

tanto quanto o autor material. Gracia Martín propõe que se distinga "sujeito da ação e sujeito da imputação", que "não têm que coincidir": "imputam-se à pessoa jurídica os *efeitos jurídicos* produzidos pela ação do órgão (colegiado dirigente) ou do representante legal."[52] Alaor Leite, debruçado sobre nossa lei, observa que "o cometimento da infração por parte das pessoas que expressam a vontade da pessoa jurídica é a *base de imputação mínima* para a responsabilização dela"[53]. Para quem pensa que a ação é um conceito decadente, já que "o decisivo é conhecer as regras de imputação segundo as quais a ação adquire relevância comunicativa para o sistema jurídico"[54], o "grande obstáculo" sequer existe. Todavia, no direito brasileiro, a ação tem raízes constitucionais, como vimos, e está prevista como elemento do crime na lei (artigos 13 e seguintes do CP); não temos como descartá-la.

III. "– *Parla!*"

Alguns autores optam por tentar construir um conceito de "*ação empresarial*"[55] ou "*ação institucional*"[56], com o que "grande obstáculo" estaria radicalmente removido: a pessoa jurídica disporia de capacidade de ação, embora diferentemente e em desacordo com toda a tradição do conceito penalístico da ação, especialmente, no Brasil, onde "a conduta típica somente pode ser praticada pela pessoa humana" (PITOMBO), onde "a humanidade da ação é elemento inderrogável" (LOBATO)[57]. Os motivos dessa iniciativa não parecem convincentes. Haverá mesmo, como afirma Silva Sánchez, uma "necessidade político-criminal de sancionar diretamente (...) a empresa enquanto tal"[58]? De um lado, o direito administrativo sancionador e o direito societário não podem, de forma mais eficaz e expedita – e com maior conhecimento de causa –, impor *as mesmas sanções* que o juiz criminal, depois do devido processo legal, imporia? De outro lado, para Jennifer Arlen, ligada à *Law and Economics*, "a responsabilização penal da pessoa jurídica pode surtir mais efeitos

52. La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas, p. 92.
53. Observações provisórias sobre a responsabilização penal das pessoas jurídicas, p. 83.
54. Assim FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva*, p. 26. Pela mesma linha, Zúñiga Rodríguez, para quem *lo importante no es la acción penalmente relevante, sino la dañosidad social evitable* (*Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, p. 228).
55. SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, p. 178.
56. BAIGÚN, David. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, p. 38.
57. PITOMBO, Antônio Sérgio Altieri de Moraes. Denúncia em face da pessoa jurídica na perspectiva do direito brasileiro, p. 231; LOBATO, José Danilo Tavares. *Direito penal ambiental e seus fundamentos*, p. 142.
58. Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en derecho español, p. 66.

perversos do que benéficos à sociedade"[59]. Alguém já se esqueceu dos resultados econômicos da criminalização indireta (mediante a criminalização de diretores e funcionários) de empresas pelo mostrengo judiciário chamado Lava Jato, que praticamente aniquilou a indústria de infraestrutura brasileira, criando condições propícias para transnacionais do setor? Essa falsa "necessidade político-criminal" acaba conduzindo a uma petição de princípio: temos que admitir a capacidade de ação das pessoas jurídicas porque senão não poderíamos puni-las. Nas palavras de Ivan Santiago: "o primeiro passo para a responsabilidade penal da pessoa jurídica consiste em admiti-la capaz de cometer ações, pois do contrário estará vedada qualquer consideração a respeito de culpabilidade e da pena."[60] É o efeito jurídico (viabilizar sua criminalização) que dá fundamento à assertiva de que as pessoas jurídicas "agem" em sentido jurídico-penal.

A construção de um conceito de ação sob medida para viabilizar a criminalização da pessoa jurídica traz o risco de flexibilizar o próprio conceito de ação, o que, a partir de certo nível, comprometeria o *nullum crimen sine conducta*. Como registrou Rothenburg, "isso implica uma reformulação dessas noções, *agora mais largas*"[61] (grifos nossos). Alargamentos, expansões do sistema penal raramente favorecem o Estado Democrático de Direito, ao contrário do que pensam muitas tendências políticas do campo progressista.

Em oposição ao que afirmou o Superior Tribunal de Justiça em outra ocasião, para a aplicação da lei dos crimes ambientais, não é necessária "uma modificação da dogmática penal clássica", no sentido de admitir uma capacidade de ação nas pessoas jurídicas. Por outro lado, não é função do Judiciário, como frisado no mesmo acórdão, "dar sustentação à opção política do legislador"[62]; bem ao inverso, o controle de constitucionalidade existe precisamente para que opções políticas inconstitucionais do legislador sejam expurgadas pelo Judiciário.

Não examinaremos as inúmeras propostas de "ação empresarial" ou "ação institucional", não raro, elaboradas com muita erudição e criatividade, porque todas elas são inadmissíveis perante o direito brasileiro. Elas recordam aquele episódio no qual Michelangelo, concluída a estátua de Moisés e enlevado pela semelhança do mármore esculpido com o corpo humano, tocou-lhe o joelho com o cinzel dizendo: "– *Parla*!"

Nem a estátua falou, nem as pessoas jurídicas dispõem de capacidade de ação.

---

59. Apud MACHADO, Marta Rodriguez de Assis (Coord.). Série *Pensando o Direito*, Brasília, n. 18, p. 19, 2009.
60. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica na lei dos crimes ambientais*, p. 78.
61. *A pessoa jurídica criminosa*, p. 170.
62. BRASIL. STJ, REsp 564.960/SC, rel. Min. Gilson Dipp, 5ª T.

IV. Crimes ambientais e pessoa jurídica

A esmagadora maioria dos delitos ambientais é constituída por crimes comuns, que podem ter por sujeito ativo qualquer pessoa. Dois delitos especiais (ou próprios) requerem como sujeito ativo um funcionário público lotado na administração ambiental (artigos 66 e 67). Contudo, *todos* os delitos imputáveis à pessoa jurídica são especiais, porque neles deve intervir pelo menos um dos sujeitos qualificados previstos no artigo 3º da Lei 9.605, de 12 de dezembro de 1998. Vejamos a lição de Regis Prado:

> "Desse modo fica assentada, quanto à autoria, a necessidade de conduta punível (...) realizada por ato decisório do autor qualificado – representante legal ou contratual (v.g. presidente, diretor, gerente etc.) ou órgão colegiado (v.g. assembleia geral, diretoria, conselho de administração etc.) da pessoa jurídica, não sendo cingida a figura do empregado subalterno ou do preposto sem nenhum poder de decisão."[63]

A responsabilidade da pessoa jurídica (artigo 3º) depende de que a resolução pelo injusto seja tomada por este(s) autor(es) qualificado(s): ou individualmente, por seu representante legal ou contratual, ou coletivamente por integrante(s) de um órgão colegiado investido de poderes de gestão (a brigada de incêndio ou a comissão de ética não contam). Isso, contudo, não basta. Em primeiro lugar, por ser requisito legal que a realização do injusto favoreça o interesse ou acarrete benefícios para a pessoa jurídica. Como ensina Shecaira, "ficam excluídas (da responsabilização da pessoa jurídica) todas as infrações praticadas no interesse exclusivo do próprio agente, pois são de sua única e exclusiva responsabilidade"[64]; em segundo, porque a mera resolução pelo injusto, ainda que em benefício da empresa, não passa de um ato preparatório: é preciso pelo menos um início de execução para que a punibilidade se ative.

Quando o tipo legal é realizado pelo próprio dirigente (representante legal ou contratual) ou, hipótese menos comum, pelo próprio órgão colegiado, não há maiores problemas. Quando o tipo legal é realizado sob ordem do(s) autor(es) qualificado(s) por empregados subalternos, estes também responderão na medida em que tenham plena consciência da ilicitude. Mas o tipo legal deve ser realizado e isto só é pela conduta humana.

---

63. *Direito penal do ambiente*, p. 182.

64. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, p. 99-100. No mesmo sentido, GUIMARÃES, Marcello Ovídio Lopes: "haveria responsabilização apenas da pessoa física se o ato não beneficiasse a pessoa coletiva." (*Comentários à Lei dos Crimes Ambientais*, p. 43). Pela mesma linha, CASTRO, João Marcos Adede y. *Crimes ambientais*, p. 18.

Um regime que é chamado de "dupla imputação", ou de "imputação por ricochete", ou de "heterorresponsabilidade" não pode dispensar jamais a conduta humana. Adotamos o mesmo regime que a França, e lá não há a menor dúvida: *Les actes purement matériels ne peuvent être réalisés par la personne morale elle-même*, e é sempre irrenunciável um *substractum humain*[65]. Nem os açougues, bancos e laboratórios franceses conseguem poluir, incendiar ou devastar vegetação por si mesmos.

Tal regime, preconizado pela doutrina dominante, foi prestigiado pelos tribunais e regia a aplicação da lei, sem maiores controvérsias, até agosto de 2013, quando um aresto confuso do Supremo Tribunal Federal[66] suscitou interpretações não menos confusas.

V. Um aresto confuso

Inicialmente, fique claro que a Min. Rosa Weber, relatora do caso, integra a tendência doutrinária que considera "indispensável a elaboração de novos conceitos de ação e de culpabilidade válidos para as pessoas jurídicas"[67]. Para ela, quem exige "a descrição de uma conduta humana está visivelmente pretendendo transpor a dogmática clássica do direito penal individual". (As raízes constitucionais do conceito jurídico-penal de ação não merecem qualquer referência e o voto não propõe qualquer novo conceito de ação.)

Se alguém perguntar ao aresto por qual motivo devemos elaborar um conceito de "ação empresarial" ou "institucional" e porque não devemos utilizar o conceito dogmático "clássico" (embora muitas versões dele não tenham completado ainda 50 anos) observará que o voto incide na mesma petição de princípio observada em parte da doutrina ("evitar a impunidade"):

> "condicionar a aplicação do art. 255, § 3º da Carta Política a uma concreta imputação também a pessoas físicas implica indevida restrição da norma constitucional, expressa a intenção do constituinte originário não apenas de ampliar o alcance das sanções penais, mas também de evitar a impunidade."

Parece que a punição, isto é, a inflição de sofrimento autorizado e medido, pela restrição compulsória de direitos, constitui um valor democrático a orientar a interpretação não só das leis, mas também da Constituição. Garantir ou favorecer a punição constitui agora um princípio hermenêutico?

65. Assim PLANQUE, Jean-Claude. *La détermination de la personne morale pénalement responsable*, p. 223.
66. BRASIL. STF, RE 548.181/PR, rel. Min. Rosa Weber, 1ª T.
67. A partir de agora, todas as citações transcrevem trechos do voto da Relatora ou da ementa do aresto.

Em algum momento, o aresto invoca a tradicional responsabilização penal da *common law*, assim como a doutrina frequentemente recorda a criminalização de corporações e outros coletivos, que alcançou a primeira modernidade. Bem, também animais foram criminalizados e julgados no mesmo período histórico, e desconhecemos qualquer saudosismo punitivo com essa direção.

A ementa principia com a seguinte afirmação:

> "O art. 225, § 3º da Constituição Federal não condiciona a responsabilização penal da pessoa jurídica por crimes ambientais à simultânea persecução penal da pessoa física (...) A norma constitucional não impõe a necessária dupla imputação."

Sim, é verdade: o dispositivo que impõe a dupla imputação é o artigo 3º da Lei 9.605, de 12 de dezembro de 1998, além de uma certa dificuldade que açougues, bancos e laboratórios têm para, por si sós, pescar utilizando explosivos. Se a aspiração ontológica do finalismo mereceu críticas acendradas, o descarte funcionalista da realidade é capaz de produzir delírios teóricos. O raciocínio que presidiu o aresto deixa o artigo 3º da Lei 9.605 a um passo da inconstitucionalidade. Conforta-nos o fato de que a decisão foi tomada por maioria (3 x 2), numa das duas Turmas da Corte Suprema.

Na Espanha, a constitucionalização do conceito de culpabilidade representou o principal obstáculo à responsabilização penal das pessoas jurídicas. (A questão da culpabilidade na criminalização de empresas – assunto no qual não tocamos – não é menos complexa do que a questão da incapacidade de ação.) Entre nós, a constitucionalização do conceito jurídico-penal de ação não suscitou o mesmo efeito.

Um argumento que Jiménez de Asúa brandiu em 1952 contra a criminalização de pessoas jurídicas anda um pouco esquecido nesses tempos pouco garantistas. Reiterando sua opinião de que os entes coletivos *carecen de capacidad para cometer acciones delictivas*, o grande mestre observou que *los miembros inocentes de una asociación sufrirán al ser esta suspendida, disuelta o multada*[68]. Isso representa clara violação ao princípio da intranscendência da pena, conhecido até em direitos da antiguidade: a pena não pode atingir pessoas próximas ao culpado apenas em razão da proximidade. Sócios inocentes, acionistas inocentes, diretores inocentes, funcionários inocentes, toda essa gente resulta atingida pela sanção disparada contra a pessoa jurídica.

Em certa passagem, observou o voto vencedor que "em grandes corporações há de se reconhecer a dificuldade prática de identificar a pessoa física diretamente

68. Responsabilidad de una entidade bancaria. In: *El criminalista*. 2ª série, t. I, p. 219.

responsável pelo ato criminoso corporativo". Agora, para prosseguir, necessitaríamos contar com uma pequena ajuda de nossos amigos processualistas penais. Sim, o que deve fazer o juiz criminal quando não consegue obter suficientes informações sobre o crime? Este argumento do aresto, que comparece em alguns dos autores que tentam fazer a estátua falar, coloca a pessoa jurídica como bode expiatório das deficiências da instrução. Será isto constitucional?

VI. Referências bibliográficas

ARISTÓTELES. *A Constituição de Atenas*. Trad. Francisco Murari Pires. São Paulo: Hucitec, 1995.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. Trad. M. da Gama Kury. Brasília: UnB, 1985.

ARISTÓTELES. *Retórica*. Trad. Antonio Tovar. Madrid: Centro de Estudios Políticos, 1971.

BAIGÚN, David. *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Buenos Aires: Depalma, 2000.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

BATISTA, Nilo. *Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Reflexões sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica. In: GOMES, Luiz Flávio (Org.). *Responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. São Paulo: Ed. RT, 1999.

BONFANTE, Pedro. *Instituciones de derecho romano*. Trad. Luis Bacci e Andrés Larrosa, Madrid: Reus, 1965.

CADOPPI, Alberto. *Il reato omissivo proprio*. Pádua: Cedam, 1988, 2 v.

CALABRESE, Antonio. *Diritto penale canonico*. Vaticano: Libreria Editrice Vaticana, 2006.

CASTRO, João Marcos Adede y. *Crimes ambientais*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2004.

CLARO, Júlio. *Practica Criminalis*. Veneza: Typographia Baretiana, 1640.

DEL GIUDICE, Pasquale. Diritto penale germanico rispetto all'Italia. In: *Enciclopedia Pessina*. Milão: Società Editrice Libraria, 1905. v. I.

DOTTI, René Ariel. A incapacidade criminal da pessoa jurídica. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (Orgs.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2010.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva*. Madrid: Reus, 2007.

FERRINI, Contardo. Esposizione storica e dottrinale del diritto penale romano. In: *Enciclopedia Pessina*. Milão: Società Editrice Libraria, 1905. v. I.

FEUERBACH, Paulo João Anselm Ritter de. *Tratado de derecho penal*. Trad. Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeier. Buenos Aires: Hammurabi, 1989.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Conduta punível*. São Paulo: José Bushatsky, 1961.

FRIEDBERG, Emil Albert; RICHTER, Aemilius Ludwig (Orgs.). *Corpus Iuris Canonici*. New Jersey: The Lawbook Exchange, 2013, 2 v.

GARCÍA DEL CORRAL, Ildefonso L. (Org. e trad.). *Cuerpo de derecho civil romano*. Barcelona: Junta de Molinos Reales, 1889, 6 v.

GOMES, Renato. *Teorias da conduta*. Rio de Janeiro: Revan, 2016.

GRACIA MARTÍN, Luis. La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (Orgs.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2010.

GRECO, Luís. Por que é ilegítimo e quase de todo inconstitucional punir pessoas jurídicas. In: BUSATO, Paulo César (Org.). *Responsabilidade penal de pessoa jurídica*. Seminário Brasil-Alemanha. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

GRÓCIO, Hugo. *O direito da guerra e da paz*. Trad. Ciro Mioranza. Ijuí: Unijuí, 2004, 2 v.

GUIMARÃES, Marcello Ovídio Lopes. Disposições gerais. In: SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo; SOUZA, Luciano Anderson de (Orgs.). *Comentários à Lei de Crimes Ambientais*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

HOBBES, Thomas. *Leviatã*. Trad. H. G. Burati. São Paulo: Rideel, 2005.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *La ley y el delito*. Buenos Aires: Sudamericana, 1954.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Responsabilidad de una entidade bancaria. In: *El criminalista*. Buenos Aires: Victor P. Zavalia, 1970. 2ª série, t. I.

KAUFMANN, Armin. *Dogmática de los delitos de omisión*. Trad. Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2006.

LEITE, Alaor. Observações provisórias sobre a responsabilidade penal das pessoas jurídicas. In: BUSATO, Paulo César (Org.). *Responsabilidade penal de pessoa jurídica*. Seminário Brasil-Alemanha. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

LEVORATO, Danielle Mastelari. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica nos crimes ambientais*. São Paulo: Ed. RT, 2006.

Liber Iudiciorum. El libro de los juicios (Estudio preliminar de R. Ramis Barceló. Traducción y notas de P. Ramis Serra y R. Ramis Barceló). Colección de Leyes Históricas de España, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 2015.

LOBATO, José Danilo Tavares. *Direito penal ambiental e seus fundamentos*. Curitiba: Juruá, 2011.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis (Coord.). Responsabilidade penal da pessoa jurídica. Série *Pensando o Direito*, Brasília, n. 18, p. 19, 2009.

MANZINI, Vincenzo. *I libri penitenziali e il diritto penale medievale*. In: *Scelta di Scritti Minori*. Turim: UTET, 1959.

MAYER, Max Ernst. *Derecho penal* – Parte General. Trad. Sergio Politoff Lifschitz. Montevidéu: BdeF, 2007.

MELLO FREIRE, Pascoal José de. *Institutionum juris criminalis lusitani*. Coimbra: Typographia Academico-Regia, 1829.

MEZGER, Edmundo. *Tratado de derecho penal*. Trad. José Arturo Rodríguez Muñoz. Madrid: Editora Revista de Derecho Privado, 1946, 2 v.

Ordenações Afonsinas. Coimbra: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984, 5 v.

PITOMBO, Antônio Sérgio Altieri de Moraes. Denúncia em face de pessoa jurídica na perspectiva do direito brasileiro. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (Orgs.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2010.

PLANQUE, Jean-Claude. *La détermination de la personne morale pénalement responsable*. Paris: L'Harmattan, 2003.

PLATÃO. *As leis*. Trad. Edson Bini. Bauru: Edipro, 1999.

PLUTARCO. *Vidas*. Trad. Jaime Bruna. São Paulo: Cultrix, 1963.

PRADO, Luiz Regis. *Direito penal do ambiente*. São Paulo: Ed. RT, 2005.

PRADO, Luiz Regis. Responsabilidade penal da pessoa jurídica: fundamentos e implicações. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (Orgs.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2010.

PUFENDORF, Samuel. *Os deveres do homem e do cidadão de acordo com as leis do direito natural*. Rio de Janeiro: Topbooks, 2007.

RADBRUCH, Gustav. *El concepto de acción*. Trad. José Luis Guzmán Dalbora. Montevidéu: BdeF, 2011.

REALE JÚNIOR, Miguel. A responsabilidade penal da pessoa jurídica. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (Orgs.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2010.

Recopilación de las Leyes destos Reynos. Madrid: Catalina de Barrio y Angulo e Diego Díaz de la Carrera, 1640.

ROMAGNOSI, Giandomenico. *Génesis del derecho penal*. Buenos Aires: Depalma, 1956.

ROTHENBURG, Walter Claudius. *A pessoa jurídica criminosa*. Curitiba: Juruá, 2005.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: Ed. RT, 2018.

SANTIAGO, Ivan. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica na lei dos crimes ambientais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SANTOS, Juarez Cirino dos. Responsabilidade penal da pessoa jurídica. In: PRADO, Luiz Régis; DOTTI, René Ariel (Orgs.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SCHIAPPOLI, Domenico. Diritto penale canonico. In: *Enciclopedia Pessina*. Milão: Società Editrice Libraria, v. I, 1905.

SGUBBI, Filippo. *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*. Pádua: Cedam, 1975.

SHECAIRA, Sergio Salomão. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: Ed. RT, 1998.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en derecho español. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (Orgs.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2010.

TAVARES, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito*. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

TIEDEMANN, Klaus. Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas en derecho comparado. In: GOMES, Luiz Flávio (Org.). *Responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. São Paulo: Ed. RT, 1999.

TOMÁS DE AQUINO, Santo. In: Pe. GALACHE, Gabriel C.; SJ e Pe. RODRÍGUEZ, Fidel García (Orgs.). Trad. Aimon-Marie Roguet et alii. *Suma Teológica*. São Paulo: Loyola, 2001, 9 v.

VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal*. Valência: Tirant Lo Blanch, 1996.

WESSELS, Johannes. *Direito penal*. Trad. Juarez Tavares. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1976.

ZAFFARONI, Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro*. 3. tir. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, Navarra: Aranzadi, 2003.

VII. Referências jurisprudenciais

BRASIL. STF, RE 548.181/PR, rel. Min. Rosa Weber, 1ª T.

BRASIL. STJ, REsp 564.960/SC, rel. Min. Gilson Dipp, 5ª T.

BRASIL. STJ, REsp 622.724/SC, 5ª T., rel. Min. Felix Fischer, v.u.



PESQUISAS DO EDITORIAL



Áreas do Direito: Penal; Ambiental

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- A impunidade de crimes ambientais em áreas protegidas federais na Amazônia, de Paulo Barreto, Elis Araújo e Brenda Brito – *RDA* 59/150-184;
- A prova e o método de verificação da causalidade na omissão imprópria, de Marcelo Almeida Ruivo – *RBCCrim* 170/191-219;
- Controle social pela via judicial das omissões do Poder Público em matéria ambiental no Brasil – Aspectos da evolução doutrinária e jurisprudencial, de Álvaro Luiz Valery Mirra – *RDA* 100/471-509;
- Da omissão imprópria por ingerência, de Pierpaolo Cruz Bottini – *RBCCrim* 171/131-151;
- Omissão imprópria do empresário: O problema da delegação dos deveres de garantia nas estruturas empresariais complexas, de Sérgio Bruno Araújo Rebouças – *RBCCrim* 143/45-86; e
- Responsabilidade civil do estado por desastres naturais: critérios para configuração da omissão estatal face ao não cumprimento de deveres de proteção, de Délton Winter de Carvalho – *RDA* 77/137-168 e *Doutrinas Essenciais de Dano Moral* 4/261-292.

Batista, Nilo. A ação nos crimes ambientais.
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 204. ano 32. p. 103-121. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2024.
DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.12628302].

Processo Penal

Prognósticos iniciais para uma concepção contemporânea de processo penal a partir da teoria crítica dos direitos humanos

Initial prognosis for a contemporary conception of the criminal procedure based on the critical theory of human rights

Antonio Eduardo Ramires Santoro[1]
Universidade Federal do Rio de Janeiro, UFRJ, Brasil.
E-mail: antonio.santoro@ucp.br

Daniel Nascimento Duarte[2]
Universidade Federal do Rio de Janeiro, UFRJ, Brasil.
E-mail: daniel.duarte@ufjf.br

Recebido em: 31.01.2023
Aprovado em: 29.02.2024
Última versão dos autores: 04.04.2024

DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.12628265].

1. Pós-Doutor em Democracia e Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra – Portugal. Pós-Doutor em Direito Penal e Garantias Constitucionais pela *Universidad Nacional de La Matanza* – Argentina. Doutor e Mestre em Filosofia pela UFRJ. Mestre em Direito Penal Internacional pela Universidad de Granada – Espanha. Especialista em Direito Penal Econômico pela Universidade de Coimbra – Portugal. Especialista em Direito da Economia pela Fundação Getulio Vargas. Graduado em Direito pela UERJ. Professor Titular de Direito Processual Penal do IBMEC/RJ. Professor Associado de Direito Processual Penal e Prática Penal do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro – FND/UFRJ. Professor Adjunto do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Católica de Petrópolis – UCP. Pesquisador Jovem Cientista do Estado – FAPERJ. Coordenador do Grupo de Pesquisa "O Sistema Penal sob Olhar Crítico" da UFRJ/UCP. Advogado criminalista.
   Lattes: [http://lattes.cnpq.br/9190879263950156].
   Orcid: [https://orcid.org/0000-0003-4485-844X].
   E-mail: antonio.santoro@ucp.br
2. Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro – FND/UFRJ. Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória – FDV. Especialista em Direito Penal Econômico e Europeu pela Universidade de Coimbra/IBCCrim.

Áreas do Direito: Penal; Processual; Direitos Humanos

Resumo: Busca-se no presente artigo responder a dois problemas: quais seriam as rupturas necessárias e admissões a serem introjetadas para se culminar numa concepção contemporânea de processo penal que considere diretamente as balizas da teoria crítica dos direitos humanos? Quais as ressignificações possíveis para se alcançar um terreno processual penal de maiores possibilidades de afirmação de direitos humanos? A hipótese inicialmente levantada é a de que é necessário romper com a moderna ideia de processo penal como meio de contenção do arbítrio estatal, bem como assumir sua localização como terreno de imposições ideológicas que culminam em seletividade processual e invisibilidade no reconhecimento de direitos humanos. Metodologicamente, a pesquisa se caracteriza como descritiva e exploratória, que enquanto técnica se pautou, primordialmente, em revisão bibliográfica. Partiu-se da crítica à concepção protetiva do processo penal, fundado sobre as premissas do liberalismo moderno para identificar que a realidade prática do processo penal se afasta do modelo de garantias fundadas na concepção universalizantes de direitos humanos. Propõe-se, a partir da concepção crítica de direitos humanos uma nova ressignificação teórico-prática do processo penal que conceba de que forma a realidade colonial brasileira é condicionante da seleção processual que se realiza no processo penal.

Palavras-chave: Seletividade processual – Teoria Crítica dos Direitos Humanos – Gestão diferencial dos ilegalismos – Desenhos processuais desumanizantes – Ressignificação teórico-prática do processo penal.

Abstract: This article aims to answer two problems: what would be necessary ruptures and admissions to be introjected to culminate in a contemporary conception of criminal procedure that directly considers the beacons of the critical theory of human rights? What are the possible resignifications to reach a criminal procedural terrain with greater possibilities for the affirmation of human rights? The hypothesis initially raised is that it is necessary to break with the modern idea of criminal procedure as a means of containing state discretion, as well as assume its location as a terrain of ideological impositions that culminate in procedural selectivity and invisibility in the recognition of human rights. Methodologically the research is characterized as descriptive and exploratory and as a technique, it was primarily based on a bibliographical review. The starting point was a critique of the protective conception of criminal procedure, based on the premises of modern liberalism, in order to identify that the practical reality of criminal procedure deviates from the model of guarantees, based on the universalizing conception of human rights. Based on the critical conception of human rights, a new theoretical-practical re-signification of the criminal procedure is proposed, which conceives how the Brazilian colonial reality is a conditioning factor for the procedural selection that takes place in the criminal procedure.

Keywords: Procedural selectivity – Critical Theory of Human Rights – Differential management of illegalisms – Dehumanizing procedural designs – Thoeretical-practical reframing of criminal procedure.

Professor de Direito Processual Penal da Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF / Campus GV). Bacharel em Ciências Sociais pela Universidade Federal do Espírito Santo – UFES. Advogado Criminalista.

Lattes: [http://lattes.cnpq.br/7945192406504596].

Orcid: [https://orcid.org/0000-0002-8107-505X].

E-mail: daniel.duarte@ufjf.br

Santoro, Antonio Eduardo Ramires; Duarte, Daniel Nascimento. Prognósticos iniciais para uma concepção contemporânea de processo penal a partir da teoria crítica dos direitos humanos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 204. ano 32. p. 125-163. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2024. DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.12628265].

Sumário: 1. Introdução. 2. A retórica da concepção moderna de processo penal enquanto instrumento de contenção do arbítrio estatal. 3. Delimitações para entender a seletividade processual a partir da teoria crítica dos direitos humanos: a gestão diferencial dos ilegalismos. 4. A categoria dos desenhos processuais desumanizantes e suas metarregras. 5. Prognósticos para uma ressignificação teórico-prática da concepção de processo penal: esboço de novas conjecturas processuais penais a partir da teoria crítica dos direitos humanos. 6. Conclusão. 7. Referências.

1. Introdução

Buscar-se-á[3], nestas breves linhas, traçar algumas diretrizes diagnósticas e prognósticas para a construção de uma concepção contemporânea de processo penal a partir da teoria crítica dos direitos humanos.

Para tanto, iniciam-se as reflexões com os questionamentos atinentes à declarada função protetiva do processo penal oriunda da tradição jurídico-liberal moderna, alocando suas limitações e contradições atuais. Posteriormente, serão procedidas reflexões características do que se tomou como real situação do processo criminal periférico/contemporâneo brasileiro: o terreno da seletividade processual que culmina na invisibilidade de sujeitos que se veem incapazes de qualquer afirmação de seus direitos humanos de caris processual penal.

Por fim, lança-se prognósticos de rupturas teórico-práticas para se pensar um processo penal mais condizente com os processos de conflito atinentes à afirmação dos direitos humanos e que efetivamente possibilite reais chances de luta por direitos no terreno processual penal.

O problema de pesquisa que guiará as reflexões se subjaz no seguinte questionamento: quais seriam as rupturas necessárias e admissões a serem introjetadas para se culminar numa concepção contemporânea de processo penal que considere diretamente as balizas da teoria crítica dos direitos humanos? Quais as ressignificações possíveis para se alcançar (ao menos em tentativa) um terreno processual de maiores possibilidades de afirmação de direitos humanos de cariz processual?

A hipótese inicialmente levantada é a de que é necessário romper com a moderna ideia de processo penal como meio de contenção do arbítrio estatal, bem como assumir sua localização como terreno de imposições ideológicas que culminam em seletividade processual e invisibilidade no reconhecimento de direitos humanos de cunho processual. Aportou-se assim na a) admissão da complexidade da luta por reconhecimento de direitos humanos; b) na absorção de uma hermenêutica

3. Trabalho resultado parcial de projeto de pesquisa financiado pela Faperj – Fundação Carlos Chagas Filho de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro como bolsista Jovem Cientista do Nosso Estado (Edital 04/2018 – Pedido E-26/202.675.2018 – Processo 238453).

processual penal a partir do agir prático dos atores que compõem o sistema penal e c) na necessidade de se assumir o conflito intrínseco ao ambiente processual penal como eixos de ressignificações paradigmáticas possíveis para se alcançar um terreno processual realmente possibilitante de lutas por direitos humanos de viés processual penal.

Metodologicamente, a pesquisa se caracteriza como descritiva e exploratória – de cariz teórica – e que enquanto técnica se pautou, primordialmente, em revisão bibliográfica para os seus deslindes centrais, interseções e diálogos teórico-reflexivos procedidos. A escolha pela Teoria Crítica dos Direitos Humanos enquanto base nodal a delimitar os contornos da pesquisa não se fez à toa. Tal referencial traz consigo potentes chaves de questionamento da realidade jurídico-social violenta proporcionada pelos fatores estruturantes de poderio que são intrínsecos à (ainda atual) conjuntura normativa verticalizada que "impõem a forma dominante de considerar o labor [exercício] jurídico" visando, assim, enquanto objetivo "criar novas formas de garantir os resultados das lutas sociais" (HERRERA FLORES, 2009, p. 59).

Trata-se de importante perspectiva teórica e que tem contribuído para uma série de amadurecimentos reflexivos (em vários âmbitos) acerca das relações e considerações acerca do Direito em sua correlação com os marcadores sociais – sobretudo de raça, classe e gênero – mas que, enquanto diretriz teórico-contributiva para com o campo criminal e, em específico, para com o âmbito do processo penal, ainda é pouco (ou quase nada) mobilizada sendo, portanto, necessário, em nossa perspectiva, o exercício cada vez mais constante de tal aproximação, a fim de se demonstrar a urgência de certas rupturas conjunturais para se pensar o processo penal na realidade periférica brasileira, trazendo, a partir daí, não só denunciações de uma realidade vil e anulatória, mas delinear e indicar, ainda que grau prognóstico, rotas possíveis não só de reflexão, mas de aplicação prático-conjuntural dos contributos apresentados.

Em termos epistemológicos[4], a Teoria Crítica dos Direitos Humanos traz os contornos para se pensar as diretrizes jurídicas *a partir de baixo* (RAUBER, 2020)

4. Também sobre as delineações de tal aspecto, expõe Hélio Gallardo: "a partir de um ponto de vista epistêmico, já não é possível produzir um efeito de conhecimentos sobre esses direitos mantendo-se no campo filosófico, tampouco afirmá-los mediante uma autoridade política 'superior' que reúna e promova os Estados e separa e invisibiliza os povos, suas cores, seu sexo, seus cheiros, suas comidas, suas gerações, ou seja, a gente. Direitos humanos se apresentam exigindo uma teoria social e uma antropologia que assuma a diversidade irredutível da experiência humana sobre o planeta e denuncie as tramas, também planetárias e em particular culturais, que por todas as partes negam a essa gente diferenciada seu estatuto de sujeito" (GALLARDO, 2019, p. 124-125).

Santoro, Antonio Eduardo Ramires; Duarte, Daniel Nascimento. Prognósticos iniciais para uma concepção contemporânea de processo penal a partir da teoria crítica dos direitos humanos.
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 204. ano 32. p. 125-163. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2024.
DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.12628265].

rompendo-se, assim, com as perspectivas de um pensamento *autointitulado* homogêneo, mas que, em verdade, se revelou um pensamento *não situado* e sem sujeitos "despojado de sus realidades, contradicciones y subjetividades" ao passo que hoje é perceptível o vício epistêmico de tal pensamento jurídico dominante, pois, apesar de enunciar um cunho de promoção social e afirmação do indivíduo, apresenta-se "disecado, desposeído de la riqueza emergente de la diversidad de los sujetos, de sus sentimientos, saberes y sabidurías, de sus cosmovisiones y cosmopercepciones, negador de sus identidades y culturas." (RAUBER, 2020).

Dessa maneira, a partir daí, o eixo de significância primordial para se refletir as diretrizes jurídicas contemporâneas em suas correlações intrínsecas com os direitos humanos é pensá-los a partir da preocupação inarredável com as desigualdades e, sobretudo, opressões; visando uma constante contribuição para com a emancipação dos povos até então excluídos e invisibilizados pelo próprio direito. Em nosso contexto periférico (considerando as nossas complexas peculiaridades), significa pensar os direitos humanos desde o Sul[5] Global (SANTOS e MENESES, 2009) "donde el principal derecho – y también la mayor preocupación – de la mayor parte de los seres humanos es salir del estado de pobreza y explotación" (MARTINEZ, 2022, p. 144), priorizando de maneira essencial a necessidade de uma concepção sócio-histórica (ELLACURÍA, 2001) de direitos humanos.

Justamente por isso (e considerando tais relevantes vetores epistêmicos) que o processo de revisão bibliográfica, que resultou na mobilização dos importantes autores, aqui tomados como representativos da Teoria Crítica dos Direitos Humanos – Herrera Flores (2009); Hélio Gallardo (2019), Gándara Carballido (2014), entre outros – levou em consideração (enquanto características comuns nas abordagens dos autores): a) o inafastável olhar para os sujeitos oprimidos da América Latina; b) a potencialização de novas formas de resistência nas reflexões; c) a assunção do conflito inerente aos atravessamentos sociais os fatores estruturais e estruturantes de nossa realidade específica; d) o reconhecimento inafastável dos processos e espaços de lutas que, mais que assumidos, devem ser também criados a fim de, de fato, se buscar a promoção de direitos aos que ainda se encontram distantes do reconhecimento e visibilidade social.

Já os aspectos metodológicos referentes às reflexões processais penais procedidas no trabalho e que culminou nas reflexões próprias do que se denominou

5. Segundo Boaventura de Sousa Santos et al. "As Epistemologias do Sul são uma proposta de expansão da imaginação política para lá da exaustão intelectual e política do Norte global, traduzida na incapacidade de enfrentar os desafios deste século, que ampliam as possibilidades de repensar o mundo a partir de saberes e práticas do Sul Global e desenham novos mapas onde cabe o que foi excluído por uma história de epistemicídio" (SANTOS; ARAÚJO e BAUMGARTEN, 2016, p. 15).

desenhos processuais desumanizantes estão fundados na analítica do poder de Michel Foucault, especialmente atravessados pelo conceito chave de *gestão diferencial dos ilegalismos*, a partir do qual foi possível voltar o olhar à realidade social brasileira constituidora do funcionamento prático do processo penal moldado por metarregras ou regras não jurídicas que assumem a função primordial de regular, não oficialmente, porém, em essência, o sistema processual penal brasileiro.

Sem o intento de esgotar os debates, acredita-se que com as reflexões propostas se tenha, ainda que em nível embrionário, uma contribuição original para uma ampliação de horizontes para se pensar o processo penal numa conjuntura colonial e periférica como a brasileira e trazer importantes ressignificações reflexivas para se sair do lugar comum do saber processual penal que tem sido facilmente cooptado pelos direcionamentos do poder autoritário.

2. A retórica da concepção moderna de processo penal enquanto instrumento de contenção do arbítrio estatal

Em termos dogmáticos, é consenso na cultura manualística brasileira – até hoje reproduzida nos bancos acadêmicos de graduação – a relação funcional do direito processual penal como um instrumento de contenção do arbítrio estatal mediante afirmação de garantias fundamentais (LOPES JÚNIOR, 2017, p. 30). Assim, segundo amplamente sedimentado no campo doutrinário

> "o processo não pode mais ser visto como um simples instrumento a serviço do poder punitivo (direito penal), senão que desempenha o papel de limitador do poder e garantidor do indivíduo a ele submetido." (LOPES JÚNIOR, 2017, p. 38).

Tal concepção, aqui denominada de concepção protetiva do processo penal, se vê de certa forma embasada e refletida na principiologia constitucional e convencional que compõem no plano formal o devido processo penal (GIACOMOLI, 2016; CARVALHO, 2014). O atual estado da arte teórico acerca dos fundamentos atinentes ao processo penal dito democrático o relacionam com a necessidade de busca por afirmação dessas máximas constitucionais e convencionais (LOPES JÚNIOR, 2017).

Diferente do âmbito penal em que as premissas modernas invadem epistemologicamente a ideia de tipo penal (com a noção de bem jurídico como um dos pulsores centrais), no âmbito processual penal, a ideia de contenção do arbítrio toca o horizonte epistêmico do devido processo, norteado, portanto, pela ideia de formalismo consubstanciada na lei (própria do imaginário jurídico moderno). Assim, especificamente no âmbito processual penal, o direito fundamental ao devido

processo denota uma faceta de normatividade protetiva que afirmaria o conjunto de direitos e garantias fundamentais do réu e evitaria qualquer abuso de poder por parte do Estado detentor da prerrogativa de processar criminalmente os cidadãos.

Tal eficácia do dito sistema de garantias se consubstanciaria na máxima garantia da liberdade individual já que esta

> "por decorrer necessariamente do direito à vida e da própria dignidade da pessoa humana, está amplamente consagrada no texto constitucional e tratados internacionais, sendo mesmo um pressuposto para o Estado Democrático de Direito em que vivemos." (LOPES JR, 2017, p. 32).

Juarez Tavares (2003, p. 162) expõe que, no eventual embate entre a liberdade individual e o poder de intervenção do Estado "a garantia e o exercício da liberdade individual não necessitam de qualquer legitimação, em face de sua evidência". Nesse contexto, conforme também expõem o respeitado penalista, "o que necessita de legitimação é o poder de punir do Estado, e esta legitimação não pode resultar de que o Estado se lhe reserve o direito de intervenção" (TAVARES, 2003, p. 162). Dessa forma, um processo penal fundamentado em premissas democráticas é aquele que questiona justamente a eventual legitimidade do poder de intervenção, por conceber a liberdade como valor primevo (LOPES JÚNIOR, 2017, p. 38).

Nessa perspectiva, o devido processo penal e toda normatividade declarada que o delimita seria o freio necessário para que o Estado em sua faceta penal (WACQUANT, 2003) – consubstanciada subjetivamente nos atores (CARVALHO, 2010) que compõem o sistema de justiça criminal (BATISTA, 2007) – não pratique arbitrariedades contrárias aos direitos humanos fundamentais (afirmadores da liberdade) e que tocam direta e indiretamente a persecução criminal.

Nesse contexto contemporâneo do processo penal, segundo Aury Lopes Júnior (2017, p. 39), "o mais fraco passa a ser o acusado, que frente ao poder de acusar do Estado sofre a violência institucionalizada do processo e, posteriormente, da pena" e, completa, o réu passa a ser o protagonista do processo porque é em torno dele que giram os atos do processo. A lei incidente no processo criminal, portanto, deve ser a lei do mais fraco, uma lei protetiva àquele submetido aos constrangimentos de um procedimento criminal e que sofre a dominação do aparato estatal a ele apontado.

Tal modelo paradigmático oriundo da constitucionalização dos direitos fundamentais que tocam a persecução criminal é denominado por Lopes Júnior de "democratização do processo penal" no qual o acusado "deixa de ser visto como um mero objeto, passando a ocupar uma posição de destaque enquanto parte, com verdadeiros direitos e deveres" (LOPES JÚNIOR, 2017, p. 39).

Tal concepção de processo penal, apesar de uma declarada roupagem constitucional que se busca conceber como contemporânea, ainda é identificada como

advinda de uma tradição jurídica liberal moderna que ainda assume as rédeas universais dos dizeres declarados do Direito como um todo e localiza os ditos direitos humanos como homogêneos, comuns e inatos a todo cidadão. Hélio Gallardo (2019, p. 70) expõe que a tradição liberal moderna de direitos humanos

> "pode beber de antecedentes que se consideram cristãos (dignidade humana), permite uma vinculação com o constitucionalismo (Estado), forma parte de uma sensibilidade jurídica atual e é o imaginário mais difundido nos meios de comunicação de massa e nos organismos não governamentais que trabalham com direitos humanos."

A concepção protetiva de processo penal (enquanto limitador do arbítrio estatal e afirmação da liberdade do réu), portanto, é oriunda de uma inevitável pertença dos direitos fundamentais de caris processual dentro do rol dos ditos direitos humanos. Dessa forma, trazer para a concepção finalística do processo penal a ideia de proteção é conceber (ainda que declaradamente) o resguardo dos direitos humanos diretamente ligados à persecução criminal mediante certa submissão estatal à normatividade que norteia o devido processo legal, o que seria, sob essa perspectiva, um pulsor efetivo de resguardo frente às possíveis arbitrariedades estatais na persecução criminal.

No âmbito processual penal, direitos humanos são postos intrinsecamente em evidência, visto que a exposição de valores de considerável relevância faz parte da própria lógica conjuntural da dinâmica criminal e esse é o eixo diferencial primordial para com os outros ramos do direito que também – é bem verdade – fundamentam-se na concepção moderna de "normatividade protetiva" enquanto instrumento de resguardo de direitos. Entretanto, o dito arbítrio do Estado, em se tratando de processo penal, se externa sempre de maneira mais contundente como violência, humilhação, exposição, devastação da intimidade, entre tantos outros eixos relevantes da vida social. Assim, a liberdade (de maneira mais direta), a integridade psicológica e por vezes física, apenas para citar alguns, são bens, de certa forma, colocados em xeque numa persecução criminal, daí a relação tão próxima entre procedimento criminal e as possibilidades latentes de afronta a direitos humanos.

Na transição jurídico-social advinda com a modernidade, "os direitos humanos surgem para limitar o poder absoluto que sobre vidas, propriedades e consciências tinham os senhores feudais, as autoridades religiosas e os reis" (GALLARDO, 2019, p. 42). Tal pretensão se deu a partir de uma busca de universalização de direitos na lei e uma fantasiosa tentativa de homogeneização de sujeitos a partir de premissas formalmente declaradas como de liberdade e afirmação do indivíduo. Uma crença vã no direito deslocada dos aspectos sociais estruturais, mas que se tratava, na

verdade, da instalação de um projeto jurídico-político nem um pouco inocente, conforme se exporá mais abaixo, mas que invadiu de maneira contundente o âmbito normativo e, sobretudo teórico dos ordenamentos ocidentais.

No âmbito das produções intelectuais impactantes nas ciências criminais, talvez o principal (ou no mínimo o mais divulgado) representante da absorção da tradição jurídica liberal – e que tem na proteção declarada [normativa] do réu frente ao poder punitivo do estado seu eixo fundamental – seja Luigi Ferrajoli. Em sua obra clássica "Direito e Razão", o importante autor expõe que "as normas jurídicas de viés garantista são dirigidas a limitar o arbítrio dos juízes [representantes do Estado, portanto] e sua tendência de acolherem verdades subjetivas incontroladas" (FERRAJOLI, 2002, p. 50).

Segundo o pensador italiano, o direito penal e o processo penal consubstanciados nas constituições modernas refletem a opção política pela limitação do arbítrio punitivo em prol da máxima liberdade dos cidadãos (FERRAJOLI, 2002, p. 56). Na clássica obra, o autor apresenta os chamados axiomas[6] do sistema garantista (SG) sendo estes, "condições, limites ou proibições que identificamos como garantias do cidadão contra o arbítrio" (FERRAJOLI, 2002, p. 83) já que, segundo o autor, o modelo ao qual incidem os axiomas garantistas é justamente o "que pode ser identificado com o Estado de direito, entendendo-se por esta expressão um tipo de ordenamento no qual o Poder Público e especificamente o poder penal estejam rigidamente limitados e vinculados à lei"[7], seja "no plano substancial (os dos

6. Os dez axiomas do Sistema Garantista (SG) aprofundados na obra são: A1 – *Nulla poena sine crimine / A2 – Nullum crime sine lege / A3 – Nulla lez (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 acusatione / A9 – Nulla accusatio sine probatione / A10 – Nulla probatio sine defensione*. Ferrajoli busca identificar cada um dos axiomas expostos com uma máxima principiológica atinente ao sistema de proteção nos seguintes termos: "Denomino estes princípios, ademais das garantias, penais e processuais por eles expressas, respectivamente: 1) princípio da *retributividade* ou da conseqüencialidade 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" (FERRAJOLI, 2002, p. 75 – grifos no original).
7. O autor identifica tal vinculação limitadora como "la ley del más débil" (1999) atentando para a necessidade de se afirmar substancialmente na legislação criminal os direitos da parte mais vulnerável da relação processual penal que sempre será o acusado.

conteúdos penalmente relevantes) e submetidos a um plano processual (ou das formas processualmente vinculantes)" (FERRAJOLI, 2002, p. 83).

O pensador italiano correlaciona intrinsecamente a concepção de direito penal mínimo com tal ideia de Estado de Direito e o faz destacando que

> "o direito penal mínimo, quer dizer, condicionado e limitado ao máximo, corresponde não apenas ao grau máximo de tutela das liberdades dos cidadãos frente ao arbítrio punitivo, mas também um ideal de racionalidade e certeza." (FERRAJOLI, 2002, p. 83).

Encontra-se nas máximas principiológicas do sistema garantista (quase todas absorvidas, no caso brasileiro, pelo texto constitucional) os valores de uma justiça substancial (que se quer) e que representa "um fator de racionalização do poder de disposição e limitação do arbítrio" na medida em que servem "como critérios pragmáticos de aceitação ou de repulsa das decisões judiciais nas quais se expressa o poder judicial" (FERRAJOLI, 2002, p. 143), sendo estas o principal emanador de arbítrio processual penal.

A partir das fixações de Ferrajoli, já se percebe de maneira nítida a dita absorção das premissas liberais do âmbito criminal para o âmbito teórico e reflexivo da área, impacto este que acabou externado na clássica obra que ganhou considerável aceitação no âmbito das ciências criminais. Não à toa que o prefácio da 1ª edição italiana da obra é feito por Norberto Bobbio, clássico representante teórico deste fenômeno de absorção teórica do plano jurídico-liberal que se está a expor. No prólogo, Bobbio ressalta que "atualmente, impõe-se uma postura mais liberal na relação Estado-indivíduo, de modo que primeiro vem o indivíduo e, depois, o Estado, que não é um fim em si mesmo". Para Bobbio, o Estado é "meio que tem como fim a tutela do homem e dos seus direitos fundamentais, porque busca o bem comum, que nada mais é do que o benefício de todos e de cada um dos indivíduos" (FERRAJOLI, 2002, p. 11).

Entretanto, apesar da importância dos dizeres de tais reflexões para o amadurecimento (ainda que formal) das legislações atuais bem como da mínima introjeção[8] de um projeto intelectual comprometido com a afirmação de direitos básicos,

8. Helio Gallardo (2019) chama a atenção para o impacto das ideias de John Locke tanto nas legislações como nas absorções teóricas anteriormente mencionadas. Ressalta o autor que "A influência do pensamento de Locke fez com que algumas proclamações de alcance internacional e fundantes dos direitos humanos no século XX (Declaração Universal das Nações Unidas e Declaração Americana dos Direitos e Deveres dos Homens, por exemplo) o inferissem difusamente, ainda que não o citassem. Assim, a declaração universal assinala que os seres humanos nascem livres e iguais, dotados de razão e consciência (Art. 1º), e o

um ponto-chave que deve ser inarredável para se pensar contemporaneamente o processo penal (e os direitos humanos que lhe são intrínsecos) é reconhecer que o modelo jurídico liberal advindo da transição da modernidade é, desde o seu nascedouro, não só um projeto irrealizável, mas também é a sedimentação da primazia de interesses burgueses na instalação de tal projeto (GÁNDARA, 2014), afinal, naquele contexto, os direitos universais e formalmente declarados como de todos os cidadãos "nascem como prerrogativas ou capacidade de quem fazia riquezas com seu esforço econômico e também de proprietários mais tradicionais, contra autoridades e poderes vigentes", deve se compreender que

> "aqueles que reclamam os direitos humanos, o fazem contra as autoridades e porque desejam que existam outros poderes políticos e culturais que lhes permitam propor e alcançar seus objetivos com certa segurança." (NEUMANN, 2014, p. 42).

Tal diagnóstico – que, inclusive, não passa avesso aos setores hoje já clássicos da teoria crítica do direito – trata-se de um ponto de partida relevante para se pensar numa teoria crítica dos direitos humanos (que problematiza a própria teoria crítica do direito) já que se perfaz em movimento intelectual voltado para as peculiaridades coloniais (em nosso caso, a América latina e, mais especificamente, o Brasil) e que questiona as influências impositivas do discurso jurídico liberal moderno. Conforme expõe Herrera Flores (2000, p. 6),

> "Reivindicar la complejidad de los derechos humanos conlleva, pues, una crítica de los presupuestos racionales que, al ser hurtados al contexto cultural y a los intereses de poder, se presentan como lo universal, es decir, lo no situado, lo no diferente, lo no histórico."

Justamente sobre esse ponto de partida tão caro à teoria crítica dos direitos humanos destaca Manuel Gândara (2014, p. 108) que

> "En las bases de todo el Derecho moderno — y del discurso de los derechos humanos en particular — debe destacarse para su análisis crítico la noción del 'sujeto' como un individuo competitivo, como sujeto abstracto (descontextualizado); también lo han de ser la formulación de la falacia universalista, el supuesto de

inciso 2 de seu artigo 17 garante a inviolabilidade jurídica da propriedade. Mais importante, as teses de autores recentes no campo dos direitos humanos, como M. Ignatieff, que remetem a um 'universalismo' moral e ao individualismo, ou a valores que condensam a dignidade humana (L. Ferrajoli) se apoiam no pensamento de Locke. Quando Bobbio, em sua tese 2, fez referência à 'concepção individualista da sociedade', ele tinha em mente as opiniões do mesmo filósofo" (GALLARDO, 2019, p. 44).

> una razón pura universal y la pretensión de igualdad formal. Todos estos son fundamentos del Derecho hegemónico que necesitan ser sometidos a crítica. Tras un discurso cargado de abstracción y de una falsa despolitización, tras el velo de la pretendida neutralidad con que el liberalismo se muestra y quiere ofrecerse, apoyado en el supuesto de una racionalidad formal universal, se esconde un proyecto político y un modelo de sociedad sustentado en la concepción del ser humano como sujeto individual posesivo y competitivo."

Dessa forma, por mais benéfico que possa parecer a inserção legislativa formal de premissas protetivas universais, é necessário se reconhecer não só a inoperância de tal perspectiva (o que é um fato), mas também se faz importante chegarmos em grau reflexivo nas consequências da crença de que a busca pela afirmação de tais premissas abstratas basta para o amadurecimento dos conflitos sociais e violências que norteiam as relações entre Estado e indivíduo e para o amadurecimento estrutural do próprio processo criminal.

No âmbito processual penal, a realidade brutalmente autoritária brasileira nos revela sem maiores esforços que as máximas protetivas (próprias do sistema de garantias) direcionadas à contenção do arbítrio do Estado penal subsistem apenas de maneira declarada. Este lugar comum da crítica à absorção liberal do direito para o processo penal é simplesmente conceber que o que está previsto de maneira igualitária, universal e abstrata não se evidencia no mundo da vida, algo que podemos denominar de *constatação da não ocorrência*. Entretanto, acredita-se que tal constatação deve ser ponto de partida para novas reflexões e não um elemento consequencial onde desembocam (e permanecem) as críticas ao processo criminal.

Em termos técnicos específicos, limitar o poder arbitrário do Estado em matéria processual penal é, portanto, traçar os procedimentos criminais em lei, é vedar a produção ilícita de provas, é conceber a presunção de inocência como eixo central de tratamento para com o réu, é permitir e afirmar o contraditório a todo momento etc. Porém, "esses limites são meramente formais [e] o mesmo Estado que reconheceu, por meio de suas leis, a existência de limites, a eles não se submetia", sendo os atores jurídicos, portanto, "peças importantes dos modelos autoritários de Estado" (CASARA, 2018, p. 60).

Ao que parece, o descompasso entre o mundo da vida e a fantasiosa pretensão de afirmação de garantias fundamentais processuais contentoras do arbítrio estatal tem sido um pulsor retórico para a continuidade de práticas autoritárias em nosso contexto. Assim, mais do que reconhecer o óbvio-fático, a *constatação da não ocorrência* deve reforçar o potente diagnóstico crítico de que "em vez de controlar o poder e projetar uma nova sociedade, o direito serviu (e ainda serve) para ocultar as relações de dominação política e exploração econômica" (CASARA, 2018, p. 60) e, no âmbito específico do processo penal, trata-se, pois, de uma realidade que mais

revela as contradições que sustentam a persecução criminal como terreno principal de arbitrariedades estatais intrínsecas, direcionadas e cotidianamente repetidas pelos atores do sistema de justiça criminal do que um terreno que padece de amadurecimento humanista maior, visto ser um amadurecimento que não se quer e nem se pretende aplicar.

Assim, a afirmação de que "a única função do formalismo jurídico que acompanhou o Estado de Direito foi a de servir de mediação ideológica entre o Estado e a sociedade civil" (CASARA, 2018, p. 60), ganha ares brutais de evidenciação no âmbito criminal. Formamos uma sociedade autoritária (CHAUÍ, 2019), que crê na necessidade de utilização do processo criminal para a contenção de sujeitos indesejáveis e não para a contenção de qualquer arbítrio estatal, ou melhor, o arbítrio estatal para parcela delimitada e selecionada da população brasileira é aplaudido e fomentado. Os níveis altíssimos de prisões preventivas, o genocídio periférico sob a alcunha de "morte em confronto", as torturas e afrontas físicas corriqueiras pelos agentes persecutórios criminais são resultados dessa modelagem ideológica que fora permitida pela percepção social e institucional de que a falta de respeito as diretrizes "humanistas" modernas não levam a qualquer reprimenda ou constrangimento, muito pelo contrário.

Como precisamente destaca Thiago Fabres de Carvalho (2014, p. 147):

> "[...] é imprescindível notar que o individualismo liberal concebe a igualdade de forma estritamente abstrata e, assim, consolida, a reprodução das desigualdades de raça, classe, gênero, etc. Portanto, a homogeneidade serve como véu ideológico que dissimula as desigualdades reais e concretas. No entanto, tal posição seria, na comunidade democrática, a decretação da própria morte da vida política, pois, segundo Arendt afirma, a política nasce para regular e permitir a convivência entre diferentes e não entre iguais, como a abstração teórica liberal pretende sedimentar. A formulação liberal parece repousar sobre uma fórmula que tende a anular o próprio sentido da *vita activa* e da luta por reconhecimento."

Sabe-se que a declarada faceta protetiva de uma legislação universal apenas formal é fenômeno não só do âmbito processual penal, mas de todo o Direito. Entretanto, considerando o direito processual penal como um dos principais âmbitos de permanências autoritárias (PRADO, 2015; GLOECKNER, 2018) do ordenamento, crê-se que as reflexões ganham peculiar importância, pois o véu ideológico que sob a alcunha jurídica liberal de concepção processual protetiva dissimula as atrocidades concretas e ainda dá as cartas do nosso plano jurídico-penal tem gerado consequências cada vez mais preocupantes.

Entretanto, sob uma perspectiva crítica, tal diagnóstico já fora realizado de maneira competente por uma respeitável parcela de teóricos das ciências criminais do

país, que continuam a produzir e a escancarar as nocividades de um sistema processual anulador de vidas. Necessário, portanto, é sair do lugar comum de tal crítica para ao menos se ampliar os horizontes teóricos capazes de questionar ainda mais tal realidade e buscar promover rupturas teóricas (para além do imaginário jurídico moderno) que nos façam chegar numa percepção localizada e contemporaneamente realística de processo penal, sem negar os conflitos e imposições de poder que lhes são intrínsecos. Nesse intento, a teoria crítica dos direitos humanos se apresenta como perspectiva teórica capaz de abrir chaves relevantes para o debate.

3. Delimitações para entender a seletividade processual a partir da teoria crítica dos direitos humanos: a gestão diferencial dos ilegalismos

Falar em processo penal, como dito, é falar, numa concepção tradicional, em tutela protetiva dos direitos humanos que circundam a persecução criminal. Entretanto, tal qual já problematizado anteriormente, a conjuntura intrinsecamente autoritária do processo penal brasileiro nos guia para a imposição ideológica e a retórica proveniente da concepção formal de direitos fundamentais que tocam o processo penal. Assim, mais do que problematizar a ausência de eficácia dos eixos normativos protetivos atinentes ao devido processo penal, necessário se faz ressignificar e problematizar a própria concepção de direitos humanos que dá vazão a tais proteções processuais. Tem-se na teoria crítica dos direitos humanos uma chave relevante para tal exercício reflexivo para se chegar além da crítica tradicional.

O primeiro ponto de partida para uma concepção contemporânea de processo penal a partir da teoria crítica dos direitos humanos – conforme devidamente destacado anteriormente – é se conceber as falácias oriundas do imaginário moderno (liberal) e visualizar o nível contundente de desproteção e esquecimento de um grupo arbitrariamente seletivo de sujeitos invisíveis e sem significância processual, ou seja, que por vontade de poder e dominação ainda não alçaram a verdadeira posição de sujeitos processuais suscetíveis de real afirmação de direitos mediante à conjuntura do devido processo penal.

No capitalismo periférico, tanto latino-americano, como brasileiro, a sociedade é substancialmente desigual e tal desigualdade se dá por diversos vieses. No âmbito dos procedimentos criminais, essa desigualdade se reflete nos sujeitos que acabam sendo submetidos a um processo criminal e, mais ainda, esse é o ponto diferencial, submetidos a um processo sem direitos efetivos (um procedimento falacioso que deve ser cumprido apenas protocolarmente já que a condenação será algo certo, sendo até mesmo descartável o processo criminal na visão do senso comum midiático).

Chama-se aqui de seletividade processual essa escolha direcionada pelos sujeitos que serão processados somada à promoção do esvaziamento de direitos

processuais durante o procedimento criminal (meramente pró-forma, ou melhor, pró-condenação). O processo criminal com esse nível de esvaziamento e invisibilidade (CARVALHO, 2014) tem sido hoje um dos principais instrumentais de um projeto de anulação social em curso; vide o estocamento de pessoas pretas e pobres nos cárceres brasileiros (grande parte delas em prisão provisória) e os níveis genocidas de mortes praticadas pela polícia nas periferias brasileiras[9], afinal, não são todas essas mortes que chegam a gerar um processo criminal contra o policial executor (quando descoberto) e esse é um ponto fulcral a ser refletido a partir do debate que se propõem. Se já ficou claro que não é a lei que o faz, o que delimita quem vai ou não ser processado criminalmente? E, sobretudo, havendo processo, o que delimita quem terá ou não direitos e garantias efetivas durante o curso do julgamento?

Os fatores que levam ao consequente da seletividade processual (qual seja, o esvaziamento de direitos processuais no transcurso da ação) são variados e podem vir acompanhados de vários vieses reflexivos e objetos de análise (desde as teorias institucionais, criminológicas, sócio-históricas etc.), entretanto, este é o ponto que aqui nos cabe, um eixo central que irá se repetir independentemente da linha de análise para se chegar a refletir tal consequente, é justamente a contribuição que o imaginário jurídico moderno com a falsa pretensão de igualdade e garantia universal de direitos promove para a ocorrência de tal seletividade processual, que culmina no esvaziamento de direitos (humanos) processuais no processamento criminal.

A absorção de tal imaginário gera, segundo Helio Gallardo (2019, p. 46) "a invisibilização das relações sociais constitutivas [da] natureza [humana é] como um referente metafísico e ideológico a partir do qual é possível negar todo direito e humanidade àqueles que não coincidem com essa natureza."

O processo penal como todos os ramos do direito contemporâneo possui os seus "direitos humanos" universais (naturais) e que, componentes da ideia também abstrata de devido processo, estão, em nosso contexto, inclusive, previstos constitucionalmente e convencionalmente (presunção de inocência, proibição de provas ilícitas, contraditório, ampla defesa, apenas para citar alguns...). Assim, a mesma lógica consequencial destacada por Gallardo no plano da teoria crítica dos direitos humanos chega com igual contundência no âmbito específico criminal.

Tem-se, portanto, que o processo penal brasileiro (pós)colonial possui a seletividade processual (e a invisibilidade de garantias dela decorrente) como uma característica intrínseca e fomentada pelo imaginário jurídico moderno-liberal.

9. Sobre tal temática, vide: ZACCONE, 2015.

Tal âmbito jurídico é um dos principais terrenos em que ocorre de maneira deliberada e contundente a gestão diferencial dos ilegalismos (FOUCAULT, 2006) como válvula central de funcionamento autoritário e manutenção da ausência de reconhecimento de direitos de grupos previamente selecionados e garantia de direitos processuais e até mesmo abdicação de processamento criminal para outros grupos.

Falar em gestão diferencial dos ilegalismos[10], segundo Foucault (2006) – partindo do pressuposto de que no controle exercido na sociedade de vigilância o respeito à norma (oriunda do programa liberal) assume centralidade no jogo de poder – é admitir que quem detém tal poder acaba, politicamente, por manejar a quem a norma se direciona coercitivamente e a quem ela não alcançará. Portanto, a noção de ilegalismos envolve muito mais do que uma eventual prática de ato ilegal como a aparência vernacular pode dar a entender. Nas reflexões do teórico francês, "ilegalismo", para além de tal sentido aparente, trata-se de uma realidade direcionada (gestada e gerida).

Em entrevista denominada "Des Supplices aux Cellules" (concedida a Roger Pol-Droit em 1975, por ocasião da publicação de *Vigiar e Punir*) Foucault ao ser questionado sobre as concepções centrais de uma "gestão de ilegalismos" é categórico ao expor que

> "Somente uma ficção pode fazer crer que as leis são feitas para serem acatadas, a política e os tribunais destinados a fazer com que sejam respeitadas. [...] Todo dispositivo legislativo organizou espaços protegidos e aproveitáveis em que a lei pode ser violada, outros, em que ela pode ser ignorada, outros, enfim, em que as

10. A ideia de gestão diferencial (com essa nomenclatura) pode ser constatada em *Vigiar e punir (*2006). Entretanto, a ideia acerca dos ilegalismos e os manejos que os norteiam, é, segundo FONSECA (2002, p. 130), introduzida por Foucault nas aulas de 21 e 28 de fevereiro no curso do *Collège de France* de 1973, que mais tarde veio a se tornar a importante obra "Sociedade Punitiva" (2015). Em níveis de tradução da obra foucaultiana para o português, o termo "ilegalismos" (illégalismes) por vezes foi tomado como "ilegalidades" (talvez porque, em alguns momentos de suas longas reflexões, Foucault de fato tenha feito tal sinonímia). Ocorre que, segundo deixa claro FONSECA (2002, p. 138-139), "o sentido que este termo assume em *Vigiar e Punir* e, anteriormente a esse texto, no curso *La societé punitive*, parece indicar a necessidade de uma consideração mais cuidadosa acerca da sua tradução e, especialmente, no que tange ao significado particular que o termo 'ilegalismos' possui". Em tais reflexões, centrais também para o presente estudo, "ilegalismo" é mais do que um ato ilegal e sim é uma realidade direcionada (gestada e gerida) e impositivamente relacionada como irregular, realidade esta que se perfaz para além do texto de lei unicamente considerado.

> infrações são sancionadas. No limite, eu diria, simplesmente, que a lei não é feita para impedir tal ou tal tipo de comportamento, mas para diferenciar as maneiras de burlar [contornar][11] a própria lei." (DROIT, 2008, p. 50)

Assim, nas reflexões do importante autor, "o ilegalismo não é um acidente, uma imperfeição mais ou menos inevitável" (DROIT, 2008, p. 50), trata-se, segundo ele, de um elemento da dinâmica social em sua correlação com as interseções para com o poder, elemento este "cujo papel está previsto na estratégia geral da sociedade" (DROIT, 2008, p. 50).

O que está em jogo em tal concepção é, sobretudo, a *delimitação* de práticas como ilegais (gestão diferencial de uma irregularidade em relação a outras) em função de um conjunto extrajurídico – político, econômico e social. Pode-se dizer que os ilegalismos "circulam entre o domínio formalizado da lei e os domínios não formalizados" (FONSECA, 2002, p. 140) que constituem as práticas provenientes do agir de quem a maneja.

Em específico, no âmbito do processo criminal, tal constatação nos leva para uma localização de extrema importância, a de que é na abertura decisória existente no agir dos atores do processo penal em seu cotidiano prático de construção de sentido (BINDER, 2003; 2013) da norma processual penal que ocorre, enquanto manifestação política de poder, a gestão diferencial dos ilegalismos no processo penal.

O saber-poder (FOUCAULT, 2006) e as escolhas políticas que o movimentam estão tanto no consequente (a execução da pena em si) como no antecedente que caminha de modo progressivo ao consequente (que é a persecução processual penal). Nessa esteira, a gestão diferencial dos ilegalismos no processo penal é cotidiana e cooperativa entre os agentes persecutórios. A gestão diferencial dos ilegalismos no processo penal não é exercida somente por juízes ou promotores. Está, a título de ilustração, no ato de fazer uma perícia direcionada, assim como está no

11. No texto original, a palavra utilizada por Foucault foi *tourner* tendo, pois, o sentido de *contornar*. Acredita-se que esse seja o melhor sentido a ser traduzido e interpretado o trecho, afinal, em nosso sentir, com respeito às importantes tradutoras brasileiras, mas a ideia de "burla" passa um sentido de ilicitude ou diferenciação de bem ou mal que não é o sentido, na nossa interpretação, que o autor quer dar a tal palavra em sua exposição. Tomemos o trecho original: "[...] À la limite, je dirais volontiers que la loi n'est pas faite pour empêcher tel ou tel type de comportement, mais pour différencier les manières de *tourner* la loi ele-même. [...]". A entrevista foi originalmente publicada no Jornal *Le Monde, n. 9363, datado de 21 de Fevereiro de 1975* e posteriormente publicada na década de 1990 em: FOUCAULT, Michel. "Des supplices aux cellules". Entrevista com R.P Droit. In: *Dits et écrits*. Paris: Gallimard, 1994. Em meio eletrônico, o texto original, pode ser encontrada em: [http://1libertaire.free.fr/MFoucault124.html]. Acesso em: 16.08.2023.

ato de denunciar sem o mínimo de provas. Está no ato de não disponibilizar na integralidade elementos probatórios, assim como está no ato de flagranciar algo que não está sob flagrante. Está no ato de "combinar" pedidos e deferimentos, assim como está no ato expedir mandados genéricos ou até mesmo de cumpri-los. Está no ato de retardar atos propositalmente, assim como está no simples ato de prender sem motivo justo, entre tantas outras hipóteses autoritárias que consubstanciam um manejo direcionado e seletivo do direito, algo tão comum em nosso contexto.

Assim, a *gestão diferencial dos ilegalismos no processo penal* revela-se como uma conjuntura de microrrelações de poder protagonizadas cooperativamente pelos atores ligados à persecução penal a partir de cotidiano exercício de decisões políticas que são permitidas por um saber que se exterioriza na construção de sentido da normatividade processual penal direcionada ao caso.

Retornando para as caracterizações centrais destas breves linhas, tem-se que, a partir do exercício da gestão diferencial dos ilegalismos no processo criminal, acaba-se por criar uma zona do não ser (FANON, 2008), também dentro do ambiente processual penal onde, apesar do processamento formal, não há efetiva afirmação de garantias fundamentais básicas no julgamento de tais sujeitos, em sua maioria negros, pobres, mulheres e LGBTQI+.

O viés ideológico que movimenta o processo criminal brasileiro (e seus atores e detentores de poderio) deve ser definitivamente assumido para que não mais se esconda por detrás de normativas falaciosamente igualitárias e garantistas sob a pecha de afirmação dos direitos humanos. Sobre tal ponto, afirma Herrera Flores (2000, p. 05) que "Los derechos humanos, como, por lo general, todo fenómeno jurídico y político, están penetrados por intereses ideológicos y no pueden ser entendidos al margen de su trasfondo cultural" e destaca que quando um fenómeno se reconhece juridicamente, se nega seu caráter ideológico, sua vinculação com interesses concretos, seu caráter cultural e se destaca do contexto, "se universaliza y, por ello, se le sustrae su capacidad y su posibilidad de transformarse y transformar el mundo".

O padrão de humanidade e de direitos humanos absorvido pelos ordenamentos ocidentais (como é o caso do Brasil) tem delimitado mais do que os poucos sujeitos que conseguem exercer em plenitude seus direitos processuais, mas, sobretudo, tem excluído de tal zona (do ser processual) um sem-número de pessoas colocadas à margem de qualquer processamento minimamente justo. Tal padrão de humanidade, segundo Thula Pires (2018, p. 66) é "determinado pelo sujeito soberano (homem, branco, cis/hétero, cristão, proprietário e sem deficiência), também ele definirá o sujeito de direito a partir do qual se construirá toda narrativa jurídica".

Tal narrativa jurídica tem feito do processo criminal brasileiro um palco de anulações, humilhações, invisibilidades e sofrimentos. Justamente por isso é necessário

não só questionar a quem o processo penal efetivamente protege, mas sim reconhecer expressamente quem ele não protege e tomar tal constatação como pressuposto para o amadurecimento da concepção de processo penal no capitalismo periférico brasileiro, ainda que pela via delicada (porém necessária) de assumir a responsabilidade e o protagonismo dos atores que manejam o sistema penal enquanto protagonistas da invisibilidade processual dos grupos vulnerabilizados.

Destaca de maneira precisa Ricardo Jacobsen Gloeckner (2010, p. 28) que

> "a falta de sintonia da dogmática processual penal com a realidade operativa do sistema punitivo [...] permite que uma pseudo-instrumentalidade do processo, aparentemente arraigada em dispositivos democráticos possa ser anunciada e diuturnamente referendada pela práxis judicial."

Seguir se declarando um processo penal de cariz democrático e reproduzir cotidianamente práticas autoritárias tem sido muito cômodo para os atores centrais que proporcionam a seletividade processual e o esvaziamento de direitos (invisibilidade processual) dela decorrente e, sem maiores rupturas nas concepções clássicas que tocam as funções e objetivos do processo penal.

4. A categoria dos desenhos processuais desumanizantes e suas metarregras

Diante do que se expôs até aqui e para que seja possível continuar o desenvolvimento da proposta crítica que se apresenta, é fundamental admitir que a construção de um sistema de processo fundado no respeito aos direitos fundamentais e humanos é uma proposta deontológica jamais realizada enquanto fenômeno prático no Brasil, a despeito do advento da Constituição de 1988 e de tratados internacionais sobre direitos humanos, especialmente a Convenção Americano Direitos Humanos (o Pacto de São José da Costa Rica de 1969) e o Pacto dos Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas de 1966, ambos introduzidos no ordenamento brasileiro em 1992, respectivamente pelos Decretos 678 e 592.

Não há dúvida de que essa afirmação parte da premissa dada como certa: apesar das obrigações constitucional e internacionalmente assumidas pelo Estado brasileiro, o respeito aos direitos humanos não é base da prática do nosso sistema penal.

São muitas as questões, jurídicas ou não, que atravessam as normas que materializam garantias e terminam por condicionar o funcionamento do sistema processual penal de maneira mais importante do que as próprias normas jurídicas em si.

Em primeiro plano, além de uma mentalidade inquisitória frequentemente denunciada pelos processualistas brasileiros (SILVEIRA, 2018), é preciso admitir que o sistema de processo penal tem regras jurídicas específicas que se estruturam a partir de um confronto ideológico muito claramente percebido e denunciado pelos

processualistas penais. Afinal, enquanto o Código de Processo Penal tem originalmente uma estrutura autoritária, a Constituição é essencialmente democrática e humanista.

A inspiração no Código Rocco, da Itália fascista, é inquestionável, uma vez que foi efetivamente declarado por Francisco Campos na exposição de motivos do código de 1941 (CAMPOS, 1941). Resta claro que uma nova ordem constitucional e convencional não foi suficiente para afastar as permanências que conduzem a atuação das agências de persecução sob os paradigmas estabelecidos durante o Estado Novo.

Mesmo após mais de trinta anos da promulgação da Constituição Cidadã, da introdução dos Tratados e Convenções Internacionais sobre Direitos Humanos, e uma série de reformas processuais pontuais, não é simples explicar esse divórcio entre a atuação prática dos órgãos integrantes do sistema penal e os direitos do cidadão.

É essencial admitir que problemas estruturantes da sociedade brasileira atravessam o sistema de persecução penal e afetam diretamente a atuação das pessoas que compõem os órgãos de persecução porque são integrantes dessa sociedade.

Sem nenhuma pretensão de exaurir os problemas sociais, o Brasil, como um país colonial que é, se caracteriza pelo racismo estrutural (ALMEIDA, 2019), pelas relações patriarcais e por ser uma sociedade autoritária.

A diáspora africana forçada fez constituir a base da mão de obra da economia colonial e imperial brasileira. Fundado sobre a ideologia da supremacia da raça branca, os influxos do pensamento conhecido como antropologia criminal se fizeram sentir no Brasil pela criminalização do negro e do mestiço (NINA RODRIGUES, 2008), na desigualdade social e se perpetuou pela estigmatização refletida na incidência do controle penal especialmente sobre a parcela da população preta, sem acesso à educação formal e aos cargos de poder do sistema penal. As prisões brasileiras têm cor, não são multifacetadas, não são um retrato da diversidade étnica da sociedade, mas da sua desigualdade. A interdição do negro enquanto ser humano (CARNEIRO, 2023, p. 121) e o pacto narcísico da branquitude (BENTO, 2022, p. 17 e ss.) implicam as agências do sistema de justiça e impactam diretamente o funcionamento do processo penal, invisibilizado pela suposta democracia racial brasileira, sagazmente ironizada por Lélia Gonzalez (2020, p. 78).

De outro ponto, o Brasil se forjou sobre a família tradicional, compreendida como homem, mulher e filhos, sob a autoridade do patriarca que exerce as funções de amplo comando não apenas do lar, mas da própria vida dos integrantes dessa estrutura social. É o homem quem decide o que cada pessoa da família deve ser e fazer, que papel deverá desempenhar.

Essas relações fundadas no machismo cobram o seu preço, vez que excluem mulheres independentes e, de uma forma geral, os membros da comunidade LGBTQI+, da posição de sujeitos de direitos por não ocuparem o espaço que lhes é destinado pelos costumes sociais (SAFFIOTI, 2001, p. 1). O direito é compreendido a partir de um modelo assimilacionista ou masculino (PAIVA e SANTORO, 2018, p. 174), que condiciona a hermenêutica padronizada pela doutrina e pelos tribunais. É dizer, conforme Carol Smart (2000, p. 170 e ss.), "o direito tem gênero" e serve ao interesse daqueles dos homens que o aplicam.

Acresça-se que o autoritarismo brasileiro não está apenas no exercício do poder por quem ocupa as posições de comando, mas na compreensão comum de que direitos fundamentais não são para qualquer pessoa, são uma concessão do poder (CHAUÍ, 2019, p. 262). Há uma noção de hierarquia intocável, de tal forma que quem está no ápice da pirâmide das relações de poder não pode sofrer os efeitos da lei, manejada por quem está abaixo. Nesse sentido, as instâncias oficiais de justiça e todos os operadores, como já exposto anteriormente, não funcionam como aplicadores da lei, mas como gestores dos ilegalismos (FOUCAULT, 2015, p. 129 e ss.), decidindo quem pode ou não violar a lei.

Uma questão sobre a qual pouco se fala é que o sistema de Justiça Criminal é essencialmente confundido com o sistema de processo penal. Não apenas não são a mesma coisa, como o sistema de Justiça acaba por determinar desenhos de processo que não são coerentes com o próprio sistema processual penal acusatório (PRADO, 2005).

No Brasil, o Sistema de Justiça é fundado na doutrina de segurança nacional (COUTO E SILVA, 1967), associando-se a segurança nacional com a segurança pública. Dessa forma, não existe diferença entre segurança interna e externa, o que existe é um inimigo e, portanto, a justiça se torna o sistema militarizado que o combate. É um dos importantes motivos por que o tratamento do cidadão no sistema de justiça brasileira é como o inimigo. Quando ele se torna réu, não é apenas uma pessoa acusada da prática de um crime, ele é um inimigo da sociedade e todo o sistema deve lutar contra ele. Não apenas a polícia deve combatê-lo, mas todo o sistema de justiça.

A própria estrutura bipartida da polícia brasileira termina por ratificar essa lógica. Há uma polícia militar e outra polícia judiciária. A polícia judiciária não pertence aos quadros do Poder Judiciário, mas seu vínculo é muito mais profundo do que se pode extrair de uma estrutura institucional, é sistêmica. A polícia militar, de outro viés, atua nas ruas, em policiamento ostensivo, porém, sob a lógica militar do enfrentamento e não do convívio e do respeito e garantia de direitos.

São esses policiais que se constituem na lógica do embate que vão municiar o sistema penal exercendo a seleção processual daqueles que serão submetidos

a um julgamento e, após a judicialização, retornarão na condição de testemunhas para ratificar e justificar sua atuação. Funcionam como *input* do sistema e como validador.

Na condição de agentes de segurança pública obedecem a uma política criminal definida pelo exercente do poder executivo, que define onde serão realizados os atos de incursão, o nível de violência, os crimes a serem coibidos e a quem abordar. Na condição de testemunhas, esses mesmos policiais serão incumbidos de fornecer elementos para fundamentar condenações, subsidiando e facilitando a atividade de acusadores e julgadores.

Todos esses atravessamentos influenciam diretamente o sistema de processo penal, que passa a funcionar não a partir da pauta de respeito aos direitos humanos, mas de acordo com regras não jurídicas ou metarregras que são capazes de redesenhar o funcionamento prático da persecução penal no Brasil.

Santoro e Gonçalves (2022, p. 143) afirmam que não existe apenas uma forma de processo penal redefinido a partir de metarregras, são várias e que, por não tornarem central o cumprimento das normas protetivas de direitos humanos, denominam de desenhos processuais desumanizantes.

Segundo os autores (SANTORO e GONÇALVES, 2022, p. 144), haveria ao menos 5 (cinco) tipologias de desenhos processuais desumanizantes: (1) processo penal de guerra às drogas; (2) processo penal de proteção da propriedade privada; (3) processo penal da necropolítica estatal; (4) processo penal patriarcal; (5) maxiprocessos.

O processo de penal de guerra às drogas teria por característica fundar-se em uma definição institucional de política criminal de enfrentamento de grupos marginalizados por meio de técnicas militares dentro de seus territórios. A atuação é ativa da polícia, que toma a iniciativa de procurar pela materialidade e autoria dos crimes, enquanto seus agentes de segurança pública são convertidos processualmente em fontes de prova, aos quais se confere prévia credibilidade para funcionar como critério decisório, isentando o juiz do encargo de justificar de forma adequada a decisão condenatória. Ao inquérito policial e seus elementos é atribuída importância demasiada diante da produção de apreensão e confissão indireta de autoria. Assim, sobrepõe-se o sistema de justiça ao sistema de processo.

O processo penal de proteção da propriedade privada teria por característica dirigir sua atenção aos grupos marginalizados e preferenciais autores de crimes contra o patrimônio: a população pobre e preta. É estabelecida especial vigilância tacitamente autorizada sobre as pessoas que atendem essas características físicas e sociais. As fontes de prova, em geral, são as próprias vítimas e os policiais, que costumam relatar o que ouviram da vítima ou do próprio acusado, funcionando como testemunhas de "ouvir dizer".

O processo penal da necropolítica estatal se caracterizaria por julgar os atos dos agentes policiais de segurança pública que tenham praticado violência contra a população vulnerável. Em geral, o critério de julgamento passa ao largo da estrita obediência à legalidade, admitindo-se que punições estejam subsumidas a normas sociais que legitimam o emprego de violência em territórios constituídos pelos grupos concebidos como inimigos, a quem os agentes do estado podem matar, deixar para matar posteriormente ou permitir que sobrevivam. É o desenho em que a gestão dos ilegalismos se revela mais direta.

O processo penal patriarcal teria por características objetificar a vítima, submetendo-a a um julgamento moral antes de reconhecê-la como sujeito de direitos. Terá direito a ser vítima, àquelas pessoas que mereçam a condição social que delas se espera: filha ou esposa. O julgamento do acusado passa a segundo plano. O modelo hermenêutico assimilacionista indica não apenas que o direito tem como sujeito significador o homem, mas a mulher é o outro-significado a partir da visão masculina.

Maxiprocessos são aqueles em que a razão política se sobrepõe à razão jurídica e se constituem em um subsistema penal de emergência (FERRAJOLI, 2014, p. 751), que se caracteriza pela (1) cobertura midiática massiva; (2) o gigantismo processual; (3) a confusão processual; (4) a mutação substancial do modelo clássico de legalidade penal; (5) o incremento da utilização dos meios investigação ou obtenção de prova (SANTORO e LUCERO. 2019, p. 49 e ss.).

Essa radical compreensão da realidade do sistema de processo brasileiro não apenas coloca em evidência que o processo se desenvolve na prática a partir de metarregras não jurídicas, condicionadas pela estrutura colonial brasileira, fundada no autoritarismo, no racismo, no machismo, mas demandam uma concepção propositiva para o respeito aos direitos humanos.

Todavia, é preciso que a proposta conceba os processos sócio-históricos de luta por direitos pelos sujeitos "não-normatizados", por isso, a seguir far-se-ão algumas proposições reflexivas que acredita-se serem um ponto de partida importante (ou no mínimo uma abertura dialogal) para a absorção de tal concepção para o âmbito do processo penal e que podem de alguma forma produzir alguma inclusão subjetiva no rol de garantias fundamentais processuais que até hoje tocam apenas um grupo privilegiado da conjuntura social brasileira. Afinal, tal qual destaca Herrera Flores (2000, p. 30) "el derecho, al elevar a la relación social los anhelos y valores de una sociedad determinada, nunca nos dice lo que es, sino que nos plantea cómo debe ser regulada dicha relación". Assumindo-se todo o conflito intrínseco ao âmbito processual penal é necessária a *admissão prévia do que o direito processual penal brasileiro efetivamente é* para, posteriormente, se exercer uma ressignificação de para onde ele pode chegar a partir desse pressuposto e, com isso, se chegar num mínimo de inclusão protetiva.

5. Prognósticos para uma ressignificação teórico-prática da concepção de processo penal: esboço de novas conjecturas processuais penais a partir da teoria crítica dos direitos humanos

Com o que se abordou até o presente momento tem-se que a ideia de processo penal como instrumental normativo de contenção do arbítrio estatal é uma concepção tradicional moderna de absorção jurídica liberal que tomou as rédeas dos ordenamentos contemporâneos com pretensões universalistas e homogeinizadoras, mas que hoje é possível se identificar (ante seu projeto irrealizável) que, no plano empírico, mediante o exercício de imposições ideológicas consubstanciada no agir direcionado dos agentes persecutórios culmina como possibilitante de uma autoritária seletividade processual que desemboca em invisibilidade jurídica para uma série de sujeitos.

Mais do que inocentemente se defender uma modificação na forma prática de atuação dos entes persecutórios, numa tentativa enfadonha de compatibilização entre o que se faz e o que está previsto universalmente na legislação processual penal e na Constituição, (algo que com um simples olhar para nossa realidade se percebe que não ocorreu e não ocorrerá) talvez seja necessário refletir sobre as eventuais positividades de uma modificação considerável de percepção racional acerca do processo criminal que de alguma forma inclua nos níveis consequenciais de aplicação aqueles que nunca adentraram na faceta protetiva divulgada academicamente e absorvida formalmente pelas legislações modernas.

O primeiro passo para tal caminho é introjetar no plano teórico que se propõe a refletir sobre direitos e garantias fundamentais no âmbito do processo penal a complexidade da luta por reconhecimento de direitos humanos. O arcabouço teórico brasileiro (em sua grande maioria) ainda é formado e influenciado pela necessidade de afirmação do que não se afirmará (que é justamente a concepção formal e declarada do projeto jurídico da modernidade). É necessário ir além e perpassar o local comum dessa "crítica da não ocorrência" do projeto constitucional.

É necessário quebrar com o fantasioso aspecto protetivo igualitário do processo penal e concebê-lo como espaço heterogêneo em que aportam sujeitos diferentes oriundos de grupos sociais que são provenientes, cada um à sua maneira, de lutas sociais (HERRERA FLORES, 2000). Sobre tal ponto, destaca Gândara que

> "es necesaria una concepción de los derechos humanos capaz de reconocer y dar cuenta de las diversas prácticas sociales emancipatorias en curso, estableciendo un esquema análogo de luchas por los derechos a partir de los nuevos y distintos contextos y reivindicaciones." (GÂNDARA, 2014, p. 107).

Conceber, pois, a diferença e a complexidade dos diferentes processos de luta por direitos é o primeiro passo para uma emancipação humana no âmbito jurídico geral e também na seara processual penal. Dar voz efetiva ao processado, tornar o ambiente processual não um terreno de constrangimento e formalidades violentas, mas sim um local de efetivas possibilidades defensivas de se batalhar pela inocência já é um começo considerável. A partir daí, pode existir, quem sabe, um terreno possível para que o processo criminal não caminhe para a invisibilidade jurídica daqueles que ao serem processados não estão contidos no espectro comum e universal da tradição jurídico-liberal.

Uma categoria aqui trazida e que pode servir como enlace possibilitante de tal ruptura afirmativa é a concepção de *instrumentalidade defensiva*. Tal ideia, trata-se de uma contrariedade direta à autoritária instrumentalidade processual (GLOECKNER, 2018, p. 487-605) que ainda impera em nossa conjuntura processual. Se por um lado a instrumentalidade processual seria o manejo dos institutos e atos processuais a partir da concepção de que o processo penal seria instrumento para a satisfação do direito penal material (no caso, paradoxalmente, a comprovação da existência de um delito enquanto possibilitante para a fixação de uma pena), por outro lado, no âmbito da aqui denominada instrumentalidade defensiva, o ponto fulcral que deve ser afirmado pelo movimento dos atos processuais é justamente a afirmação das chances defensivas da parcela vulnerável da relação, que é o sujeito social que está ali no procedimento buscando visibilidade e afirmação.

Nessa esteira, em apertada síntese, o abandono da instrumentalidade processual penal (que somente serve aos intentos de invisibilidade processual e imposição ideológica da busca por condenação a qualquer custo) deve ser substituída pelo aumento instrumental de chances defensivas[12], para além das previstas em lei (afinal, não é apenas no direito que as buscas por afirmações de direitos se encontram), e que tendem a variar de acordo com o sujeito a quem as agruras processuais penais estão sendo impostas.

A título de exemplo, indeferimento de tentativas de produções de provas individualizadas, interpretações tendenciosas da vida pregressa do acusado, a ausência não fundamentada de reconhecimento de nulidades processuais oriundas das atividades persecutórias policiais (que nos territórios vulneráveis ocorrem aos montes), entre tantas outras situações contrárias à busca por visibilidade processual, são exemplos incompatíveis com a ideia de instrumentalidade defensiva.

12. Sobre tal temática, no âmbito da américa latina, indica-se o importante material "Defesa Criminal Efetiva na América Latina" (BINDER; CAPE e NAMORADZE, 2016) onde a necessidade de aumento de chances defensivas frente a um processo criminal que caminha para as suas anulações é colocado em debate e proposição para o contexto latino-americano.

Portanto, tal instrumentalidade defensiva, se perfaz como um pulsor de reconhecimento de direitos no âmbito processual – sem a limitação formal do ordenamento jurídico – sendo a defesa livre para pugnar junto ao Judiciário tudo que seja de interesse individualizado do jurisdicionado, desde tentativas probatórias multidisciplinares, como perícias de outros ramos do saber para além dos já utilizados, até abordagens diversas das tradicionalmente previstas no código de processo. Do mesmo modo, a instrumentalidade defensiva advém como mecanismo epistêmico capaz de visibilizar sujeitos vulnerabilizados submetidos a um processo criminal.

O segundo ponto de ruptura a ser concebido na ressignificação teórico-prática aqui proposta é a *absorção de uma hermenêutica processual penal a partir do agir prático dos atores que compõem o sistema penal*, em outras palavras, é a admissão de que o processo penal (e sua afirmação ou não de direitos humanos que lhes são declaradamente imanentes) se perfaz por uma construção de sentido normativa temporalizada, contextualizada e conjunta, que é exercido pelos atores que o manejam em suas microrrelações e participações.

Nessa esteira, os dizeres teóricos que se fazem essenciais são de Alberto Binder (2003, 2013) para quem é necessária a consideração estrutural e a *atuação prática dos atores* que se vinculam de alguma forma à persecução criminal, sobretudo quando emergidos em cotidianas reproduções punitivas (CARVALHO, 2010) e autoritárias (GLOECKNER, 2018, 2023). A referida *atuação prática* é direcionada pela interpretação e aplicação da normatividade processual penal pelos atores do sistema repressivo que atuam nas mais variadas formas de manejo da persecução penal (daí a importância da ideia de gestão de ilegalismos para a compreensão de tal manejo e suas complexidades e jogos de poder) e trazem para o interior da *operatividade* (BINDER, 2003) processual penal seus *padrões* direcionais (trâmites e aplicação instrumental da normatividade processual penal) e cooperam diretamente (são corresponsáveis) para a formação e configuração de uma política criminal que é *exercida* a partir de [micro] decisões (políticas) compostas por valorações inseparáveis de aspectos próprios oriundos de diferentes relações de poder. Afinal, para o mestre argentino, "um modelo de política-criminal é construído a partir da perspectiva do poder" (BINDER, 2003, p. 22).

Sob tal importante perspectiva, a aptidão de realização do poder se refere à capacidade de flexibilizar o direito e, por sua vez, a afirmação do direito liga-se com a capacidade de limitar o poder, ao passo que há uma convivência, numa mesma conjectura, de normas de ambos os tipos onde a maior ou menor aplicação de umas ou de outras estão culturalmente condicionadas por variados aspectos (BINDER, 2003). Nessa esteira, a construção de sentido da norma processual

penal se encontra no peculiar limiar[13] dialético entre eficiência[14] e garantia, sendo certo que tal manifestação aplicativa não se dá de modo unívoco ou rigidamente dicotômico entre tais premissas. Tal limiar é composto de uma gama de complexidades e que se reflete em grau institucional no exercício das funções cotidianas dos atores do sistema penal na medida em que

> "inumeráveis fatores, tais como a condição social do acusado, ou da vítima, as características dos crimes [...], as condições sociopolíticas daquele momento, as exigências sociais etc. fazem com que a situação entre eficiência e garantia se solucione de diferentes maneiras segundo os setores ou grupos sociais envolvidos no processo penal" (BINDER, 2003, p. 28) e, dessa forma, em consideração "tanto do *fundamento* das normas como de seu *funcionamento* na vida em sociedade" (BINDER, 2003, p. 29) o modelo processual penal "sofre *variações* (em plano normativo através de transformações na interpretação) que correspondem a outros condicionamentos culturais (fatores sociopolíticos)." (BINDER, 2003, p. 30, grifos nossos).

Esse contexto, que em si é intrinsecamente complexo, é indissociável de valorações próprias do cotidiano dos atores que compõem o sistema de justiça penal. Tal cotidiano é formado pelo conjunto de práticas e trâmites – uma realidade organizacional e até mesmo burocrática – desenvolvidos pelos *cooperadores* que estruturalmente desenvolvem a aplicação da normatividade processual penal (BINDER, 2013, p. 299-300). Toda essa cooperação subjetiva (*co-cooperação*) e rotinas procedimentais – até mesmo instintivamente culturais – a partir da conjugação, enquanto premissa, entre o sistema de justiça penal e o campo social (BINDER, 2013, p. 161) formam, em grau de completude, a conjuntura que acaba por dar vazão a uma medida persecutória criminal (eficiente ou garantidora) e é esse contexto

13. Segundo Binder, não há uma dicotomia excludente entre premissas autoritárias e democráticas, segundo o autor, o dito limiar aqui tomado como pendular (que por ora tende para um ou para outro lado) ocorre constantemente no interior da conjuntura dos sistemas de justiça penal das democracias ocidentais (BINDER, 2013).

14. Binder, apesar de ciente de que numa democracia a eficácia primeva deva ser de afirmação de direitos fundamentais, optou metodológica e discursivamente por manter em suas reflexões a ideia de eficiência em sentido restrito direcionado, pois, a aplicação do poderio repressivo estatal. Nas expressas palavras do autor: "Pode-se objetar que o uso da palavra 'eficiência' não é apropriado a um Estado de Direito, já que ao Estado compete, em igual medida, a proteção dos indivíduos e a efetiva realização ou aplicação do Direito. Um verdadeiro Estado de Direito procura ser tão eficiente tanto em um plano como em outro. Entretando, embora a objeção assim formulada possa ter certo fundamento, preferimos utilizar a palavra 'eficiência' no sentido que já havíamos dado, referindo-se *exclusivamente à busca de uma aplicação eficaz do poder do Estado*" (BINDER, 2003, p. 26, grifamos).

complexo de tensão que influi de maneira decisiva na construção de sentido das normas processuais penais.

É a partir daí, que a concepção[15] de política criminal de Binder toma ainda maior importância já que a operatividade do processo penal enquadra-se na configuração de política criminal oriunda da sociedade, afinal "não existe sociedade sem política, porque não existe sociedade sem poder e sem interesses comuns e opostos" (BINDER, 2003, p. 16) e tal dinâmica relacional enquadra-se sobremaneira nos direcionamentos e aplicações ou não aplicações jurídicas no interior da persecução *processual penal*.

A partir das reflexões do teórico argentino, tem-se que a conjugação entre justiça penal e campo social é atravessada por questões políticas de maneira ininterrupta e essas questões acabam por denotar um considerável quantitativo de diretrizes que tendem a delinear a construção do *saber* acerca da normatividade processual penal e que permitem seu consequencial manejo mediante exercício de *poder*. Tal movimento se exprime bem nas sedimentações de WARAT (1994, p. 57) para quem a ciência jurídica (o *saber* no sentido aqui presente) se perfaz

> "como discurso que determina um espaço de poder, [e] é sempre obscura, repleta de segredos e silêncios, constitutiva de múltiplos efeitos mágicos e fortes mecanismos de ritualização, que contribuem para a ocultação e clausura das técnicas de manipulação social."

Em se tratando da esfera criminal, e, em nosso caso, mais especificamente o processo penal, tal imposição de saber se revela nas máximas técnicas ainda oriundas da racionalidade jurídico-liberal moderna e se configura como um jeito concebido pelo sistema para dar roupagem jurídica às violações que ele mesmo promove, alimentando o "*sintoma* contemporâneo *vontade de punir*" (CARVALHO, 2010, p. 9, grifos no original)[16] que sustenta a fala entorpecente do "populismo punitivo." (CARVALHO, 2010, p. 9).

---

15. No final da década de 1990 e início dos anos 2000, Binder definiu a política criminal como "o conjunto de decisões relativas aos instrumentos, regras, estratégias e objetivos que regulam a coerção penal e forma parte do conjunto de atividades políticas de uma sociedade" (BINDER, 2003, p. 16). Com o amadurecimento de suas reflexões e pesquisas quanto à temática e com a publicação da paradigmática obra "Análisis Político-Criminal" (2011), o mestre argentino após denso caminho reflexivo definiu a política criminal como "o segmento da Política de Gestão da Conflitividade que organiza a intervenção nos conflitos mediante instrumentos violentos" (BINDER, 2011, p. 208).
16. Nos termos integrais do raciocínio do referido autor: "O *sintoma* contemporâneo *vontade de punir,* que atinge os países ocidentais e que desestabiliza o sentido substancial da democracia, propicia a emergência das macropolíticas punitivistas (populismo punitivo), dos

Afinal, não há como considerar a atuação dos atores do sistema penal e a sua contribuição para o sentido aplicativo (prático) da normatividade processual penal (BINDER, 2013) separando-a do paradigma punitivo ao qual estão emergidos (CARVALHO, 2010), sobretudo em sociedades periféricas e violentas como a brasileira.

Com a absorção da ideia de construção cooperativa de sentido da normatividade processual penal que se dá a partir do direcionamentos operativos oriundos da atuação dos atores da persecução processual penal (dos cartorários aos assessores, dos oficiais de justiça aos servidores administrativos das polícias e Ministério Público, investigadores, delegados, entre outros) tem-se a possibilidade de mediante *educação crítica em direitos humanos* (com as demonstrações das complexidades e sensibilidades coloniais que lhes são atinentes e os aspectos de raça, gênero e classe que os circundam) os aproximar de um manejo cotidiano das regras, procedimentos, rotinas e atos processuais mais tendenciosamente e culturalmente voltado para as garantias fundamentais do que para a flexibilização de direitos, inserindo a promoção de tais perspectivas afirmadoras de direitos *no espectro de padrões operacionais* a serem difundidos, absorvidos, fixados e então reproduzidos pelos atores.

O terceiro e último ponto de ruptura a ser concebido na ressignificação teórico-prática aqui proposta é a necessidade de se *assumir o conflito* intrínseco ao ambiente processual penal. A concepção jurídica moderna que impactou (e impacta) o processo penal até os dias atuais concebe o Estado como um ente neutro capaz de resolver as controvérsias sociais a partir do confisco do conflito. Tal premissa não é compatível com o processo criminal (sobretudo a partir das balizas da teoria crítica dos direitos humanos), afinal, a sociedade é conflitiva, as lutas por direitos pressupõem conflitividade e, por certo, no processo criminal não será diferente.

Em crítica às absorções jurídicas modernas e em relação à temática do conflito, Thiago Fabres de Carvalho (2014, p. 150) pontua que

> "No que tange ao mal-estar do individualismo abstrato, a crença numa individualidade hipotética, universal, despida de referências sociais e materiais concretas, conduz à ficção de que a sociedade é a manifestação de uma ordem natural racional ou o aglomerado conflitante de indivíduos, famílias, grupos e corporações, cujos interesses serão conciliados pelo contrato social, que instituiria a ação reguladora e ordenadora do estado, expressão do interesse e da vontade geral. Essa narrativa política, legitimadora do formalismo jurídico, projeta

movimentos político-criminais encarceradores (lei e ordem e tolerância zero) e das teorias criminológicas neoconservadoras (atuarismo, gerencialismo e funcionalismo-sistêmico)" (CARVALHO, 2010, p. 9, grifos no original).

> no campo penal as linhas essenciais do imaginário punitivo moderno e contemporâneo, que assume a negação do conflito como seu fundamento político e epistemológico. assim, a própria dignidade é recusada, já que a conflitividade é componente da condição humana da pluralidade."

Na atual conjuntura, tomar a negação do conflito como um dos fundamentos epistêmicos da ideia de processo não é compatível com a necessária promoção de direitos mediante movimento e embate que lhe deve nortear. A negação do conflito trata-se de uma tradição filosófica oriunda dos vértices teóricos contratualistas e que também encontra nas diretrizes de direito natural provenientes dos escritos de John Locke um ponto de embasamento que sequer se sustenta mais. Hélio Gallardo (2019, p. 143-144) aponta de maneira precisa para tal diagnóstico, que a obra de John Locke invisibiliza as lutas sociopolíticas ocorrentes na Europa desde ao menos o século XIII e que foram por ele traduzidas como uma doutrina da natureza humana individual e se projeta como um valor absoluto.

> "O que faz a doutrina de Locke, então, é invisibilizar as relações humanas (conflitivas) contidas no fundamento sociopolítico da reivindicação por direitos humanos para determinar que esse fundamento está no indivíduo livre (ou seja, autônomo), racional."

No âmbito específico do processo penal (sem esquecer do rol de direitos humanos fundamentais que o tocam), a própria negação do conflito e a consideração de um Estado (acusador e julgador) neutro é tão mítica como equivocada. Destaca Gloeckner (2010, p. 29) que tal negação do conflito aparece "como uma espécie de mito fundante, geralmente ancorado e vinculado à metáfora do contrato social, [onde] o processo seria uma forma institucionalizada de resolução dos conflitos." Nesse contexto, escancara que "[a] renúncia à autotutela, por exemplo, é um dos recursos alográficos mais encontrados no que se refere à justificação da existência do processo", algo tão mítico quanto a própria ideia de contrato social.

Sobre os aspectos míticos do processo penal, Rubens Casara (2015, p. 145-151) identificou tanto a neutralidade do julgador (que confiscaria o conflito para colocá-lo em julgamento) como a imparcialidade do Ministério Público (CASARA, 2015, p. 152-165) como mitos processuais penais que precisam ser devidamente abandonados ou no mínimo esclarecidos, pois atualmente ganham espaço de manutenção dogmática de legitimações de práticas processuais autoritárias. Quanto ao mito da neutralidade[17] do julgador, o autor destaca que esta é impossível

17. O autor em suas reflexões diferencia expressamente neutralidade de imparcialidade, enquanto a primeira é um intento inatingível (e uma categoria que não se realiza por fatores

"porque o julgador sempre está em relação com o seu meio social, com a tradição que se insere sua história de vida etc. Em termos heideggarianos, presença (*dasein*); o juiz é ser-no-mundo".

Quanto ao mito da imparcialidade do Ministério Público no âmbito criminal, Casara expõe que a dualidade de sua função de resguardo de aplicação justa da lei ao mesmo tempo em que é acusador criminal é uma falácia da história processual moderna. Conforme já esclarecido há tempos por parcela crítica de teóricos do processo penal, o Ministério Público no processo penal é parte e deve ser concebido como um efetivo ator do conflito processual. Hoje, as forças tarefas e as atuações acusatoriamente contundentes do Ministério Público falam por si só. Alocar tal órgão no mesmo contexto em que se opera uma equivocada negação do conflito processual é um contrassenso sem tamanho que só se justificaria pela necessidade de se valer utilitariamente do enquadramento de ente Estatal imparcial para fortalecer os poderes demasiados que possui e as medidas autoritárias que toma e fomenta nos processos.

Ademais, outros agentes persecutórios que não podem ser tomadas como imparciais no jogo processual são os entes das forças de segurança policiais. Na realidade brutal de violência policial em que vivemos, num contexto em que há uma fixação ideológica de uma verdadeira guerra a ser fomentada na formação de tais agentes de segurança, bem como nas evidências que denotam uma instituição a serviço da gestão diferencial dos ilegalismos, não há como conceber que os policiais não compõem o conflito pertencente ao processo criminal, afinal, seja o âmbito da polícia judiciária (civil ou federal) seja o âmbito das forças policiais militares as atuações de tais agentes é direcionada a versão condenatória dos fatos.

Assim, a título de ilustração das concepções conflitivas apresentadas, sem prejuízo de outras possíveis, conceber o conflito no processo criminal é atentar-se para quando a ausência de neutralidade do julgador perpassar o patamar interno inevitável e chegar a resvalar diretamente no direito fundamental a imparcialidade e culminar em um juiz que exterioriza seu intento de assumir o papel de agente de resguardo da segurança pública. Em outras palavras, conceber o conflito no processo criminal é saber que a imparcialidade objetiva do julgador é sempre uma batalha a ser travada nos processos criminais e a corriqueira assimilação por parte dos juízes de um papel de agente de segurança pública deve ser questionado com a tentativa de substituição do julgador ou anulação dos atos direcionados por ele

internos da psique do agente) a segunda é uma garantia processual do acusado que possui consequências processuais próprias, sendo externa, portanto, e caracterizando-se por ser uma "necessidade ligada a essência da função jurisdicional [...] que não tenha interesse direto na resolução do caso penal" (CASARA, 2015, p. 152).

praticados. A produção de provas capazes de questionar a real imparcialidade do julgador deve ser uma constante no movimento conflitivo de busca por afirmações de direitos no processo.

Quanto ao Ministério Público, assumir efetivamente o conflito no processo criminal, é concebê-lo definitivamente como parte acusatória na relação processual (sem qualquer resquício de ente imparcial). Há tempos, o Ministério Público tem se portado nos processos criminais como um ferrenho ator a serviço das condenações a qualquer custo (devendo, pois, ser concebido definitivamente como parte na relação processual). O que ocorre nos dias atuais é que a pecha de agente estatal a serviço da justiça tem desequilibrado consideravelmente a relação (conflitiva) processual e diminuindo ainda mais as possibilidades de chances e de lutas por direitos humanos de caris processuais. Assim, com a absorção do conflito para a relação entre Ministério Público e acusado (que buscará por afirmações de direitos) tende a legitimar uma maior necessidade de tratamento equilibrado entre Ministério Público e Defesa.

Quanto aos agentes policiais, deve-se de maneira imediata expurgar do ordenamento o demasiado crédito (transviado na máxima jurídica abstrata da fé pública) que se dá às versões e palavras de tais agentes policiais que estão, de fato, envolvidos no conflito, de maneira tão incisiva como o ente do Ministério Público (só não sendo parte pois não compõem a relação processual diretamente, porém, suas considerações e atuações são centrais para os deslindes direcionados do processo, não pelo que dizem, mas pela automática valoração privilegiada que tais contribuições geram no processo).

A título de exemplo, no crime de tráfico de drogas (que carrega consigo o peso de ser responsável por mais de 1/4 da população carcerária do país), a condenação com base apenas nas palavras dos policiais[18] atuantes na eventual apreensão é uma constante no país. Nessa esteira, conceber o conflito em tais situações é absorver o contexto atual de guerra existente entre as forças policiais e os sujeitos periféricos selecionados como materializações do mal representado pelo tráfico e não admitir tal valoração de maneira demasiada e inquestionável e, assim, não só permitir outras possibilidades defensivas no processo, mas exigir que elas existam para se culminar efetivamente numa condenação, afinal, por razões já explicitadas, há uma lógica maniqueísta de confronto a um inimigo declarado quando se trata desse tipo de delito, logo, isso não pode passar avesso da própria consideração jurídica atinente a tal processo.

18. No Estado do Rio de Janeiro, inclusive, o Tribunal de Justiça carioca editou a súmula 70 sobre o assunto, legitimando expressamente em seus julgamentos esse tipo de condenação. Diz a súmula que: "o fato de restringir-se a prova oral a depoimentos de autoridades policiais e seus agentes não desautoriza a condenação".

Finalmente, assumir efetivamente o conflito (introjetando que o embate pela inclusão processual deve lhe ser intrínseco) é concebê-lo como realisticamente uma arena de embate desigual em que o acusado em sua vulnerabilidade terá que lutar para se fazer ser ouvido e ter qualquer direito afirmado. Conceber tal mudança é apostar em uma concepção de processo criminal como ela efetivamente é e que tende a se mostrar atenta aos abusos de poder, estratégias capciosas e demais fatores de confronto (político, social, ideológico, econômico, cultural etc.) no plano processual. Assim, tal qual destacou Herrera Flores (2000, p. 03)

> "'mundanizamos' el objeto y el análisis no se quedará en la contemplación y control de la coherencia interna de las reglas, sino que se extenderá a descubrir y potenciar las relaciones que dicho objeto tiene con el mundo híbrido, mezclado e impuro en el que vivimos."

Assumir o conflito como um dos eixos inarredáveis do processo penal tende a conceber mais as tentativas das afirmações de direitos humanos que lhes são componentes e que estão previstos no ordenamento do que o ambiente estanque das falácias míticas do imaginário liberal que engessam tais afirmações. Tal como concebe Herrera Flores (2000, p. 30-31), os direitos não são um resultado neutro de uma decisão arbitrária do poder, os direitos humanos devem ser compreendidos "como conjunto de procesos dinámicos de confrontación de intereses que pugnan por ver reconocidas sus propuestas partiendo de diferentes posiciones de poder" e, desde esse prisma,

> "los derechos humanos deben ser definidos como eso, como sistemas de objetos (valores, normas, instituciones) y sistema de acciones (prácticas sociales) que posibilitan la apertura y la consolidación de espacios de lucha por la dignidad humana."

Enfim, nos três eixos de ruptura e ressignificação teórico-práticos anteriormente expostos e trabalhados, inicialmente pelo plano prático, se considerarmos os fatores socioeconômicos que caracterizam os sujeitos sociais tomados como vulneráveis na relação processual (qual seja, a parcela mais pobre da população), o papel institucional da Defensoria Pública na defesa intransigente de direitos de tais cidadãos se faz extremamente central para se travar as batalhas atinentes aos processos de lutas endoprocessuais por afirmações de garantias fundamentais que nunca estão dadas de maneira abstrata e nem *a priori*.

No plano teórico, nos é essencial a fixação de Herrera Flores (2000, p. 5) de que

> "Los derechos humanos deben ser estudiados y llevados a la práctica, primero, desde un saber crítico que desvele las elecciones y conflictos de intereses que se

> hallan detrás de todo debate preñado de ideología, y, segundo, insertándolos en los contextos sociales, culturales y políticos en que necesariamente nacen, se reproducen y se transforman. Sólo de esta manera podremos adaptarnos a las situaciones cambiantes y poder luchar con más armas que el conjunto de certezas heredado de una visión del mundo caduca e irreal. Frente a hechos nuevos, nuevas formas de resistência."

A partir daí, tende a ser mais palpável a introjeção de um processo penal de batalha (MELCHIOR, 2017) que pressupõem que "A formação de uma nova compreensão do processo penal é inseparável, portanto, de uma nova compreensão do mundo e da experiência política necessária para alterar o estado de coisas," de tal forma que "[a] análise teórica não será possível fora da experiência que nasce das práticas concretas do sistema de justiça criminal."

6. Conclusão

A partir das reflexões exercidas, comprovou-se a hipótese inicialmente levantada de que é necessário romper com a moderna ideia de processo penal como meio de contenção do arbítrio estatal e assumir sua localização como terreno de imposições ideológicas que culminam em seletividade processual e invisibilidade no reconhecimento de direitos humanos de cunho processual penal. Isto porque, essa dita concepção protetiva de processo penal é resultado de uma absorção jurídica liberal que tomou as rédeas dos ordenamentos contemporâneos com pretensões universalistas e homogeinizadoras, mas que hoje (ante seu projeto irrealizável), mediante o agir direcionado dos agentes persecutórios, culmina como possibilitante de uma autoritária realidade processual anulatória de sujeitos [formalmente] processuais.

Delimitou-se como eixos de (ruptura) e de ressignificações paradigmáticas possíveis para se alcançar um terreno processual realmente possibilitante de lutas por direitos humanos processuais penais a) a admissão da complexidade da luta por reconhecimento de direitos humanos (com destaque para a inserção da categoria instrumentalidade defensiva trazida para o debate); b) a absorção de uma hermenêutica processual penal a partir do agir prático dos atores que compõem o sistema penal (concebendo-se as variações de sentido das normatividades processuais penais a partir da atuação desses) e c) a necessidade de se assumir o conflito intrínseco ao ambiente processual penal.

Ciente do caráter introdutório dos prognósticos aqui lançados bem como do estado da arte teórico e prático do âmbito processual penal brasileiro que não é nada animador (pois intrinsecamente autoritário e de cariz universalizante), o intento da proposição foi buscar inserir uma ampliação de horizontes acerca do objeto

processual penal a partir de uma perspectiva teórica que conceba elementos fulcrais para a real afirmação dos direitos humanos inseridos nas relações procedimentais criminais.

7. Referências

AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer*: o poder soberano e a vida nua. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2002.

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção.* São Paulo: Boitempo, 2004.

ALMEIDA, Silvio. *Racismo estrutural*. São Paulo: Polem, 2018.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro.* Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BATISTA, Vera Malaguti. *Difíceis ganhos fáceis*: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

BENTO, Cida. *O pacto da branquitude*. São Paulo: Companhia das Letras, 2022.

BINDER, Alberto. *Política Criminal*: de la formulacíon a la práxis. Buenos Aires: AD-HOC, 1997.

BINDER, Alberto M. *Introdução ao direito processual penal.* Trad. Fernando Zani. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BINDER, Alberto. *Análisis político criminal*: Bases metodológicas para uma política criminal minimalista y democrática. Bogotá: Astrea/Universidad del Rosario, 2011.

BINDER, Alberto M. *Derecho procesal penal. Hermenéutica Procesal Penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2013.

BINDER, Alberto; CAPE, Ed; NAMORADZE, Zazá. D*efesa Criminal efetiva na América Latina.* São Paulo: ADC/ Cerjusc / Conectas / Dejusticia / IDDD / ICCPG / IJPP / INECIP, 2016.

CAMPOS, Francisco. *Exposição de Motivos ao Código de Processo Penal*. 1941.

CARNEIRO, Sueli. *Dispositivo de racialidade*: a construção do outro como não ser como fundamento do ser. Rio de Janeiro: Zahar, 2023.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Processo Penal e Constituição*: princípios constitucionais do processo penal. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CARVALHO, Salo de. *O papel dos atores do sistema de justiça criminal na era do punitivismo.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CARVALHO, Thiago Fabres de. *Criminologia, invisibilidade e reconhecimento.* Rio de Janeiro: Revan, 2014.

CASARA, Rubens. *Mitologia processual penal.* São Paulo: Saraiva, 2015.

CASARA, Rubens. *Estado pós-democrático. Neo-obscuridade e gestão dos indesejáveis.* Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

COSTA, Joaze Bernardino. A prece de Franz Fanon: "Oh, meu corpo, faça sempre de mim um homem que questiona". *Civitas*, Porto Alegre, v. 16, n. 3, p. 504-521, jul.-set. 2016.

CHAUÍ, Marilena. *Manifestações ideológicas do autoritarismo brasileiro*. 2. ed. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2019.

DROIT, Roger-Pol. *Michel Foucault*: entrevistas. Trad. Vera Portocarrero; Gilda Gomes Carneiro. São Paulo: Graal, 2008.

ELLACURÍA, Ignacio. *Historización de los derechos humanos desde los pobres oprimidos y las mayorías populares*: Escritos filosóficos. San Salvador: UCA Editores, 2001. t. III.

FANON, Frantz. *Pele negra, máscaras brancas*. Salvador: EdUfba, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías*: la ley del más débil. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez e Andrea Greppi. Madri: Trotta, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2002.

FONSECA, Marcio Alves da. *Michel Foucault e o direito*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: NAU, 2005.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*: nascimento da prisão. Petrópolis: Vozes, 2006.

FOUCAULT, Michel. *A sociedade punitiva*. Trad. Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

GÁNDARA, Manuel E. Críticas a algunos elementos que subyacen a la teoría liberal de los derechos humanos. In: PONCE, Juan C.... et al.; CAROSIO, Alba; BANKO, Catalina; PRIGORIAN, Nelly (Coord.). *América Latina y el Caribe: un continente, múltiples miradas.* Ciudad Autónoma de Buenos Aires: CLACSO; CELARG, 2014.

GALLARDO, Helio. *Direitos humanos como movimento social*: para uma compreensão popular da luta por direitos humanos. Rio de Janeiro: Faculdade Nacional de Direito, 2019.

GIACOMOLLI, Nereu José. *Devido processo penal.* 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Autoritarismo e processo penal*: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. São Paulo: Tirant Brasil, 2018.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Uma teoria das nulidades*: processo penal e instrumentalidade constitucional. Tese de Doutorado. Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2010.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Processo Penal Pós-acusatório? Ressignificações do Autoritarismo no Processo Penal. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 18, n. 67, p. 378-408, jan.-fev. 2015.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no processo penal.* 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Autoritarismo e processo penal II*: autoritarismo *cool* e economia política do processo penal brasileiro. São Paulo: Tirant lo Blanch. 2023.

GONZALEZ, Lélia. *Por um feminismo afro-latino-americano*. In: RIOS, Flavia; LIMA, Márcia (Org.). Rio de Janeiro: Zahar, 2020.

HERRERA FLORES, Joaquín. *Hacia una visión compleja de los derchos humanos*. En El vuelo de Anteo. Derechos humanos y crítica de la razón liberal. Bilbao: Desclée de Brouwer, S.A., 2000. p. 19-78.

HERRERA FLORES, Joaquín. *A reinvenção dos direitos humanos.* Trad. Carlos Roberto Diogo Garcia; Antônio Henrique Graciano Suxberger e Jéfferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

LANGER, Máximo. Revolução no processo penal latino-americano: difusão de ideias jurídicas a partir da periferia. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 37, p. 4-51, dez. 2017.

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

MARTINEZ, Alejandro Rosilho. Derechos humanos desde la Filosofía de la realidad histórica. *Revista de Filosofia de la Universidad de Costa Rica,* v. 61, n. 159, p. 143-158. 2022.

MELCHIOR, Antonio Pedro. *Tempos de construir um saber processual de batalha.* Disponível em: [http://justificando.cartacapital.com.br/2017/11/16/tempos-de-se-construir-um-saber-processual-penal-de-batalha/]. Acesso em: 18.12.2020.

NEUMANN, Franz. A mudança de função da lei no direito da sociedade burguesa. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 109, jul.-dez. 2014.

NINA RODRIGUES, Raimundo. Mestiçagem, Degenerescência e Crime. *História, Ciências, Saúde-Manguinhos*, v.15, n. 4, p. 1151-1182, out.-dez. 2008.

PAIVA, Lívia; SANTORO, Antonio Eduardo Ramires. *Direitos humanos e processo penal*: história crítica da positivação dos direitos humanos: ensaios para uma crítica decolonial. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. v. 1.

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório*: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

PRADO, Geraldo. O processo penal brasileiro vinte e cinco anos depois da Constituição: Transformações, Permanências. *Revista Emerj,* Rio de Janeiro, v. 18, n. 67, p. 550-569, jan.-fev. 2015.

PIRES, Thula. Racializando o debate sobre direitos humanos. *Sur – Revista Internacional de Direitos Humanos,* São Paulo, v. 15, n. 28, p. 65-75, 2018. Disponível em: [http://sur.conectas.org/racializando-o-debate-sobre-direitos-humanos/]. Acesso em: 22.12.2020.

RAUBER, Isabel (2020). *Epistemologias desde abajo*: pistas para un pensamiento crítico situado, com pertenencia de clase. Disponível em: [https://contrahegemoniaweb.com.ar/2020/02/13/epistemologias-desde-abajo-pistas-para-un-pensamiento-critico-situado-con-pertenencia-de-clase/]. Acesso em: 10.10.2022.

SAFFIOTI, Heleieth. *O poder do macho.* São Paulo: Editora Moderna, 2001.

SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; GONÇALVES, Rodrigo Machado. A genealogia dos desenhos processuais desumanizantes: atravessamentos estruturantes da sociedade brasileira. In: EMERIQUE, Lilian Balmant; BERNER, Vanessa; DALMAU, Rubén (Org.). *"Pés no presente e olhos no futuro"*: reflexões sobre direitos humanos, democracia e desenhos institucionais. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2022. v. 1. p. 131-145.

SANTORO, Antonio Eduardo Ramires e LUCERO, Natália. *Lawfare brasileiro*. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

SANTOS, Boaventura de Sousa; ARAÚJO, Sara; BAUMGARTEN, Maíra. As epistemologias do sul num mondo fora do mapa. *Sociologias*, Porto Alegre, v. 18, n. 43, p. 14-23, set. 2016.

SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula. (Org.). *Epistemologias do Sul.* Coimbra: Almedina/CES, 2009.

SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. *Autoritarismo e golpes na América Latina*: breve ensaio sobre jurisdição e exceção. São Paulo: Alameda, 2016.

SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes. A cultura inquisitória vigente e a origem autoritária do Código de Processo Penal brasileiro. In: COUTINHO, Jacinto; PAULA Leonardo de e SILVEIRA, Marco Aurélio (Org.). *Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil.* Florianópolis: Empório do Direito. 2018

SILVA, Golbery do Couto e. *Geopolítica do Brasil*. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio, 1967.

SMART, Carol. La teoria feminista y el discurso jurídico. In: *El derecho en el genero y el genero en el derecho.* Buenos Aires: Cedael Editorial, 2000.

TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

WACQUANT, LOÏC. *Punir os pobres*: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZACCONE, Orlando. *Indignos de vida*: A forma jurídica da política de extermínio de inimigos na cidade do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *O inimigo no direito penal.* 3. ed. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao direito*: interpretação da lei e temas para uma reformulação. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1994.

Santoro, Antonio Eduardo Ramires; Duarte, Daniel Nascimento. Prognósticos iniciais para uma concepção contemporânea de processo penal a partir da teoria crítica dos direitos humanos.
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 204. ano 32. p. 125-163. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2024.
DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.12628265].

PESQUISAS DO EDITORIAL

Áreas do Direito: Penal; Processual; Direitos Humanos

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- Justiça restaurativa e democracia: fundamentos jurídico-filosóficos para a superação da razão punitiva, de Raphael Boldt – *RBCCrim* 196/93-122;
- Processo penal anocrático? A ressignificação da justiça criminal na sociedade de plataformas, de Raphael Boldt – *RBCCrim* 183/227-246;
- Punir como standard de direitos humanos: centralidade de proteção das vítimas no direito internacional dos direitos humanos e no processo penal brasileiro, de Valerio de Oliveira Mazzuoli e Antonio Sergio Cordeiro Piedade – *RT* 1055/135-160; e
- Verdade, processo penal e epistemologia: da pretensa fundamentação filosófica aos efeitos jurídicos e políticos da adoção de premissas racionalistas, de Ricardo Jacobsen Gloeckner, Salah H. Khaled Jr. e Gabriel Divan – *RBCCrim* 199/73-107.

Santoro, Antonio Eduardo Ramires; Duarte, Daniel Nascimento. Prognósticos iniciais para uma concepção contemporânea de processo penal a partir da teoria crítica dos direitos humanos.
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 204. ano 32. p. 125-163. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2024.
DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.12628265].

Câmera, gravando: implementação e aspectos legais no uso de câmeras corporais em agentes policiais

Camera, recording: implementation and legal aspects in the use of body cameras on police officers

Carolina Cutrupi Ferreira[1]
Universidade Federal de São Paulo, UNIFESP, Brasil.
E-mail: carolinacutrupi@gmail.com

Fabio Lopes Toledo[2]
Fundação Getulio Vargas, FGV, Brasil.
E-mail: fabiolopestoledo@hotmail.com

Recebido em: 18.05.2023
Aprovado em: 18.03.2024
Última versão dos autores: 29.03.2024

DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.12628272].

Áreas do Direito: Penal; Processual; Direitos Humanos

Resumo: O presente artigo tem por objetivo retratar o atual estágio de implantação de câmeras

Abstract: This article aims to portray the current stage of deployment of body-worn cameras for

1. Professora de Direito da Universidade Federal de São Paulo (Unifesp). Doutora em Administração Pública e Governo pela Escola de Administração de Empresas da Fundação Getulio Vargas (2021). Mestra em Direito pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas (2011). Graduada em Direito pela Universidade de São Paulo (2009).
   Lattes: [http://lattes.cnpq.br/5248198753109750].
   Orcid: [https://orcid.org/0000-0003-3190-7257].
   E-mail: carolinacutrupi@gmail.com
2. Doutorando e mestre em Direito pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas (2019).
   Lattes: [http://lattes.cnpq.br/7191035730609667
   Orcid: [https://orcid.org/0000-0002-0253-2743.
   E-mail: fabiolopestoledo@hotmail.com

corporais para agentes policiais no Brasil, como também explorar aspectos legais envolvendo o uso desses dispositivos. Entre as questões abordadas, além de revisão da literatura sobre câmeras corporais, são apresentados aspectos envolvendo cadeia de custódia e garantia de contraditório das imagens pela defesa no processo criminal, bem como o direito à privacidade. O estudo aponta que os maiores óbices para a adoção das câmeras corporais compreendem os custos de implantação e manutenção dos equipamentos, o armazenamento de imagens, além da ausência de regulamentação dos procedimentos. Ademais, a compatibilidade de conservação das imagens com as regras de proteção de dados pessoais, a integridade das evidências seguindo as regras de cadeia de custódia, assim como a possibilidade de exclusão dos arquivos em curto espaço de tempo, também representam alguns dos desafios envolvendo a matéria.

Palavras-chave: Segurança Pública – Câmeras corporais – Interação Polícia e Cidadão – Letalidade Policial – Uso da Força Policial.

police officers in Brazil, as well as to explore legal aspects involving the use of these devices. Among the issues addressed, in addition to a literature review on body-worn cameras, aspects involving chain of custody and the adversary system, as well as the right to privacy, are presented. The study points out that the major obstacles to the adoption of body cameras include the costs of implantation and maintenance of the equipment, the storage of images, along with the lack of regulation of the procedures. In addition, the compatibility of image conservation with personal data protection rules, the integrity of evidence following chain of custody rules, as well as the possibility of deleting files in a short period of time, also represent some of the challenges involving the matter.

Keywords: Public Security – Body-worn-camera – Police-Citizen Interaction – Police Lethality – Use of Police Force.

Sumário: 1. Introdução. 2. Revisão da literatura sobre câmeras corporais. 3. Implementação das câmeras corporais no Brasil. 4. Algumas questões legais sobre adoção de câmeras corporais. 4.1. Cadeia de custódia e garantia de contraditório das imagens pela defesa no processo criminal. 4.2. Direito à privacidade das imagens. 5. Considerações finais. 6. Referências bibliográficas. 7. Jurisprudência. 8. Legislação.

1. Introdução

O[3] uso de tecnologia por órgãos de segurança vem sendo adotado há muito tempo por diversos países ao redor do mundo. Nos Estados Unidos, por exemplo, o estado de Nova Iorque passou a contar, a partir de 2005, com o *Real Time Crime Center* (RTCC), departamento responsável por enviar informações em tempo real aos policiais. O RTCC teria acesso a milhões de registros criminais ocorridos no país, além de mais de 33 bilhões de registros públicos (BRUCE; TAIT, 2015). Na Austrália, a polícia passou a utilizar *IPads* para fiscalização do trânsito. Além de verificar

3. Os autores declaram que não houve financiamento ou quaisquer benefícios comerciais para a realização desta pesquisa. Declaram ainda que não há conflito de interesses que comprometam a cientificidade do trabalho apresentado.

dados relacionados aos registros de veículos, a ferramenta permite que multas sejam aplicadas e enviadas em formato PDF por *e-mail*. Ainda no mesmo país, a polícia passou a adotar *smartphones* para escanear as digitais de suspeitos e acessar seus dados disponíveis em uma base nacional (BRUCE; TAIT, 2015).

No Sul Global, o uso de tecnologia também pode ser observado. Diversos países africanos passaram a adotar instrumentos distintos para aprimorar a segurança pública. O Kenya, por exemplo, desenvolveu uma ferramenta *open source*, denominada *Ushahidi*, que teve como objetivo gravar e mapear casos de violência eleitoral a partir de telefones celulares (BRUCE; TATE, 2015). A Nigéria também adotou o mesmo *software* para monitorar suas eleições. Na Índia, uma empresa sem fins lucrativos chamada *Janaagraha* desenvolveu um *software* que permite aos cidadãos informarem casos de pedido de propina.

Há diversos outros casos em países da África, bem como da América Latina e Caribe, como o Infocrim, na cidade de São Paulo – um sistema que registra dados policiais, como incidência por crime, local da ocorrência, entre outras informações em uma central atualizada a cada hora. México, Colômbia e alguns países da América Central também estão desenvolvendo plataformas digitais semelhantes (BRUCE; TATE, 2015).

Entre as diversas ferramentas disponíveis, as câmeras representam um instrumento cada vez mais utilizado pelas forças policiais. Na América do Norte, desde a década de 1980, imagens de circuito interno, assim como câmeras instaladas em viaturas policiais, já eram utilizadas pela polícia. As imagens serviriam tanto para confirmar a narrativa da autoridade policial durante uma abordagem, bem como para registrar condutas inapropriadas dos agentes. Contudo, as câmeras até então disponíveis por vezes produziam imagens de baixa qualidade (ALPERT; MCLEAN, 2018).

Com a evolução da tecnologia, o uso de câmeras passou a crescer exponencialmente. Na cidade de São Paulo, por exemplo, o programa "city câmeras", implementado em 2017 pelo então prefeito João Doria (2017-2018), buscava instalar 10 mil câmeras até o ano de 2020. Mas até o momento, dados oficiais indicam 3.600 câmeras ativas, sendo que parte dos equipamentos pertencem à iniciativa privada (SÃO PAULO, 2022). O programa foi criticado, eis que parte da população não aceitou realizar o pagamento pelo armazenamento e acesso das imagens produzidas na sua rua ou bairro e a falta de divulgação dificultou sua ampliação (QUINTELLA, 2021).

Ainda na cidade de São Paulo, em janeiro de 2023, o atual prefeito Ricardo Nunes (2021-2024), juntamente com o governador do estado Tarcísio de Freitas (2022-2026), definiu um plano de instalação de aproximadamente 500 câmeras com reconhecimento facial em prédios da região conhecida como Cracolândia, com o objetivo de identificar traficantes com atuação na área (ARREGUY, 2023).

Cabe destacar que o aumento do número de câmeras se tornou cenário comum em diversos países. Segundo a obra *Challenges and Choices for Crime-Fighting Technology Federal Support of State and Local Law Enforcement*, mais de 250 mil câmeras enviavam imagens para a polícia somente no Reino Unido (SCHWABE; DAVIS; JACKSON, 2001). Em 2014, no México, foi inaugurado o Centro de Inteligência da Polícia Federal, o qual passou a receber registros de pessoas, veículos, câmeras de vídeo, entre outros dados a partir de mais de 600 estados e municípios e 169 delegacias de polícia (GUZIK, 2016).

Além das câmeras de circuito interno, tão comuns em condomínios, comércios, e instalações públicas, o uso de drones passou a ser utilizado tanto para fins recreativos e comerciais, como também pelas forças policiais. Esse crescimento no número de aparelhos motivou o Poder Legislativo a regular o uso desses equipamentos. A Câmara Legislativa do Distrito Federal aprovou o projeto de lei 1.651/2020, que disciplina o uso dos drones pela Polícia Militar do Distrito Federal, além de outros órgãos de segurança pública (RODRIGUES, 2021). O aumento no uso de drones implica investir em equipamentos capazes de coibir abusos e ilegalidades, como ingresso em áreas proibidas, como estabelecimentos penais, por exemplo, ou exposição a risco para a população ou mesmo para figuras públicas[4].

Entre as tecnologias adotadas pelas forças policiais, as câmeras corporais ou *body-worn cameras* (BWCs), passaram a ser adotadas em diversos países nos últimos anos. Trata-se basicamente de dispositivo acoplado no uniforme policial, capaz de transmitir imagens em tempo real. Essas imagens são encaminhadas a uma central, que armazena os arquivos de áudio e som, em geral protegidos por criptografia. O presente trabalho não tem como objetivo principal explorar a questão da redução da letalidade, embora o tema seja tangenciado no decorrer do texto. O que se busca, essencialmente, é apresentar um panorama sobre a adoção das câmeras corporais pelos órgãos de segurança dos entes federados e abordar algumas questões legais relevantes sobre o uso do equipamento, como o uso das imagens em processos criminais, legitimidade para acesso às imagens e armazenamento, bem como a privacidade de policiais e cidadãos registrados. Além desta introdução, a próxima seção apresenta uma breve revisão da literatura sobre as câmeras corporais. A seção 2 narra o contexto em que surgiu a demanda pela incorporação dos equipamentos na atividade policial e o grau de implementação nos estados e

4. No dia primeiro de janeiro de 2023, em caso recente, durante a posse do presidente Lula, um drone suspeito foi identificado e derrubado pela Polícia Federal. A ação foi veiculada intensamente pela imprensa especialmente por conta da ferramenta utilizada pelo agente. Trata-se do DroneGun Tactical, que possui um *design* semelhante ao de um rifle. O equipamento emite um sinal capaz de oferecer o controle do drone a seu operador (Vídeo, 2023).

Distrito Federal. A seção 3, por sua vez, discute questões legais decorrentes do uso das câmeras e das respectivas imagens, seguida pelas considerações finais.

2. Revisão da literatura sobre câmeras corporais

Nos últimos anos, os Estados Unidos passaram por grandes mudanças no que se refere à adoção de câmeras corporais por agentes policiais. Em 2013, pesquisa realizada pela *Law Enforcement Management and Administrative Statistics* estimou que um terço de agências de aplicação da lei norte-americanas já adotavam câmeras corporais (LUM et al., 2015). O uso do dispositivo no país se popularizou ainda mais em 2014, com as mortes de Michael Brown e Eric Garner, as quais desencadearam o movimento *Black Lives Matter*, levando a população a demandar a adoção de câmeras corporais para registro de atividades policiais (PAGLIARELLA, 2016).

A repercussão dos casos acarretou um investimento de 263 milhões de dólares para a instalação de 50 mil câmeras corporais pelo então presidente Barack Obama[5]. Apesar da vertiginosa difusão das câmeras corporais, as pesquisas realizadas até o momento ainda não conseguiram demonstrar com clareza os efeitos do uso do equipamento, inclusive no que diz respeito à redução de violência policial (LUM et al., 2015). Estudo realizado por Lee, Taylor e Willis (2018) buscou explorar o uso de BWCs a partir do ponto de vista de 907 pessoas detidas em locais distintos na Austrália. A pesquisa apontou que três quartos das pessoas detidas consideravam o uso de câmeras por policiais uma boa ideia. Além de supostamente ser capaz de apresentar uma visão verdadeira dos fatos ocorridos, os detidos também destacaram que o uso de câmeras também seria capaz de reduzir o uso excessivo de força policial, corrupção, entre outros fatores. No entanto, apesar do resultado positivo, os autores reforçam que muitas questões ainda precisam ser resolvidas, como a forma pela qual os dados são transportados, armazenados e criptografados.

Estudo randomizado realizado com mais de 400 policiais em Las Vegas, Nevada, por Braga et al. (2018) também demonstrou que a adoção de BWCs teria reduzido o número de reclamações envolvendo policiais. Dessa forma, o uso de câmeras permitiria reduzir o número de agressões, bem como oferecer um "efeito civilizatório na natureza dos encontros entre policiais e cidadãos" (BRAGA et al., 2018, p. 536). O estudo também apontou que policiais que usavam BWCs também efetuaram maior número de prisões, bem como aplicaram mais multas do que aqueles

5. Assim como ocorreu nos Estados Unidos, também em 2014, a polícia de Hampshire, na Inglaterra, anunciou que todos os policiais com atuação na linha de frente seriam equipados com câmeras corporais. O mesmo ocorreu em New South Wales, bem como em Victoria, na Austrália (BRUCE; TATE, 2015).

que não possuíam o equipamento instalado em seus uniformes. No entanto, o estudo não foi capaz de definir se o aumento das prisões e multas decorreu da ideia de que os ofensores seriam responsabilizados por seus atos, se os policiais seriam responsabilizados por seus superiores em caso de ações consideradas discricionárias, ou ambas as situações.

Pesquisa empírica conduzida por White, Todak e Gaub (2018) em Tempe, no estado do Arizona, EUA, teve como objetivo responder às seguintes perguntas: a) policiais de Tempe apoiam o uso de BWCs e houve mudança em relação a esse apoio após a adoção do dispositivo?; b) Há mudanças mensuráveis na proatividade da polícia após a adoção de BWCs?; c) Os cidadãos apoiam o uso de BWCs?; d) Atores externos ao departamento de polícia apoiam o uso de BWC pelos policiais?; e) Há mudanças mensuráveis no processamento de crimes de menor potencial ofensivo pelo Poder Judiciário após a adoção das BWCs?

De maneira geral, houve uma percepção positiva dos agentes policiais tanto antes quanto depois da implementação das BWCs. No entanto, no decorrer da pesquisa a percepção de que o uso de câmeras traria efeitos positivos no comportamento das pessoas foi reduzida de 65,7% para 47,5%. Sobre a proatividade dos policiais, não houve mudanças significativas após a adoção das BWCs. No que diz respeito às percepções dos cidadãos, mais de 90% entenderam que a atuação policial foi profissional, sendo que mais de 80% concordaram que os oficiais estavam preocupados com o bem-estar do cidadão. Sobre a necessidade de utilização de BWCs, mais de 90% dos entrevistados entenderam que o equipamento deveria ser utilizado por todos os policiais da cidade de Tempe. Além disso, 84% entenderam que os benefícios das câmeras superam seus custos (WHITE, TODAK e GAUB, 2018).

Os pesquisadores também avaliaram as percepções de partes interessadas externas. Esses atores demonstraram algumas preocupações envolvendo o uso de BWCs, como se a adoção do equipamento poderia provocar mudanças no comportamento dos cidadãos, eis que, por vezes, os sujeitos podem estar sobre efeito de drogas, sofrendo algum tipo de crise ou mesmo com raiva ou tristes no momento em que precisam interagir com a polícia. Outra percepção apresentada pelas partes externas foram as limitações das BWCs, como o critério adotado para ativar ou não a câmera ou outras questões envolvendo a privacidade dos cidadãos, ou seja, quem pode ter acesso às gravações.

No Brasil, poucos estudos analisam os impactos das câmeras corporais na redução de arbitrariedades e da letalidade policial. Estudo recente desenvolvido pela Fundação Getulio Vargas de São Paulo e pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública (2022), apontou que a adoção de câmeras corporais teria permitido uma redução de 57% de mortes decorrentes de ações policiais quando comparada com unidades policiais nas quais o dispositivo não havia sido implementado. Ademais, o uso de

câmeras também teria reduzido cerca de 63% de lesões corporais provocadas por policiais (FBSP/FGV, 2022).

Segundo Faber (2022), o primeiro estudo sobre o impacto da adoção de câmeras por policiais militares na América Latina foi realizado em Santa Catarina por pesquisadores da PUC do Rio de Janeiro, em conjunto com as Universidades de Warwick, Queen Mary e London School of Economics (BARBOSA et al., 2021). De acordo com a pesquisa, os crimes de resistência, desobediência e desacato teriam sofrido uma queda de 28,5% nos casos em que policiais adotavam câmeras corporais. Houve redução de 62,1% no uso de força pelos policiais. Mas, apesar dos resultados positivos, o Instituto Sou da Paz destacou que a adoção de câmeras corporais não representou a única medida responsável pela redução do uso de força policial. A estrutura correcional, as comissões de mitigação de risco, o sistema de saúde mental da Polícia Militar, assim como o uso de armas de incapacitação neuromuscular, também foi importante para a contenção do uso de violência (INSTITUTO SOU DA PAZ, 2020).

Além da questão da redução da letalidade policial, a pesquisa desenvolvida por Faber (2022) apresentou alguns exemplos de como as cenas filmadas podem ser utilizadas em processos judiciais e concluiu que as imagens apresentadas "[...] não são verdades indiscutíveis, literais dos fatos. Não basta observá-las e julgá-las. As imagens são polissêmicas, ou seja, possuem várias interpretações" (FABER, 2022, p. 90). Embora algumas pesquisas tenham reforçado a relevância da adoção de câmeras para a redução da violência policial, o uso do equipamento, especialmente em juízo, nem sempre representa uma verdade absoluta.

Estudo elaborado por Sommers (2016) mostra como as imagens geradas pelas gravações de BWCS não são necessariamente capazes de oferecer uma visão totalmente neutra dos fatos ocorridos. Segundo a autora "como todos nós vemos a mesma imagem e ainda assim podemos assumir conclusões distintas sobre os autores envolvidos, baseados em como nos sentimos, em geral, em relação à polícia?" (SOMMERS, 2016, p. 1346). Conforme demonstrou o estudo, ao acessar as gravações realizadas, as pessoas podem ter percepções distintas sobre o que foi apresentado, a depender, por exemplo, da identificação de cada ator com a polícia. O processo cognitivo, os vieses, bem como a memória seletiva podem gerar posicionamentos distintos.

A questão da privacidade das partes envolvidas nas filmagens também representa questão relevante a ser observada. É de se notar que a interferência ao direito de privacidade tanto do policial, quanto do cidadão, pode ser justificada pela necessidade de oferecer maior segurança para ambas as partes, contudo, ainda assim, alguns aspectos relevantes envolvendo a privacidade merecem ser observados. Segundo Coudert, Butin e Métayer (2015), o direito de informar as pessoas que

estão sendo filmadas, o período e o conteúdo das gravações, o acesso e a gravação das imagens e, por fim, os riscos adicionais envolvendo novas tecnologias. Tendo em vista que esses elementos envolvem aspectos processuais das BWCs, buscaremos, no decorrer do trabalho, explorar alguns desses pontos. O próximo tópico abordará a implementação das câmeras corporais no Brasil.

3. Implementação das câmeras corporais no Brasil

A adoção de câmeras corporais por policiais militares ganhou repercussão nacional a partir de um debate eleitoral entre candidatos ao governo do estado de São Paulo. À época, perguntaram a opinião dos candidatos sobre a implantação do "Programa Olho Vivo", política voltada à redução da violência e da letalidade por meio da incorporação dos equipamentos nas rotinas policiais. Segundo dados da Secretaria de Segurança Pública (SSP), a letalidade policial diminuiu cerca de 72% em todo o estado de São Paulo após a instalação das câmeras corporais nos uniformes, em agosto de 2020.

O então candidato Tarcísio de Freitas (Republicanos/SP) disse em entrevista que, caso fosse eleito, "com certeza" retiraria o equipamento das fardas dos policiais militares paulistas. Freitas argumentou que a câmera "deixa o policial em desvantagem em relação ao bandido". Afirmou ainda que medida teria um efeito "imediato" sobre o crime, pois as câmeras "prejudicam o trabalho" e deixam o agente policial em "desvantagem" (TARCÍSIO, 2022).

O raciocínio que está por trás do argumento de Freitas é que a adoção das câmeras é um retrocesso no combate à criminalidade, pois relativiza a versão do policial diante de uma ocorrência, sendo necessário a confrontação entre a sua versão e os registros das imagens. Assim, a retirada das câmeras das fardas policiais poderia dar mais liberdade ao policial em eventuais abordagens e confrontos, e também comunica aos infratores que, nas palavras de Freitas, "teriam que respeitar a polícia por saber que o governo está do lado dos agentes de segurança". A ideia vai na linha de um pronunciamento do então presidente Jair Bolsonaro: "tira esse negócio de câmera para ver se não melhora de cara" (TARCÍSIO, 2022).

As afirmações feitas durante a campanha repercutiram na imprensa, que confrontou Freitas com a queda nos índices de letalidade policial desde a adoção das câmeras pela polícia paulista. Após as críticas, Freitas recuou em sua posição, indicando que irá avaliar melhorias na política pública com especialistas em segurança pública. Em pronunciamentos recentes, já empossado como governador, sinalizou que não iria mexer no programa (LINHARES, 2023).

O próprio Tarcísio de Freitas reconheceu que tem a "percepção" de que o uso de câmeras corporais reduz a produtividade dos policiais. No entanto, sua percepção

contraria as evidências empíricas de redução de letalidade sobre o projeto adotado pela Polícia Militar de São Paulo (PMESP) e um movimento significativo pelos órgãos de segurança pública, sociedade civil e tribunais superiores para redução da letalidade policial.

Nos últimos anos, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) e o Supremo Tribunal Federal (STF) firmaram posicionamentos bastante importantes na garantia de direitos às pessoas alvo e de transparência em ações policiais. Em 2019, o Partido Socialista Brasileiro (PSB) ajuizou Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 635) no STF requerendo que fossem reconhecidas e sanadas graves lesões a preceitos fundamentais praticadas pelo estado do Rio de Janeiro na elaboração e implementação da política de segurança pública, notadamente no que tange à excessiva e crescente letalidade da atuação policial. A ação, conhecida como "ADPF das Favelas", teve pedido cautelar julgado pelo Tribunal no ano de 2022, que determinou, entre outras medidas, que o Rio de Janeiro instalasse equipamentos de GPS e sistemas de gravação de áudio e vídeo nas viaturas policiais e nas fardas dos agentes de segurança, com o posterior armazenamento digital dos respectivos arquivos, no prazo máximo de 180 dias[6-7].

6. A decisão do STF adotou as diretrizes do "Protocolo de Minnesota sobre Investigação de Mortes Potencialmente Ilícitas" da ONU, que prevê, em relação ao registro de atividades investigativas, a gravação em áudio ou vídeo do depoimento de testemunhas, considerando aspectos relacionados à privacidade e segurança. Gravações e outras evidências digitais podem ser facilmente manipuladas, e determinar a autenticidade da evidência digital representa um desafio técnico. Nesse sentido, o Protocolo dispõe que, se a evidência digital for considerada importante para uma investigação, todos os esforços devem ser feitos para que a evidência seja recuperada e/ou examinada por um especialista forense qualificado (ONU, 2017, p. 38).
7. O uso das câmeras pelos policiais do Rio de Janeiro foi um dos compromissos assumidos pelo governador Cláudio Castro no "Plano de Redução da Letalidade Policial" apresentado ao STF, apesar da oposição das polícias militar e civil, que alegam exposição dos agentes policiais às ações criminosas. Contudo, o Plano era omisso em várias determinações do STF no âmbito da ADPF, entre as quais a obrigatoriedade de uso de câmeras corporais por todos os policiais militares e civis. O colegiado também decidiu por priorizar a instalação de tais equipamentos nas fardas e viaturas dos agentes de segurança que realizam operação nas favelas e comunidades pobres. Em fevereiro de 2023, o relator determinou a realização de audiência de conciliação para apurar a implementação da medida cautelar. Os dados apresentados pelo governo estadual apontam um avanço na implementação das câmeras pela Polícia Militar e o descumprimento reiterado pelos policiais civis, que iniciaram o procedimento de contratação de 100 câmeras, mas nenhuma em operação à data da audiência. Segundo as informações prestadas pela polícia militar nos autos da ADPF, estão em vigor dois processos licitatórios para aquisição de 13 mil câmeras corporais, já havendo sido distribuídas às respectivas unidades 8.945 câmeras, sendo que o estado do Rio de Janeiro tem mais de 43 mil policiais na ativa (BRASIL, 2020).

No ano de 2021, as turmas criminais do STJ decidiram que policiais devem gravar o consentimento expresso do morador para entrada na residência quando não houver mandado judicial. Ou seja, em caso de dúvida entre a versão da polícia – que diz ter sido autorizada a ingressar no imóvel – e a versão do morador – que defende ter sido induzido em erro pelos policiais – prevalece a versão do morador. O STJ fixou prazo de um ano para o aparelhamento das polícias, o treinamento dos agentes e demais providências, sob pena de responsabilização administrativa, civil e penal dos policiais, além da anulação das provas colhidas nas investigações (BRASIL 2021a; 2021b)[8].

Essa decisão do STJ afetou diretamente os julgamentos nas instâncias inferiores, que passaram a anular provas de processos criminais e absolver pessoas acusadas pela ausência de consentimento expresso do morador para ingresso no domicílio. É o caso de morador que, induzido em erro por policiais, autoriza a entrada dos agentes em sua residência e, após o ingresso, passam a procurar por drogas ou produtos ilícitos. Em situações semelhantes, juízes e tribunais têm decidido que a ausência de comprovação de permissão espontânea do morador torna ilícita a prova colhida, e leva à absolvição da pessoa acusada.

A invalidação de provas criminais e os indicadores alarmantes de letalidade policial se tornaram uma questão central na atuação dos Ministérios Públicos, que começaram a incentivar a adoção de câmeras corporais pelos órgãos de segurança pública estaduais. Os Ministérios Públicos dos estados de Alagoas (RODRIGUES, 2022), Amazonas (PROMOTOR, 2022), Goiás (OLIVEIRA E JACOMETTO, 2022), Sergipe (MPSE, 2022) e Paraíba (MPPB, 2021) recomendaram a realização de estudos e análises de impacto para implementação de câmeras junto aos órgãos de segurança locais. O MPF recomendou tal providência ao estado de Mato Grosso do Sul e à Polícia Rodoviária Federal, com o objetivo de registrar ocorrências relacionadas a conflitos fundiários envolvendo comunidades indígenas (NUCCI, 2021) e patrulhamento rodoviário[9], respectivamente.

8. Em outro julgamento, alguns ministros do STJ defenderam a tese de que a palavra do agente policial quanto aos fatos que afirma ter testemunhado o acusado praticar não é suficiente para a demonstração de nenhum elemento do crime em uma sentença condenatória. Seria necessária, para tanto, sua corroboração mediante a apresentação de gravação dos mesmos fatos em áudio e vídeo. Embora a tese seja minoritária entre os ministros, o posicionamento mostra uma relativização, pelos juízes e tribunais, do depoimento policial, frequentemente sobrevalorizado por gozar de fé pública (BRASIL, 2022).

9. A recomendação do MPF à Polícia Rodoviária Federal ocorreu após a grande repercussão da morte de Genivaldo de Jesus Santos em abordagem de policiais rodoviários federais. Genivaldo foi agredido sem esboçar reação, e depois colocado dentro do porta-malas da viatura policial, onde foi lançada uma bomba de gás lacrimogênio. Os policiais foram

Uma manifestação do Ministério Público paranaense em conjunto com a OAB, a Defensoria Pública, o Tribunal de Justiça do estado e a Universidade Federal do Paraná recomendou a adoção de câmeras nos uniformes e viaturas dos policiais militares estaduais, além da criação de um curso permanente e obrigatório sobre direitos humanos para a formação de policiais (CASTRO, 2022). E, no âmbito de uma ação civil pública, a Defensoria Pública do Espírito Santo requereu um conjunto de medidas para redução da letalidade policial, incluindo a adoção das câmeras, mas o pedido foi julgado improcedente em primeira instância (GOBBO, 2022). Já os Ministérios Públicos dos estados de Minas Gerais (LIMA, 2022) e Maranhão (CARVALHO, 2022) disponibilizaram verbas ou os próprios equipamentos para órgãos de segurança e agentes de trânsito para a aquisição das câmeras.

Também merece destaque a ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo no ano de 2019. A inicial discorre sobre os elevados índices de ocorrências policiais envolvendo morte de policiais e cidadãos e a "necessidade de providências para evitar mortes, para aprimorar o controle externo e social das polícias e para garantir provas que permitam a responsabilização criminal e civil dos policiais" (SÃO PAULO, 2019). O Ministério Público requereu, entre outras medidas, a instalação de equipamentos de localização por satélite (GPS) e de escuta e gravação ambiental, em todas as viaturas da Polícia Civil e da Polícia Militar, o registro dos dados em *softwares* que não permitam edição por terceiros, gravações de todas as ações de policiais e remessa de cópias dos arquivos a cada 48 horas o Ministério Público de à Ouvidoria de Polícias[10].

---

acusados pelos crimes de homicídio qualificado, tortura e abuso de autoridade. Segundo o MPF, "o teor da nota da PRF publicada ainda no dia da morte de Genivaldo de Jesus Santos foi contrariado pelas inúmeras filmagens realizadas por populares que presenciaram a trágica abordagem, as quais começaram a surgir ao longo dos dias que se seguiram à morte de Genivaldo, ficando evidenciado que a nota oficial da PRF divulgada em 25 de maio de 2022 estava completamente divorciada da realidade dos fatos".

O caso Genivaldo também ensejou o ajuizamento de uma ação civil pública pela Educafro Brasil, requerendo, entre outras medidas, a determinação de obrigação de fazer à União para instalar câmeras de vigilância nas blitz, nos veículos da Polícia Rodoviária Federal e no fardamento dos policiais rodoviários federais, além do pagamento de indenização por dano moral coletivo no valor de R$ 128.250.000,00 (cento e vinte e oito milhões e duzentos e cinquenta mil reais), quantia a ser revertida ao fundo destinado à reconstituição dos bens lesados. Processo em tramitação, sem sentença proferida. (BRASIL, 2022b).

10. O Ministério Público apresentou vários pedidos declaratórios e condenatórios com o objetivo de "postular uma profunda reforma da instituição policial para a democracia, com vistas à não repetição de posturas repressivas e autoritárias advindas do regime militar". Como os pedidos demandam medidas estruturais nos órgãos de segurança pública e na Administração como um todo, vários atores se manifestam no curso desse processo, como

As decisões dos tribunais superiores somadas às recomendações do Conselho Nacional de Justiça, Ministérios Públicos e outros órgãos, ao respaldo popular ao uso das câmeras[11] e os resultados positivos na redução da letalidade da polícia paulista provocaram uma corrida para aquisição de câmeras pelos demais estados. No final do ano de 2021, representantes de forças de segurança de 20 estados e do Distrito Federal se reuniram com o Secretário de Segurança Pública de São Paulo e o comando da Polícia Militar para conhecer e avaliar a possibilidade de adoção de câmeras pelas respectivas corporações (ZANINI, 2021).

A despeito do interesse das secretarias e órgãos de segurança estaduais/distrital sobre o programa paulista de câmeras corporais, cada ente federativo adotou procedimentos administrativos próprios para análise de viabilidade, aquisição e escopo do uso dos equipamentos. As informações sobre aquisição e implementação desses equipamentos foram obtidas a partir de consultas às matérias jornalísticas e confrontadas com comunicados e pronunciamentos oficiais de secretarias de segurança pública e órgãos de segurança estaduais. Além disso, os pesquisadores encaminharam pedidos de informações sobre editais, termos de referência e do contrato de licitação para aquisição das câmeras, número de câmeras atualmente em uso e protocolo normativo quanto ao uso dos equipamentos.

Os pedidos foram realizados via procedimento da Lei de Acesso à Informação aos entes da federação que encontramos matérias jornalísticas indicando interesse na aquisição de câmeras corporais. Em relação aos demais estados não foram encontradas informações sobre a análise de viabilidade e de implantação dos equipamentos. O quadro a seguir lista as respostas de cada ente federativo. Parte dos pedidos foram negados sob a justificativa de se tratar de informações sigilosas por tratarem de temas relacionados à segurança pública. A maior parte das respostas encaminhou editais e termos de referência de procedimentos licitatórios ainda em curso. O estado de Santa Catarina foi o único que enviou, além dos documentos licitatórios requeridos, a íntegra do procedimento operacional padrão para utilização das câmeras corporais individuais.

---

a Defensoria Pública, como assistente litisconsorcial da parte autora e organizações da sociedade civil. Em resposta, a Polícia Militar do estado informou que o projeto de adoção de câmeras corporais está em implementação desde o ano de 2018, além da adoção de outros equipamentos de rastreamento, como GPS. Contudo, não apresentou detalhes sobre protocolos de uso das câmeras e armazenamento de imagens. Os andamentos recentes indicam reuniões para tratativas de um eventual acordo, sendo deferido pedido de suspensão do processo até o mês de julho de 2023. (SÃO PAULO, 2019).

11. Pesquisa Datafolha realizada no ano de 2022 revelou que a aprovação do uso de câmeras nos uniformes dos policiais militares é superior a 90% no Rio de Janeiro, em São Paulo e em Minas Gerais (DATAFOLHA, 2022).

Quadro 1. Respostas aos pedidos via Lei de Acesso à informação

Resposta	Ente federativo
Negativa de resposta em razão do pedido estar relacionado a interesse de segurança pública ou não atendimento de formalidades	Minas Gerais, Rio de Janeiro, Rio Grande do Norte, Rondônia, São Paulo
Envio de informações sobre o procedimento licitatório, editais e termos de referência	Bahia, Pará, Pernambuco, Rio Grande do Sul, Roraima, Santa Catarina
Envio de informações informando que não há programa de câmeras corporais ou procedimento licitatório/ contratação em andamento	Amapá, Ceará, Maranhão, Paraíba

Fonte: elaboração dos autores.

Já o quadro 2 sintetiza o estágio de implementação, os agentes públicos-alvo do programa, procedimento licitatório, número de equipamentos e custos de aquisição. O quadro ilustra as diferenças e particularidades na adoção das câmeras por cada ente federativo. A maior parte dos estados planeja incorporar os equipamentos na atuação cotidiana dos policiais militares e, de forma suplementar aos policiais civis (Amapá, Bahia, Mato Grosso do Sul, Pará, Paraíba, Piauí e Rio de Janeiro e Rio Grande do Sul), policiais técnico-científicos (Amapá) e agentes penitenciários/policiais penais (Amapá, Ceará). Curiosamente, os estados do Maranhão e Pará foram os únicos a designar o uso de câmeras aos agentes de trânsito.

Quadro 2. Implementação de câmeras operacionais portáteis por ente federativo

Unidade federativa	Agentes públicos-alvo	Estágio implementação (mês/ano)	Equipamento/custo
Acre[12]	Polícia Militar	Testes *(09/2022)*	Sem informações
Alagoas	Sem informações	Sem informações	Sem informações
Amapá[13]	Polícia Militar (PM), Polícia Civil, Polícia Técnico-Científica (Politec) e Polícia Penal.	Fase de testes com equipamento fornecido pela empresa Axon	Sem informações
Amazonas	Sem informações	Sem informações	Sem informações

12. PM DO ACRE, 2022.

13. VIDIGAL, 2021.

Unidade federativa	Agentes públicos-alvo	Estágio implementação (mês/ano)	Equipamento/custo
Bahia[14]	Polícia Militar, Civil e Bombeiros	Procedimento licitatório *(04/2023)*	3.300 câmeras
Ceará[15]	Polícia Penal	Implementação *(01/2023)*	300 câmeras/ R$ 150 mil mensais
Distrito Federal[16]	Polícia Militar	Testes *(02/2022)*	Sem informações
Espírito Santo[17]	Polícia Penal	Implementação *(02/2023)*	70 câmeras/ R$230 mil mensais
Goiás	Sem informações	Sem informações	Sem informações
Maranhão[18]	Agentes de trânsito	Implementação *(08/2022)*	Sem informações
Mato Grosso[19]	Polícia Militar	Análise de viabilidade *(06/2022)*	Sem informações
Mato Grosso do Sul[20]	Polícia Militar e Civil	Análise de viabilidade *(11/2021)*	Sem informações
Minas Gerais[21]	Polícia Militar	Implementação *(12/2022)*	1.651 câmeras
Pará[22]	Polícia Militar, Rodoviária, Civil e Bombeiros e agentes de trânsito	Implementação *(07/2022)*	Sem informações
Paraíba	Polícia Militar, Civil	Implementação *(02/2023)*	Sem informações
Paraná[23]	Polícia Militar	Procedimento licitatório *(03/2023)*	300 câmeras/ R$ 8 milhões.

14. RAMOS, 2022.
15. RESISTENTES, 2023.
16. CAUHI, 2022.
17. GOVERNO DO ESTADO, 2023.
18. CARVALHO, 2022.
19. USO, 2021.
20. NUCCI, 2021.
21. LIMA, 2022.
22. SAAVEDRA, 2021.
23. GOMES, 2023.

Unidade federativa	Agentes públicos-alvo	Estágio implementação (mês/ano)	Equipamento/custo
Pernambuco[24]	Polícia Militar	Procedimento licitatório *(07/2022)*	187 câmeras
Piauí[25]	Polícia Militar, Civil	Testes *(01/2023)*	Sem informações
Rio de Janeiro[26]	Polícia Militar, Civil	Implementação *(02/2023)*	13.000 câmeras PMERJ 100 câmeras PCERJ /R$ 6,4 milhões
Rio Grande do Norte[27]	Polícia Militar	Procedimento licitatório	15 câmeras/ R$ 33 mil reais
Rio Grande do Sul[28]	Polícia Militar e Civil	Procedimento licitatório *(04/2023)*	1.100 equipamentos
Roraima[29]	Polícia Militar	Implementação *(04/2023)*	116 câmeras/ R$ 6 milhões
Rondônia	Polícia Militar	Implementação *(02 /2019)*	1.250 câmeras
Santa Catarina	Polícia Militar	Implementação *(07 /2019)*	2.245 câmeras/ R$ 3 milhões
São Paulo	Polícia Militar	Implementação *(07 /2020)*	3.125 câmeras
Sergipe[30]	Polícia Militar	Análise de viabilidade	Sem informações
Tocantins[31]	Polícia Militar	Testes *(04/2022)*	Sem informações

Fonte: Respostas via LAI, processos judiciais e matérias jornalísticas. Elaboração dos autores.

Em geral, a incorporação dos equipamentos à atividade policial passa pelas seguintes etapas: a primeira é a promoção de estudos e análise de viabilidade técnica,

24. PENHA, 2021.
25. SERENA, 2023.
26. BRASIL, 2019.
27. POLICIAIS, 2022.
28. AQUISIÇÃO, 2022.
29. GIACOMET, 2022.
30. MPSE, 2022.
31. POLÍCIA MILITAR, 2022.

financeira e orçamentária. Em seguida, o órgão de segurança inicia um chamamento público para que as empresas do ramo se habilitem para cessão ou empréstimo de um certo número de câmeras, que serão testadas pelos integrantes da corporação. Por exemplo, os estudos para uso das câmeras começaram pela Polícia Militar paulista e tiveram início no ano de 2014, com a aquisição das primeiras 120 câmeras após dois anos de testes[32]. A Secretaria de Segurança Pública do Rio Grande do Sul, por sua vez, iniciou chamamento público para cessão de equipamentos às polícias militar e civil para experimentação pelo prazo de seis meses.[33]

Após essa etapa e havendo disponibilidade orçamentária, iniciam-se os preparativos do procedimento licitatório. Os procedimentos variam de forma significativa entre os entes federativos, a depender da modalidade de contratação (aquisição ou locação de bens) integrada ou não à prestação de serviços (captação, transmissão, armazenamento, gestão e custódia de evidências digitais), bem como a disponibilidade de recursos orçamentários.

Todas as especificações da câmera e dos serviços devem ser definidas no termo de referência que integra o edital licitatório, que por sua vez estabelece a modalidade de contratação. O mercado dispõe de câmeras com características e funcionalidades distintas, sendo que existem pelo menos cinco grandes empresas participando de editais públicos nacionais para fornecimento de câmeras corporais e serviços integrados. Em geral, adota-se a modalidade licitatória da ata de registro de preços, na qual se especifica o equipamento, os serviços a serem prestados e os limites quantitativos e regras aplicáveis para aquela contratação. As atas têm prazo definido e as quantidades de bens são requeridas pelo órgão público à empresa vencedora na medida de suas necessidades e conveniências. Após o encerramento do procedimento licitatório, o órgão inicia o processo de implementação das câmeras, que serão distribuídas entre os agentes e batalhões segundo critérios definidos pelo comando da polícia e da Secretaria de Segurança.

Um dos principais entraves à implementação das câmeras para todos os policiais em atividade é justamente o custo de aquisição e dos serviços de armazenamento das imagens. Alguns entes federativos receberam recursos financeiros ou doação dos equipamentos pelo Ministério Público estadual (Rondônia). Outros contaram com recursos dos fundos específicos destinados à segurança pública (Pernambuco[34] e Roraima) e até mesmo oriundos de emendas parlamentares (Rio Grande do Norte).

---

32. RODRIGUES, PAGNAN, 2022.

33. BERNARDI, 2021.

34. Segundo a matéria, "Projetos garantem melhorias para a PMPE e seu efetivo" disponibilizada na página da Polícia Militar do Estado de Pernambuco no mês de fevereiro de

Como cada ente federativo define as especificações do equipamento e dos serviços a serem contratados no processo licitatório, é muito difícil estabelecer comparativos de custo unitário do equipamento por estado. No estado de Santa Catarina, as câmeras foram compradas para serem operadas internamente pela própria polícia. Já os procedimentos licitatórios em São Paulo, Rio de Janeiro e Roraima tem por objeto solução integrada de gestão, captação, transmissão, armazenamento, custódia e compartilhamento das imagens geradas pelas câmeras. Logo, o contrato contempla a infraestrutura virtual e física necessária para as atividades, incluindo as próprias câmeras, estações de carregamento dos equipamentos e descarga das imagens, e mão de obra de manutenção e suporte técnico.

Por exemplo, o contrato de compra realizado pelo estado de Roraima indica que foram adquiridos dois tipos de kits compostos pelas câmeras mais serviços de armazenamento, acionamento e destravamento das câmeras. Um kit tem valor unitário mensal de R$ 12.400,00 e o segundo R$ 9.300,00. Além dos custos do kit, o contrato prevê a contratação de uma "sala de controle e monitoramento remoto incluindo software de gerenciamento", ao custo mensal de R$ 23.000,00 (RORAIMA, 2022). Estima-se que, o custo unitário das câmeras – com as devidas limitações quanto às diferenças de equipamentos e serviços – varie entre R$ 296 e R$ 1.172,00 mensais (MAROS, 2022). Considerando que o salário médio de um policial militar no Brasil é de R$ 5.583,00 (cinco mil quinhentos e oitenta e três reais), a aquisição e manutenção do armazenamento das imagens constituem um custo bastante significativo no orçamento dos estados (MALI, 2023).

O tema está na pauta do governo federal, que sinalizou o incentivo à adoção de câmeras portáteis (VALFRÉ e GALZO, 2022). Para tanto, os critérios de financiamento de ações pelo Fundo Nacional de Segurança Pública serão revistos para contemplar medidas de redução de letalidade policial, sendo um critério para obtenção de recursos a implantação de câmeras nos uniformes policiais[35] (GOVERNO, 2022).

A escassa regulamentação dos procedimentos de uso das câmeras corporais e posterior tratamento e destinação das imagens também é um entrave à implementação. Nesse contexto, o Conselho Nacional de Secretários da Segurança Pública (Consesp) enviou uma proposta ao Ministério da Justiça e Segurança Pública, com

2021, parte dos recursos para a aquisição de equipamentos e veículos tem origem no Fundo Nacional de Segurança Pública (PENHA, 2021). Contudo, em consulta ao Portal da Transparência do Governo Federal, não foram localizados convênios cujo objeto seja a aquisição de câmeras operacionais portáteis.

35. Segundo consta no Portal da Transparência do governo federal, não houve repasse de recursos do Fundo Nacional de Segurança Pública para aquisição de câmeras portáteis até o mês de abril de 2023.

o objetivo de ter uma padronização operacional e jurídica no Brasil sobre o novo mecanismo. Tal mobilização reforça a suspeita de que muitos entes federativos estão investindo um montante significativo de recursos na aquisição de câmeras portáteis, mas relegam ao segundo plano a disciplina jurídica do armazenamento, acesso e compartilhamento dessas evidências.

4. Algumas questões legais sobre adoção de câmeras corporais

A seção anterior apresentou um panorama sobre a implementação de câmeras corporais pelos órgãos de segurança estaduais e distrital no Brasil. Parte desse movimento foi incentivado pelos Ministérios Públicos estaduais e pelo Ministério Público Federal que, sob a justificativa de exercício do controle externo da atividade policial, visam coibir eventuais abusos ou crimes praticados pelos agentes públicos por meio da doação e financiamento de câmeras corporais. Na mesma linha, as decisões recentes dos tribunais superiores buscam maior transparência das atividades policiais, seja tanto pela obrigatoriedade de registro do ingresso de agentes em domicílios quanto no monitoramento de operações notadamente marcadas por altos índices de letalidade.

Contudo, a corrida dos entes federativos para aquisição de câmeras corporais não é acompanhada pela reflexão sobre o regramento de orientações operacionais aos agentes, com protocolos detalhados de utilização dos equipamentos, cuidados com a privacidade e intimidade de agentes e cidadãos, bem como o acesso e a cadeia de custódia das imagens utilizadas como meio de prova em processos criminais.

Esta seção aborda algumas recomendações para alguns aspectos legais que devem ser considerados na implementação de programas de monitoramento eletrônico por câmeras corporais, como forma de garantir que as câmeras corporais de fato aumentem a transparência e melhorem as relações entre polícia e cidadãos e sejam compatíveis com a disciplina processual penal e de proteção de dados pessoais. A primeira parte discute aspectos relacionados ao uso das imagens para fins criminais, como legitimidade e prazos para acesso aos arquivos e a garantia do contraditório das provas pela defesa. Em seguida, discorre-se sobre aspectos relacionados à privacidade de policiais e cidadãos.

Dada a falta de transparência quanto aos protocolos de armazenamento e acesso das imagens nos questionamentos apresentados via LAI, os pesquisadores recorreram a outras fontes documentais, como o acesso à íntegra dos autos da ADPF 635 (BRASIL, 2019) e da "Ação Civil Pública sobre Letalidade Policial" (SÃO PAULO, 2019), ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, peças processuais e decisões judiciais sobre o tema, além de matérias jornalísticas. A consulta à íntegra dos processos judiciais foi essencial para consulta a editais, termos de

referência, notas técnicas e outros documentos produzidos pelos órgãos de segurança e pelos governos estaduais sobre a aquisição e regulamentação do uso de câmeras, cujo acesso direto foi negado aos pesquisadores.

4.1. Cadeia de custódia e garantia de contraditório das imagens pela defesa no processo criminal

As imagens de câmeras corporais podem ajudar tanto o Ministério Público quanto a defesa ao fornecer evidências sobre a espontaneidade de uma confissão, o consentimento para a execução de uma medida constritiva ou mesmo para esclarecer circunstâncias fáticas relatadas por testemunhas. Por um lado, as imagens podem atualizar a memória policial e verificar a precisão de declarações sobre a ocorrência, de outro, é preciso considerar que os vídeos não são inerentemente objetivos, e nem sempre as imagens estarão disponíveis para todos os casos (HLR, 2015).

A literatura sobre câmeras corporais debate a "objetividade" das evidências em vídeo (HLR, 2015; MCKAY e LEE, 2020). A filmagem permite uma revisão posterior da conduta dos agentes policiais no momento da ocorrência, mas possivelmente será considerada uma prova imparcial e objetiva dos fatos pelo julgador (HLR, 2015). No entanto, nem sempre as imagens capturam o que acontece fora da perspectiva da câmera ou a causa das ações registradas. Estudos apontam que que mesmo imagens de vídeo consideradas inequívocas é suscetível a múltiplas interpretações, dependendo da perspectiva cultural do indivíduo que assiste às imagens. Fatores como raça, idade, status socioeconômico, educação, orientação cultural e afiliação partidária afetaram a interpretação do vídeo pelo espectador (KAHAN et al., 2009).

Considerando que as imagens das câmeras serão inevitavelmente utilizadas com grande peso pela acusação nos processos criminais, é preciso cuidado redobrado do juiz na garantia do contraditório das gravações pela defesa e em possíveis indícios de manipulação ou distorção (intencional ou não) que favoreça a atuação policial (HLR, 2015).

No Brasil, discussões judiciais recentes sobre o exercício do direito de defesa dessas provas remetem à legitimidade e ao prazo para requerer acesso e juntada dessas imagens nos processos criminais pelo Ministério Público, pela defesa ou mesmo pelas vítimas e familiares. As normas infralegais editadas pelos órgãos de segurança e decisões judiciais sobre a matéria oscilam sobre o tema, como se verá a seguir.

O Decreto Estadual do Rio de Janeiro 47.975/2022 e a Resolução da Secretaria de Estado da Polícia Militar 2.421, de 2022 estabelecem procedimentos para pedidos e divulgação de conteúdo audiovisual registrado pela polícia militar. O conteúdo pode ser requisitado "por autoridades competentes no âmbito dos processos e

procedimentos, ou ainda solicitadas por policiais militares que estejam na condição de réus em processo" (art. 3º). Não há mais detalhes sobre quais procedimentos e autoridades são contempladas pela normativa. Pela redação abrangente do dispositivo, as imagens poderiam subsidiar ações de reparação no âmbito cível e de responsabilização administrativa e criminal por atos ilegais ou de abuso por parte de agentes policiais.

De acordo com a decisão do Supremo Tribunal Federal na medida cautelar da ADPF 635, os arquivos digitais das câmeras deverão ser enviados ao Ministério Público estadual e só poderão acessados, mediante solicitação prévia, pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro e pelas vítimas da ocorrência gravada, seus familiares e representantes legais (BRASIL, 2019). Mas, até o momento, não foram localizados atos normativos que autorizem de forma expressa o procedimento para acesso pela Defensoria, vítimas e familiares, bem como o compartilhamento dos arquivos com o Ministério Público. Como visto anteriormente, a Resolução SEPM 2.421, de 2022 não especifica os legitimados e formas de acesso às imagens, mesmo após a decisão do STF.

Já a Secretaria de Administração Penitenciária do Estado do Ceará definiu que as imagens captadas pelas câmeras poderão ser acessadas ao vivo pelo Ministério Público e pelo Poder Judiciário, assim como pelos próprios "órgãos de fiscalização, os agentes que atuam no setor de inteligência das autoridades de segurança, os responsáveis pela manutenção e os policiais envolvidos nas ocorrências terão acesso às gravações". Todas as gravações ficarão preservadas por até cinco anos, segundo declaração pública do Secretário (MELLO e BORGES, 2023).

O estado de São Paulo, que tem o maior número de câmeras corporais em uso no país, não informou no pedido via LAI sobre a existência de protocolos de armazenamento e acesso às imagens. No entanto, matéria jornalística divulgou que, no ano de 2021, a Corregedoria-Geral de Justiça e o comando da Polícia Militar de São Paulo acordaram o acesso às imagens para as audiências de custódia e também aos promotores, defensores públicos e advogados (POLÍCIA MILITAR, 2021).

Desta notícia conclui-se que até 2021 não havia acesso direto das imagens pelos demais órgãos, sequer para fins de controle externo da atividade policial pelo Ministério Público. Em consulta a alguns processos criminais em tramitação no Poder Judiciário paulista no ano de 2023, tanto a defesa quanto o Ministério Público tiveram acesso às imagens, e eventuais complementações foram requeridas por meio de ofício ao respectivo batalhão dos policiais envolvidos na ocorrência.

Também há divergências entre juízes e tribunais sobre o prazo limite para postular acesso e juntada das imagens no âmbito do processo criminal e, caso não exista tal pedido, a possível incidência dos efeitos da preclusão ou do cerceamento do direito de defesa pela impossibilidade de produção da prova.

Em processo do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, parte dos vídeos da abordagem policial foram juntados nos autos após o encerramento da instrução processual, de forma que a defesa do acusado não teve a oportunidade de se manifestar a respeito do elemento de prova em seu interrogatório. Os vídeos dos policiais envolvidos na ocorrência foram requeridos pela defesa, mas foram juntados em diferentes momentos do processo, inclusive após a fase instrutória. Por essa razão, a defesa requereu a reabertura da instrução, para realizar a oitiva das testemunhas e novo interrogatório a partir das últimas imagens apresentadas.

Tanto o juiz de primeira instância quanto o Tribunal negaram haver cerceamento de defesa, por entenderem que as gravações anteriores foram suficientes para esclarecer os fatos e "nenhuma das questões suscitadas pela defesa referem-se a fatos novos, uma vez que a defesa já os conhecia e, por isso, teve a oportunidade explorá-los na audiência" e "não houve qualquer pedido de não realização da audiência até a juntada dos vídeos faltantes" (SANTA CATARINA, 2023).

Em alguns processos do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, não foram acolhidos pedidos defensivos de declaração de nulidade ou de absolvição em razão da indisponibilidade das imagens das câmeras. Em um caso, a Polícia Militar informou que "os vídeos de rotina permaneceram armazenados pelo prazo de 90 dias, já tendo sido deletados do sistema". Em manifestação, o próprio Ministério Público indicou que "não há lei regulamentando a obrigatoriedade do uso das *bodycams* pelos policiais militares no Estado de São Paulo, bem como disciplinando o armazenamento e fornecimento das imagens" (SÃO PAULO, 2023a).

Nem sempre o pedido da defesa para disponibilização das imagens é deferido pelo juiz do Tribunal, que poderá "indeferir diligência que repute desnecessária ao deslinde da causa, impertinente ou protelatória" (SÃO PAULO, 2023b). Por outro lado, o TJSP decidiu que "a demora de mais de seis meses no encaminhamento da evidência [imagens da câmera] requerida a pedido do Ministério Público gera ônus desproporcional ao paciente" e concedeu a ordem para revogar prisão preventiva por constrangimento ilegal (SÃO PAULO, 2023c).

Para contornar eventuais problemas de indisponibilidade das gravações, o STF determinou, no âmbito da ADPF 635, que os arquivos digitais devem ser encaminhados imediatamente ao Ministério Público, não sendo suficiente o armazenamento dos arquivos, com grau reservado, pelos órgãos de segurança (BRASIL, 2019). Pedidos de acesso pela Defensoria Pública, vítimas de determinada ocorrência, familiares e representantes legais serão analisados caso a caso, mediante solicitação prévia. Na mesma linha, recente lei portuguesa regulamentou o uso de câmeras e determinou a remessa das imagens ao Ministério Público no "mais curto prazo possível ou, no máximo, até 72 horas após o conhecimento da prática dos factos" (PORTUGAL, 2021).

Partindo-se da premissa de que o direito à prova pressupõe um direito à investigação, o acusado tem direito de realizar atividades investigativas para descobrir fontes de prova de seu interesse e, requerer a produção judicial do meio de prova respectivo. Enquanto a investigação criminal possui um aparto organizado e estruturado (polícia civil e federal) para produzir provas no interesse da acusação, negar à defesa tal direito configuraria uma iniquidade, violadora da paridade de armas.

Em relação aos prazos de armazenamento das gravações, supõe-se que parte dos órgãos de segurança que utilizam câmeras corporais adotem os prazos contratuais celebrados com as empresas fornecedoras das câmeras e dos respectivos serviços. Esses prazos variam e seguem a lógica das contratações públicas e possibilidades de renovação desses contratos, e não ao período de custódia de provas criminais.

Segundo a Resolução SEPM 2.421, de 2022 da Polícia Militar, imagens de rotina que não envolvem ocorrências específicas ficarão armazenadas por dois meses, e as imagens de ocorrências, pelo período de um ano.[36] Em outro dispositivo, define que as imagens são de acesso reservado ao público pelo prazo de um ano, com remissão à Lei de Acesso à Informação – LAI (Lei 12.527/2011).[37]

No entanto, a própria LAI impõe restrição ao acesso de informações classificadas como reservadas pelo prazo de 5 anos, e não aquele de um ano previsto pela Resolução, divergência que não foi esclarecida pela corporação (PSB, 2022). A análise conjunta dos dispositivos permite concluir que, como o sigilo das imagens pode durar um ano ou até mais, tais imagens nunca serão acessadas por ninguém além da própria polícia, pois ao cabo de um ano, serão descartadas.

Tanto a Resolução SEPM 2.421, de 2022 quanto as respostas sobre indisponibilidade das imagens pela polícia militar paulista, mostram que a definição de prazos de 90 dias, 6 meses ou um ano de armazenamento, são notadamente insuficientes para fins de produção probatória em um processo criminal, cujas provas podem ser suscitadas inclusive após a morte do agente, em sede de revisão criminal. Nesse sentido, há quem sugira a definição de prazos até 20 anos de armazenamento das

36. Art. 5º. A temporalidade de armazenamento das imagens é de (60) sessenta dias corridos para vídeos em geral e de 12 (doze) meses para ocorrências que envolvam letalidade ou registro de ocorrência. (RIO DE JANEIRO, 2022).

37. Art. 2º. O conteúdo audiovisual gravado no âmbito da Secretaria de Estado da Polícia Militar possui o grau reservado por 01 (um) ano, conforme previsão do § 4º e inciso III, ambos do Art. 29 do Decreto Estadual 46.475, de 25 de outubro de 2018, combinado com o inciso VIII do Art. 23 da Lei de Acesso à Informação (Lei 12.527, de 18 de novembro de 2011). (RIO DE JANEIRO, 2022).

imagens, que corresponde ao prazo prescricional abstrato máximo de possíveis crimes praticados (art. 109, inc. I, do Código Penal).[38]

As imagens não podem ser excluídas para serem analisadas. Essa ideia pode ser óbvia, mas sintetiza dois dos principais problemas com as câmeras corporais da polícia (FAN, 2018). A primeira é que a exclusão das imagens após certo período minimiza riscos de vazamentos e violação de privacidade[39], e a segunda são os custos. Uma das maiores despesas de colocar câmeras corporais na polícia – excedendo em muito os custos das próprias câmeras – é armazenar os vastos volumes de dados resultantes das gravações (SANBURN, 2015; FAN, 2018).

Fan (2018) mostra que departamentos de polícia norte-americanos gastam aproximadamente US$ 111.000 (R$ 558 mil) para armazenar vídeos de cinquenta câmeras na nuvem por dois anos (FAN, 2018). Aumentar o período de retenção de 30 para 190 dias multiplicaria os custos de armazenamento de cinco a dez vezes. Muitos departamentos desistiram das câmeras porque seria muito caro armazenar o vídeo pelos prazos designados pelos padrões estaduais (FAN, 2018). A despeito das variações nas regras estaduais, Fan mostra que o tempo de armazenamento de imagens de ocorrências criminais tende a ser entre três e vinte anos para provas em processos criminais e até o armazenamento permanente para homicídios. Para contravenções, o tempo de armazenamento varia entre um e três anos (FAN, 2018).

Já imagens de rotina são excluídas no prazo médio de 6 meses ou menos, mas a dificuldade está justamente em estabelecer quais imagens podem ou não vir a ser consideradas provas criminais. No entanto, classificar as imagens como aquelas relacionadas às ocorrências criminais ou não é apenas uma categorização possível,

38. Trata-se de proposta da Defensoria Pública do Estado de São Paulo em manifestação como assistente litisconsorcial na ACP sobre letalidade policial (SÃO PAULO, 2019).

39. Matérias jornalísticas norte-americanas divulgaram que grande parte das câmeras corporais utilizadas por departamentos de polícia dos Estados Unidos estavam infectadas por vírus que permitiam o acesso indevido às imagens capturadas, e especialistas indicaram vulnerabilidades que permitiam o acesso aos registros audiovisuais por *hackers* (MIMOSO, 2015; MURDOCK, 2018). O risco de vazamento é um dos principais argumentos apresentados em parecer técnico da Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro no âmbito da ADPF 635, ao defender o sigilo das técnicas e das táticas empregadas em operações policiais especiais: "imaginem as consequências catastróficas se os delinquentes tiverem acesso integral a essas filmagens e entenderem detalhadamente, por exemplo, como se desenvolve a movimentação dos policiais que desembarcam sob fogo dos veículos blindados, em uma situação de total vulnerabilidade, para retirar barricadas de vias públicas. Fatalmente teremos muitos policiais mortos, uma vez que os criminosos irão evoluir para que os seus ataques sejam cada vez mais precisos e eficientes" (BRASIL, 2020).

que limita usos mais amplos dessas evidências para fins de responsabilização administrativa ou cível de agentes de segurança.

Essas questões sobre formas de acesso e períodos de armazenamento apontam para a necessidade de conceber tais gravações como prova criminal, não sendo possível subestimar a importância de preservar o vídeo para fins de responsabilização. A definição de regras probatórias aplicáveis a essas evidências passa por garantir sua cadeia de custódia, ou seja, garantir que as imagens sejam preservadas para fins de apuração criminal ou de responsabilidade administrativa e penal e que não haja possibilidade de edição e exclusão das imagens por parte dos policiais envolvidos ou pelo órgão controlador.

4.2. Direito à privacidade das imagens

A definição de regras de privacidade no acesso às imagens das câmeras corporais é um contraponto à transparência das interações entre policiais e cidadãos. Como se viu anteriormente, o Superior Tribunal de Justiça considerou nulas as provas obtidas por meio de busca e apreensão sem registro do consentimento expresso do morador. Esse tipo de regra levanta a questão de definir se os policiais devem avisar previamente aos cidadãos que estão sendo filmados em abordagens em locais públicos, ou apenas nas situações de natureza privada, como ingresso em domicílio. O procedimento operacional padrão da Polícia Militar de Santa Catarina, por exemplo, prevê que os policiais envolvidos na ocorrência deverão, no primeiro momento possível, verbalizar: "atenção, esta ocorrência está sendo gravada por câmera policial." No mais, é preciso avaliar a compatibilidade entre a ausência de aviso sobre a gravação em locais públicos e o direito de não produzir prova contra si mesmo.

Além das interações entre policiais e cidadãos, falta disciplina quanto a pedidos de eliminação de imagens privadas que não constituam ocorrências policiais (a exemplo de desavenças ou conflitos não criminais, bem como limitar eventual acesso público). A polícia militar do Rio de Janeiro prevê a exclusão das imagens após 90 dias, mas o regulamento não disciplina pedido de eliminação pelos cidadãos registrados nas gravações ou limites para divulgação ao público ou a pedido via procedimento de acesso à informação. É desejável estabelecer regras para tratamento e eliminação dessas imagens de rotina envolvendo civis para fins de garantia da privacidade e também para evitar que as lacunas legais sejam utilizadas como desculpa para restringir o controle social da atividade policial (HLR, 2015).

Por outro lado, há inúmeros casos de uso dos registros das câmeras para finalidades diversas que as atividades de segurança pública. A Polícia Militar de São Paulo tem um canal oficial no YouTube com mais de 910 mil inscritos e mais de

260 milhões de visualizações[40]. O canal divulga imagens de invasão de cativeiros, perseguições policiais e prisões, com títulos chamativos como "a casa caiu", "correu da Rota e se deu mal" e "quase deu bom, mas deu ruim". O vídeo "deveria ter desistido no primeiro tombo" tem quase 3 milhões de visualizações. Os vídeos disponíveis foram editados para borrar os rostos, placas de veículos e outros indícios de identificação de pessoas (policiais e cidadãos) e locais, mas vários deles mostram interior de residências e locais privados[41].

Nesse sentido, deve ser assegurado o consentimento expresso dos cidadãos para o tratamento dessas imagens para finalidades diversas. Embora a adoção de câmeras corporais tenha o potencial de reduzir a letalidade e outras formas de desvio ou abuso no uso da força, também constituem mais um passo substancial em direção a um estado de vigilância (HLR, 2015). O uso associado e indiscriminado de câmeras corporais e *softwares* de reconhecimento facial pode ser utilizado, a médio e longo prazo, contra as pessoas, ao serem manipuladas por aqueles que detêm o controle destes dados[42].

Também se faz necessário assegurar a privacidade dos próprios agentes. Os equipamentos são acionados automaticamente, sem controle dos policiais, e registram momentos no banheiro ou em ligações telefônicas pessoais ou profissionais. Associações profissionais defendem a proteção da privacidade dos policiais com a divulgação pública das imagens apenas após o trânsito em julgado dos processos criminais, de forma a assegurar sua integridade física. Para justificar esse argumento, mencionam o caso de vazamento de imagens produzidas por uma câmera

40. O canal "PMTV – o canal oficial da Polícia Militar do Estado de São Paulo" descreve como parte de seu conteúdo: "ocorrências gravadas por câmeras acopladas (BodyCam Axon) ao uniforme dos policiais militares, mostrando o trabalho policial em sua realidade, totalmente em primeiro plano, no ponto de vista do policial militar" e "aqui você acompanha edições de ocorrências gravadas em tempo real". (PMTV, 2023).

41. Outra questão relevante, mas que foge do escopo deste texto, é a monetização com a divulgação destes registros das câmeras corporais. O site "Social Blade" presta o serviço de rastreamento de estatísticas e análises de mídias sociais, e estima que o canal do YouTube "PMTV" possa gerar rendimentos mensais entre 700 e 12 mil dólares com o conteúdo produzido. Não há indicação no canal ou no portal oficial da Polícia Militar acerca da destinação das receitas geradas pelo uso da plataforma, bem como sobre a proteção de dados das pessoas envolvidas. Dados disponíveis em: [https://socialblade.com/youtube/c/pmtvsp]. Acesso em: 27.04.2023.

42. Nesse sentido, Denise Dora, diretora executiva da Artigo 19, ONG voltada para a promoção do direito à liberdade de expressão, considera que: "Há muitas evidências de que a gestão dos dados pelas secretarias de segurança não é profissional. Ter mais um elemento de produção de dados, que ninguém sabe efetivamente como vai ser administrado, quem vai ter acesso, eu acho uma temeridade" (ALBUQUERQUE, 2021).

corporal usada por policial, que mostravam uma comerciante sendo estrangulada e borrifada com *spray* de pimenta a curta distância durante uma ocorrência[43]. Os policiais sofreram ameaças devido à forte repercussão do caso e tiveram que se afastar do serviço (CARRANÇA, 2021).

A proteção da privacidade de policiais e cidadãos também deve ser contemplada na contratação dos serviços de armazenamento das imagens e áudios por empresas privadas e serem compatíveis com as regras de tratamento de dados pessoais.

A Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018) estabelece que, em atividades como segurança pública e repressão a infrações penais, é vedado o tratamento de dados por pessoa de direito privado, salvo em procedimentos sob tutela de pessoa jurídica de direito público, sendo que em nenhum caso a totalidade dos dados pessoais de banco de dados poderá ser tratada por pessoa de direito privado, salvo por aquela que possua capital integralmente constituído pelo poder público (art. 4º, inc. III e §§ 2º e 4º, da LGPD).

Na prática, as contratações das câmeras e serviços de armazenamento e custódia das imagens das câmeras ficam integralmente sob a responsabilidade da empresa privada vencedora da licitação. Os termos de referência que integram os editais de aquisição de câmeras pela polícia militar do Rio de Janeiro, por exemplo, preveem o "fornecimento da solução, englobando infraestrutura, equipamentos, armazenamento em nuvem e licenças de uso de softwares". Já as contratações de câmeras pela polícia civil do Rio de Janeiro indicam a realização de uma auditoria da "nuvem" de propriedade da empresa pelo órgão público, mas mantém a totalidade do tratamento dos dados pela empresa privada (BRASIL, 2019). As atividades de armazenamento de dados pessoais constituem tratamento de dados por empresa privada, o que é vedado pela LGPD.

Essas contratações são recentes, e ainda não é possível apontar os desdobramentos a médio e longo prazo acerca das atividades de tratamento de dados pessoais e a privacidade dos cidadãos remetem à urgência de edição de uma lei geral de proteção de dados na esfera processual penal.

---

43. O portal The Intercept Brasil teve acesso com exclusividade às imagens registradas pelas câmeras de policiais envolvidos em uma ocorrência na cidade de Itajaí, em Santa Catarina. As imagens foram confrontadas com o depoimento dos policiais no registro do boletim de ocorrência, que alegaram "uso progressivo da força" pela suposta resistência e agressões da comerciante, que não se confirmou pelas imagens registradas. Interessante mencionar que a matéria expõe a decisão de publicar o vídeo sem esconder o rosto das vítimas: "consideramos que o interesse público de ter acesso completo às cenas e à forma como os policiais agiram naquele momento é importante para que o caso seja avaliado em todas as suas nuances" e, mesmo consultadas, não houve oposição das vítimas à publicação do vídeo (ALVES e POTTER, 2021).

A LGPD não regulamenta o tratamento de dados em matéria penal e processual penal, estabelecendo a necessidade de

> "lei específica que deverá prever medidas proporcionais e estritamente necessárias ao atendimento do interesse público, observados o devido processo legal, os princípios gerais de proteção e os direitos do titular" (art. 4º, *caput*, III, "a" e "d", c/c § 1º, da LGPD).

Esse foi o caminho adotado por Portugal na regulamentação do uso de câmeras corporais pelos agentes de segurança. Prevê-se a aplicação das regras relativas ao tratamento de dados pessoais para efeitos de prevenção, detecção, investigação ou repressão de infrações penais ou de execução de sanções penais previstas na Diretiva (UE) 2016/680. Esta Diretiva é a principal referência e texto base das discussões sobre a LGPD penal no Brasil.

Na prática, a lei portuguesa insere a questão sobre evidências digitais produzidas pelos policiais dentro do debate sobre tratamento de dados pessoais, de forma a assegurar direitos dos titulares dos dados pessoais, como sigilo e possibilidade de eliminação dos dados, bem como o responsável pelo tratamento dos dados. O uso de câmeras deve atender ao princípio da proporcionalidade e "considerada a possibilidade e o grau de afetação de direitos pessoais" (PORTUGAL, 2021). Nesse sentido, veda expressamente a captação de imagens internas de residências sem consentimento ou autorização judicial ou que afetem a esfera privada das pessoas.

Especificamente em relação às câmeras corporais, a lei portuguesa prevê que a captação e gravação de imagens e sons apenas pode ocorrer em caso de intervenção de agentes em ocorrência policiais, situação de perigo, emergência ou alteração da ordem pública, "e que o início da gravação ser precedido de aviso claramente perceptível, sempre que a natureza do serviço e as circunstâncias o permitam" (art. 10º par. 4º). A captação e gravação de imagens é obrigatória quando ocorre o uso da força sobre qualquer cidadão ou o recurso a quaisquer meios coercivos, especialmente arma de fogo. As gravações devem ser criptografadas, não podendo ser eliminadas ou alteradas pelo agente que procedeu à gravação.

5. Considerações finais

Este trabalho teve como objetivo apresentar um quadro geral sobre a adoção de câmeras corporais pelos órgãos de segurança de estados e Distrito Federal e abordar algumas questões legais importantes sobre uso das imagens das câmeras para fins processuais penais. A literatura sobre câmeras corporais em fardas policiais aponta como vantagens a redução de episódios de letalidade policial e de uso excessivo da força. Por outro lado, aspectos relacionados à privacidade, custos e a vigilância constante dos cidadãos pelo Estado ainda não foram devidamente equacionados.

O levantamento mostrou que, apesar de recomendações do Ministério Público e decisões judiciais incentivando o registro em áudio e vídeo de ações policiais, os custos de implementação e manutenção dos equipamentos e armazenamento das imagens e a falta de uma regulamentação dos procedimentos são os principais entraves. A falta de um regramento uniforme sobre os protocolos operacionais dos agentes policiais e do tratamento das imagens para fins probatórios tem levado à disciplina casuística dos entes federativos e decisões judiciais oscilantes, principalmente em relação à legitimidade e à disponibilização das imagens no âmbito de processos criminais.

Os documentos levantados para este trabalho evidenciam que, nos estados que implementaram as câmeras corporais, falta uma disciplina sobre armazenamento de imagens compatível com as diretrizes da proteção de dados pessoais (LGPD) e a integridade das evidências segundo regras de cadeia de custódia. Além disso, os órgãos parecem não se atentar ao volume exponencial de imagens que serão armazenadas e nos desafios logísticos e financeiros de médio e longo prazo.

No mais, a categorização das imagens em ocorrências criminais e não criminais ("rotina") fica sob a responsabilidade do órgão de segurança, que poderá excluir em prazo exíguo as imagens sem suposta relevância criminal. Contudo, essas imagens importam para fins de responsabilização administrativo-disciplinar e cível de uso da força e mesmo avaliações de desempenho dos agentes policiais, e tampouco há disciplina normativa para essas situações.

Essas descobertas demonstram que pesquisas futuras são necessárias para compreender como os órgãos de segurança estão gerenciando o armazenamento de dados de forma compatível com a LGPD, que veda o tratamento exclusivo por empresas privadas. Os futuros projetos de implementação de câmeras, em curso em vários estados, irão viabilizar pesquisas futuras sobre o acesso às imagens pelos órgãos do sistema de justiça criminal e as orientações jurisprudenciais sobre o exercício do contraditório dessas provas pela defesa.

6. Referências bibliográficas

ALBUQUERQUE, Ana Luiza. Maioria dos estados estuda adotar câmeras em uniforme dos policiais. *Portal Folha de São Paulo*, São Paulo 28.08.2021. Disponível em: [www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2021/08/maioria-dos-estados-estuda-adotar-cameras-em-uniforme-dos-policiais.shtml]. Acesso em: 02.05.2023.

ALPERT, G. P.; MCLEAN, K. *Where Is the Goal Line? A Critical Look at Police Body-Worn Camera Programs*: Police Body-Worn Cameras. Criminology & Public Policy, v. 17, n. 3, p. 679-688, ago. 2018.

ALVES, Schirlei; POTTER, Hyury. "'Eu vou te apagar'". *Portal The Intercept Brasil*, São Paulo, 22.03.2021. Disponível em: [www.intercept.com.br/2021/03/22/pm-estrangula-dona-de-padaria-sc/]. Acesso em: 02.05.2023.

ARREGUY, Juliana. Alvo de polêmica, reconhecimento facial vira política para Cracolândia. *Metrópoles*, São Paulo, 25.01.2023. Disponível em: [www.metropoles.com/sao-paulo/politica/alvo-de-polemica-reconhecimento-facial-vira-politica-para-cracolandia]. Acesso em: 02.05.2023.

BRAGA, Anthony A.; SOUSA, William H.; COLDREN, R. James; RODRIGUEZ, Denise. The Effects of Body-worn cameras on Police Activity and Police-Citizen encounters a Randomized Controlled trial. *The Journal of Criminal Law and Criminology* (1973-), v. 108, n. 3 (2018), p. 511-538.

AQUISIÇÃO de câmeras corporais para órgãos de segurança está entre as licitações do Estado. Governo do Estado do Rio Grande do Sul, Rio Grande do Sul, 23.12.2022. Disponível em: [https://estado.rs.gov.br/aquisicao-de-cameras-corporais-para-orgaos-de-seguranca-esta-entre-as-licitacoes-do-estado. Acesso em: 02.05.2023.

BARBOSA, Daniel; FETZER, Thiemo; SOUZA, Pedro CL; VIEIRA, Caterina. *De-Escalation Technology*: The Impact of Body-Worn Cameras on Citizen--Police Interactions (September 2021). CEPR Discussion Paper n. DP16578, Available at SSRN: [https://ssrn.com/abstract=3960150].

BERNARDI, Ronaldo. Assembleia rejeita projeto que previa câmeras em viaturas e fardas policiais; SSP diz que plano de instalar equipamentos está mantido. *Correio Brigadiano*, Rio Grande do Sul, 22.12.2021. Disponível em: [https://correiobrigadiano.com.br /assembleia-rejeita-projeto- que-previa-cameras-em-viaturas-e-fardas-policiais-ssp–diz-que-plano-de-instalar-equipamentos-esta-mantido/]. Acesso em: 02.05.2023.

BRUCE; TATE. "Technological Innovation in Policing." A 'Third Umpire' for Policing in South Africa: Applying Body Cameras in the Western Cape, Igarape Institute. 2015.

CARRANÇA, Thais. Câmera em farda policial reduz uso de força e prisões, diz estudo. *Portal BBC News Brasil*, São Paulo, 01.10.2021. Disponível em: [www.bbc.com/portuguese/ brasil-58756616]. Acesso em: 02.05.2023.

CARVALHO, Gil. *Agentes de Trânsito utilizam câmeras corporais em uniformes*. Secretaria de Trânsito e Transportes de Imperatriz, Maranhão, 17.08.2022. Disponível em: [https:// imperatriz.ma.gov.br/noticias/transito-e-transporte/agentes-de-transito-utilizam-cameras–corporais-em-uniformes.html]. Acesso em: 02.05.2023.

CASTRO, Fernando. Instituições sugerem ao Governo do Paraná câmeras em fardas e viaturas da PM; 406 civis foram mortos em confrontos em 2021, diz polícia. *Portal G1- Paraná*, Paraná, 27.04.2022. Disponível em: [https://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2022/04/27/instituicoes-sugerem-ao-governo-do--parana-cameras-em-fardas-e-viaturas-da-pm-406-civis-foram-mortos--em-confrontos-em-2021- diz-policia.ghtml]. Acesso em: 02.05.2023.

CAUHI, Juliana Derziê. Câmeras corporais em policiais são testadas na PMDF. *PMDF*, Distrito Federal, 25.02.2022. Disponível em: [www.pmdf.df.gov.br/index.php/ institucionais/34894- cameras-corporais-em-policiais-sao-testadas-na-pmdf]. Acesso em: 02.05.2023.

COUDERT, Fanny; BUTIN, Denis; MÉTAYER, Daniel L. Body-worn cameras for police accountability: Opportunities and risks. *Computer law & security review* 31, 749-762, (2015).

DATAFOLHA: aprovação do uso de câmeras nos uniformes policiais é superior a 90% em RJ, SP e MG, *Portal G1*, São Paulo, 07.07.2022. Disponível em: [https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2022/07/07/datafolha-aprovacao-do-uso-de-cameras-nos-uniformes-policiais-e-superior-a-90 percent-em-rj-sp-e-mg.ghtml]. Acesso em: 02.05.2023.

FABER, Marcelo Gerhardt. *Uma imagem vale mais do que mil palavras? Os usos das imagens das câmeras individuais da Polícia Militar de Santa Catarina nos processos judiciais*. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais, PUCRS. Orientador: Prof. Dr. Rafael Machado Madeira.

FAN, Mary. Body Cameras, Big Data, and Police Accountability. *Law & Social Inquiry*, 43(4), p. 1236-1256, 2018.

FBSP/FGV. Câmeras na farda reduzem a letalidade policial? Estudo sobre a adoção de câmeras corporais pela Polícia Militar do Estado de São Paulo evidencia que o efeito pode ser positivo, mas exige mudanças mais amplas para funcionar. *Fórum Brasileiro de Segurança Público*/ Fundação Getulio Vargas, 2022.

GIACOMET, Salete. Go*verno de Roraima entrega câmeras corporais e armamento às forças de segurança estaduais*. Governo do Estado de Roraima, Roraima, 04.04.2023. Disponível em: [https://portal.rr.gov.br/noticias/item/7631-mais-tecnologia-governo-de-roraima-entrega-cameras-corporais-e--armamento-as-forcas-de-seguranca-estaduais]. Acesso em: 02.05.2023.

GOBBO, Elaine Dal. Justiça nega pedido de instalação de equipamentos em uniformes e viaturas. *Século Diário*, Espírito Santo, 10.12.2022. Disponível em: [www.seculodiario.com.br/justica/justica-nega-pedido-de-instalacao-de--equipamentos-em-uniformes-e-viaturas]. Acesso em: 02.05.2023.

GOMES, Leonardo. PMs terão câmeras nas fardas por um ano no Paraná. *Band News Fm Curitiba*, Paraná, 10.04.2023. Disponível em: [https://bandnews-fmcuritiba.com/pms-terao-cameras-nas-fardas-por-um-ano-no-parana/]. Acesso em: 02.05.2023.

GOVERNO DO ESTADO regulamenta uso de câmeras corporais no sistema prisional. Governo do Estado do Espírito Santo, Espírito Santo, 10.02.2023. Disponível em: [www.es.gov.br/Noticia/governo-do-estado-regulamenta--uso-de-cameras-corporais-no-sistema-prisional]. Acesso em: 02.05.2023.

GUZIK. "Surveillance Technologies and States of Security." *Making Things Stick*: Surveillance Technologies and Mexico's War on Crime, University of California Press, 2016, pp. 1-25. 2016.

HARVARD LAW REVIEW (HLR). Considering Police Body Cameras. *Harvard Law Review*, 128, 1794, abr. 2015. Disponível em: [http://harvardlawreview.org/2015/04/considering-police-body-cameras/]. Acesso em: 02.05.2023.

INSTITUTO SOU DA PAZ. *Mecanismos de controle do uso da força e da letalidade implementados pela Polícia Militar do Estado de São Paulo 2020* / 2021. Disponível em: [https://soudapaz.org/o-que-fazemos/conhecer/analises-e-estudos/analises-e-estatisticas/letalidade-policial/?show=documentos#6087-1].

KAHAN, Dan M; HOFFMAN, David A.; BRAMAN, Donald. Whose Eyes are You Going to Believe? Scott v. Harris and the Perils of Cognitive Illiberalism. *Harvard Law Review*, v. 122, 2009, *Harvard Law School Program on Risk Regulation Research Paper* n. 08-18, *Yale Law School*, Public Law Working Paper, n. 159, 3rd Annual Conference on Empirical Legal Studies Papers, Available at SSRN: [https://ssrn.com/abstract=1081227].

LEE, M.; TAYLOR, E.; WILLIS, M. (2018). Being held to account: Detainees' perceptions of police body-worn cameras. *Australian and New Zealand Journal of Criminology*, 2018.

LIMA, Deborah. PMMG começa a usar câmeras corporais; prazo para implementação é segunda-feira. *98 live*, Minas Gerais, 09.12.22. Disponível em: [https://98live.com.br/noticias/cidades/pmmg-comeca-a-usar-cameras-corporais-prazo-para-implementacao–e-segunda-feira]. Acesso em: 02.05.2023.

LINHARES, Carolina. 'Não vamos mexer', diz Tarcísio sobre programa de câmeras da PM. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 05.01.2023. Disponível em: [www1.folha.uol.com.br/ cotidiano/2023/01 /nao-vamos- mexer-diz-tarcisio- sobre-programa-de- cameras-da-pm.shtml]. Acesso em: 02.05.2023.

LUM, C.; KOPER, C.S.; MEROLA, L.M.; SCHERER, A.; REIOUX, A. (2015). Existing and Ongoing Body Worn Camera Research: Knowledge gaps and opportunities. *Report for the Laura and John Arnold Foundation*. Fairfax, VA: Center for Evidence-Based Crime Policy, George Mason University.

MALI, Tiago. PM do Distrito Federal tem o 2º maior salário do país. *Poder 360*, Brasília, 08.01.2023. Disponível em: [www.poder360.com.br/brasil /pm-do-distrito- federal- tem-o-2o-maior-salario-do-pais/]. Acesso em: 02.05.2023.

MAROS, Angieli. Câmeras corporais para a Guarda de Curitiba custaram até 4 vezes mais que outros contratos. *Plural*, Curitiba, 16.08.2022. Disponível em: [www.plural.jor.br /noticias/ vizinhanca/cameras- corporais-para-a-guarda-de-curitiba-custaram-ate-4-vezes-mais- que-outros-contratos/#:~:text=Um%20dos%20preg%C3%B5es%20resultou%20em,%24%2078 9%2C21%20por%20aparelho]. Acesso em: 02.05.2023.

MCKAY, Carolyn; LEE, Murray. Body-worn images: Point-of-view and the new aesthetics of policing. *Crime, media, culture: an international journal,* v. 16, n. 3, p. 431-450, 2020.

MELO, Carol; BORGES. Messias. Sistema penitenciário cearense terá 300 câmeras em policiais a partir de fevereiro. Diário do Nordeste, Ceará, 05.01.2023. Disponível em: [https://diariodonordeste.verdesmares.com.br/ seguranca/ sistema-penitenciario-cearense-tera-300-cameras-em-policiais-a-partir-de-fevereiro-1.3320454]. Acesso em: 02.05.2023.

MIMOSO, Michael. *Inside the Conficker-Infected Police Body Cameras*. Threat Post, 18.11.2015. Disponível em: [https://threatpost.com/inside-the-conficker-infected-police-body-cameras/115407/]. Acesso em: 02.05.2023.

MPPB recomenda que policiais usem câmeras durante exercício da função. *MPPB*, Paraíba, 22.07.2021. Disponível em: [www.mppb.mp.br/index.php/home/nucleos/controle-da-atividade-policial/27-noticias/ceaf2/23488-mppb-recomenda-que-policiais-usem-cameras-durante-exercicio-da-funcao]. Acesso em: 02.05.2023.

MPSE expede Recomendação para que SSP/SE, através das Polícias Civil e Militar, implemente Câmeras Operacionais Portáteis na atuação policial. *MPSE*, Sergipe, 15.09.2022. Disponível em: [www. mpse.mp.br/index.php/2022/09/15/mpse-expede-recomendacao-para-que-ssp-se-atraves-das-policias-civil-e-militar-implemente-cameras-operacionais-portateis-na-atuacao-policial/]. Acesso em: 02.05.2023.

MURDOCH, Jason. Footage From Police Body Cameras Can Be Altered by Hackers, Researcher Says. *Newsweek*, New York, 13.08.2018. Disponível em: [www.newsweek.com/footage-police-body-cameras-can-be-altered-hackers-researcher-says-1070088]. Acesso em: 02.05.2023.

NUCCI, Renan. MS aguarda estudos para usar câmeras corporais na polícia e seguir recomendação do MPF. *MidiaMax Uol*, 26.1.2021. Disponível em: [https://midiamax.uol.com.br/policia/2021/ms-aguarda-estudos-para-usar-cameras-corporais-na-policia-e-seguir-recomendacao-do-mpf/]. Acesso em: 02.05.2023.

OLIVEIRA, Danielle; JACOMETTO, Honório. Ministério Público recomenda que policiais usem câmeras nas fardas e nos carros para evitar mortes em ações da PM em Anápolis. *G1* – Goiás, Goiás, 26.08.2022. Disponível em: [https://g1.globo.com/go/goias/noticia/2022/08/26/ministerio-publico-recomenda-que-policiais-usem-cameras-nas-fardas-e-nos-carros-para-evitar-mortes-em-acoes-da-pm-em-anapolis.ghtml]. Acesso em: 02.05.2023.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Protocolo de Minnesota sobre la Investigación de Muertes Potencialmente Ilícitas (2016). *Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*, Nueva York y Ginebra, 2017.

PAGLIARELLA, C. *Police Body-Worn Camera Footage*: A Question of Access. Policy Review, 2016.

PALMEIRA, Carlos. Como funcionam as câmeras nos uniformes dos policiais? *Techmundo*, 25.12.2022. Disponível em [www.tecmundo.com.br/seguranca/257370-axon-body-3-veja-funcionam-cameras-utilizadas-policiais.htm]. Acesso em: 02.05.2023.

PAGNAN, Rogério. Letalidade policial desaba 85% em batalhões de SP com câmeras em uniformes. *Folha de São Paulo*, 27.01.2022. Disponível em: [www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2022/01/letalidade-policial-desaba-85-em-batalhoes-de-sp-com-cameras-em-uniformes.shtml].

PENHA, Ricardo. Projetos garantem melhorias para a PMPE e seu efetivo. *PM-PE*, Pernambuco, 12.02.2021. Disponível em: [www.pm.pe.gov.br/blog/2021/02/12/projetos-garantem-melhorias-para-a-pmpe-e-seu-efetivo/]. Acesso em: 02.05.2023.

PITTA, Iuri. Cúpula do MP paulista vê com "especial preocupação" remoção de câmeras corporais da PM. *CNN Brasil*, São Paulo, 05.01.2023. Disponível em: [www.cnnbrasil.com.br/nacional/cupula-do-mp-paulista-ve-especial-preocupacao-em-remocao-de-cameras-corporais-da-pm/]. Acesso em: 02.05.2023.

PM DO ACRE testa câmeras corporais como aliadas no combate ao crime na capital. O Alto Acre, Acre, 08.09.2022. Disponível em: [https://oaltoacre.com/pm-do-acre-testa-cameras-corporais-como-aliadas-no-combate-ao-crime-na-capital/]. Acesso em: 02.05.2023.

POLÍCIA MILITAR paulista cederá ao TJ-SP imagens de ações policiais. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 20.10.2021. Disponível em: [www.conjur.com.br/2021-out-20/policia-paulista-ceder-tj-sp-imagens- acoes-policiais]. Acesso em: 02.05.2023.

POLÍCIA MILITAR começa testar uso de câmeras acopladas ao uniforme de policiais no Tocantins. *Portal G1 – Tocantins*, Tocantins, 11.04.2022. Disponível em: [https://g1.globo.com/to/tocantins/noticia/2022/04/11/policia-militar-comeca-testar-uso-de-cameras-acopladas-ao-uniforme-de-policiais-no- tocantins.ghtml]. Acesso em: 02.05.2023.

POLICIAIS do Piauí vão utilizar câmeras no uniforme para filmar abordagens. *Portal SantaJoanense*, Piauí, 13.08.2021. Disponível em: [www.portalsanjoanense.com.br/noticia/2759/policiais-do-piaui-vao-utilizar-cameras-no-uniforme-para-filmar-abordagens]. Acesso em: 02.05.2023.

POLICIAIS do Rio Grande do Norte terão câmeras em uniformes no 1º semestre. *Tribuna do Norte*, Rio Grande do Norte, 23.02.2022. Disponível em: [www.tribunadonorte.com.br/noticia/policiais-do-rio-grande-do-norte-tera-o-cameras-em-uniformes-no-1ao-semestre/532566]. Acesso em: 02.05.2023.

PMTV – canal oficial da Polícia Militar do Estado de São Paulo. *Youtube*. Disponível em: [www.youtube.com/channel/ UCRXE4bj4VTh_WyaO-9tO_7w]. Acesso em: 02.05.2023.

PROMOTOR defende câmera em farda para coibir violência policial no Amazonas. *Amazonas Atual*, Amazonas, 15.06.2022. Disponível em: [https:// amazonasatual.com.br/ promotor-defende- camera-em-farda- para-coibir-violencia-policial-no –amazonas/]. Acesso em: 02.05.2023.

PSB e organizações civis acionam STF contra sigilo das câmeras da PM do Rio. *Portal Uol*, São Paulo, 01.06.2022. Disponível em: [https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2022/06/01/psb-e-organizacoes-civis-acionam--stf- contra-sigilo-das-cameras-da-pm-do-rio.htm]. Acesso em: 02.05.2023.

QUINTELLA, Sérgio. Alvo de críticas, projeto City Câmeras registra pouca adesão da população. *Portal Veja São Paulo*, São Paulo, 17.09.2021. Disponível em: [https://vejasp.abril.com.br/coluna/poder-sp/alvo-de-criticas-projeto-city-cameras-registra-pouca-adesao-da-populacao/]. Acesso em: 02.05.2023.

RAMOS, Anderson. Prevista para fevereiro, compra de câmeras em fardas de policiais ainda está em fase inicial. *Portal Bahia Notícias*, Bahia, 04.03.2022. Disponível em: [www. bahianoticias.com.br/noticia/266618-prevista-para-fevereiro-compra-de-cameras-em-fardas-de-policiais-ainda-esta-em-fase-inicial]. Acesso em: 02.05.2023.

RESISTENTES, à prova d'água e invioláveis: conheça as câmeras corporais de policiais penais do Ceará. *Portal G1 – Ceará*, Ceará, 05.01.2023. Disponível em: [https://g1.globo.com/ce/ceara/noticia/2023/01/05/resistentes-a-prova-dagua-e-inviolaveis-conheca-as-cameras-corporais-de-policiais-penais--do- ceara.ghtml]. Acesso em: 02.05.2023.

RODRIGUES, Ana Karolline. Polícia Militar usará drones em operações e monitoramento de trânsito. *Metrópoles*, São Paulo, 07 dez.2021. Disponível em: [www.metropoles.com/ distrito-federal/ policia-militar- usara-drones-em--operacoes –e-monitoramento-de- transito]. Acesso em: 02.05.2023.

RODRIGUES, Ricardo. PM de Alagoas pode adotar câmeras nas fardas dos militares. *Almanaque Alagoas*, Alagoas, 22.06.2022. Disponível em: [www. almanaquealagoas.com.br/2022/02/pm-de-alagoas-pode-adotar-cameras--nas-fardas- dos-militares/]. Acesso em: 02.05.2023.

RODRIGUES, Artur; PAGNAN, Rogério. PM levou 8 anos para implantar câmeras na farda que Tarcísio ameaçava retirar. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 18.10.2022. Disponível em: [www1.folha.uol.com.br/ poder/2022/10/pm-levou-8-anos-para-implantar-cameras-na-farda-que-tarcisio-ameaca-retirar.shtml]. Acesso em: 02.05.2023.

RORAIMA. Governo do Estado de Roraima. Fundo Estadual de Segurança Pública do Estado de Roraima. *Contrato 81/2022/FESP/SECEXEC*. Termo de contrato de compra 81/2022, que entre si celebram o fundo estadual de segurança pública do estado de Roraima – FESP/RR e a empresa BB comércio e instalação de equipamentos elétricos Ltda. Disponível em: [https://sei.rr.gov.br/sei/documento_consulta_externa.php?id_acesso_externo=62952&id_documento=7611782&infra_hash=feb4c56e211cb766149c2de3938ba513]. Acesso em: 02.05.2023.

SAAVEDRA, Aline. Segup utiliza câmeras corporais em agentes de segurança pública durante Operação Verão. *Agência Pará*, Pará, 12.06.2021. Disponível em: [www.agenciapara.com.br/noticia/29777/segup-utiliza-cameras-corporais-em-agentes-de-seguranca-publica-durante-operacao-verao]. Acesso em: 02.05.2023.

SANBURN, Josh. Storing Body Cam Data Is the Next Big Challenge for Police. *Time*, 25.01.2015. Disponível em: [http://time.com/4180889/police-body-cameras-vievu-taser/]. Acesso em: 02.05.2023.

SÃO PAULO. Poder executivo do Município de São Paulo. *Comunicado*: o Programa City Câmeras está em processo de licitação conforme SEI 60 29.2021/0015253-1, para modernização e desenvolvimento de uma nova plataforma. Disponível em: [www.prefeitura.sp.gov.br/ cidade/secretarias/seguranca_urbana/ noticias/ index.php?p=331275]. Acesso em: 02.05.2023.

SCHWABE, William; DAVIS, Lois M.; JACKSON, Brian A. Crime Prevention. In.: *Challenges and Choices for Crime-Fighting Technology Federal Support of State and Local Law Enforcement*. Rand Corporation.

SERENA, Ilanna. Secretário de segurança anuncia uso de câmeras em uniformes de policiais militares no Piauí. *Portal G1 – Piauí*, Piauí, 18.01.2023. Disponível em: [https://g1.globo.com/ pi/piaui/noticia/ 2023/01/18/ secretario-de-seguranca-anuncia- uso-de-cameras-em-uniformes- de-policiais-militares-no-piaui.ghtml]. Acesso em: 02.05.2023.

SOMMERS, Roseanna. Will Putting Cameras on Police Reduce Polarization? *The Yale Law Journal*, March 2016, v. 125, n. 5, p. 1304-1362, (March 2016).

TARCÍSIO promete retirar câmeras de uniformes de PMs se eleito. *Poder 360*, São Paulo, 08.10.2022. Disponível em: [www.poder360.com.br/eleicoes/tarcisio-promete-retirar-cameras-de-uniformes- de-pms- se-eleito/]. Acesso em: 02.05.2023.

USO de câmera corporais pela polícia de MT será debatida pela OAB com secretário de Segurança. *G1 – MT*, Mato Grosso, 29.09.2021. Disponível em: [https://g1.globo.com/mt /mato-grosso/ noticia/ 2021/09/29/uso-de-camera- corporais-pela-policia- de-mt-sera-debatida- pela-oab-com-secretario-de-seguranca.ghtml]. Acesso em: 02.05.2023.

USO de câmeras nos uniformes da PM em SP evitou 104 mortes, aponta levantamento da FGV. *Portal G1*, São Paulo, 05 dez. 2022. Disponível em: [https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2022/12/05/uso-de- cameras-nos- uniformes-da-pm-em-sp-evitou-104-mortes-aponta-levantamento-da-fvg.ghtml]. Acesso em: 02.05.2023.

VALFRÉ, Vinícius; GALZO, Weslley. Estado que desarmar população e usar câmera em PM terá mais dinheiro, diz Dino. *Portal Uol*, São Paulo, 16.12.2022. Disponível em: [https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/agencia-estado/2022/12/16/camera-em-farda-de-pm-dara- mais-verba- para-estado.htm]. Acesso em: 02.05.2023.

VÍDEO: Veja como funciona a 'arma' antidrone usada durante posse de Lula. *Portal G1 Distrito Federal*, 05.01.2023. Disponível em: [https:/ /g1.globo.com/df/distrito-federal/ noticia/2023/01/05/video-veja- como-funciona-a- arma--antidrone- usada-durante-posse- de-lula.ghtml]. Acesso em: 02.05.2023.

VIDIGAL, Victor. Policiais do AP vão testar câmeras nos uniformes para filmar ações de militares e agentes. *Portal G1 Amapá*, 13.08.2021. Disponível em: [https://g1.globo.com/ap/amapa /noticia/2021/08/13/ policiais-do-ap-vao--testar-cameras-nos-uniformes-para-filmar-acoes-de-militares-e-agentes.ghtml]. Acesso em: 02.05.2023.

ZANINI, Fabio. Vinte estados e DF se reúnem para avaliar câmeras corporais para aguardando. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 10.11. 2021.Disponível em: [www1.folha.uol.com.br/colunas/painel/2021/11/vinte-estados-e-df-se--reunem-para- avaliar- cameras-corporais –para-policiais.shtml]. Acesso em: 02.05.2023.

7. Jurisprudência

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Autos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, n. 635, Rio de Janeiro, rel. Min. Edson Fachin, Brasília, 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 6ª T., rel. Min. Rogério Schietti Cruz, HC 598.051, j. 02.03.2021, *DJe* 15.03.2021, Brasília, 2021a.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 5ª T., HC 616.584/RS, rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 30.03.2021, *DJe* 06.04.2021. Brasília, 2021b.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 5ª T., AREsp 1.936.393-RJ, rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 25.10.2022, *DJe* 08.11.2022. Brasília, 2022a.

5ª T.,. Tribunal Regional Federal da 5ª Região, Justiça Federal da Seção Judiciária de Sergipe, 7ª Vara Federal, Ação Civil Pública 0802705-98.2022.4.05.8500, Sergipe, 2022b.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, 4ª Câmara Criminal, rel. Sidney Eloy Dalabrida, Apelação Criminal 5072811.23.2021.8.24.0023/SC, j. 23.02.2023. Santa Catarina, 2023.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Ação Civil Pública Cível no 1025361-76.2019.8.26.0053, São Paulo, 2019.
SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 4ª Câmara de Direito Criminal, rel. Roberto Porto, Apelação Criminal 1502045-60.2021.8.26.0229, j. 04.04.2023, 2023a.
SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 13ª Câmara de Direito Criminal, rel. Marcelo Semer, Habeas Corpus Criminal 2304316-80.2022.8.26.0000, j. 17.02.2023, 2023b.
SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 6ª Câmara de Direito Criminal, rel. Farto Salles, Habeas Corpus Criminal 2073758-75.2023.8.26.0000, j. 05.04.2023, 2023, c.

8. Legislação

PORTUGAL. Assembleia da República. Lei 95/2021, de 29 de dezembro de 2021. *Diário da República 251/2021*, Série I de 2021-12-29. p. 3-12. Disponível em: [https://dre.pt/dre/detalhe/ lei/95-2021-176714548?_ts=1681593756958]. Acesso em: 02.05.2023.
RIO DE JANEIRO. Governo do Estado do Rio de Janeiro. Secretaria de Estado da Polícia Militar. *Resolução 2.421, 29 de abril de 2022*. Estabelece rotina de requisições, solicitações de resguardo e divulgação de conteúdo audiovisual gravado no âmbito da Secretaria de Estado de Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro, e dá outras providências. Rio de Janeiro, 2022.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Áreas do Direito: Penal; Processual; Direitos Humanos

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- A justiça em seu pior e melhor ângulo: vieses cognitivos na análise da prova audiovisual, de George Marmelstein Lima – *RBCCrim* 184/161-182;
- Mandato policial e câmeras corporais policiais: a gravação audiovisual de operações policiais como mecanismo redutor de práticas autoritárias, de André Rocha Sampaio, Marcos Eugênio Vieira Melo e Hugo Leonardo Rodrigues Santos – *RBCCrim* 195/79-103;
- Vigiar e punir 4.0: efeitos das tecnologias de policiamento preditivo e reconhecimento facial no Brasil e a perpetuação do racismo estrutural, de Fernanda Mateus Rosa da Silva – *RDTec* 16; e
- Vigilância tecnológica e sociedade: desafios éticos, legais e recomendações para uma abordagem equilibrada, de Thiago Ferrarezi – *Boletim Revista dos Tribunais Online* 40.

Forensic interviewing of children in Brazil: judges' perceptions after five years of law reform

Entrevista forense com crianças no Brasil: as percepções dos juízes após cinco anos de reforma legislativa

Mayra dos Santos Zavattaro[1]
Universidade de Portsmouth – Reino Unido.
E-mail: up2089562@myport.ac.uk

Rebecca Milne[2]
Universidade de Portsmouth – Reino Unido.
Email: becky.milne@port.ac.uk

Ray Bull[3]
University of Derby. – Reino Unido.
E-mail: r.bull@derby.ac.uk

1. Doutoranda em Justiça Criminal pela Universidade de Portsmouth – Reino Unido. Mestre em Ciências Jurídicas (2018). Professora da Escola da Magistratura. Estadual do Paraná. Juíza de Direito no Tribunal de Justiça do Paraná desde 2012.
   Lattes: [http://lattes.cnpq.br/2918168834312165].
   ORCID: [https://orcid.org/0000-0002-7495-5630].
   E-mail: up2089562@myport.ac.uk
2. PhD (1997). BSc (Hons) (1991). Professor of Forensic Psychology at the Institute of Criminal Justice Studies at the University of Portsmouth.
   ORCID: [https://orcid.org/0000-0002-4542-8495].
   E-mail: becky.milne@port.ac.uk
3. D.Sc (1995). MSc (1973). Professor of Criminal Investigation at the University of Derby.
   ORCID: [https://orcid.org/0000-0001-6065-467X].
   E-mail: r.bull@derby.ac.uk

Zavattaro, Mayra dos Santos; Milne, Rebecca; Bull, Ray; Stein, Lilian Milnitsky.
Forensic interviewing of children in Brazil: judges' perceptions after five years of law reform.
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 204. ano 32. p. 203-232. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2024.
DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.12628288].

Lilian Milnitsky Stein[4]
Universidade de Portsmouth – Reino Unido.
E-mail: stein.lilian@gmail.com

Recebido em: 07.08.2023
Aprovado em: 25.01.2024
Última versão dos autores: 13.03.2024

DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.12628288].

Áreas do Direito: Penal; Infância e Juventude

Abstract: Brazil underwent legislative reform seven years ago when Law 13,431 came into force. This legislation requires a trained professional to interview children (in a safe environment) who are possible victims or witnesses of violence. This paper aims i) to identify judges' views on the new requirements of the legislation and its implementation and ii) to make recommendations to further enhance the quality of forensic interviewing with children in Brazil. In doing so, this article sought the perspectives of judges, the final decision-makers, who have rarely been the focus of research. In March 2022, five years after the reform, sixteen face-to-face semi-structured interviews were conducted with State Judges across Brazil. Overall, three main concerns of judges were identified: (1) a lack of trained forensic interviewers; (2) a limited infrastructure of Courts to apply the procedure stated in the legislation; and (3) a minimal interest of legal practitioners in practices relating to forensic interviewing. The findings point to where public investments should be made.

Keywords: Forensic interviewing – Training. Brazil's Law Reform – Children – Judges.

Resumo: O Brasil passou por uma reforma legislativa há sete anos, quando a Lei 13.431 entrou em vigor. A lei exige que um profissional devidamente capacitado conduza a entrevista da criança (em um ambiente seguro) que seja possível vítima ou testemunha de violência. Este artigo objetiva i) identificar o ponto de vista dos juízes sobre os novos requisitos da lei e sua implementação, e ii) fazer recomendações para melhorar a qualidade da entrevista forense com crianças no futuro. Para isso, este trabalho buscou a perspectiva dos juízes, que tomam a decisão final, e que raramente são o público-alvo da pesquisa. Dezesseis entrevistas semiestruturadas foram conduzidas com juízes estaduais brasileiros. Sobretudo, três principais preocupações dos juízes foram identificadas: (1) insuficiência de entrevistadores forenses treinados; (2) infraestrutura limitada dos Tribunais para implementação do procedimento previsto na lei; e (3) mínimo interesse dos profissionais do Direito em relação às práticas relacionadas à entrevista forense. Os resultados apontam para a direção onde os investimentos públicos devem ser feitos.

Palavras-chave: Entrevista forense – Treinamento. Reforma legislativa brasileira – Crianças – Juízes.

4. Pós-Doutora (2011). Doutora em Psicologia Cognitiva (1998). Pesquisadora.
ORCID: [https://orcid.org/0000-0002-2314-7369].
E-mail: stein.lilian@gmail.com

Sumário: 1. Introduction. 1.1. A formal environment. 1.2. Recurring use of unfamiliar and complex language. 1.3. Not properly trained interviewers. 2. Recent developments in Brazil. 2.1. Legislation background in Brazil. 2.1.1. Time lapse. 2.1.2. The training of the interviewer who conducts the interview within the protection network. 2.1.3. Multiple interviews in different Courts. 2.2. Practice. 3. Method. 3.1. Participants. 3.2. Design and procedure. 3.3. Interview protocol and data analysis. 4. Results. 4.1. A lack of trained forensic interviewers. 4.2. A limited infrastructure of Courts to apply the procedure stated in the legislation. 4.3. A minimal interest of legal practitioners in practices relating to children's interviews. 5. Discussion. 6. Conclusion. 7. References.

1. Introduction

One[5] of the characteristics of testimonial evidence is retrospectivity. A person is usually called to Court to testify about past facts and rarely about future events (LIMA, 2013). Therefore, testimonial evidence depends (among other factors) directly on the memory of the person being heard. However, memory does not work like a video camera that replays in the witness' or victim's brain everything they witnessed as soon as they are questioned (LOFTUS, 2013). To provide an accurate event statement, the witness must have the opportunity to give the account in their own words, not unduly influenced by other people (MILNE *et al.*, 2013). Children as young as three years of age are potentially capable of narrating an experience if the appropriate language and interviewing techniques are applied by the interviewer (BROWN & LAMB, 2019). However, the interviewer needs to use suitable questioning techniques to help a child witness to increase the quantity and quality of details about an event, aiming to achieve the best evidence (DANDO *et al.,* 2018). In summary, children can accurately describe meaningful and reliable experiences if interviewed with skill and scientific methods, such as the NICHD Protocol (Lamb *et al.,* 2007) and the Guidance for Achieving Best Evidence (ABE, 2022), among others (Powell & Brubacher, 2020). The right questions need to be asked to elicit the amount of details a forensic environment requires (SAYWITZ & CAMPARO, 2013).

Considering the specific issues on children's proper interviewing, there are numerous reasons why the traditional criminal trial hearing is unsuitable for them, such as (i) a formal environment; (ii) a recurring use of unfamiliar and complex language; and (iii) interviewers who are not properly trained (CEZAR, 2010). Those

5. A professora Rebecca Milne é a principal supervisora do programa de doutorado frequentado pela primeira autora; o professor Ray Bull é co-supervisor do programa de doutorado frequentado pela primeira autora, a professora Lilian Stein vem auxiliando e orientando as decisões de pesquisa da primeira autora, considerando que envolve participantes e legislação brasileira, sendo essa última familiarizada com os trâmites da pesquisa brasileira, enquanto os supervisores do programa do doutorado são britânicos.

factors place an emotional burden on a witness and risk the quality of their testimony (QUAS & SUMAROKA, 2011). Consequently, the evidence produced during the trial often becomes fragile.

1.1. A formal environment

The environment where a person is interviewed can directly influence the recall of the witness: "Environment can provide either support (cues, feedback, encouragement) or interference (time pressure, discouragement)" (SAYWITZ, 1995, p. 133). Furthermore, the formalities of a courtroom are unfamiliar to children, causing them fear and anguish. Saywitz and Nathanson (1993) found that children were more likely to present accurate information in their school environment than in a courtroom. The potential stress brought by the unknown place is likely to negatively affect child witnesses' statements. In addition, an uncomfortable environment can lead a witness to comply with a question to escape that awkward situation (O'MAHONY, 2016). Having the right environment to interview a child witness is a crucial factor to consider during the planning and preparation of the forensic interview (NIELD *et al.*, 2003).

1.2. Recurring use of unfamiliar and complex language

Judges and lawyers often use complex words, which hamper an interviewee's understanding (MARTSCHUCK *et al.*, 2021). Lawyers can use complex language and confusing questioning as part of the defence strategy (ANDREWS & LAMB, 2017). Despite the competency of children to testify (BAUGERUD *et al.,* 2020), interviewers' questions need to be in accordance with accessible language. Irrelevant and complicated questions may lead to miscarriages of justice (PERRY *et al.*, 2001) and do not allow a child to engage with the Criminal Justice System. Research has found (SCHMIDT *et al.,* 2020) Brazilian Judges and laypeople to have similar and limited knowledge regarding eyewitness memory issues, which can lead to Court errors. Therefore, legal professionals can be as poor at questioning as are people who do not work with witnesses day-to-day.

1.3. Not properly trained interviewers

Several studies (LAMB *et al.*, 2008; MILNE & BULL, 2010; HERSHKOWITZ *et al.,* 2017) have revealed that the interviewer's training is directly related to the accuracy of the reports of the children who are being interviewed. Therefore, the techniques used in an interview should follow research-based guidelines to be able to produce reliable evidence (MILNE & BULL, 2010; ANDREWS *et al.,* 2016). Regardless of the interviewer's background – whether they are a lawyer, a social worker, a police officer, or a psychologist – training is needed to avoid poor questioning

(CYR *et al.,* 2021). When a forensic interview is to be conducted, this usually means that there is an investigation taking place, having two important questions in need of answers: (i) "What happened?" and (ii) "Who did it?" (MILNE & BULL, 2006). A forensic interview necessarily requires much more information than regularly obtained from day-to-day conversations (STEELE, 2012). Everyday conversations often involve closed and leading questions, and due to usual conversational 'rules', speakers provide only limited information (VERKAMPT *et al.*, 2021) (i.e., not to give more information than is required for that social occasion) (GRICE, 1989). In addition, usually, the topic addressed in a forensic interview is uncomfortable and can be traumatising (LAMB & BROWN, 2006). Furthermore, often one of the consequences of the interview can be the imprisonment of an adult known to the child (SAYWITZ & CAMPARO, 2014).

The child interviewer should be the facilitator and should allow free recall without interruptions (MILNE & BULL, 2006; MATTISON *et al.,* 2015). Hence, open questions are the best way to elicit information (WRIGHT & POWELL, 2006). Questions suggesting yes/no answers, overall, should be avoided (BULL & MILNE, 2020) unless they are specifically necessary depending on the child's developmental level (BRUER *et al.,* 2022). It is important to assess the child's language level, cognitive ability, and social and emotional development (LOFTUS, *et al.,* 2006; EARHART *et al.,* 2017). Therefore, it is necessary that a child forensic interviewer is trained to know how to tailor the interview to each individual child. Stewart, Katz, and La Rooy (2011, p. 199-200) stated that "Forensic interviewers have a duty to be familiar with current interview methods and the supporting literature. It is expected that interviewers be trained, knowledgeable, and skilled so that they can conduct interviews effectively and to accepted high standards".

Similarly, all other Criminal Justice System practitioners involved in interviewing and assessing a child interview should be knowledgeable about state-of-the-art questioning techniques. Research has found (WESTERA *et al.,* 2016) there is a gap between what is recommended and what is practised, which will only be closed with a series of adjustments, such as an interviewer training program including practice, feedback, and evaluations. It should be added that video-recording the interviewers' performance is essential for self-improvement during and after training (POWELL & BANETT, 2015).

2. Recent developments in Brazil

Despite the confidential nature of lawsuits involving children in Brazil, recently (May 2022), a shocking case came to public attention. In violation of the procedure stated in the legislation, a Judge and a Prosecutor of a case decided to directly interview a ten-year-old girl in a traditional courtroom. The girl was twenty-two weeks pregnant, had been raped, and was seeking a legal abortion. Because of how far along

she was in the pregnancy, she was sent to Court for authorisation of an abortion. It is important to highlight that Brazilian federal legislation allows abortion in cases of rape and does not impose limits on how far along the pregnancy is (article 128 of the Penal Code[6]). However, in the State where it all happened – Santa Catarina – the Health Planning Directory, a regional body, defined abortion as "the interruption of pregnancy until the 20th week and with product weighing less than 500g" (Secretaria de Estado da Saúde, Governo de Santa Catarina). Because of that definition, the hospital felt like Court authorisation was required for this specific case. Very soon after the case came to public attention, the Federal Public Ministry recommended that abortions in cases of rape should be performed regardless of how far along the pregnancy is, as federal law does not impose any limits (PR-SC, Recommendation n. 19/2022). The case was sent to the Judicial system, and the Judge decided to hear the child, with a Prosecutor supposedly safeguarding the child's rights. There was no support for the girl present in the hearing. She was interviewed in a regular hearing courtroom by legal practitioners. The hearing was scheduled to make sure of the wishes/desires of the child as a mother. Parts of the hearing were released online (GUIMARAES *et al,* 2022)[7]. Among others, the Judge asked the following questions to the ten-year-old girl:

---

6. Art. 128 – Não se pune o aborto praticado por médico:
   Aborto necessário
   I – se não há outro meio de salvar a vida da gestante;
   Aborto no caso de gravidez resultante de estupro
   II – se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.
7. PINA, R., & BRANDALISE, C. (2022, June 20). Justiça de SC investigará conduta de juíza que negou aborto a menina. [SC's Justice's sytem will investigate action of Judge who denied abortion to girl]. *UOL*.
   [https://www.uol.com.br/universa/noticias/redacao/2022/06/20/justica-de-sc-investigara-conduta-de-juiza-que-negou-aborto-a-menina.htm].
   MARTINS, T. (2022, June 21). CNJ vai acompanhar apuração sobre juíza que negou aborto a menina vítima de estupro. [CNJ will follow up on investigation about the Judge who denied abortion to girl who was victim of rape]. *CNJ.* [https://www.cnj.jus.br/cnj-vai-acompanhar-apuracao-sobre-juiza-que-negou-aborto-a-menina-vitima-de-estupro/].
   FIGUEIREDO, C., LOPES, L., & OSORIO, P. (2022, June 21). Justiça de SC investiga juíza que impediu aborto de criança vítima de estupro. [SC's Justice system investigates Judge who prevented abortion on child who was victim of rape]. *CNN.* [https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/justica-de-sc-investiga-juiza-que-impediu-aborto-de-crianca-vitima-de-estupro/].
   BORGES, C. (2022, June 28). g1 SC, Globo. [https://g1.globo.com/sc/santa-catarina/noticia/2022/06/28/investigacao-sobre-conduta-de-juiza-que-impediu-menina-estuprada-de-fazer-aborto-esta-em-sigilo-diz-cnj.ghtml].

> "I wanted to know how you are feeling about the pregnancy. Do you feel pain? Not even in your breasts?
> Do you feel the baby moving? Does it kick?
> How was the pregnancy for you, dear?
> Did you know how women get pregnant? Did your mom not teach you?
> It is written here that you and your mom want the interruption of the pregnancy. Do you know what interruption means? Do you want to see the baby be born? Do you want the baby to live? No? You don't want to see the baby?
> (...)"
> (GUIMARAES *et al.*, 2022).

Then the Prosecutor questioned the child:

> "Your baby is already complete. It is a human being, do you understand that?
> … you'll keep the baby for another two weeks, so it can have a chance of living because it is already a child… Instead of just taking the baby out of your belly, dying, and agonising… We do that…
> Would you accept, then, to keep it for another two weeks, so we give his lungs the medicines, and instead of letting the baby die, we give him for adoption, ok?"
> (GUIMARAES *et al.*, 2022).

The girl is mostly silent, sometimes nodding or answering, "I don't know". When questioned by the media (Globo G1), the Judge did not give details about the case but highlighted, "I study to make the best I possibly can. So, amongst the circumstances, I did the best I could" (BORGES *et al.,* 2022). Before Law 13,431, the standard procedure for a hearing, despite the involvement of a child, would be the one just described. Notwithstanding that the current legislation was published in 2017, children are still being treated as adults in Court. Therefore, day-to-day practices need updating and the new study to be reported here aims to contribute to that by identifying Judges' views on where they stand according to new legislative parameters.

2.1. Legislation background in Brazil

As a rule, a child's first account of possible abuse is given to someone close to them, and a welcoming environment can contribute to disclosure (SANDERSON & WEATHERS, 2019). Commonly the report is made to a school teacher, someone in the family, or at a hospital that the child usually attends (for other reasons). During a nationwide study in Brazil, Santos and Dell'Aglio (2010) found that 57% of spontaneous reports were given to friends and siblings and 43% to parents. Similar data were collected during a study conducted (HABIGZANG *et al.*, 2011) in Rio Grande do Norte – a state located in the north region of Brazil , where 42.5% of

the girls who were abused reported it to their parents and 12.5% to other relatives. The same study pointed out that although 92.5% of the families believed the child's report, 32.5% did not file a formal complaint. The Tutelary Council was the main body to intervene for those who did pursue it because they had access to formalise protective measures.

According to Brazil's legislation, when a child is reported to be in a dangerous environment potentially, the Tutelary Council is informed about taking every action needed to protect the child at this first stage (ZAVATTARO, 2018). According to Law 8.069/1990, the Tutelary Council is a permanent, autonomous, and non-jurisdictional body elected by society, aiming to protect children's rights [8]. Each city has at least one Tutelary Council, composed of five members, for a four-year election period. The Tutelary Council members do not necessarily have any college education or even any qualification on children's rights. Article 133 of the Child and Adolescent Statute sets only three requirements for a person to be elected as a member: (i) to be at least twenty-one years old; (ii) to be a resident of the same city you are working at; and (iii) to have a spotless reputation[9]. A study that Campos (2014) conducted in Rio de Janeiro (a state southeast of Brazil) found that of the Tutelary Council membership the majority (66.7%) did not work with children's rights before becoming a member. Most worked in sales, the public sector, and other professions. Further, of the membership (i) 25% did not have a landline, and 37% did not have a mobile phone; (ii) 44% did not have proper means of exclusive transportation; and (iii) 41% did not have an exclusive space to work privately with the children, all these being necessary to undertake their role.

Tutelary Council is, nevertheless, one of the main bodies to act on behalf of a child and one of the main tools to protect children's well-being (PASE *et al.*, 2020). Before Law 13,431, after notification, the child was taken to a police station, where, as a rule, they could be heard by the clerk. In smaller towns, there is only one clerk to respond to all kinds of crimes and no children's department (ZAVATTARO, 2018). After being heard at the police station, a child would be taken to a doctor's appointment for the doctor to seek any lesions or signs of violence. Having all those elements together, the case would then presented to a Prosecutor, who would decide about any crimes supposedly committed and initiate a criminal lawsuit if the cause

8. Art. 131. O Conselho Tutelar é órgão permanente e autônomo, não jurisdicional, encarregado pela sociedade de zelar pelo cumprimento dos direitos da criança e do adolescente, definidos nesta Lei.
9. Art. 133. Para a candidatura a membro do Conselho Tutelar, serão exigidos os seguintes requisitos:

   I – reconhecida idoneidade moral; II – idade superior a vinte e um anos; III – residir no município.

for action is present (BITTAR, 2017). Only after the Judge receives the accusation will any new evidence collection occur. At this stage, the suspect will have the right to defend himself/herself – due process of law (Federal Constitution of Brazil, 1988, article 5, LIV). When the judicial procedure begins, a child has already been spoken to several times, using different approaches and mostly by untrained professionals (ZAVATTARO, 2018). Such circumstances may likely re-traumatise a child and influence the 'facts' reported during the subsequent evidence-collection phase (QUAS & SUMAROKA, 2011). A new Act is meant to fix/improve all of this.

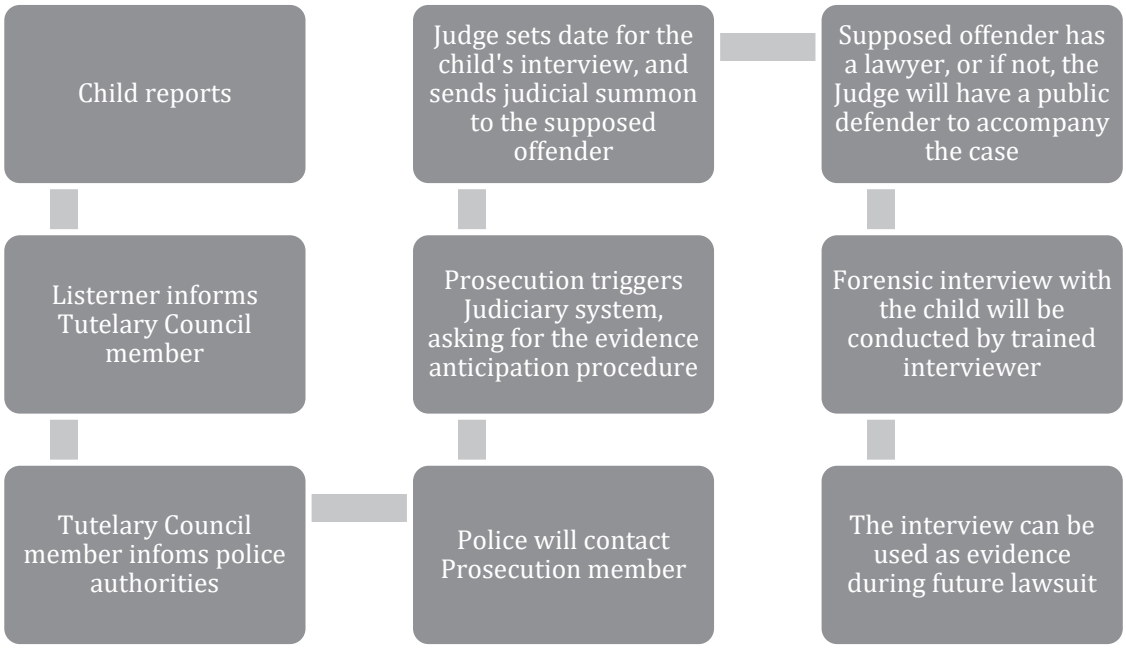
On the 4th of April, 2017, Law 13,431 was published to come into force in 2018. According to article 29[10], the Courts and Children's Rights Protection units had one year to adapt to this new procedure incorporated into the Brazilian legislation regarding children's hearings when involved in lawsuits. The legislation was intended to respect children's rights as stated in international documents, such as the Convention on the Rights of the Child (UN, 1989). It aimed to reduce the number of times the child is interviewed and specially to have trained professionals to conduct those interviews. Two types of interviews are distinguished (Articles 7 and 8, Law 13,431/2017[11]): (i) the spontaneous first account to a child's protection agent, called specialised hearing[12], and (ii) the judicial hearing, called special testimony, which is performed under the eyes of a Judge, Prosecutor, and Defense Lawyer. The first one will more likely occur in the child's protection network and may or may not be used by the Prosecution to pursue a case, the second will be most likely judicious. The present paper aims to explore the current issues around the latter – the judicial hearing, not the former, as the new law does not specifically cover this (first account).

The law stipulates that the child victim or witness of a crime follows a procedure named "evidence anticipation", which consists of the participation of a Judge, Prosecutor, and Defense Lawyer, even before a formal accusation against the supposed offender. That way, even during the investigation phase, the evidence should accomplish all the requirements to be acceptable in Court in case of a future accusation. There will be no need to interview the child another time, considering that

10. Art. 29. Esta Lei entra em vigor após decorrido 1 (um) ano de sua publicação oficial.
11. Art. 7º Escuta especializada é o procedimento de entrevista sobre situação de violência com criança ou adolescente perante órgão da rede de proteção, limitado o relato estritamente ao necessário para o cumprimento de sua finalidade.

    Art. 8º Depoimento especial é o procedimento de oitiva de criança ou adolescente vítima ou testemunha de violência perante autoridade policial ou judiciária.
12. Although the Legislation refers to it as spontaneous reveal on article 4, paragraphs 2 and 3, it could be said it is not "spontaneous", as often the child is only taken to the protection agent by a family member who has heard the child's first report.

cross-examination will subsequently be offered to the Defense. In addition, the legislation states the anticipation procedure must be adopted if the case regards sexual abuse, although it is optional for other types of crimes or violence (allegedly) involving children. Ideally, the process should follow these steps[13]:



Source: Prepared by the authors.

At a set date, the Judge, Prosecutor, and Defense Lawyer will be in the courtroom, but the potential accused will not be allowed to be present. This is done to protect the child's well-being. The child will be interviewed in a different room, appropriate for a forensic interview, by a trained interviewer, most likely a psychologist or social worker. The legal practitioners will watch the interview live through a CCTV system. They will be allowed to ask follow-up questions, which will be passed to the interviewer to ask the child. The prosecution will then assess the video-recorded interview, and if a formal accusation is filed, the child will not be interviewed again. This video-recorded pre-trial interview will be considered judicial evidence. It is important to note that the law (Article 8) states that the special testimony is a judicial hearing of a child who (allegedly) was the victim of violence. It does not limit it to criminal procedures because it is defined as any judicial hearing of a child in those conditions. According to Law 13,431 (Article 12) the child is entitled to a free, uninterrupted account. The interviewer should be trained to use the best techniques to help the interviewee recall their experience.

13. EVIDENCE ANTICIPATION PROCEDURE. Flowchart developed from Law 13,431/2017.

Despite the efforts of legislation to improve the procedure adopted at a Judicial stage, some important factors were not addressed, such as (i) the time lapse between telling the first account and the date set by the Judge, (ii) the training of the interviewer who conducts the interview within the protection network (named as "specialised hearing" by the Law), and (iii) the overlap of the civil protection procedure and the criminal procedure, which can lead to multiple interviews in different Courts.

2.1.1. Time lapse

It is widely recognised that memory fades with time, and is more easily contaminated by external influences (DANDO *et al.,* 2020). There is a rapid decrease in the amount of information that can be retrieved after the event is witnessed, and this rate of forgetting levels off over time (HAGSANDA *et al.,* 2017). When giving an account, memory of an event is reconstructed being a combination of what was stored from the event with other experiences and knowledge (HOWE & KNOTT, 2015). Consequently, it is possible to conclude that, the closer the interview is to the event, the more likely one is to gain a greater number of accurate details about what has occurred.

Research has shown there is a proper moment for the witnesses or victims to be interviewed. An adequate room and environment are also essential for the evidence to be preserved, and wrong incentives may interfere with its trustworthiness (CECCONELLO *et al,* 2018). In addition, talking to other witnesses and victims after the event may directly influence a future report (SILVA & JAEGER, 2020). However, considering the current legislation does not outline the importance of interviews being conducted as soon as is feasible, it is common that the child witness' interview is scheduled after months, or years, after the first report of the event, compromising quantity and quality of details (BULL & MILNE, 2020).

2.1.2. The training of the interviewer who conducts the interview within the protection network

Police officers in Brazil do not have a standard training on investigative interviewing, or, if they do, they rarely have refreshments training. In consequence, the information obtained through an interviewee might not be reliable information (CECCONELLO *et al,* 2022). The same weakness is found amongst the infant's protection network. Although Law 13,431, in Article 12, establishes that the judicial forensic interview will be conducted by a qualified professional, it does not mention anything about the membership of the protection network, and who will conduct the first interview, when the child reveals the event. As a consequence of that gap in the legislation, ill-trained professionals, or untrained professionals may end

up conducting the first interview with the child victim/witness. In addition, these interviews are not usually recorded. Certainly, there are urgent situations in which the video-recording cannot be arranged (MITCHELS, 2016). However, video recording the forensic interviewing is one of the most important best-practice guidelines (BAKER *et al.,* 2021; BULL & MILNE, 2020), as a video-recorded interview allows the decision to be fed with the whole information given by the witness/victim. On the other hand, when the interviewer is taking notes, or transcribing the statement, their attention is divided and the document is likely not to reflect the information given (CECCONELLO *et al,* 2022).

2.1.3. Multiple interviews in different Courts

When a child is reported to potentially be a victim or witness of a crime, besides the criminal procedure initiated to understand what happened and who did it (MILNE & BULL, 2010), there is also a civil procedure, initiated to understand what kind of protection this child needs: institutionalisation, social care, school engagement, or other measure that ensures their rights are being respected (Child and Adolescent's Statute[14]). These two procedures are autonomous. Accordingly, besides the informal interviews conducted with the child before the judicial procedure, once the Justice System is called to intervene, these two procedures will begin. The legislation does not state any communication between the two Courts. Consequently, more than one forensic interview may be performed, by different interviewers.

As a rule, multiple interviews are not advised (WATERHOUSE *et al.,* 2020). If more than one interview is necessary, appropriate open-ended questions must be used (VERKAMPT, *et al.,* 2021). Nevertheless, although Law 13,431 limits the judicial hearing of the child in Article 11, it does not establish any guidelines for the interactions between the protection network and the child.

2.2. Practice

Courts of Law have changed their role in the current society. It is not only about resolving issues involving private parties or the government but also about the human individual needs and the effect court procedures have on them (WINICK & WEXLER, 2003). Criminal Justice System's actors must be aware of the consequences of their conduct on the emotional well-being of the victims and witnesses (BABB, 2021). Brazil now has the child's rights on paper, with rules and guidelines in place to protect the child and seek reliable evidence in a non-traumatising way.

14. Brazil. Law 8,069, 1990.

Although Brazil's legislation is trying to catch up with international best practices, the day-to-day Brazilian judicial system does not appear to be at the same level.

The hearing described, where the Judge and Prosecutor directly interviewed a child[15], is just one example of how poor questioning may well cause more suffering to a child participating in a judicial procedure. Law 13,431 has existed for over five years, but the Judge and Prosecutor of that case ignored it. If the law was respected, if found that listening to the child was necessary, a qualified and trained interviewer should have spoken to her, asking open-ended questions and allowing the child to explain, in her own words, what her wishes were. Instead, the girl seemed to be overwhelmed with unnecessary, complex questions.

In Brazil, a Jury will only be necessary to decide on crimes against life, with the intent to kill, according to article 5, XXXVIII, of the Constitution. Consequently, in any other case, one judge will decide on the offender's future, weighing the evidence presented to the case by the Prosecution and the Defence. Judges preside over the child's judicial interview and control the production of the evidence from the next room. They decide on follow-up questions, accept the formal complaint if the Prosecution presents one, and, most importantly, decide on the accused's conviction or acquittal. Therefore, their views must be considered when assessing the quality of judicial proof. The new study here aimed to discover Judges' views on the forensic interviewing of children in practice[16].

3. Method

3.1. Participants

The interviews were conducted during March 2022. Participants were sixteen State Judges in Brazil, 75% female and 25% male. The distribution of the participants' gender does not reflect State Courts' composition, as it is known women represent from 25% to 48% of State Judges, depending on the State[17].

Participants were from three out of five geographic regions, who were, at the time of this study, working with children in their day-to-day cases, either in child protection or criminal trials. Seven (43%) were working with criminal cases (all types

15. FIGUEIREDO, C., LOPES, L., & OSORIO, P. (2022, June 21). Justiça de SC investiga juíza que impediu aborto de criança vítima de estupro. [SC's Justice system investigates Judge who prevented abortion on child who was victim of rape]. *CNN*. [https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/justica-de-sc-investiga-juiza-que-impediu-aborto-de-crianca-vitima-de-estupro/].
16. Research approved by the School of Criminology and Criminal Justice Ethics Committee of the University of Portsmouth (Ethics application number 935).
17. CNJ. (2023). Participação Feminina na Magistratura [Female Participation on Magistracy].

of crime) and child protection cases concurrently; four (25%) were working exclusively with child protection cases; four (25%) were exclusively on criminal cases (all types of crime); and one (<1%) was in a specialised Court, dealing exclusively with crimes against children. The mean age of participants was thirty-nine years (range: 31–47 years), with a mean time of working experience as Judges being eleven years (range: 3–20 years).

3.2. Design and procedure

A snowball scheme was set up, using social media to introduce the researcher (herself a Judge), the University of Portsmouth, and the project. The researcher's own contact information accompanied the message published in social media, reaching Judges in several states of Brazil. Participants then contacted the researcher, volunteering to be interviewed. The inclusion criteria were Judges currently working with judicial cases involving children. A semi-structured interview protocol was developed, and the interviews were online and video recorded. Before the interview, the participants provided verbal consent to being recorded. After transcribing the content, anonymising the participants, the recorded interview was deleted and labelled with a number. Any information the participant gave that could potentially identify them or their current place of work was generalised, guarding their identity. The shortest interview lasted thirteen minutes, and the longest lasted fifty-four minutes (mean of 33 minutes and 30 seconds). Most lasted from twenty to twenty-five minutes.

3.3. Interview protocol and data analysis

Thematic[18] analysis was undertaken, following Braun and Clarke's (2006) proposal: familiarisation; initial coding; identifying themes; reviewing themes; defining themes; evidencing themes. This type of thematic analysis is known for its transparency and accessibility, highlighting potential topics of interest to the researcher and the participants (BRYMAN *et al.,* 2021). For the themes to emerge, the interview protocol was composed of questions that could link back to the exploratory research question: How to enhance the quality of forensic interviewing with children in Brazil? There were twenty-four questions; six questions related to demographic data; eighteen questions were focused on topics such as training, the experience of professionals currently conducting the forensic interviews with children, and possible weaknesses of the investigative interviewing procedure from

18. The interview protocol can be attained by contacting the first author.

the participant's point of view. Considering the interview was flexible, the type of information given in each answer led to other follow-up questions. The protocol allowed the participant to share their views about forensic interviewing with children in the Criminal Justice System and the new law. The data were imported into NVivo, a software program developed to organise qualitative data analysis, where the codes were set according to the research question.

4. Results

Themes emerged after identifying similarities across the information given by the participants. Common drawbacks to applying the legislation to day-to-day practice were recognised, and three were found to stand out: (1) a lack of trained forensic interviewers; (2) a limited infrastructure of Courts to apply the procedure stated in the legislation; and (3) a minimal interest of legal practitioners in taking courses relating to children's interviews.

The consequences of those gaps between the practice and the legislation are numerous, but it can be said that court errors are the most important one. Despite miscarriages of justice depending on multiple factors, failures during the investigative phase – including forensic interviews conducted – are always present when miscarriages occur (POYSER & MILNE, 2015). To prevent those court errors, good interviewing skills need to be employed (POYSER & MILNE, 2021), improving the relationship between the criminal justice system and its users. The decision makers also need to be able to access the content of the question made, and not only the answers, to assess the quality of the information obtained. Therefore, the necessity of video recording the interviews (CECCONELLO *et al,* 2018).

4.1. A lack of trained forensic interviewers

Judges were asked whether they had worked with trained professionals who perform the forensic interviews with children and if so, how they felt regarding the quality of the training provided to the interviewers. Although fifteen of the Judges interviewed had at least one trained professional available for conducting the interviews with children in their Court, a common concern was the disparity between the number of cases involving children and the number of trained professionals. Complaints about the little offer of training were frequent, which caused an important delay in the conducted forensic interviews.

> "I think that, firstly, there is not enough availability of training. The law came, and the aims of the law are important, but it didn't worry about having the professionals trained. The training available doesn't correspond to the number of people who need training (Participant 10).

> And maybe we have a lot missing when operationalizing what is in the legislation. We must reach a point where we effectively bring upgrades to criminal trials and maximum victim protection. This is very hard because we always have the obstacle of a few trained professionals and many criminal cases. Unfortunately, that's the reality in all the criminal courts in our country (Participant 5)."

The one participant who did not have access to any trained professionals in their Court to conduct forensic interviews reported having set a parameter: children younger than twelve years of age would not be heard, and other types of evidence should be produced, while children older than twelve would be heard in a traditional courtroom, in front of Judge, Prosecutor, and Defence Lawyer. However, all other participants had some kind of interviewer available, six of them mentioned not applying the law's procedure to children older than sixteen years of age because there were too many cases and awaiting the schedule of the forensic interviewer could take too long.

Besides the topic of the number of trained professionals, issues on the quality of the training were also frequently raised. Judges were concerned that this training focuses too much on theory and does not prepare the interviewers for actual day-to-day interviews. This results in inadequate questioning and ill-prepared interviews. In addition, to reach as many professionals as possible, the training is mostly delivered online, and that format might not suit everyone.

> "[The training] is absolutely insufficient. I'm not a psychologist, but I doubt you can train someone to interview children in 2 or 3 months of weekly online lectures without any previous experience in childhood and adolescence. For example, how do you take a psychologist specialized in vocational orientation, get them to take 3 lessons on child interviewing, and then the next day they're interviewing a child who was a victim of sexual abuse?! It's all very precarious, in my opinion (Participant 8).
>
> We're missing the practice during the training. It's all online, too much online. The trainees need to observe a real forensic interview going on, but it's all online theory (Participant 1)."

Making a form of training available is not enough if it does not prepare the interviewer for the actual interview and all the nuances required of it.

4.2. A limited infrastructure of Courts to apply the procedure stated in the legislation

Judges were asked about the procedure adopted in their day-to-day practice and the positive and negative sides of the legislation. Judges working in bigger cities seemed to have better infrastructure and specialised rooms. Nevertheless, smaller

towns – which are predominant, often do not have the equipment and proper space for the interview to take place. One of the participants noted that she gave a room in her courtroom to the Judge from a nearby town to use, so the interviewee had to be interviewed away from their regional Court. Another participant noted that there was no backing from the State Court regarding the structure provided:

> "I remember when I got to my last town, and there was no room for the interviews. I took the situation to the State Court, and they returned to me with no answer and no means to make the room happen. It's like they are saying, 'you're on your own. Just follow the law'... How can I do it? I could damage the evidence this way, to make it inadmissible (Participant 13).
> Some Courts are much ahead of others. I've worked in places with no speakers, and we could not set a CCTV from one room to another. The child had to repeat everything again… Very troubling. We need to have a room, quality equipment, and infrastructure. The main issue is to put legislation into practice (Participant 15)."

The issues involving infrastructure are related to physical space and from where to get trained interviewers. Most participants had at least one qualified and trained interviewer employed by their Court. However, four participants did not have a trained professional to perform the interviews, necessitating asking someone outside the Judicial system to do it. In that case, the State will provide the payment. Overall, participants were not satisfied with the approach of such an outside professional, either because of the lack of training or because they had to come from different cities and had busy schedules. Also, issues on the payment of the *experts* were raised because the amount of money offered by the State is not enough for the interviewer to go to the courtroom and spend hours there. Thus, underpayment does not attract the right calibre of individual to perform the interview.

4.3. A minimal interest of legal practitioners in practices relating to children's interviews

When responding to questions regarding the quality of the training offered and if they wanted to add any information, the topic of untrained legal practitioners came up. Concerns were raised about the solicitors' actions, prosecutors' actions, and Appeal Courts Judges' decisions. One of the participants highlighted the waste of all the efforts of a first degree Judge to keep updated if, when an appeal comes, the Appeal Court's Judges' do not understand the best practice of interviewing and cancel all the former decisions. The fact that the training is optional for those who are not interviewers is also an issue:

> "Who wants to go to training goes, but the percentage of practitioners who are interested in the topic [forensic interviewing with children] is very low. Considering it is optional, they do not attend, and the consequences for children are nefarious (Participant 15)."

There are untrained Judges, Prosecutors, and Defence Lawyers working actively and directly with children and impacting their lives. Even if there is no personal contact between them, the decision-making will have consequences for the children. The evidence will be evaluated by legal practitioners, who, in the majority, are not supplied with the requisite knowledge. To assess the reliability of a child's evidence, surely all must understand the nature of the interviewing. The legal system is built to reach a decision closest to the truth, avoiding miscarriages of justice Nevertheless, fair decisions will only be achieved with accurate information (SPENCER & LAMB, 2012). Trials are an effort to recreate the past. Consequently, the decisions from the trials will be just as good as the information that supported them (DURSTON, 2011).

Mentioning a specific hearing, a participant affirmed:

> "The solicitor put the Judge in a really difficult position. Everybody was in a difficult position because the solicitor behaved badly, you know? Sometimes the Judge is trying to keep the hearing under control, but people act to lead us to an unnecessary level of distress (Participant 10)."

There were also complaints about prosecutors' actions, either because (i) they want the child to talk regardless of their right not to or (ii) they do not understand the appropriate procedure of a forensic interview, (iii) they have no patience to wait for *rapport* building, (iv) they do not understand the importance of open-ended questions, instead of using specific questions about the alleged crime. Regarding training legal practitioners, Cooper *et al.* (2018) pointed out that legislation and practice must both be aligned with research-based questioning techniques for the defendant to have a fair trial. Therefore, the urgent need for training encompasses both the child's and the defendant's rights. Some years ago in the United Kingdom, a recommendation for training legal practitioners was made: "Training: A comprehensive modular programme of training handling vulnerable witnesses, victims and defendants should be put in place for all criminal and family practitioners, both new and experienced" (ATC 2011: 4). Such a recommendation surely ought to apply to Brazil as well, including Judges.

5. Discussion

This study sought to gather Brazilian Judges' perceptions of forensic interviews with children carried out since the legislation amendment in force of

Law 13,431/2017. Considering the participants were volunteers who approached the researcher, it is safe to say that most of them were diligent professionals concerned about contributing to improving the practice applied, following the law's requirements. The results of this study must be considered with their limitations. First, because of the non representative number of participants, but mostly because they were proactive volunteers, who were generally interested in learning the theoretical best-practice for application in their daily practice.

They frequently referred to three main issues.

The need to upgrade the infrastructure is not a surprising finding, as budgets are a current international issue when introducing new public policies (a limited infrastructure of Courts to apply the procedure stated in the legislation). However, the considerations around insufficient training given to interviewers (a lack of trained forensic interviewers) and untrained legal practitioners to act in cases involving children (a minimal interest of legal practitioners in practices relating to children's interviews) are findings that indicate what the next move should be. Improvements are needed to enhance the quality of the evidence produced through an interview with a child. Considering the lack of trained professionals and the current infrastructure offered by the Courts, the procedure adopted by each Judge can be different in each town. As mentioned, one Judge reported having zero opportunity to make the forensic interview happen, deciding not to interview children under the age of twelve. Besides that, six participants mentioned they do not apply the procedure of the law when the victim is over sixteen years old, as they do not have the time to wait for the forensic interview to be scheduled by the interviewers, who are overwhelmed.

A limited infrastructure of Courts and a lack of trained forensic interviewers reflect directly on the time lapse between the fact and the interview. Research has shown that every time a witness tries to access the memory in their brain, the memory can be altered (SCARPATI *et al.,* 2023). Consequently, when the interview is scheduled months or years after the fact, the witness' report may not be as accurate as when it is given closer to the event (CECCONELLO *et al.,* 2018). It could be said that the investments mentioned above would improve the quality of the information given by the child, therefore reducing miscarriages of justice (POYSER & MILNE, 2021). Furthermore, practice would be better aligned with theory, and academic research (MILNE, 2021).

The Judges were concerned about the rights of the children subjected to the Judicial System, especially their psychological well-being when questioned by a forensic interviewer. Page and Precey (2002) also noted that children's interviewers often suffer from the dilemma of (i) guaranteeing the child's welfare and (ii) bringing to the Court an accurate report as evidence. Guidelines must be respected

considering legislation, evidence admissibility, and child protection. Although the need to train interviewers is urgent, that urgency cannot interfere with the quality of the training. The Judges made several mentions about the need for practical modules during the training, especially mock interviews and accompanying actual interviews as observers, before conducting an actual one. Stewart, Katz, and La Rooy (2011, p. 199) stated:

> "Interviewers must learn to reflect critically on the skills and techniques required to conduct effective interviews through a variety of methods which include seminar presentations, practice interviews with experienced police officers and actors, as well as detailed individual and group feedback sessions."

In addition, interviewers are not the only people responsible for their training and continuous ongoing development –, this needs to be a concern for all managers and practitioners (STEWART *et al.,* 2011). In addition, refresher training and self-evaluating the trained techniques are essential to best practice (WESTERA *et al.,* 2016). Nancy Walker (2002) affirmed:

> "Interviewers require information from both social science and the law, such as information on child development, memory, and communication, as well as information on legal standards for assessing the admissibility of interview evidence. Interviewers also require state-of-the-art training in best practices in forensic interviewing."

Aside from the need to better train the interviews, the need to have trained legal practitioners emerged. In a study regarding lawyers' competency to interview children, Perry, Mcauliff, Tam, Claycomb, Dostal, and Flanagan (2001, p. 327) concluded that: "Lawyers and judges, as well other professionals who work with child witnesses, should receive specialised training in developmentally appropriate questioning techniques". However, when considering the necessary training, there is an extra obstacle considering the defence lawyer's actions. Research (e.g., BRUER *et al.,* 2022) has found that even when they know the best practices and techniques for questioning a child, lawyers use closed-ended and leading questions hoping to direct the child's answers.

Although Judicial systems may differ, UN Conventions, such as the Rights of the Child, should be respected by any country, including Brazil. Despite the differences in conducting criminal procedures, having the international rights of the child in mind, all Judges should engage in knowledge about the children's needs to enhance the quality of the evidence collected through their reports/interview. However, "Communication with judges about the needs of young witnesses is

often poor, undermining legislative intent and the quality of children's evidence" (PLOTNIKOFF & WOOLFSON, 2002, p. 296).

The type of questioning applied in a courtroom has a direct impact on the reliability of the witness, as well as on the witness's welfare. The need to qualify the people involved, including Judges, guarantees children's rights and also a fair trial for the defendant. Overall, the current research study has found that investments in training must go on, regarding the number of courses offered and the length and quality of the content of the courses. There is a need to train all legal practitioners, even if they are not interviewers. Research in the future could address: (i) How do Judges assess the reliability of the evidence? (ii) Should the same Judge decide on the child's welfare and the conviction/absolution of their offender?, (iii) How to ensure that legal practitioners are trained before involved in a child case?

Judicial decisions are being made by untrained professionals, who do not appear to have the knowledge expected on memory-related issues and impacts on the testimonial evidence (SCHMIDT *et al,* 2020). When deciding whether a person can make their own decisions, in an interdiction motion, the Judge relies on the *expert*'s report[19], which is the Doctor attesting to existing limitations. In a case involving a child victim, the *expert*, in this case, instead of the Doctor, is the interviewer. The one capable of helping the child tell an accurate account of the event. Therefore, training delivered to the interviewers and to Judges assessing the interviews must be in accordance with international standards, to elicit good information, which will inform a future judicial decision.

6. Conclusion

This research explored the impact of Law 14.341/2017 on the Criminal Justice System, from a Judge's point of view. The content of interviews were analysed, and the findings were used to make recommendations to improve forensic interviewing of children. Well conducted interviews with children are crucial as it is imperative to ascertain reliable information that in turn informs judicial decision making within the courtroom (PICHLER *et al.*, 2019). Decisions that rely on information obtained by interviewers with no, limited, or inappropriate training may at worst lead to a miscarriage of justice (POYSER & MILNE, 2011). Thus, it is a concern that the findings of the current study pointed to three recurring themes two of them referring to training. Considering the evidence given by a witness is the most used means of evidence in Brazil's criminal procedure (SILVA & JAEGER, 2020), Judges, Prosecutors and Defense Lawyers must be suitably trained to identify a good

19. Article 750, Brazilian Civil Procedure Code.

interview from a poor one. Therefore, to improve the quality of the information used to make a judicial decision in cases involving children as witnesses or victims, investments on (i) an adequate environment for interviewing children, (ii) training forensic interviewers, and (iii) training legal practitioners must be prioritised. Law 14.341/2017 brought internationally recognised rights, which is a promising start for future criminal procedure reform in Brazil. However, legislation will only be good enough if it is accompanied by appropriate training, infrastructure, and well-prepared legal practitioners to apply the rights to real-life cases. Brazil has a long road ahead to achieve best practices regarding children's interviewing.

7. References

ABE (2022). Achieving best evidence in criminal proceedings. London: Ministry of Justice. NPCC.

ANDREWS, S. J., AHERN, E. C., STOLZENBERG, S. N. & LYON, T. D. The productivity of wh- prompts when children testify. *Applied Cognitive Psychology, 30,* pp. 341-349, 2016. [https://doi.org/10.1002/acp.3204].

ANDREWS, S. K. & LAMB, M. E. The structural linguistic complexity of lawyers' questions and children's responses in Scottish criminal courts. *Child abuse & Neglect,* 65, 185-193, 2017. [http://dx.doi.org/10.1016/j.chiabu.2017.01.022].

ATC (2011) Raising the Bar. London: ATC.

BABB, B. A. Family law and therapeutic jurisprudence: A caring combination. *Family Court Review, 59*(3), pp. 409-413, 2021. [https://doi.org/10.1111/fcre.12585].

BAKER, M., FESSINGER, M., MCWILLIAMS, K. & WILLIAMS, S. The use of note-taking during forensic interviews: Perceptions and practical recommendations for interviewers. Developmental Child Welfare, 3(1), pp. 20-35, 2021. [https://doi.org/10.1177/25161032211002187].

BAUGERUD, G., JOHNSON, M. S., HANSEN, H. B. G., MAGNUSSEN, S. & LAMB, M. E. Forensic interviews with preschool children: An analysis of extended interviews in Norway (2015-2017). *Applied Cognitive Psychology, 34,* pp. 654-663, 2020.

BITTAR, W. B. O problema do conteúdo da valoração do depoimento dos delatores diante do conceito de justa causa para o regular exercício da ação penal [The problem of the content of the recognition of the testimony of the informers towards the concept of just cause for the regular exercise of the criminal action]. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal,* 3(1), 2525-510X, 2017. [https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i1.41].

BORGES, C., MAYER, S. & MARTINS, C. (22 Jun 2022). Quem é Joana Ribeiro, juíza que impediu o aborto de uma menina de 11 anos que foi estuprada. [Who is Joana Ribeiro, the Judge who banned abortion for 11 year old girl who

was raped]. G1 Santa Catarina. [https://g1.globo.com/sc/santa-catarina/noticia/2022/06/22/quem-e-joana-ribeiro-zimmer-juiza-que-impediu-o-aborto-de-uma-menina-de-11-anos-que-foi-estuprada.ghtml].

BRAUN, V. & CLARKE, V. Using thematic analysis in psychology. Qualitative Research in Psychology, 2006. [https://doi.org/10.1191/1478088706qp063oa].

BRAZIL. (2023). Conselho Nacional de Justiça. Participação Feminina na Magistratura. [Female Participation on Magistracy]. [https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/08/participacao-feminina-na-magistratura-v3-31-08-23.pdf].

BRAZIL. Brazilian penal code. 1940. [https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm].

BRAZIL. Law 13,431. 2017. [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13431.htm].

BRAZIL. Ministério Público Federal. Recomendação nº 19/2022 – GAB-DCE – PR/SC – MPF. Submitted by Daniele Cardoso Escobar. 22 Jun 2022. [https://www.mpf.mp.br/sc/sala-de-imprensa/docs/2022/recomendacao-menor-hu-aborto].

BRAZIL. Santa Catarina. Secretaria de Estado da Saúde. [https://www.saude.sc.gov.br/index.php/informacoes-gerais-documentos/atencao-basica/nucleos/nucleo-de-atencao-a-saude-da-mulher-crianca-e-adolescente/manuais-e-publicacoes-saude-da-mulher/18514-interrupcao-legal-da-gestacao/file].

BRAZIL. Statute of the child and adolescent. Law 8,069. 1990. [https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm].

BROWN, D. A. & LAMB, M. E. Forks in the road, routes chosen, and journeys that beckon: A selective review of scholarship on children's testimony. *Appl Cogn Psychol, 33,* pp. 480, 2019. [https://doi.org/10.1002/acp.3511].

BRUER, K. C., WILLIAMS, S. & EVANS, A. Lawyer's experience questioning children in Canadian court. *Child Abuse & Neglect, 134*, pp. 1-12, 2022. [https://doi.org/10.1016/j.chiabu.2022.105930].

BRYMAN, A., CLARK, T., SLOAN, L. & FOSTER, L. Bryman's Social Research Method. Sith Edition. Oxford Press, 2021.

BULL, R. & MILNE, R. Recommendations for collecting event memory evidence. In POZZULO, J., PICA, E. & SHEAHAN, C. (Eds.). Memory and sexual misconduct: Psychological research for criminal justice. Routledge, 2020.

CAMPOS, D. S. *Análise da atuação do conselho tutelar diante das notificações de abuso e exploração sexual* [Analysis of the action of the tutelary council facing notifications of sexual abuse and exploitation] [Masters dissertation, Fundação Oswaldo Cruz]. 2014. [https://www.arca.fiocruz.br/bitstream/handle/icict/10962/daniel_campos_iff_mest_2014.pdf?sequence=2&isAllowed=y].

CECCONELLO, W., MILNE, R. & STEIN, L. M. Evidence based Interview and Interrogation: Considerations from Investigative Interviewing applied into criminal investigation. [Oitivas e interrogatórios baseados em evidências: considerações sobre entrevista investigativa aplicado na investigação criminal]. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, vol. 8, n. 1, p. 489-510, jan./abr. 2022. [https://doi.org/10.22197/rbdpp.v8i1.665].

CECCONELLO, W. W., AVILA, Gustavo N. & STEIN, L. M. The (un)repeatability of memory-dependent criminal evidence: a discussion from the psychology of witness. [A (ir)repetibilidade da prova penal dependente da memória: uma discussão com base na psicologia do testemunho]. Revista Brasileira de Políticas Públicas, 8(2), 1057-173, 2018. Doi: [10.5102/rbpp.v8i2.5312].

CEZAR, J. A. A escuta de crianças e adolescente em juízo: uma questão legal ou um exercício de direitos? [Hearing of children in Court: a legal matter or a right being exercised?] In L. Potter (Ed.). *Depoimento sem dano* [Deposition without harm]. Lumen juris, 2010.

COOPER, P., DANDO, C., ORMEROD, T., MATTISON, M., MARCHANT, R., MILNE, R. & BULL, R. One step forward and two steps back? The '20 Principles' for questioning vulnerable witnesses and the lack of an evidence-based approach. *The International Journal of evidence & proof.* 22(4), pp. 392-410, 2018.

CYR, M., DION, J., GENDRON, A., POWELL, M. & BRUBACHER, S. A test of three refresher modalities on child forensic interviewers' posttraining performance. *Psychology, Public Policy, and Law, 27*(2), pp. 221-230, 2021. [https://doi.org/10.1037/law0000300].

DANDO, C. J., GABBERT, F. & HOPE, L. Supporting older eyewitnesses' episodic memory: the self-administered interview and sketch reinstatement of context. *Memory, 28*(6), pp. 712-723, 2020. [https://doi.org/10.1080/09658211.2020.1757718].

DANDO, C. J., ORMEROD, T. C., COOPER, P., MARCHANT, R., MATTISON, M., MILNE, R. & BULL, R. No evidence against sketch reinstatement of context, verbal labels or use of registered intermediaries for children with autism spectrum disorder: Response to Henry et al. *Journal of Autism and Developmental Disorders, 48*, pp. 2593-2596, 2018. [https://doi.org/10.1007/s10803-018-3479-z].

DURSTON, G. *Evidence: Text & Materials*. 2nd edition. Oxford Press, 2011.

EARHART, B., BRUBACHER, S. P., POWELL, M. B., WESTERA, N. J. & GOODMAN-DELAHUNTY, J. Judges' delivery of ground rules to child witnesses in Australian courts. *Child Abuse and Neglect, 74*, pp. 62-72, 2017. [https://dx.doi.org/10.1016/j.chiabu.2017.08.005].

G. A. Res. 40/34 (Nov. 29, 1985). [https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/declaration-basic-principles-justice-victims-crime-and-abuse].

G. A. Res. 45/121 (Apr. 3, 1991). [https://digitallibrary.un.org/record/105578?ln=em].

GRICE, H. P. *Studies in the way of words*. Harvard University Press. 1989.

GUIMARÃES, P., DE LARA, B. & DIAS, T. (2022, June 20). Suportaria ficar mais um pouquinho? [Would stand to keep it a little longer?]. The Intercept Brasil. [https://theintercept.com/2022/06/20/video-juiza-sc-menina-11-anos-estupro-aborto/].

HABIGZANG, L. F., RAMOS, M. S. & KOLLER, S. H. *A revelacao de abuso sexual: as medidas adotadas pela rede de apoio*. [The disclosure of sexual abuse: adopted measures bu the support network]. *Psicologia: Teoria e Pesquisa.* 27(4), pp. 467-473, 2011.

HAGSANDA, A. V., HJELMSÄTERA, E. R., GRANHAGA P. A., FAHLKEA, C. & GORDH, A. S. Witnesses stumbling down memory lane: The effects of alcohol intoxication, retention interval, and repeated interviewing. *Memory*, 25(4), pp. 531-543, 2017. [http://dx.doi.org/10.1080/09658211.2016.1191652].

HERSHKOWITZ, I., AHERN, E. C., LAMB, M. E., BLASBLAG, U., KARNI-VISEL, Y. & BREITMAN, M. Changes in interviewers' use of supportive techniques during revised protocol training. *Applied Cognitive Psychology, 31,* pp. 340-350, 2017. [http://doi.org/10.1002/acp.3333].

HOWE, M. L. & KNOTT, L. M. The fallibility of memory in judicial processes: Lessons from the past and their modern consequences. *Memory,* 23(5), pp. 633-656, 2015. [http://dx.doi.org/10.1080/09658211.2015.1010709].

LAMB, E. M., ORBACH, Y., HERSHKOWITZ, I., ESPLIN, P. W. & HOROWITZ, D. A structured forensic interview protocol improves the quality and informativeness of investigative interviews with children: a review of research using the NICHD investigative interview protocol. *Child Abuse & Neglect, 31*, pp. 1201-1321, 2007.

LAMB, M. E. & BROWN, D. A. Conversational apprentices: Helping children become competent informants about their own experiences. *British Journal of Developmental Psychology*, 24, 215–234, 2006. [http://doi.org/10.1348/026151005X57657].

LAMB, M. E., HERSHKOWITZ, I., ORBACH, Y. & ESPLIN, P. W. *Tell me what happened: structured investigative interviews of child victims and witnesses*. John Wiley & Sons, 2008.

LIMA, R. B. *Curso de Processo Penal.* Impetus, 2013.

LOFTUS, E. F., WOLCHOVER, D. & PAGE, D. General Review of the Psychology of witness testimony In HEATON-ARMSTRONG, A., SHEPERD, E., GUDJONSSON, G. & WOLCHOVER, D. (Ed). *Witness Testimony: Psychological, investigative and evidential perspectives*, Oxford Press, p. 7-22, 2006.

LOFTUS, E. (2013). The fiction of memory. Youtube. [https://www.youtube.com/watch?v=HbMO1__9K5g].

MARTSCHUCK, N., POWELL, M., BLEWER, R., & GOODMAN-DELAHUNTY, J. Legal decision-making about (child) sexual assault complaints: the importance of the information-gathering process. *Current Issues in Criminal Justice,* 2021. [https://doi.org/10.1080/10345329.2021.1978213].

MATTISON, M. L. A., DANDO, C. J. & ORMEROD, T. C. Sketching to remember: episodic free recall task support for child witnesses and victims with autism spectrum disorder. *J Autism Dev Disord, 45,* pp. 1751-1765, 2015. DOI [10.1007/s10803-014-2335-z].

MILNE, B. & BULL, R. Interviewing victims of crime, including children and people with intellectual disabilities. KEBBELL, M. & DAVIES, G. (Ed.). *Practical Psychology for forensic investigations and prosecutions*. Wiley, 2006.

MILNE, R. & BULL, R. Does the cognitive interview help children to resist the effects of suggestive questioning? *Legal and Criminological Psychology*. *8*(1), pp. 21-38, 2010. [https://doi.org/10.1348/135532503762871219].

MILNE, R. Psychology and policing: from theory to impact. *International Journal of Police Science & Management, 23*(1), pp. 3-4, 2021. [https://doi.org/10.1177/14613557211011857].

MILNE, R., SHARMANB, S. J., POWELL, M. B., & MEAD, S. Assessing the Effectiveness of the Cognitive Interview for Children with Severe Intellectual Disabilities. *International Journal of Disability, Development and Education*, *60*(1). pp. 18–29, 2013. [http://dx.doi.org/10.1080/1034912X.2013.757137].

MITCHELS, B. *Children and vulnerable witnesses in court proceedings.* Wildy, Simmonds & Hill Publishing, 2016.

NIELD, R., MILNE, R., BULL, R. & MARLOW, K. The Youth Justice and criminal evidence Act 1999 and the interviewing of vulnerable groups: A practitioner's perspective. *Legal and criminlogical Psychology*, *8*, pp. 223-228, 2003. [https://doi.org/10.1348/135532503322362997].

O'MAHONY, B. M. How Effective are Judges and Counsel at Facilitating Communication with Vulnerable Persons in a Criminal Trial? In COOPER, P. & HUNTING, L. (Ed). *Addressing vulnerability in Justice systems*. Wildy, Simmonds & Hill Publishing, 2016.

PAGE, M. & PRECEY, G. Child protection concerns when questioning children. In WESTCOTT, H. I., DAVIES, G. M. & BULL, R. (Ed.), *Children's testimony: a handbook of psychological research and forensic practice*, pp. 37-50, John Wily & Sons Ltd. 2002.

PASE, H. L., CUNHA, G. P., BORGES, M. L. & PATELLA, A. P. D. O Conselho Tutelar e as políticas públicas para crianças e adolescentes. [The Guardianship

Council and public policy for children and adolescents]. *Cad. EBAPE.BR*, *18*(4), pp. 1003-1010, 2020. [https://doi.org/10.1590/1679-395120190153].

PERRY, N. W., MCAULIFF, B. D., TAM, P., CLAYCOMB, L., DOSTAL, C. & FLANAGAN, C. When lawyers question children: is justice served? In BULL, R. (Ed.), *Children and the law: the essential readings.* (pp. 304-332). Blackwell Publishers, 2001.

PICHLER, A. S., SHARMAN, S. J., POWELL, M., WESTERA, N. & GOODMAN-DELAHUNTY, J. Association between interview quality and child sexual abuse trial outcome. *Journal of Family Violence, 35,* pp. 395-403, 2019. [https://doi.org/10.1007/s10896-019-00051-5].

PLOTNIKOFF, J. & WOOLFSON, R. What do judges know about young witnesses? In WESTCOTT, H. I., DAVIES, G. M. & BULL, R. (Ed.), *Children's testimony: a handbook of psychological research and forensic practice*, pp. 295-308. John Wily & Sons Ltd. 2002.

POWELL, M. B. & BARNETT, M. Elements underpinning successful implementation of a national best-practice child investigative interviewing framework. *Psychiatry, Psychology and Law, 22*(3), pp. 368-377, 2015. [http://dx.doi.org/10.1080/13218719.2014.951112].

POWELL, M. B. & BRUBACHER, S. P. The origin, experimental basis, and application of the standard interview method: an information-gathering framework. *Australian Psychology, 55,* pp. 645-659, 2020. [https://doi.org/10.1111/ap.12468].

POYSER, S. & MILNE, R. Miscarriages of justice: a call for continued research focussing on reforming the investigative process. *The British Journal of Forensic Practice, 13*(2), pp. 61-71, 2011. [https://doi.org/10.1108/14636641111134305].

POYSER, S. & MILNE, R. No grounds for complacency and plenty for continued vigilance: miscarriages of justice as drivers for research on reforming the investigative interviewing process. *Police Journal, 88*(4), pp. 265-280, 2015. [https://doi.org/ 10.1177/0032258X15598951].

POYSER, S. & MILNE, R. The time in between a case of 'wrongful' and 'rightful' conviction in the UK: Miscarriages of justice and the contribution of psychology to reforming the police investigative process. *International Journal of Police Science & Management, 23*(1), pp. 5-16, 2021. [https://doi.org/10.1177/14613557211006134].

QUAS, J. A. & SUMAROKA, M. Consequences of legal involvement on child victims of maltreatment. P. 323-350. LAMB, M. E., LA ROOY, D. J., MALLOY, L. C. & KATZ, C. (Ed.). *Children's testimony: a handbook of psychological research and forensic practice*. Wiley-Blackwell. 2011.

SANDERSON, J. & WEATHERS, M. R. "Every time someone comes forward it makes it easier for the next survivor to be heard": Sport as a triggering agent to break the silence of child sexual abuse. *Communication Quarterly, 67*(3), pp. 333-353, 2019. [https://doi.org/10.1080/01463373.2019.1596141].

SANTOS, S. & DELL'AGLIO, D. Quando o silêncio é rompido: o processo de revelação e notificação de abuso sexual infantil [When silence is broken: the process of reveal and report of child sexual abuse]. *Psicologia & Sociedade*, 22 (2), 328-335, 2010. [https://doi.org/10.1590/S0102-71822010000200013].

SAYWITZ, K. J. & CAMPARO, L. B. Interviewing Children: A primer (371-391). MELTON, G. B., BEN-ARIEH, A., CASHMORE, J., GOODMAN, G. S. & WORLEY, N. K. *The SAGE Handbook of Child Research*. SAGE, 2014.

SAYWITZ, K. J. & NATHANSON, R. Children's memory and their perceptions of stress in and out of the courtroom. *Child abuse & neglect,* 17, pp. 613-622, 1993.

SAYWITZ, K. J. Improving children's testimony: the question, the answer, and the environment. In ZARAGOZA, M. S., GRAHAM, J. R., HALL, G. C. N., HIRSCHMAN, R. & BEN-PORATH, Y. S. (Ed), *Memory and testimony in the child witness*, pp. 113-140. SAGE Publications. 1995.

SAYWITZ, K. J., & CAMPARO, L. B. *Evidence-based Child Forensic Interviewing: The Developmental Narrative Elaboration Interview.* Oxford University Press, 2013.

SCARPATI, A. S., CECCONELLO, W. W., BERNARDES, M., BIANCHINI, S. & STEIN, L. M. Ouvir, respeitar, proteger: recomendações para entrevista com mulheres vítimas de violência sexual. [Listen, respect, protect: recommendations for interviewing women victims of sexual violence]. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal, 9*(3), pp. 1257-1296, 2023. [https://doi.org/10.22197/rbdpp.v9i3.851].

SCHMIDT, S., KRIMBERG, J. S. & STEIN, L. M. Conhecimento dos magistrados sobre processos de memória nos relatos testemunhais e no reconhecimento de pessoas. [Magistrates' knowledge of memory processes in witness testimony and people recognition]. *Revista Brasileira de Ciências Criminais, 173,* pp. 201-243, 2020.

SILVA, R. F. P. & JAEGER, A. Memória e conformidade: a confiabilidade da prova testemunhal e o transcurso do tempo [Memory and conforomity: the reliability of the eyewitness evidence through time]. *Revista Brasileira de Ciências Criminais, 171*(28), pp. 281-312, 2020.

SPENCER, J. R. & LAMB, M. E. *Children and Cross-Examination: Time to change the rules?* Hart Publishing, 2012.

STEELE, L. C. The forensic interview: A challenging conversation. GOODYEAR-BROWN, P. (Ed.). *Handbook of child sexual abuse: Identification, assessment, and treatment*, pp. 99–119. John Wiley & Sons, Inc. 2012.

STEWART, H., KATZ, C. & LA ROOY, D. J. Training forensic interviewers. In LAMB, M. E., LA ROOY, D. J., MALLOY, L. C. & KATZ, C. (Ed.), *Children's testimony: a handbook of psychological research and forensic practice.* 2nd edition, pp. 199-216. John Wily & Sons Ltd. 2011.

VERKAMPT, F., DODIER, O., MILNE, R. & GINET, M. An analysis of the quality of investigative interviews with children in France: age of the witness does matter. *Police Practice and Research*, 22:2, pp. 1130-1154, 2021. [https://doi.org/10.1080/15614263.2019.1658581].

WALKER, N. E. Forensic interviews of children: the components of scientific validity and legal admissibility. *Law and contemporary problems*. *65*(1), 149--178, 2002. Available at: [https://scholarship.law.duke.edu/lcp/vol65/iss1/6].

WATERHOUSE, G. G., RIDLEY, A. M., BULL, R. & WILCOCK, R. A study analysis for multiple interviewing of child witnesses. *Child Abuse Review*, 29, pp. 544-558, 2020. [https://doi.org/10.1002/car.2604].

WESTERA, N. J., POWELL, M. B., MILNE, R. & GOODMAN-DELAHUNTY, J. Police interviewing of sexual assault victims: Current organisational responses and recommendations for improvement. In BULL, R. & BLANDON-GITLIN, I. (Eds.), *Handbook of legal and investigative psychology*. Routledge, 2016.

WINICK, B. J. & WEXLER, D. B. *Judging in a therapeutic key.* Carolina Academic, 2003.

WRIGHT, R. & POWELL, M. B. Investigative interviewers' perceptions of their difficulty in adhering to open-ended questions with child witnesses. *International Journal of Police Science & Management, 8*(4), pp. 316-325, 2006. [https://doi.org/10.1350/ijps.2006.8.4.316].

ZAVATTARO, M. S. *Depoimento Especial: aspectos jurídicos e psicológicos de acordo com a lei 13431/2017* [Special Testimony: juridical and psychological aspects according to Law 13,431/2017]. D'Placido, 2018.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Áreas do Direito: Penal; Infância e Juventude

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- Análise econômica do direito de família: As normas jurídicas sobre alienação parental são eficientes no auxílio à formação da cidadania de crianças e adolescentes?, de Bruno Serafim Urbano e Ivelise Fonseca De Matteu – *RDCI* 127/207-226;
- Depoimento especial de crianças e adolescentes, de Gilberto Azevedo de Moraes Costa – *RePro* 340/269-298;
- Direito ao confronto e depoimento especial, de Diogo Malan e Flávio Mirza – *RBCCrim* 171/187-224;
- Leitura crítica e interdisciplinar do depoimento especial na Lei 13.431/2017, de André Nicolitt e Ana Cláudia da Silva Junqueira Burd – *RBCCrim* 160/261-294; e
- Recomendação 33 do Conselho Nacional de Justiça protocolos de oitiva especial de criança segundo a Lei 13.431, de 5 de abril de 2017, de Antonio Jorge Pereira Júnior, Marília Bitencourt Calou Rebouças e Marynna Laís Quirino Pereira – *RT* 993/403-420.

Zavattaro, Mayra dos Santos; Milne, Rebecca; Bull, Ray; Stein, Lilian Milnitsky.
Forensic interviewing of children in Brazil: judges' perceptions after five years of law reform.
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 204. ano 32. p. 203-232. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2024.
DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.12628288].

Criminologia

A visita íntima nas prisões e seu itinerário histórico: desigualdades de gênero e direitos sexuais em disputa

Intimate visitation in prisons and its historical itinerary: gender inequalities and sexual rights in dispute

Alessandra Teixeira[1]
Universidade Federal do ABC, UFABC, Brasil.
E-mail: alessandra.teixeira@ufabc.edu.br

Alice Quintela Lopes Oliveira[2]
Universidade Federal do ABC, UFABC, Brasil.
E-mail: alice.quintela@ufabc.edu.br

Recebido em: 09.01.2023
Aprovado em: 05.12.2023
Última versão das autoras: 09.01.2024

DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.12628245].

1. Professora Adjunta da Universidade Federal do ABC (UFABC). Doutora (2012) e Mestre (2007) em Sociologia pela Universidade de São Paulo. Pesquisadora do CNPq (PQ2). Coordenadora do Grupo de Pesquisa Resistências: Controle social, memória e interseccionalidades.
Lattes: [http://lattes.cnpq.br/8601483356523987].
Orcid: [https://orcid.org/0000-0003-2003-3910].
E-mail: alessandra.teixeira@ufabc.edu.br
2. Doutoranda em Ciências Humanas e Sociais pela Universidade Federal do ABC (UFABC). Mestra em Direito pela Universidade Federal de Alagoas (2009). Ex-Bolsista da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de Alagoas – FAPEAL. Membro do Grupo de Pesquisa Resistências: Controle social, memória e interseccionalidades. Servidora Pública do Poder Judiciário Federal.
Lattes: [http://lattes.cnpq.br/3021632663254663].
Orcid: [https://orcid.org/0000-0002-0260-361X].
E-mail: alice.quintela@ufabc.edu.br

Áreas do Direito: Penal; Direitos Humanos

Resumo: Este artigo pretende discutir a prática e a gestão da visita íntima nas prisões, analisando como a desigualdade na sua implantação e no exercício desse direito, entre presas e presos, revela profundas assimetrias nas políticas sexuais desenvolvidas nas prisões segundo o gênero, traduzidas no tratamento de direitos e nas experiências diametralmente opostas sobre prazer, sexualidade e afeto vivenciadas de acordo com o gênero. A partir do levantamento em documentos oficiais, relatórios de pesquisa, registros de campo, e ampla revisão bibliográfica, perscrutam-se os embates que marcaram a trajetória dessa prática e sua regulação, sua relação com as demandas e disputas em torno dos direitos sexuais, o eventual deslocamento que pode ter representado sobre a violência sexual nas prisões masculinas, problematizando, por fim, sua configuração enquanto um dispositivo da sexualidade operante na prisão a disciplinar e regular corpos e atribuir significados ao sexo e ao gênero.

Palavras-chave: Visita Íntima – Prisão – Gênero – Direitos Sexuais – Dispositivo da Sexualidade.

Abstract: This article intends to discuss the Conjugal Visit in prisons analyzing the inequality on the implantation process and on its exercise, when it comes to man and women incarcerated. It reveals opposed experiences about pleasure, sexuality and affection according to gender. Based on research on official documents, research reports and extensive bibliographic review, we exame the clashes that marked this practice and its regulation, as well its relations with the demands and disputes in sexual rights arena; but also the displacement it may have represented on sexual violence in prisions, questioning its configuration as the Deployment of Sexuality operating in prison to discipline and regulate bodies and assign meanings to sex and gender.

Keywords: Conjugal Visit – Prison – Gender – Sexual Rights – Sexuality Deployment.

Sumário: 1. Introdução. 2. Por uma genealogia possível da visita íntima. 3. Iniquidades de gênero e prisão. 4. O sexo nas prisões e as normas de gênero: um percurso histórico. 5. A visita íntima nas prisões a serviço do dispositivo da sexualidade. 6. Considerações finais. 7. Referências.

1. Introdução

Este artigo pretende trazer elementos que contribuam à compreensão das desigualdades de gênero constituintes do campo do controle e da punição contemporâneos, a partir da análise das visitas íntimas em prisões, uma prática social amplamente difundida nos presídios brasileiros, masculinos, por certo, há muitas décadas.

O percurso pelo qual passou o sexo nos presídios, em suas diferentes expressões, será trilhado neste artigo, buscando uma genealogia possível. Nele, parte-se da clandestinidade do comércio sexual à institucionalização da visita íntima nos presídios masculinos, de um lado, e, de outro, do persistente controle da sexualidade das mulheres à violação dos seus direitos sexuais e reprodutivos, nos presídios femininos.

Para recompor parte do percurso histórico empreendeu-se um levantamento documental, através de instrumentos legais, normativos, debates e discursos empreendidos por penitenciaristas, criminologistas e parlamentares que se debruçaram sobre a "questão sexual" nas prisões na primeira metade do século XX no Brasil, e também pesquisas realizadas na temática. Para delinear, em parte, marcadores sociais da diferença, recorreu-se à análise da base de dados oficiais, como o Infopen, produzidos pelo Departamento Penitenciário Nacional (Depen/MJ) e o Relatório Temático sobre Mulheres Privadas de Liberdade, de 2019, bem como a legislações nacionais e internacionais, de modo a tencioná-las e interrogá-las a partir das ferramentas teóricas disponíveis.

Recorreu-se, também, a registros dos diários de campo resultantes das pesquisas das autoras, realizadas a partir de duas frentes empíricas: junto a movimentos sociais e organizações que militam pelos direitos das presas, desde o final da década de 1990, na cidade de São Paulo, de um lado, e observação em oficinas realizadas em um presídio feminino, também na cidade de São Paulo, no ano de 2016.

Em um esforço de compreensão do fenômeno da visita íntima como mais um elemento para gestão da sexualidade, para além de seu enquadramento normativo, mobilizamos como referencial teórico substancial a obra de Michel Foucault, sendo especialmente relevante neste artigo a noção de "dispositivo[3] da sexualidade". Em seu livro *História de Sexualidade I: A vontade de saber* [1976] (2015), Foucault recorre a essa noção para, recusando a definição biológica do sexo e a hipótese de sua interdição discursiva a partir da Modernidade, entender a sexualidade como uma rede de saberes e poderes que se apropriam do corpo em sua materialidade viva e, assim, o investem de significação e inteligibilidade (FOUCAULT, 2015).

Segundo o autor, a sexualidade entrou no século XVIII como elemento organizador da verdade mais íntima, apoiada em técnicas de individualização e normalização dos sujeitos, como elemento disciplinador, mas também passou a fazer parte de estratégias de massa, políticas econômicas e populacionais, como elemento biopolítico (FOUCAULT, 2015). A sexualidade será o elemento (ou dispositivo) que tornará possível a confluência do poder das disciplinas do corpo sobre os indivíduos e das técnicas regulatórias sobre a população.

A apropriação da categoria "dispositivo da sexualidade" é por nós reivindicada aqui como um elemento central para a compreensão da institucionalização da visita íntima em prisões, por permitir compreendê-la a partir da diversificação de

3. A noção de dispositivo ocupa lugar estratégico da obra de Foucault, para definir a um conjunto de discursos, práticas, projetos, leis etc. que conformam um determinado binômio saber-poder respondendo a uma questão urgente num contexto de transformação histórica. Além da sexualidade, a disciplina (e a prisão) é também definida por ele como um dispositivo.

significados e de investidas de poder que ela pode representar, segundo os sujeitos a quem se destina. Assim, poderão ser bastante distintos, ou até mesmo opostos, os significados que a regulação ou a interdição da prática da visita íntima pode adquirir segundo o gênero e a sexualidade dos sujeitos a quem se destinam. Se homens ou mulheres, se pessoas cisgênero/heterorientadas ou LGBTQIAP +, na qualidade de visitantes ou visitadas, o raio de alcance do dispositivo e a forma como ele irá operacionalizar, quer a normalização das relações afetivas e eróticas, quer o controle ou a repressão de sexualidades dissidentes, produzirá efeitos diversos que impedem uma análise que leve em conta sua homogeneidade.

O artigo ainda apresenta um estado da arte das pesquisas e produções mais recentes acerca da visita íntima, bem como em relação aos fluxos do sexo nos presídios no país. A análise de tais trabalhos nos permite problematizar a desigualdade da implantação dessa prática e exercício desse direito, entre presos e presas, e como essa desigualdade pode revelar experiências diversas e bastante assimétricas sobre prazer, sexualidade e afeto, vivenciadas de acordo com o gênero.

2. Por uma genealogia possível da visita íntima

A abordagem contemporânea, no âmbito jurídico, da temática visita íntima nas prisões tem sido pautada a partir de sua definição como um mecanismo de efetivação dos direitos humanos dos sujeitos presos. A análise sobre o fenômeno se dá pela via da proteção jurídica, da referência às previsões na Constituição Federal, nos tratados internacionais, e principalmente nas Regras de Bangkok (NAÇÕES UNIDAS, 2010) que determinam o tratamento igualitário entre presos do sexo masculino e feminino. Os trabalhos jurídicos pouco abordam os efeitos do poder, e as formas de agir do dispositivo da sexualidade, no território carcerário, fechando os olhos aos deslocamentos do sexo e às diversas expressões da sexualidade.

A visita íntima vestiu a pele da lei e foi inscrita em direito, no Brasil, com a publicação da Lei de Execuções Penais (LEP), em 11 de julho de 1984, ainda que não de forma explícita. O inc. X do art. 41 prevê como direito do preso a "visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados". A gramática adotada não escondeu, sob o aparente manto da universalidade, a exclusão das mulheres presas dessa previsão. A escolha pelo gênero feminino no termo companheira, e não o universal masculino que é adotado, por exemplo, em amigos, no mesmo artigo, evidenciou que se tratava assim de direito que se queria atribuir aos homens heterossexuais presos, com indisfarçada exclusividade.

De um modo geral, o que a lei fez foi regulamentar uma prática tão longeva quanto a própria existência dessas instituições. A presença ilegal de mulheres, profissionais do sexo ou não, nas prisões masculinas, para prestar serviços sexuais a presos e ao *staff*, é prática fartamente relatada, senão em documentos oficiais,

em registros biográficos encontrados na literatura mundial. Fiódor Dostoievsky, em *Recordação da Casa dos Mortos* (2006), faz referência ao frequente ingresso de prostitutas nos temíveis *gulags* da Sibéria do final do século XIX, para atender sexualmente guardas e também prisioneiros que tivessem recursos para subornar e negociar com seus carcereiros, inserindo as relações (heterossexuais) como mais uma peça no jogo de poder, negociações e barganhas que marca o universo das instituições totais.

Na historiografia sobre as prisões, tanto estrangeira quanto nacional, há registros pungentes da prática normalizada de abusos e violência sexual contra as mulheres internadas em casas de trabalho e de correção e em cadeias e prisões mistas. Zadner (1998) relata que a servidão sexual das mulheres a guardas, presos e à população masculina livre em geral, manteve-se como elemento de gestão dessas instituições mistas, na Inglaterra e nos Estados Unidos, até meados do século XIX. No Brasil, essa condição se prolongou até pelo menos meados do século XX, quando as primeiras prisões destinadas exclusivamente para mulheres começaram a ser construídas (ARTUR, 2011; ANGOTTI, 2011), pese o fato de que, até o presente, 17% dos estabelecimentos prisionais no país ainda serem mistos[4], e as denúncias sobre violência sexual nas prisões femininas não serem raras.

Num contexto mais contemporâneo, a partir da segunda metade do século XX, a visita íntima ou conjugal ganha lugar no âmbito de demandas e reconhecimento de direitos das pessoas privadas de liberdade[5]. Embora sob o discurso emancipador dos direitos humanos, o caráter moralizador da regulamentação dessa prática esteve desde sempre latente, uma vez que fortemente ancorado numa perspectiva limitadora sobre o direito sexual, restringindo-o ao gênero masculino, e ao padrão familiar cis-heteronormativo. As visitas íntimas, em sua concepção original, conferiam direitos aos homens presos terem relações íntimas, por algumas horas na semana ou no mês, com uma mulher na condição de cônjuge ou companheira com vínculo jurídico reconhecido.

No Estado de São Paulo, a visita íntima nas prisões masculinas já se achava regulamentada antes mesmo da LEP de 1984, por intermédio de uma política que se consagrou como "humanização dos presídios" (GOÉS, 1991) no primeiro mandato do governo Franco Montoro (1983-86). Nas prisões femininas, contudo, o alcance dessa humanização não se fez sentir, ao menos no marco dos direitos civis das

4. Ministério Da Justiça e Segurança Pública – Departamento Penitenciário Nacional," Relatório Temático sobre mulheres Privadas de Liberdade". 2017. [http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-ulheres/copy_of_Infopenmulheresjunho2017.pdf].

5. O marco normativo internacional foram as *Regras Mínimas para Tratamento de Reclusos*, adotadas Primeiro Congresso das Nações Unidas sobre a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes, realizado em Genebra em 1955.

mulheres, por muito tempo, mesmo depois do advento da Constituição de 1988, que preconizou a igualdade entre homens e mulheres entre os direitos fundamentais.

Durante a década de 1990, embora a negação do direito de visita íntima às mulheres presas suscitasse algumas críticas localizadas entre acadêmicos e a sociedade civil atuante nos presídios àquele momento (FERREIRA, 1996), o debate sobre direitos sexuais esteve marcado pela discussão em torno da prevenção e tratamento da ISTs e das DST's nas prisões. O perfil das reivindicações de direitos à população prisional nessa década estava bastante atrelado às questões e demandas de saúde sexual, sobretudo relativas à prevenção e tratamento do HIV, num momento em que a AIDS vitimava severamente grupos de risco que eram sobrerrepresentados no universo das prisões. Nesse contexto, o debate em torno da visita íntima, nessa década, pautou-se menos pela denúncia da iniquidade de gênero, e mais pelo esforço em garantir as medidas para o sexo seguro dentro das prisões.

A Resolução 01/1999 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP) é bastante elucidativa desse cenário. Embora traga em seu primeiro artigo o reconhecimento da visita íntima como direito constitucional a ser atribuído a homens e mulheres presas, não chama a atenção à situação desigual na concessão desse direito nos presídios Brasil afora. Sua ênfase é colocada na necessidade de se efetivar esse direito a todos os presos, e nas preocupações sobre medidas de prevenção à infecção pelas ISTs e AIDS a serem tomadas no contexto da visita, incluindo até a informação sobre o uso de drogas (no caso, injetáveis) entre ações preventivas pertinentes à visita íntima.

Por trás da confecção dessa resolução estavam, além das pautas sobre saúde sexual orientadas pela prevenção à infecção do HIV nas prisões, demandas pela despenalização das práticas homossexuais entre presos e presas, em muito resultado da militância LGBT que se aproximava das prisões e se defrontava com o universo de proibições, discriminação e violência institucional em torno das questões homoafetivas nos presídios[6].

Ainda que a demanda LGBT tivesse, no seu horizonte, a previsão de visitas de cônjuges e parceiros do mesmo sexo, a leitura de suas demandas foi em parte traduzida como a efetivação da visita íntima (heterossexual) para erradicar a "homossexualidade situacional", conceito bastante controverso construído para descrever as relações afetivas no universo prisional por Corraze (2000), e mobilizado como um discurso fortemente operante para a defesa da visita íntima nas prisões (ainda hoje). A criminalização das práticas homossexuais nas prisões, aliás, remanesce até

6. As práticas e relações homossexuais sempre foram fortemente penalizadas nas prisões (sobretudo, e não por acaso, nas femininas), definidas como faltas disciplinares e punidas com sanções administrativas (castigos) e consequências no cumprimento da pena.

hoje nos regulamentos infralegais, operando como mais um elemento do dispositivo disciplinar para impor o terror, transacionar privilégios e regular a vida carcerária no campo da norma.

De todo o modo, a Resolução CNPCP 01/1999 contribuiu muito pouco para denunciar a discriminação de gênero promovida pelos sistemas de justiça criminal e prisional que seguiam negando a implementação da visita íntima em prisões femininas.

No mesmo período, no estado de São Paulo, a associação entre militantes feministas do direito e ativistas de direitos humanos nas prisões tornou possível uma mobilização que levou ao debate público a proibição ilegal da realização da visita íntima em presídios femininos. Em setembro de 2001, ativistas e coletivos promoveram o 1º Encontro *A mulher no sistema carcerário*, reunindo atores governamentais, não governamentais e intelectuais para discutir as desigualdades de gênero que atravessavam o sistema de justiça criminal, e colocando no centro do debate a não implementação do direito à visita íntima às mulheres presas, decorridos quase 20 anos de sua previsão legal. O Encontro resultou na formação de um Fórum permanente de entidades e ativistas militantes pelos direitos das mulheres presas, *O Grupo de Estudos e Trabalho Mulheres Encarceradas*[7], fortemente atuante durante os anos 2000, e finalmente na regulamentação do direito à visita íntima nos presídios femininos no Estado, através da Resolução 96 da Secretaria de Administração Penitenciária SAP de 27 de dezembro de 2001 (TEIXEIRA, 2002).

A regulamentação do direito à visita íntima para as mulheres presas, e sua instauração irregular, precária e errática nos presídios femininos do país, certamente não encerra o percurso da incidência do dispositivo da sexualidade (FOUCAULT, 2015) sobre as mulheres aprisionadas, mas constitui um novo capítulo nessa (longa) história de lutas, assujeitamentos e resistências.

3. Iniquidades de gênero e prisão

Qualquer discussão sobre a visita íntima em presídios a partir da perspectiva de gênero, ou, de maneira mais ampla, o debate sobre o exercício de direitos sexuais nas prisões (incluindo nessa categoria o livre exercício da sexualidade), precisa levar em conta as iniquidades e discriminações baseadas no gênero, que marcam as trajetórias das mulheres em sua complexa relação com a lei (MATSUDA, 2016), antes e depois do encarceramento.

7. O GET Mulheres Encarceradas reúne entidades como Associação Juízes para a Democracia (AJD), ITTC, OAB, Pastoral Carcerária, e ativistas de diferentes frentes. Há vários registros da atuação do GET nos boletins da AJD, em teses e dissertações e artigos científicos.

Reduzido do ponto de vista global, ainda que numa curva acentuadamente ascendente ao longo dos anos, o encarceramento de mulheres, em sua dinâmica, reproduz e acentua as iniquidades de gênero, através dos sistemas punitivos e em seu interior. Uma estratégia importante para invisibilizar as formas de controle acintosas estabelecidas historicamente sobre as mulheres (assim como sobre a população pobre e racializada), foi omitir seu registro, apagando os rastros e as evidências das violações contínuas a seus direitos, negligenciando a construção de marcadores sociodemográficos, e, desse modo, dificultando a produção de qualquer retrato fidedigno sobre esse fenômeno social.

Até o ano 2004 não havia a produção de dados oficiais, sequer esparsos, sobre o sistema prisional no país; tendo sido o Estado Novo, no âmbito do sistema de estatística policial criminal do regime Vargas, o responsável pela produção dos últimos registros sistemáticos sobre presos e prisões no país[8]. Apenas em 2004, o Ministério da Justiça, através do Departamento Penitenciário Nacional, concebe uma base de dados nacional sobre o sistema prisional, o Infopen, a ser atualizada anualmente através do Levantamento de Nacional de Informações Penitenciárias, coletada pelos estabelecimentos prisionais e enviada pelos Estados ao Ministério da Justiça.

Até 2014, o quadro sobre o encarceramento feminino se manteve secundarizado nos registros oficiais do Infopen, sendo tratado dentro do âmbito geral, sem particularizar a situação das mulheres presas, revelando mais uma vez a histórica perspectiva androcêntrica no campo científico e na produção de dados (MENDES, 2017; FACIO, 1991; EICLHLER, 1999). Quando se trata das 755.274 pessoas presas sem levar em consideração que 36.929[9] delas são mulheres (BRASIL, 2019), toma-se como central a experiência masculina no cárcere, considerando erroneamente que os resultados desta pesquisa serão válidos para ambos os gêneros.

A insensibilidade de gênero a que se refere Eichler (1999), consistente na invisibilidade do gênero na confecção de pesquisas ou de políticas públicas, foi objeto de preocupação inclusive das Regras de Bangkok (NAÇÕES UNIDAS, 2010), elaboradas no âmbito da Organização das Nações Unidas, as quais expressaram um esforço no sentido de conclamar países a estabelecerem uma política de tratamento penitenciário que observe as peculiaridades do encarceramento feminino.

Em resposta a demandas dos movimentos sociais que militaram desde o início da década de 2000 pelos direitos das mulheres presas, em 2008, foi constituído o Grupo de Trabalho Interministerial para Reorganização e Reformulação do

8. A Estatística Policial Criminal foi uma publicação produzida entre 1937-1943, na Era Vargas, parcialmente digitalizada e disponível na Fundação Seade (SP).

9. Dados de dezembro de 2019. Apresentados pelo relatório analítico do Sisdepen, Sistema de informações do Departamento penitenciário Nacional.

Sistema Prisional Feminino. Pautada numa visão transversal, a atuação conjunta entre o Ministério da Justiça e a Secretaria de Políticas para as Mulheres resultaria na instituição, em 2014, da Política Nacional de Atenção às Mulheres em Situação de Privação de Liberdade e Egressas do Sistema Prisional (PNAMPE), no mandato presidencial de Dilma Rousseff (2010-2016). A portaria interministerial 210/2014 visou, entre outras ações, à criação de um banco de dados em âmbitos estadual e nacional sobre o sistema prisional feminino, com o intuito de contribuir com a garantia dos direitos das mulheres, nacionais e estrangeiras.

O *Infopen mulheres*, uma base de dados com informações detalhadas e individualizadas produzida e alimentada através do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Femininas, foi instituído no mesmo ano, e a apresentação constante do relatório de seu lançamento é bastante elucidativa das preocupações que orientaram sua criação:

> "Historicamente, a ótica masculina tem sido tomada como regra para o contexto prisional, com prevalência de serviços e políticas penais direcionados para homens, deixando em segundo plano as diversidades que compreendem a realidade prisional feminina, que se relacionam com sua raça e etnia, idade, deficiência, orientação sexual, identidade de gênero, nacionalidade, situação de gestação e maternidade, entre tantas outras nuances.
> Há uma grande deficiência de dados e indicadores sobre o perfil de mulheres em privação de liberdade nos bancos de dados oficiais governamentais, o que contribui para a invisibilidade das necessidades dessas pessoas." (BRASIL, 2014, 5).

A partir de uma síntese dos dados coletados até 2017, é possível delinear um perfil das mulheres encarceradas e da atuação do sistema punitivo tomando o gênero por referência. Entre 2000 e 2014 constatou-se um aumento 567% do encarceramento de mulheres no país, apresentando o número absoluto de 37.380 mulheres presas num cenário de 607.731 pessoas presas. No mesmo período, o crescimento do encarceramento masculino tomou a proporção de 220%, menos da metade do aumento do aprisionamento de mulheres. Em junho de 2017, mês do último levantamento, o número absoluto de mulheres presas era de 37.828 mulheres presas, entre as quais 37,67% estavam presas provisoriamente, sem condenação. Mulheres jovens, entre 18 e 29 anos (47,33%), negras (63,55%), metade delas sequer havia concluído o ensino fundamental, solteiras (58,55%), ainda que mais de 70% delas tivessem ao menos um filho. O crime pelo qual estavam encarceradas era relacionado ao tráfico de drogas (59%) (BRASIL, 2019).

A maior causa de aprisionamento das mulheres, o tráfico de drogas, é produto eficaz da divisão sexual do trabalho criminal, em nível nacional e internacional, e da seleção dos corpos de mulheres passíveis de realizar um e outro. É de se observar

sua atuação no comércio varejista de drogas como alternativa ao restrito mercado formal de trabalho, assim como a residualidade dessa atuação na economia da droga. Ou seja, as mulheres presas pelo tráfico são aquelas que tendem a desempenhar funções mais precárias e periféricas nessa economia, e por isso mesmo dispondo de escassos meios de negociação (formais e informais), se tornando mais suscetíveis à prisão.

No contexto contemporâneo, a relação entre o envolvimento criminal dessas mulheres e o sustento e a provisão materiais de sua família, da qual elas são chefes na maioria dos casos, tem despontado das pesquisas e análises mais recentes, contrariando uma interpretação dominante e ainda hoje recorrente, de dependência e influência afetiva em relação a homens criminosos. Compreender a condição da mulher presa como chefe de família é fundamental para entender as múltiplas subordinações de classe, gênero e raça a que estão submetidas e assim conceber, de modo mais crítico, tanto as dinâmicas das economias criminais que as recrutam quanto a seletividade que marca sua captura pelo sistema de justiça criminal e, por conseguinte, seu encarceramento.

Com relação aos direitos sexuais e reprodutivos, as informações coligidas pelo Infopen Mulheres de 2014 limitam-se a indicar a prevalência da maternidade entre as encarceradas, informando ainda que 1.204 delas estavam acometidas por agravos transmissíveis (47% eram portadoras do vírus HIV e 35% de sífilis), não contemplando o relatório de 2014 qualquer informação sobre a quantidade de profissionais da saúde presentes no sistema prisional e a quantidade de consultas e tratamentos médicos realizados (BRASIL, 2014).

Sobre o exercício da sexualidade, algumas informações importantes a este artigo foram enunciadas no Infopen 2016. Apenas 49% das unidades femininas e 33% das unidades mistas possuíam estabelecimentos próprios para a realização das visitas sociais; quando se trata de visita íntima, esse dado se torna ainda pior, pois apenas 41% das unidades femininas e 34% das unidades mistas estavam aptas para a realização da íntima. De janeiro a junho de 2016 foram realizadas, em média, 7,8 visitas por presos nas unidades masculinas. Por outro lado, as unidades femininas e mistas receberam uma média de 5,9 visitas. O destaque fica para os estados do Amazonas, Maranhão, Paraíba e Rio Grande do Norte, onde os estabelecimentos masculinos receberam cinco vezes mais visitas que os femininos (BRASIL, 2018).

O dado de que menos da metade das prisões femininas estão aptas para visitas sociais e íntimas é bastante indicativo de que, pese as primeiras previsões datarem do começo da década de 2000, essa prática ocupa hoje pouca centralidade e importância no universo das demandas e medidas no sistema prisional feminino. É uma constatação que contrasta enormemente com a realidade das prisões masculinas, para as quais a visita íntima encontra uma importância estratégica a ponto tal de

poder ser detonador de rebeliões e motins ou seu elemento apaziguador, organizar a vida social dentro e fora das grades, e, reforçando o estereótipo sexista e a lógica patriarcal, operar como elemento catalisador da submissão de mulheres ao jugo do poder masculino, tornando-as tão ou mais encarceradas que os companheiros presos que elas visitam.

É sobre essa abissal distância, que revela significados opostos entre a visita íntima nos presídios masculinos e femininos, que as reflexões a seguir procurarão desvendar as origens e compreender os princípios de sua permanência.

4. O sexo nas prisões e as normas de gênero: um percurso histórico

Compreender a radicalidade dessa experiência social, na qual mulheres e homens, em situação de prisão, estão projetados em raios diametralmente opostos da vivência do afeto, prazer e cuidado com seus (eventuais) parceiros (as) visitantes, é uma tarefa urgente e complexa, para a qual tentamos contribuir com algumas reflexões neste artigo.

Um primeiro passo é retomar a genealogia das visitas íntimas nas prisões para interrogar as razões que estiveram, e ainda hoje remanescem, na existência dessa prática e em sua regulamentação pela lei. Como já apontado neste artigo, essa prática, exercida por homens, é bastante longeva e consentânea, de certo modo, às próprias prisões para homens. Sua regulamentação pelos sistemas prisionais dos Estados nacionais (no Ocidente) no pós-guerra, atendendo a reclamos dos recém-batizados direitos humanos, também se dirigiam às necessidades e direitos dos homens.

A compreensão de que a satisfação dos desejos sexuais masculinos é medida de contenção da massa carcerária, elemento estabilizador de ânimos, adestrador de condutas e normalizador de comportamentos está na base da suposta tolerância e até estímulo às visitas sexuais para presos homens, advinda de gestores prisionais a carcereiros, juízes, promotores, procuradores, e até religiosos. Uma unanimidade não disfarçada, expressa, aliás, em documentos e até textos que se pretendam jurídicos ou acadêmicos. Ao lado da retórica que permite a visita íntima em razão das necessidades fisiológicas do macho em copular, há também a advertência de que a não satisfação de sua lascívia levará, inevitavelmente, à "homossexualidade situacional" (prediletamente chamada de "homossexualismo") ou mesmo à violência sexual[10]. A argumentação extraída de um jurista que defendia sua implementação mais sistemática nos presídios masculinos, em 1999, é bastante elucidativa:

10. Curiosamente o que erradicou a violência sexual e a consequente letalidade que ela levava nas prisões paulistas, não foi a regulamentação da visita íntima e sim a proibição do estupro nos presídios masculinos, após a consolidação de poder do PCC. A respeito Dias (2011) e Biondi (2009).

> "A questão sexual é reconhecidamente um dos mais graves problemas que afetam o cotidiano das prisões, especialmente daquelas nas quais predomina a promiscuidade das relações interpessoais. Alijado de seu ambiente familiar e social, o preso, imerso num mundo peculiar, assentado em regras próprias impostas pela massa carcerária, poderá conter seus desejos, reprimir seus impulsos sexuais, ou envolver-se voluntariamente ou sob coação, em práticas homossexuais." (LEAL, 1999, 35).

Quando essa retórica encontra as demandas por direitos sexuais, já no início dos anos 1990, não haverá nem complementação nem sobreposição, uma vez que se dirigem uma e outra a sujeitos diferentes. Isso porque, não por acaso, quem demandará direitos sexuais serão os sujeitos a quem eles foram e são negados em plenitude e igualdade, em relação àqueles que o exercem plenamente. São assim as mulheres e a população LGBT, que os evocam e conseguem, por fim, enunciá-los nos espaços das conferências internacionais das Nações Unidas, a partir da década de 1990.

Nesses espaços, contudo, o direito à sexualidade foi construído enquanto um corpo que tem o direito de não ser explorado, abusado ou violado, permanecendo o prazer, como um fim em si mesmo, oculto do discurso das Conferências Internacionais da ONU.

Ultrapassar a fronteira da negatividade, de forma a reconhecer em corpos não apenas o direito de não serem violados, mas o direito ao prazer puro e o exercício de uma sexualidade não vigiada é questão que desafia o *modus operandi* do dispositivo da sexualidade, regulando vivência e possibilidades afetivas. Se os desafios que se interpõem à conquista do sentido emancipador à sexualidade das mulheres são grandes e numerosos, quando se trata das mulheres em situação de prisão, as dificuldades são ainda maiores, levando-se em conta a especificidade do percurso de regulação do sexo, na experiência do encarceramento feminino.

O sistema de punição sempre almejou regular as expressões de gênero e sexualidade, encurralando-as às possibilidades normalizadas. Os Códigos Penais, desde o Império, não cessaram de conformar, através de imposições normativas penais, o modelo de relacionamento heterossexual, monogâmico, cristão e voltado à produção de filhos. O aparato jurídico-criminal ganhou reforço a partir da legislação civil de 1916, que tratou de imprimir uma configuração centrada no homem/marido como chefe da família e na mulher/esposa como dona de casa, relativamente incapaz, que necessitava inclusive da autorização do marido caso desejasse trabalhar fora de casa; situação que perdurou formalmente até a Constituição Federal de 1988 e do Código Civil de 2002.

Pensando na composição do ideal de família burguesa, tal qual prescrita em códigos legais e morais, iniciou-se uma campanha de estímulo ao casamento nas

classes populares por parte do governo de Getúlio Vargas na década de 1930. As medidas envolviam a gratuidade da celebração do casamento, incentivo à maternidade, facilitação para a aquisição de casa própria e regulamentação da educação infantil. Tratava-se de um pacote disciplinar voltado a transformar o homem em pai de família/trabalhador e a mulher em mãe/dona de casa.

Tal política visava à domesticação do operariado e à fixação de papéis de gênero na sociedade, o que implicava na divisão sexual do trabalho, na ideia da maternidade como um dom natural da mulher, no cuidado com os filhos como atribuição preponderante da mãe e no sustento material da casa como atribuição masculina.

Ressalte-se, pois oportuno, que se pretendia também a reformulação da situação social existente em fins do século XIX junto às classes populares, com relacionamentos extrafamiliares, maior "autonomia" financeira das mulheres dessas classes, que vendiam seus serviços, ainda que mal pagos, como doceiras, costureiras, floristas, domésticas, lavadeiras, bordadeiras e prostitutas, com mais facilidade que os homens, os quais se encontravam em posição desvantajosa em relação aos jovens imigrantes europeus, que aqui aportaram em fins do século XIX (SOHEIT, 2011) e acabaram por formar a maioria da população da cidade de São Paulo no início do século XX, ocupando inclusive lugar majoritário nas prisões nesse período (1894-1916) (FAUSTO, 1984).

O fortalecimento do discurso do recolhimento da mulher ao âmbito privado, no início do século XX, ganha realce na burguesia, uma vez que cabia à mulher burguesa dar à luz a uma prole saudável e racialmente superior, a fim de que o projeto da identidade nacional brasileira se estruturasse com base numa família eugenicamente constituída, higiênica e limpa, expurgando do País traços degenerativos e que pudessem afetar a saúde hereditária da nação.[11] O sexo, e o exercício da sexualidade de mulheres, sempre foi ponto de convergência das disciplinas e regulações, pois se buscava o aprimoramento moral da mulher a partir do recato, da monogamia e do controle do prazer; *pari passu* com a gestão das proles futuras e do controle de doenças (FOUCAULT, 2015).

Nada obstante as prescrições morais e legais, a mulher das classes populares, pobre e negra, em sua esmagadora maioria, trabalhou fora de casa e foi responsável por prover seu sustento e de sua família. Ocupava o espaço público e por isso era criminalizada, operando a partir de categorias como "desordeira", "escandalosa" e "alcóolatra". Exercia seus misteres rompendo as normas de gênero, que as encurralavam ao recinto doméstico, e viviam a cidade sentindo em seus corpos as opressões de gênero, classe e raça.

11. O jurídico vem dar respaldo à eugenia uma vez que a Constituição Federal de 1934 exigia que casais apresentassem prova de sua saúde física e mental.

Ganham relevo em fins do século XIX e início do século XX, como uma das técnicas de controle mais eficazes na distribuição da correção moral de desordeiros, bêbados e indesejáveis, as "detenções correcionais". Enquanto mecanismo de higiene social, as detenções se voltavam preferencialmente ao controle de "contraventores", materializados em personagens arbitrariamente construídos pela polícia independente de situação de flagrante delito (TEIXEIRA, 2016).

Tal instituto mostrou-se *locus privilegiado* para controle de gênero, uma vez que permitia prisões arbitrárias de mulheres que transitavam pela cidade ocupando lugares não autorizados e exercendo atividades indesejadas tendo em vista o novo modelo de sociedade e de família.

Uma nova racionalidade punitiva (SALLA, 1999) permeou a criação das primeiras penitenciárias, voltadas aos homens, a partir da década de 1920. Inaugurava-se no país um discurso que refletia a busca por modernização institucional e das práticas punitivas, o que passava necessariamente por uma nova arquitetura prisional, afastada cada vez mais do estigma da masmorra.

Sem embargo, apenas na década de 1940 surgiram as primeiras penitenciárias exclusivamente femininas, atendendo à demanda de criminologistas e penitenciaristas, que desde o início do século dirigiam severas críticas ao modelo de aprisionamento misto, por revelar um sistema de punição arcaico, que não se preocupava com a reabilitação do corpo e da alma. Entre as primeiras prisões exclusivas para mulheres inauguradas no país estão o Instituto Penitenciário Feminino de Porto Alegre em 1937, o Presídio de Mulheres, em São Paulo, no ano de 1940 e a Penitenciária de Mulheres, no Rio de Janeiro, então Distrito Federal, no ano de 1942.

Desde meados do século XIX, prevalecia o recolhimento misto nas Casas de Correção que atendia à razão punitiva do período imperial do Brasil e voltava-se ao cumprimento da pena de prisão com trabalho, tal qual previsto no Código Penal de 1830. No Brasil, o modelo nasceu junto com os debates internacionais acerca do sistema mais adequado para o cumprimento da pena; se aquele que previa o isolamento completo dos presos ou apenas o isolamento noturno, com o compartilhamento de momentos de trabalho coletivo, embora em silêncio.

Lucia Zedner (1998) menciona que esse debate ganhou especial relevo em países como Inglaterra e França quando levado à seara do aprisionamento feminino, pois as mulheres eram consideradas "naturalmente" mais sociáveis que os homens e, por lhes faltar autocontrole, seria particularmente dificultosa e sofrível a implementação de um regime de silêncio e isolamento absolutos.[12] O descompasso entre

12. Menciona, ademais, que mesmo na Prisão de Auburn, o modelo exemplar do sistema do silêncio absoluto, as presas eram amontoadas num sótão acima da cozinha, supervisionadas apenas pelo chefe deste setor e deixadas, a maior parte do tempo, sozinhas

previsões legais e realidade prisional fez com que o recolhimento de mulheres junto com presos do sexo masculino favorecesse encontros íntimos e violências de toda sorte. Elaborando uma genealogia da sexualidade nos presídios do Rio Grande do Sul, Bassani (2013) nos projeta, através de documentos jornalísticos da época, ao exercício de uma sexualidade "promíscua, perigosa e vergonhosa, onde presas depois de 9 meses na prisão tinham o seu bom senso" (BASSANI, 2013, p. 63).

A falta de recursos, trabalho e afazeres era suprida através da monetarização de serviços, inclusive sexuais. Bassani aponta para a existência de tabelas de preços para atividades ilegais, inclusive para "pernoitarem na Sala Livre para consumação da mais requintada depravação com a presa Mathilde" (BASSANI, 2013, p. 68) e para práticas homossexuais, consideradas, à época, das maiores imoralidades e perversões, verdadeiro vício, pecado nefando. "(...) foram separados os presos Luiz e Antonio, por se entregarem habitualmente ao vicio da sodomia, mas dias depois o preso Luiz deu 40$000 réis ao carcereiro e o casal de invertidos foi reunido, continuando na mesma vida dissoluta" (BASSANI, 2013, p. 68)

Zedner (1998) reconhece que o processo de segregação da prisão segundo o sexo foi o feito mais importante do movimento de reforma penal do século XIX.

> "A segregação de prisioneiros segundo o sexo foi um dos maiores acontecimentos da reforma penal do século dezenove. Mais do que qualquer aspecto singular da reforma, ela resgatou mulheres da degradação e exploração sexual da vida na prisão do século dezoito." (Tradução nossa) (ZEDNER, 1998, p. 298).[13]

Na Europa e Estados Unidos da América, o movimento foi resultado da relação de forças travada entre os órgãos institucionalizados e o movimento de mulheres *quakers*, que se baseava no trabalho filantrópico e religioso para disputar narrativas acerca das mulheres criminosas. Defendiam um regime disciplinar distinto daquele voltado aos homens, uma vez que, segundo elas, as mulheres respondiam a estímulos moralizantes, religiosos, afetivos; ao passo que os homens atendiam a técnicas disciplinares rígidas, uniformes e formais (ZEDNER, 1998). Esse movimento, que denunciou fortemente as violências a que estavam submetidas as mulheres presas, foi responsável por fazer a mediação no processo de separação dos presos segundo o sexo, inclusive estabelecendo normas de tratamento para regeneração moral das presas.

---

e sem atividades definidas (ZEDNER, 1998). Para mais detalhes sobre os sistemas de recolhimento prisional, ver ZEDNER, 1998; SALLA, 1998; ANITUA, 2008.

13. "The segregation of prisioners by sex was one of the majors achievements of the nineteenth-century penal reform. More than any other single aspect of reform, it rescued women from degradation and exploitation of eighteenth-century prison life".

No Brasil, esse processo se deu pela atuação de penitenciaristas, tais como: Lemos Britto, Victório Caneppa, Roberto Lyra, Cândido Mendes, Paulo Egydio, que trabalhavam enquanto membros do Conselho Penitenciário Nacional[14], da Inspetoria Geral Penitenciária[15] e do Congresso Nacional, em conjunto com denúncias formuladas por jornalistas, e mesmo alguns magistrados, que indicavam, além da promiscuidade e violência, pequenas acomodações celulares, sujas, úmidas, pensadas para a população masculina e rudemente adaptada para as mulheres,

> "(...) ficam em completa promiscuidade entre elas em uma dependência da Casa de Detenção, composta de quatro salas de um pavilhão térreo, uma das quais destinada à enfermaria." (Relatório do CPDF, 1927 apud ARTUR, 2011, p. 109).

Os trâmites para se chegar à criação do presídio de mulheres percorreram legislativo, academia e executivo, movimentando toda sorte de moralismos, influenciados por discursos racistas que atribuíam como defeito de raça alguns caracteres considerados degenerativos e que mereciam especial atenção. "A maioria das detentas, mulatas e negras, fufias da última classe, são reincidentes, alcoolicas e desordeiras. Há caras vivas de mulatinhas com os olhos libidinosos de macacos" (BARRETO, 1908, apud ARTUR, 2011, p. 97).

Ao fim e ao cabo, o problema que se buscava extirpar com a segregação de presos segundo o sexo era a alegada promiscuidade sexual, evitando, segundo os defensores dessa separação à época, os efeitos nocivos que as mulheres causam nos homens, desencadeadores de desordens, motins e até rebeliões. Lemos Britto defendia que a construção das penitenciárias femininas se desse o mais distante possível das masculinas, dado o potencial perturbador que tal proximidade poderia acarretar o moral dos presos.

> "Porque a visita de uma representante do sexo frágil basta para alvoroçar toda uma prisão, para reacender incêndios que pareciam extinctos. Nada perturba mais uma penitenciária que o 'odor di femina'." (LEMOS BRITTO, 1934, p. 39).

14. Criado pelo Decreto-lei 16.665 em novembro de 1924, o Conselho Penitenciário Nacional foi presidido por Cândido Mendes até 1939, quando foi substituído por Lemos Britto, que permaneceu até 1957. Tinha por função, entre outras, zelar pela boa execução do regime penitenciário.
15. Criada pelo Decreto 24.797 de julho de 1934, a Inspetoria foi responsável pela criação do Cadastro Judiciário Geral Penitenciária que publicou, em 1934, um banco de dados bastante organizado, nacional voltado ao mapeamento de presos de ambos os sexos, menores, tipos de prisão etc. Teve como presidentes Cândido Mendes até 1939 e Lemos Britto.

A ausência de legislação específica que determinasse a separação de homens e mulheres resultava em situações muito discrepantes, sujeitas ao alvedrio da administração prisional, que se valia da estrutura física já existente, ocasionando superlotação nas poucas celas a elas reservadas (ARTUR, 2011) e facilitando o que Lemos Britto chamou de promiscuidade entre "presas de boa família", que haviam cometido delitos passionais ou culposos, com "presas da mais baixa estirpe, vindas da zona do baixo meretrício, portadoras de moléstias venéreas, as quais acabavam por submeter as primeiras a práticas repugnantes de 'homossexualismo'" (SOARES; ILGENFRITZ, 2002).

Nota-se que as homossexuais consideradas "predadoras" são chamadas de *viragos*, ao passo que no presídio masculino os "predadores" são chamados de *lôbos*. (1955).

> "As homossexuais vivem preocupadas com o recrutamento de novas adeptas ao vício. Esse recrutamento, muito facilitado nos agrupamentos de mulheres em prisões, colégios, pensionatos, etc. é hàbilmente disfarçado, começando com atenções e cuidados, prosseguindo com abraços, beijos e carinhos cujas finalidades passam de início desapercebidas. Gradativamente os primeiros beijos são substituídos pelas carícias nos seios e no clitóris, completando-se assim a iniciação da noviça, que sem atribuir anormalidade a essas práticas, acaba também se viciando." (DIAS, 1955, p. 47-48).

A ideologia punitiva da época, de apelos moralizantes e religiosos, aproximou este movimento de separação de presídios por sexo das irmãs do Bom Pastor D'Anger, que vinham elaborando um projeto de regeneração espiritual de mulheres e crianças em toda a América Latina.[16] Casamento ideal para quem desejava entrar na modernidade punitiva, afastando o estigma dos suplícios e da punição corporal.

Para Artur (2011), o maior destaque na institucionalização de mulheres em local específico atendia a estratégias específicas que eram operadas pelos grupos que idealizaram esse processo.

> "Institucionalizar a punição sobre mulheres infratoras era mais do que garantir a privação de liberdade, mas assegurar que sua liberdade fosse privada de determinado modo. E está no modo a característica fundamental dessa instituição." (ARTUR, 2011, p. 129).

A lógica de regeneração moral e religiosa obedece, portanto, ao restabelecimento das expectativas com os papéis de gênero (e raça), com o "dever-ser" mulher

16. Para mais detalhes, ver: LIMA, 1984; LEMOS BRITTO, 1934; ANGOTTI, 2012; ARTUR, 2011.

(ANGOTTI, 2012) a partir de técnicas disciplinares distintas daquelas aplicadas nos presídios masculinos, que passam desde a divisão sexual do trabalho, interditando-lhes atividades externas, à vigilância da sexualidade (ARTUR, 2011; ANGOTTI, 2012; DAVIS, 2018).

É possível vislumbrar o alcance do poder disciplinar prisional operando no campo do gênero a partir do "Guia das Internas" existente na Penitenciária de Mulheres do Distrito Federal no "período das freiras", a que se refere Elça Mendonça Lima (1983). A normalização do comportamento das presas, de modo a transformá-las em perfeitos exemplares de esposas, mães, donas de casa, serviçais, dadas às prendas domésticas, obedientes e recatadas, abarcava instruções de cultura e moral, de vestuário e trato social, sobre o bom uso do tempo livre; interditando danças e cantos indecorosos, palavras incorretas ou indecentes, gritos, vaias, assobios, gargalhadas ou gestos espalhafatosos ou mesmo "isolar-se, duas a duas, pelos cantos, ou tão afastadas que torne difícil o ver o que dizem e fazem" (LIMA, 1983, p. 87).

A intervenção das disciplinas nas mulheres presas se encontrava manifesta através da docilização de seus corpos (FOUCAULT, 1987) para domesticação ao trabalho no lar, a uma sexualidade regulamentada e vigiada, a uma existência voltada à reprodução da vida cotidiana, seja da sua própria família, seja a de seus futuros patrões, prolongando e atualizando a experiência do trabalho doméstico escravizado e precarizado (DAVIS, 2018).

Desse modo, vislumbra-se que não havia espaço para se debater a possibilidade de visitas íntimas dentro de um espaço de recolhimento, oração e regeneração moral. Todos os debates nessa temática aconteciam aventando a possibilidade da entrada de mulheres nos presídios masculinos para a realização de encontros íntimos, apenas. Os argumentos eram os mais diversos.

Reconhecendo a implacável libido masculina[17], que diferencia sobremaneira os homens das mulheres, Lemos Britto em seu livro *A Questão sexual nas prisões* (1934) reforça concepções biologicistas sobre mulheres, relegando-as à maternidade e subtraindo-lhes o desejo sexual, considerado instintivo em homens.

17. "Os que criticam os antigos conquistadores pelas suas relações com as mulheres aborígenes, e ainda com as negras trazidas da Africa, ignoram por certo a que extremo conduz o instinto sexual em determinadas circumstancias. Elle, que é soberano no meio social, onde todas as facilidades se lhe oferecem á satisfação normal de suas imposições, se transmutada em despota cruel nesses logares reconditos e nesses momentos de segregação, impondo até a prática de monstruosas aberrações physicas e moraes, que são, afinal, no quadro da sexualidade, méras subordinações do homem ao determinismo organico ou social." (LEMOS BRITTO, 1934, p. 8-9).

> "A erotisação feminina faz-se mais por força da imitação e dos reflexos produzidos pela vida social, seducção do homem, leituras amorosas, embriaguez alcoolica, do que por influência espontânea do próprio instinto" (LEMOS BRITTO, 1934, p. 195).

Lemos de Britto provoca seus colegas membros do Conselho Penitenciário do Distrito Federal no sentido de pensar a disciplina e a saúde da prisão, principalmente os problemas da masturbação e da homossexualidade, caso fossem permitidas visitas íntimas de esposas, aos casados, e amantes ou prostitutas, aos não casados. Numa defesa forçada e improvável de igualdade de gênero, e estimulando uma reação moralista e religiosa por partes dos conselheiros e da comunidade, chega a propor que, se as prisões masculinas autorizarem as visitas conjugais aos presos, não deveriam os presídios femininos também autorizar as visitas íntimas às internas casadas com seus esposos? E mais, os privilégios dos presos solteiros não deveriam ser estendidos às presas solteiras? Para justificar sua provocação, faz uso da literatura europeia que aponta o alto índice de homossexualidade nos presídios femininos (LEMOS BRITO, 1934).

Já em meados da década de 1950, Astor Guimarães Dias refuta algumas das propostas de Lemos Britto sobre as formas de evitar a homossexualidade e masturbação nos presídios e defende veementemente a entrada de mulheres nos presídios masculinos para a realização de encontros íntimos: esposas, amantes e prostitutas.[18] Filiando-se à corrente correcionalista[19], que vê no preso um doente que necessita de tratamento e não vingança ou punição pura e simples, Dias entende que os imperativos da natureza devem ser levados em conta no seu processo de regeneração. Vale dizer, privá-lo do outro sexo, seria atirá-lo "quase que inevitavelmente para o homossexualismo, para o onanismo, para o tribadismo, para o safismo e outras anormalidades, variáveis conforme a prisão seja masculina ou feminina" (DIAS, 1955, p. 15).

Quanto às mulheres presas, Dias segue vetando-lhes de forma expressa o direito à visita íntima, uma vez que a elas devem ser ministradas palestras educativas, de forma a sublimar o desejo sexual, principalmente por outras mulheres (DIAS, 1955).

18. Outras medidas envolvem a instalação de celas individuais em detrimento de celas coletivas e o envio de presos manifestamente homossexuais para o manicômio judiciário. (1955).
19. A escola correcionalista possui em Concepción Arenal uma grande expoente. Benemérita atuante nas prisões espanholas do século XIX, defendeu a melhoria das condições do aprisionamento de mulheres, bem como a separação da prisão com base no sexo. Sua formação religiosa foi importante para a orientação moral e cristã de seu ativismo.

Os discursos dos penitenciaristas se valem da necessidade de afirmação da civilização sobre a barbárie, da modernidade sobre as práticas primitivas que circundam a punição. Justificando a defesa da sociedade, pois o crime é uma "anormalidade patológica, uma subversão mórbida" (DIAS, 1955, p. 14), prezam pela regeneração do indivíduo preso, propondo caminhos tortuosos que concentram normativas sobre sexo e sexualidade para expiação da culpa. Ademais, práticas homoafetivas e homossexuais no cárcere são sempre atribuídas à ausência do sexo oposto, embora reconheçam que possa existir afeto genuíno entre os parceiros e que a prática esteja de tal modo disseminada, no Brasil e no mundo, que se torne difícil atribuir causa única (DIAS, 1955).

5. A visita íntima nas prisões a serviço do dispositivo da sexualidade

Se com a prática da visita íntima e sua regulamentação não se tratou, assim, de dar respostas às demandas por direitos sexuais, mas sim atender às preocupações pertinentes à disciplina e reafirmar estereótipos de gênero, é certo também que sua implantação coloca em operação o dispositivo da sexualidade (FOUCAULT, 2015), de forma diferenciada para mulheres e homens presos, fazendo o sexo falar atrás das grades.

Pensar a visita íntima como uma expressão do dispositivo da sexualidade no território da prisão é assim pesquisar o sexo a partir das disciplinas e regulações. E mais uma vez esses poderes incidirão de modo diverso entre homens e mulheres, entre sexualidades normalizadas e sexualidades dissidentes.

A visita íntima reúne esses dois elementos (disciplina e biopoder) não apenas pelas questões acerca da gestão da sexualidade que chama para si, como também por toda a economia que mobiliza em torno de si: negociações, agenciamentos, mercados lícitos e ilícitos que envolvem as visitações.

Thuin (2016) insere a visita íntima nesta "lógica da troca: um poder que circula, assume feições mais leves, contornos de benevolência ao tempo que institucionaliza a possibilidade de barganhas e negociações entre presos e administração." (THUIN, 2016, 30).

Visitantes promovem um intercâmbio com o mundo de fora da prisão. Os alimentos e produtos de higiene trazidos (jumbos) são materializações dessas conexões. Rafael Godói (2015) mobiliza o conceito de vasos comunicantes para empreender a leitura desse fenômeno que abarca encontros oficiais/lícitos como visitas, saídas temporárias, "jumbo", entrada e saída de funcionários prisionais; já outros não tão lícitos, como bilhetes, uso de aparelhos telefônicos e tráfico de drogas. O fluxo de pessoas que transita nas penitenciárias passou a influenciar tanto a dinâmica comunicacional do de fora que já houve várias medidas tentando regular e limitar as visitas.

Nesse sentido, Bassani (2013) situa os fluxos de informações, dinheiro, drogas, celular, alimento, numa engrenagem complexa cujo motor é a visitante. Ressalte-se que se trata de fluxo perigoso e de trajeto arriscado, pois a mulher muitas vezes passa de visitante à presa numa fração de segundos. A Coordenadoria da Mulher do Rio Grande do Sul detectou que 40% das mulheres foram presas nas salas de visitas dos presídios masculinos portando objetos ilícitos em suas genitais. Essa mesma pesquisa detectou que 85% dos homens no Rio Grande do Sul recebem visitas de suas companheiras, ao passo que apenas 8,7% das mulheres recebem visitas de seus companheiros (BASSANI, 2013, p. 138).

O menor controle sobre os corpos e sexualidades masculinas é demonstrado por Lermen e Silva (2018) através da desigual distribuição dos procedimentos de "revista íntima", uma vez que as mulheres visitantes passam por rituais vexatórios ao passo que os homens visitantes, na penitenciária que as autoras pesquisaram, não passam por qualquer medida pessoal e íntima de averiguação prévia. Os procedimentos para inscrição na visita íntima reforçam essa desigualdade de gênero. Enquanto os presídios femininos atendem às exigências apresentadas anteriormente, as unidades masculinas, desde a década de 1980, tendem a flexibilizar essas determinações. A Casa de Detenção de São Paulo, o Carandiru, não realizava uma documentação formal e objetiva para a entrada de mulheres como visitantes. Controlava-se apenas a quantidade. Apenas uma mulher por preso, havendo o intervalo de seis meses caso houvesse a solicitação de alteração da visitante. A (pouca) limitação poderia ser facilmente negociada, com funcionários ou com os próprios presos, que vendiam o dia de visita para os outros presos (THUIN, 2016).

Quando se trata da intimidade no presídio, os documentos oficiais fazem menção à mulher. Mas há de se considerar que existem dois universos de mulheres (entre tantos outros) que merecem ser destacados: a mulher visitante e a mulher visitada. Sobre a primeira há inúmeros documentos oficiais que regulam sua vestimenta, exames, regimes de conjugalidade etc. Sobre a segunda, a maior parte dos registros fala sobre sua maternidade, relegando seus direitos sexuais e reprodutivos ao exercício compulsório da maternidade (THUIN, 2016).

Ademais, parece ser constante nos estudos de campo realizados (CORDEIRO, 2013; BASSANI, 2013; LERMEN, SILVA, 2013; LIMA, 2006) o desconforto por parte das mulheres quanto: à falta de privacidade para a realização da visita íntima; à humilhação por todos saberem que ela está tendo relações sexuais enquanto há uma fila de espera aguardando que ela conclua o momento de intimidade; à falta de desejo sexual naquele momento determinado para a prática sexual, entre outros. Inclusive, pesquisas realizadas em Portugal denotam os mesmos problemas, como a sensação de perda de intimidade (PINTO, OLIVEIRA, 2020; CUNHA; GRANJA, 2017).

A intimidade é controlada no campo individual, pois existe disciplina e regramento quanto à hora, lugar, formato de relacionamento aceitável e reconhecido como legítimo; e regulada, já que a gravidez não é desejada naquele espaço (por isso, algumas penitenciárias fornecem preservativos e outras fazem uso de contraceptivos injetáveis) e algumas práticas afetivas e sexuais não normativas são toleradas (e às vezes estimuladas) para fins úteis à administração prisional.

Todo esse enredo compõe uma narrativa heteronormativa e sexista que apresenta o corpo sexuado feminino como instrumento para acalmar o presídio masculino e, por outro lado, desconsidera o exercício da sexualidade heteroafetiva feminina enquanto direito ao mesmo tempo em que ainda está tentando elaborar, com as categorias disponíveis, a sexualidade homoafetiva exercitada pelas mulheres no cárcere.

Permeiam o imaginário social sobre a prisão de mulheres, duas interpretações sobre sua sexualidade que, embora opostas, romantizam ou reificam representações sobre a homossexualidade feminina e papéis de gênero. De um lado, as penitenciárias femininas são imaginadas como um local onde as mulheres exercem sua sexualidade sem o peso dos grilhões sexistas da sociedade, num amor fluido e livre, tal qual descrito nos sublimes poemas de Safo; de outro, um lugar onde impera um amor perturbado e disfuncional como nas intrigantes séries estadunidenses.

O binômio sexo/afeto sempre ocupou o centro do debate sobre a homossexualidade enquanto elemento distintivo entre a masculina e a feminina. À relação entre mulheres se atribuiu a ideia de companheirismo, amizade, cuidado, carinho, afastando-se qualquer elemento de prazer sexual (MOTT, 1987). A construção do estereótipo da mulher lésbica como fiel, não promíscua e monogâmica dialoga com seu antagonismo, o homem violento, agressivo que atende a pulsões sexuais (BARCINSK, 2008). As identidades de gênero e sexuais são definidas a partir de relações sociais, moldadas pelas redes de poder de uma sociedade, e se constituem a partir de lugares que interpelam os sujeitos, podendo ser estas situações, instituições, relações sociais ou grupos sociais (LOURO, 2010).

Quando se trata das relações afetivo-sexuais entre mulheres no presídio, mais especificamente entre o casal *sapatão-mulheríssima*, embora a sexualidade se expresse como dissidente, os papéis de gênero (e sua desigualdade) tendem a reproduzir, alimentando um paradigma pautado na heteronormatividade e nos privilégios que ela confere a quem performa masculinidades (OLIVEIRA; TEIXEIRA, 2018).

Os modos de expressão da sexualidade no interior de uma prisão feminina e, como marco de compreensão, o gênero a partir da noção de performatividade, enquanto processos de produção de subjetividades através da repetição estilizada de normativas sociais que regulam modos improvisados de expressão no interior de

uma estrutura altamente rígida (BUTLER, 2003) abarcam o significado de se transformar em homem na prisão (BARCINSKI, 2008; OLIVEIRA; TEIXEIRA 2018).

A masculinidade em corpos de mulheres assume caráter peculiar no território da prisão, uma vez que ser reconhecida enquanto homem na prisão confere privilégios que advêm dessa própria lógica sexista estrutural e permite a utilização de ferramentas como agressividade, violência, poligamia, mentiras e outras. Vale dizer, à mulher que performa masculinidade na prisão são conferidos instrumentos e recursos social e culturalmente percebidos como propriedade legitimada dos homens, imprimindo à relação afetivo-sexual o modelo heteronormativo.

As relações afetivo-sexuais ajustadas dentro e fora do cárcere falam de processos subjetivos que costuram desejos, afetos, negociações, acordos, disputas, poderes e violência. A chave da negociação também é acionada por Lima (2006) ao perceber que alguns encontros realizados através das visitas íntimas com os companheiros atendem a desejos de permanecer vendo os filhos, receber auxílios financeiros diretos, receber alimentos e produtos de higiene.

6. Considerações finais

Este artigo pretendeu preencher, ao menos em parte, uma lacuna nos estudos prisionais contemporâneos a respeito do percurso pelo qual o sexo atravessou nas prisões, das práticas abusivas e clandestinas, do lugar estratégico para agenciamentos e transações entre os atores prisionais, até seu reconhecimento jurídico formal pelo Estado, através da figura da visita íntima. Nesse percurso, se destacam as iniquidades de gênero que estruturam os sistemas de punição, impactando diretamente no reconhecimento de sujeitos de direito e nas experiências que presos e presas vivenciam no universo prisional a respeito dos direitos sexuais e da sexualidade, que os coloca não raro, em posições diametralmente opostas. Mas também se identificam como as lutas dos movimentos de mulheres e LGBTQIAP+, em defesa das mulheres presas no país e na arena internacional dos direitos humanos, se conectaram às demandas por direitos sexuais nas prisões, contribuindo para os marcos da regulação da visita íntima (às mulheres presas), e denunciando a desigualdade na atribuição e efetivação de diversos outros diretos a esses sujeitos.

Por fim, trouxemos à discussão como o dispositivo da sexualidade opera no universo da prisão, acabando por se apropriar de demandas como a visita íntima, fazendo-a operar nos marcos da desigualdade entre os gêneros imposta pela cis-heteronormatividade, também no interior das relações afetivo-sexuais. Vista como moeda de troca, a visita íntima acaba por não se prestar a garantir o exercício da sexualidade como direito fundamental, mas sim a operacionalizar, estrategicamente, ao lado da gestão hétero e também homoafetiva, a regulação dos corpos, conflitos e afetos.

7. Referências

ARTUR, Angela Teixeira. *As origens do Presídio de Mulheres no Estado de São Paulo.* Dissertação de Mestrado em História Social, Departamento de História, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

ANGOTTI, Bruna. *Entre as leis da ciência, do estado e de Deus*: o surgimento dos presídios femininos no Brasil. São Paulo: IBCCRIM, 2012.

BARCINSKI, Mariana. "Expressões da homossexualidade feminina no encarceramento: o significado de se 'transformar em homem' na prisão". *Psico-USF*, Bragança Paulista-SP, v. 17, n. 3, pp. 437-446, set.-dez. 2012.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Regras de Bangkok*: regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras. Brasília, 2016.

BASSANI, Fernanda. *Visita íntima*: o gerenciamento da sexualidade nas prisões do Brasil. Dissertação de mestrado em Psicologia, Instituto de Psicologia, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2013.

BEATTIE. Peter M. "Cada homem traz dentro de si sua tragédia sexual: visitas conjugais, gênero e a questão sexual nas prisões (1934) de Lemos Britto". In: MAIA, Clarissa Nunes; SÁ NETO, Flávio; COSTA, Marcos e BRETAS, Marcos Luiz (Orgs.). *História das prisões no Brasil.* Rio de Janeiro: Rocco Digital, 2013.

BIONDI, Karina. *Junto e misturado*: imanência e transcendência no PCC. Dissertação de Mestrado em Antropologia, Programa de Pós-Graduação em Antropologia Social, Universidade Federal de São Carlos, 2009.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento penitenciário Nacional. Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional – SISDEPEN. *Relatório Analítico*. [http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/br/br]. Acesso em: 08.04.2020.]

BRASIL. Ministério da Justiça. *Levantamento nacional de informações penitenciárias femininas*. Infopen Mulheres, 2014.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. *Levantamento nacional de informações penitenciárias femininas.* Infopen Mulheres, 2018.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. *Relatório Temático sobre Mulheres Privadas de Liberdade,* 2019.

BUTLER, Judith. *Problemas de gênero*: feminismo e subversão da identidade. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

CORRAZE, Jacques. *L'homosexualité*. 6. ed. Paris: PUF, 2000.

CRENSHAW, Kimberly. "Documento para o encontro de especialistas em aspectos da discriminação racial relativos ao gênero". *Estudos Feministas,* Florianópolis, ano 10, p. 171-187, 1º semestre de 2002.

D'ANGELO, Luisa Bertrami; LIMA, Vanessa Pereira de; COSTA, Vanessa de Andrade da, HERNÁNDEZ, Jimena de Garay; ROCHA, Bárbara Silva da; PINHO, Gabriela Salomão Alves; UZIEL, Anna Paula. "Performatividades de Gênero em Unidades Prisionais Femininas do Rio de Janeiro". *Psicologia*: *Ciência e Profissão,* Brasília, v. 38, p. 44-59, 2018.

DAVIS, Angela. *Estarão as prisões obsoletas?* Rio de Janeiro: Diefel, 2018.

DIAS, Astor Guimarães. *A questão sexual nas prisões*. São Paulo: Saraiva, 1955.

DIAS, Camila Caldeira Nunes. *Da pulverização ao monopólio da violência*: expansão e consolidação do Primeiro Comando da Capital (PCC) no sistema carcerário paulista. Tese de doutorado em Sociologia. Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, 2011.

DOSTOIÉVSKY, Fiódor. *Recordação da casa dos mortos*. São Paulo: Alexandria, 2006.

EICHLER, Margrit. *Nonsexist research methods*: a practical guide. New York: Routledge, 1999.

FACIO, Alda. *Cuando el género sueña cambios trae*: metodologia para el análisis de género del fenômeno jurídico. San José: ILANUD, 1991.

FERREIRA, Maria Emília Guerra. *A Produção da Esperança em uma situação de opressão*. Casa de Detenção de São Paulo, Carandiru. São Paulo: Educ, 1996.

FOLTRAN, Paula Juliana. "A visita nas unidades prisionais e seu papel na mediação do acesso aos direitos da pessoa presa: uma reflexão acerca das desigualdades de gênero na política penitenciária". *Anais do Seminário Internacional Fazendo Gênero*, Florianópolis, 2010.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir. Nascimento da prisão*. Petrópolis: Vozes, 1987.

FOUCAULT, Michel. "A vida dos homens infames". In: *Ditos e escritos IV*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade I*: a vontade de saber. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2015.

GODOI, Rafael. Fluxos e cadeia: *as prisões em São Paulo na virada dos tempos*. Tese de Doutorado em Sociologia. Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, 2015.

GOES, Eda Maria. *A recusa das grades*: rebeliões nos presídios paulistas, 1982--1986. Dissertação de Mestrado em História, Faculdade de Ciências e Letras de Assis, UNESP, 1991.

LACOMBE, Andrea. "De entendidas e sapatonas: socializações lésbicas e masculinidades em um bar do Rio de Janeiro". *Cadernos Pagu*, Campinas, v. 28, p. 207-225. 2016. [www.periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/cadpagu/article/view/8644803]. Acesso em: 10.02.2020.

LEAL, Paulo Cesar de Barros. "Visita íntima: um direito do preso". *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*, Brasília, v. 1, n. 12, 1998-1999.

LEMOS BRITTO, José Gabriel. *A questão sexual nas prisões*. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto, 1934.

LERMEN, Helena Salgueiro; SILVA, Martinho Braga Batista. "Masculinidade no cárcere: homens que visitam suas parceiras privadas de liberdade". *Psicologia: Ciência e Profissão*, Brasília, v. 38, n. 02, p. 73-87, 2018. [https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6829428]. Acesso em: 15.03.2020.

LIEBLING, Alison. "Woman in prison prefer legitimacy to sex". *British Society of Criminology Newsletter*, n. 63, Summer 2009. [www.britsoccrim.org/new/newdocs/bscn-63-2009-Liebling.pdf]. Acesso em: 25.05.2020.

LIMA, Mércia de. Da visita íntima à intimidade da visita: *a mulher no sistema prisional*. Dissertação de Mestrado em Saúde Pública. Faculdade de Saúde Pública, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

LOURO, Guacira. *Um corpo estranho. Ensaios sobre sexualidade e teoria queer*. Belo Horizonte: Autêntica, 2004.

MATSUDA, Fernanda Emy. *Sob fogo cruzado*: a gestão de mulheres e a justiça criminal paulista. Tese de Doutorado em Sociologia. Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

MENDES, Soraia da Rosa. *Criminologia feminista*: novos paradigmas. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MOTT, Luiz. *O lesbianismo no Brasil*. Porto Alegre: Mercado Aberto, 1987.

OLIVEIRA, Hilem Estefânia Cosme de. *Maternidade encarcerada em São Paulo*: a articulação de atores em defesa dos direitos das mulheres presas que são mães na capital. Dissertação de Mestrado em Ciências Humanas e Sociais, Universidade Federal do ABC, 2018.

OLIVEIRA, Alice Quintela Lopes; TEIXEIRA, Alessandra. *"O "outro do outro"*: Papeis de gênero e performatividades corporais nas prisões femininas". Encontro Anual da Anpocs 43, Caxambu, MG, 2019.

PADOVANI, Natália Corazza. "No olho do furacão: conjugalidades homossexuais e o direito à visita íntima na penitenciária Feminina da Capital". *Cadernos Pagu*, Campinas, n. 37, 185-218, jul.-dez. 2011: [www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-83332011000200007&script=sci_abstract&tlng=pt]. Acesso em: 20.03.2020.

RUBIN, Gayle. Thinking sex, in: ABELOVE, Henry et alli. *The Lesbian and gay studies reader*. London/New York: Routledge, 1992.

SALLA, Fernando. *As prisões em São Paulo*: 1822-1940. São Paulo: Annablume Editora Comunicação, Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo – FAPESP, 1999.

SMART, Carol. *Law, crime and sexuality*: essays on feminism. London: SAGE Publicancions, 1999.

SANTOS, Larte de Paula Borge; RIOS, Luis Felipe. "Sexualidades e Resistências: uma Etnografia sobre Mulheres Encarceradas no Sertão Pernambucano". *Psicologia: Ciência e Profissão*, Brasília, v. 38, n. 02, p. 60-72, 2018.

TEIXEIRA, Alessandra. "Grupo de Trabalho Mulheres Encarceradas: alguns passos". *Juízes Para a Democracia*, São Paulo, ano 6, n. 30, out.-dez. 2002.

TEIXEIRA, Alessandra. *O crime pelo avesso. Gestão dos ilegalismos na cidade de São Paulo*. São Paulo: Alameda, 2016.

THUIN, Hanna Iwamoto de. *Visita íntima como instrumento de normalização dos corpos*. Trabalho de Conclusão de Curso. Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, 2016.

ZADNER, Lucia "Wayaward Sisters: The Prisions for Women". In: Morris, Norval e Rothmann, Davis (ed). *Oxford History Prision*. New York: Oxford University Press, p. 329-361, 1998.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Áreas do Direito: Penal; Direitos Humanos

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- A visita íntima como mecanismo para efetivação dos direitos sexuais das mulheres encarceradas no Brasil, de Nikaelly Lopes de Freitas e Sarah Dayanna Lacerda Martins Lima – *RBCCrim* 150/581-607;
- Encontros no cárcere "ontem" e "hoje": Histórico da visitação ao Sistema Prisional do Rio de Janeiro *conjugal visits in prison "yesterday" and "today": history of the visitation in Rio de Janeiro's Prison System*, de Thais Lemos Duarte – *RBCCrim* 134/437-477;
- Gigante em ruínas: Um assombroso panorama do sistema carcerário nacional, de Fabio Lobosco Silva – *RBCCrim* 123/361-380;
- Os obstáculos impostos às mulheres nas visitas aos presos como forma de injustiça de gênero no Tribunal do Distrito Federal, de Rogerio Barros Sganzerla, Michael Freitas Mohallem e Lucas Daniel Germano da Silva – *RBCCrim* 146/557-585;
- Percepções sobre o direito de visita no Presídio Central de Porto Alegre, de Dani Rudnicki e Carla Cristiane Dias dos Santos – *RBCCrim* 115/311-332;
- Prisão e estigma: reflexões sobre as visitas discentes às unidades prisionais, de Ney Menezes de Oliveira Filho e Alessandra Rapacci Mascarenhas Prado – *RBCCrim* 150/555-579; e
- Travestis no sistema carcerário do Distrito Federal: Gênero e cárcere entre narrativas e normas, de Isabella Petrocchi Rodrigues dos Santos e Camilla de Magalhães Gomes – *RBCCrim* 146/397-433.

Segurança pública e governança na visão dos gestores: o Programa Viva Brasília – Nosso Pacto pela Vida

Public security and governance in the view of managers: the Viva Brasília – Nosso Pacto pela Vida Program

Daniel Dias Zanatta[1]
Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, MPDFT, Brasil.
E-mail: danieldzanatta@gmail.com

Bruno Amaral Machado[2]
Centro Universitário de Brasília, UNICEUB, Brasil.
E-mail: bruno.machado@uniceub.br

Recebido em: 27.07.2023
Aprovado em: 28.08.2023
Última versão dos autores: 19.09.2023

DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.8360518].

Área do Direito: Administrativo

Resumo: O objetivo do trabalho é descrever e analisar as principais representações sociais

Abstract: The objective of this work is to describe and analyze the main social representations

1. Possui graduação em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal de Santa Maria (2006) e Mestrado em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (2022). Atualmente é Promotor de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (MPDFT).
   Lattes: [http://lattes.cnpq.br/0928177712782245].
   Orcid: [https://orcid.org/0000-0001-6363-3022].
   E-mail: danieldzanatta@gmail.com
2. Doutor em Direito (especialidade Sociologia Jurídico-penal) pela Universidade de Barcelona. Estágio de pós-doutorado no Departamento de Sociologia da Universidade de Brasília, com estâncias de pesquisa em Fordham e John Jay, em 2011. Master Europeu Sistema Penal e Problemas Sociais. Professor.
   Lattes: [http://lattes.cnpq.br/6719883195099829].
   Orcid: [http://orcid.org/0000-0002-7425-7066].
   E-mail: bruno.machado@uniceub.br

compartilhadas pelos gestores participantes do programa Viva Brasília – Nosso Pacto pela Vida na construção de significados para o problema da segurança pública e para o modelo de governança implementado por essa política pública. Questiona-se como os gestores representam socialmente o Pacto pela Vida e quais impactos essas visões compartilhadas pelos participantes da pesquisa sugerem para a implementação da política pública. Utiliza-se a Teoria das Representações Sociais como marco teórico e dispositivo metodológico para análise da política pública. A técnica para coleta de dados consistiu em entrevistas semiestruturadas. Constata-se que as representações dos gestores coincidem com os discursos oficiais sobre a percepção da segurança pública como um problema complexo, que exige um conjunto multidisciplinar de abordagens e a atuação intersetorial. Entretanto, enquanto o Documento Orientador qualifica a política como um modelo de segurança cidadã, os gestores a representam como programa voltado para a manutenção da ordem pública. Conclui-se que as representações sociais dos gestores enfocam ideias de gestão por resultados e de coordenação entre atores interdependentes como elementos centrais para compreensão da governança em segurança pública.

Palavras-chave: Segurança Pública – Políticas Públicas – Governança – Teoria das Representações Sociais – Viva Brasília – Nosso Pacto Pela Vida.

shared by the managers participating in the Viva Brasília – Nosso Pacto pela Vida program in the construction of meanings for the problem of public security and for the governance model implemented by this public policy. It is questioned how managers socially represent Pacto Pela Vida and what impacts these views shared by research participants suggest for the implementation of public policy. The Theory of Social Representations is used as a theoretical framework and methodological device for the analysis of public policy. The technique for data collection consisted of semi-structured interviews. It appears that the representations of managers coincide with official discourses on the perception of public security as a complex problem, which requires a multidisciplinary set of approaches and intersectoral action. However, while the Guiding Document qualifies the policy as a model of citizen security, the managers represent it as a program aimed at maintaining public order. It is concluded that the social representations of managers focus on ideas of management by results and coordination between interdependent actors as central elements for understanding governance in public security.

Keywords: Public security – Public policy – Governance – Theory of Social Representations – Viva Brasilia – Nosso Pacto Pela Vida.

Sumário: 1. Introdução. 2. Teoria das Representações Sociais: marco teórico e dispositivo metodológico para análise da política pública. 3. Metodologia. 4. Resultados e discussão. 4.1. Representações dos gestores sobre segurança pública. 4.2. Representações dos gestores sobre o modelo de governança do Pacto Pela Vida – DF. 5. Considerações finais. 6. Referências.

1. Introdução

Os dados estatísticos indicam que, de maneira consistente, o Brasil convive com elevados índices oficiais de violência e criminalidade. Quando considerada a taxa de homicídios por cem mil habitantes, indicador comumente utilizado para mensurar o nível de violência em determinada sociedade[3], o Brasil ocupava

3. Cano e Ribeiro esclarecem que os números de homicídios são indicadores importantes em razão dos reconhecidos impactos individuais e coletivos oriundos dessa categoria de ocorrências. CANO; RIBEIRO, 2007.

em 2019 a segunda posição na América do Sul, ficando atrás apenas da Venezuela[4]. Entre 1988 e 2017, ano em que atingimos o pico desse indicador, a taxa de homicídios por 100 mil habitantes no país subiu de 16,78 para 31,59.[5] A população brasileira corresponde a 2,7% da população mundial, mas o país é responsável por 20,4% do total dos homicídios, sendo o primeiro no mundo em número absoluto de mortes[6].

Os custos sociais, políticos e econômicos originados dos homicídios representam um grande desafio para o Estado e para a sociedade brasileira. A idealização de estratégias para a redução da incidência dos casos de violência letal tem ocupado a agenda de políticas públicas de segurança nos últimos anos.

Políticas públicas são forma de organização e execução da ação conjunta do Estado e da sociedade incidente sobre determinado âmbito da vida coletiva. Conceitualmente, os elementos centrais de uma política pública englobam: alguma espécie de diagnóstico sobre o estado atual de uma situação de interesse coletivo; o vislumbre de uma realidade diferente que se objetiva atingir após a intervenção; a execução das atividades materiais consideradas necessárias para alteração da realidade; modos para mensurar os resultados práticos oriundos das atividades realizadas.

Esses elementos centrais, articulados de maneira lógica/cronológica, correspondem à difundida noção de que as políticas públicas se desenvolvem no ciclo diagnóstico-planejamento-implementação-avaliação. Certamente, tal descrição do desenvolvimento das políticas públicas é um modelo esquemático idealizado, usado como ferramenta de análise, que nem sempre corresponde à realidade exata dos desdobramentos da ação coletiva. De qualquer modo, interessa-nos por destacar que o catalisador inicial da política pública é a existência de um problema público, isto é, uma situação avaliada negativamente e que, por esse motivo, pode e deve ser alterada.

Quase intuitivamente, então, afirma-se que as políticas públicas de segurança são aquelas que objetivam atuar sobre o problema público da segurança. Entretanto, apesar de ser expressão corrente nos noticiários e nas discussões políticas, a noção de segurança pública não é algo de fácil apreensão. Trata-se, pelo contrário, de conceito que é alvo de permanente disputa nos campos acadêmicos, sociais e políticos pela atribuição de significados, o que faz com que segurança pública seja caracterizada menos como conceito teórico e mais como campo empírico e

4. UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME, 2019.

5. IPEA, 2020.

6. FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2022.

organizacional[7]. Assim, os possíveis significados da expressão segurança pública e, especialmente, das políticas públicas de segurança, somente podem ser compreendidos mediante análise que busque visualizar representações, discursos, práticas organizacionais e arranjos institucionais que estruturam o campo da segurança pública no Brasil.

De modo geral, a atuação do Estado brasileiro diante dos fenômenos das violências e da criminalidade é caracterizada por reações pontuais e descoordenadas, sem que se consiga institucionalizar modelos de atuação planejada, coordenada, baseada em estudos empíricos, dotada de formas de controle e participação democrática e acompanhada por mecanismos de monitoramento e avaliação constantes[8]. Não obstante, experiências inovadoras, relacionadas ao policiamento comunitário, ao aprimoramento no uso de dados e estatísticas criminais e à gestão por resultados[9] são apontadas como possíveis soluções para os problemas da segurança pública. Da mesma forma, iniciativas de formulação de políticas planejadas e executadas mediante conjugação de estratégias de prevenção e repressão qualificada foram adotadas em alguns estados e municípios[10].

É nesse quadro que se pode compreender a política pública denominada Viva Brasília – Nosso Pacto Pela Vida, adotado no governo de Rodrigo Rollemberg (2015 – 2018). Na formulação da política, foi concebido um modelo de governança com o objetivo de aumentar a integração dos atores que compõem o sistema de segurança pública do Distrito Federal – Polícia Militar do Distrito Federal, Polícia Civil do Distrito Federal, Corpo de Bombeiros Militar do Distrito Federal e Departamento de Trânsito do Distrito Federal –, bem como de incrementar a capacidade da Secretaria de Segurança Pública do DF para coordenar a ação desses atores durante a implementação da política pública.

O Viva Brasília – Nosso Pacto Pela Vida foi objeto de pesquisas recentes. Nunes; Miranda e Araújo[11] analisam modelo de *accountability* desenhado no Pacto Pela Vida. Monteiro[12] busca compreender as estratégias de governança utilizadas no Pacto Pela Vida – DF e as dificuldades de se pactuar um novo modelo de atuação das polícias. Machado[13] analisou as interações entre órgãos públicos e

7. COSTA; LIMA, 2014.
8. LEMGRUBER; MUSUMECI; RAMOS, 2002.
9. CANO, 2006.
10. MADEIRA; RODRIGUES, 2015.
11. NUNES; MIRANDA; ARAÚJO, 2017.
12. MONTEIRO, 2019.
13. MACHADO, 2017.

atores da sociedade civil no âmbito dos Conselhos Comunitários de Segurança Pública (CONSEGs), no Distrito Federal. Cabral[14] avaliou o alinhamento dos planos estratégicos da Polícia Civil, da Polícia Militar, do Corpo de Bombeiros Militar e do Detran com as diretrizes do Pacto Pela Vida – DF. Os acúmulos de conhecimento em relação ao plano sugerem as dinâmicas e limitações para a implantação da política pública. Trata-se de campo aberto a novos olhares e análises.

Adotando abordagem diversa, esta pesquisa se orienta a partir de dois questionamentos. Como os gestores representam socialmente o Pacto pela Vida? Que impactos essas visões compartilhadas pelos participantes da pesquisa sugerem para a implementação da política pública?

Buscamos neste artigo analisar o Pacto Pela Vida – DF a partir das visões compartilhadas pelos atores e atrizes envolvidos na política pública. Nessa tarefa, certamente a Teoria das Representações Sociais constitui-se em dispositivo metodológico aplicável, na medida em que privilegia a compreensão sobre os processos subjetivos e sociais na construção da realidade e, sobretudo, a partir a exteriorização de crenças e valores, aponta para os padrões de atuação em distintos contextos. Investigar uma política pública com base na Teoria das Representações Sociais possibilita observar o processo de desenvolvimento da atividade a partir do que pensam sobre ela os atores participantes.

O objetivo da pesquisa é identificar e analisar as principais representações sociais compartilhadas pelos gestores do Viva Brasília – Nosso Pacto pela Vida na tarefa de construir significados para o problema da segurança pública e para o modelo de governança implementado pelo programa. Como trabalho exploratório, não se busca formular hipóteses de relações causais entre determinadas representações sociais e a ação efetiva dos atores. Quer-se, sobretudo, perceber os blocos de sentido que orientam a compreensão dos gestores diante do problema público colocado em pauta, bem como das soluções propostas.

Os relatos dos informantes da pesquisa constituem o material empírico a ser analisado, não por suposta correção ou veracidade das distintas visões compartilhadas. Interessam-nos por expressarem ideários, valores e crenças dos profissionais diretamente envolvidos com a política pública. Esses dados nos sugerem parâmetros para identificar não apenas as condições em que são implantadas as políticas públicas, mas também eventuais entraves, direcionamentos na agenda do projeto e avaliações dos distintos atores sociais engajados no projeto.

14. CABRAL, 2018.

2. Teoria das Representações Sociais: marco teórico e dispositivo metodológico para análise da política pública

A Teoria das Representações Sociais tem como precursora a obra de Serge Moscovici. Ao retomar a noção de representações coletivas de Durkheim, o autor propõe abordagem psicossocial para explicar os mecanismos de produção e circulação do conhecimento correspondente ao senso comum, especialmente pertinente no âmbito nas sociedades contemporâneas. Moscovici afirma que as representações sociais constituem

> "*corpus* organizado de conhecimentos e uma das atividades psíquicas graças às quais os homens tornam inteligível a realidade física e social, inserem-se num grupo ou numa ligação cotidiana de trocas, e liberam os poderes de sua imaginação."[15]

Assim, as representações sociais devem ser consideradas por dois enfoques complementares: como processo psíquico e social de construção do conhecimento, bem como os resultados desse processo[16].

Visualizadas como processo psíquico e social de produção de modalidade de conhecimento, as representações sociais correspondem a um conjunto de atividades realizadas pelos sujeitos com o objetivo de apreender a realidade a sua volta e a tornar inteligível[17]. A Teoria das Representações Sociais trata das relações que se estabelecem entre o sujeito que representa e o objeto que é representado. Pressuposto básico para compreender essa relação é a noção de que ambos existem em uma estrutura determinada.

Os sujeitos e os objetos estão inseridos na sociedade em um contexto dado, ainda que nem sempre conscientemente percebido. História, costumes, tradições, símbolos, linguagem, ideologias, cultura são alguns dos condicionantes que, em menor ou maior grau, formam a moldura na qual ocorrem as interações do sujeito com o universo exterior. Ademais, o conhecimento anteriormente adquirido, as experiências pretéritas, as opiniões e predisposições sobre determinados assuntos condicionam as observações dos eventos externos. Afirma-se, por isso, que tudo o que vemos ou sentimos está impregnado pelo que não se pode ver ou facilmente perceber pelos sentidos[18].

15. MOSCOVICI, 1978, p. 28.
16. JODELET, 2018.
17. JODELET, 2016.
18. MOSCOVICI, 1978.

Em um momento inicial, as representações podem ser entendidas através da analogia com a fotografia: elas são uma imagem do mundo exterior refletida nas consciências[19]. Ao presenciar um fenômeno, um acontecimento, uma cena da realidade, o indivíduo dá início ao procedimento de formação de uma imagem, uma estampa do real. Na busca pela inteligibilidade das suas observações, o sujeito mobiliza compêndios de conceitos, combina saberes, insere a novidade no catálogo dos conhecimentos de que já dispõe.

Trata-se de um processo de extração de sentidos do estranho, aproximando-o do que é familiar e conhecido, que responde à necessidade de "preencher lacunas, suprimir a distância entre o que se sabe, por um lado, e o que se observa, por outro, completar as 'divisórias vazias' de um saber pelas 'divisórias cheias' de um outro saber"[20]. Ocorre, assim, a ancoragem do que é estranho, firmando-o organicamente no campo dos conhecimentos e das representações sociais já existentes[21].

Essa atividade de familiarização com o desconhecido é ponto inicial para se entender o processo de formação das representações sociais, mas está longe de esgotar o conteúdo do conceito. A Teoria das Representações Sociais enfatiza que os sujeitos não são meros receptáculos passivos ou autômatos que recebem e catalogam imagens simulacros da realidade. Central para essa abordagem é a noção de que o processo de interiorização do mundo exterior envolve um grande trabalho cognitivo-criativo de recriação da realidade, pois "representar uma coisa, um estado não consiste simplesmente em desdobrá-lo, repeti-lo ou reproduzi-lo; é reconstituí-lo, retocá-lo, modificar-lhe o texto"[22]. Ou seja, a representação que um sujeito faz de um objeto é sempre algo diferente do objeto representado. Dessa forma, as representações são processos de construção do real, que pressupõem que a relação do sujeito com a realidade não é um conhecimento direto, mas sim mediado por categorias históricas e subjetivas[23].

Os processos anteriormente descritos enfatizam a importante faceta psíquica e cognitiva das atividades de formação das representações sociais. De igual importância, por outro lado, são os aspectos sociais na construção e circulação das representações sociais. Como destaca Moscovici, o conceito de representações sociais parte da junção do adjetivo "sociais" ao substantivo "representações"[24].

19. Idem.
20. MOSCOVICI, 1978, p. 55.
21. SPINK,1993.
22. MOSCOVICI, 1978, p. 58.
23. SPINK, 1993.
24. MOSCOVICI, 1978.

As representações sociais somente existem e interessam ao homem enquanto sujeito social, que age, relaciona-se e comunica-se com outros no espaço da esfera pública[25]. Elas são sociais porque dependem do contexto geral no qual os indivíduos se inserem, são conformadas por ideologias, cultura e valores e variam conforme posições específicas em determinados grupos sociais. Desse modo, as representações sociais assumem a forma de um "conhecimento socialmente elaborado e compartilhado"[26].

Como conhecimento socialmente elaborado e compartilhado, as representações sociais vão além da função de oferecer um modo para os sujeitos sociais enxergarem o mundo exterior. As representações sociais também determinam a forma de agir no mundo, pois, ao definir a representação dos estímulos exteriores, elas também condicionam as possíveis respostas a esses estímulos[27].

Assim, elas funcionam como vetores de conduta para os diferentes grupos sociais, "autorizando o que é considerado como 'obrigatório' para se definir o objeto ou se relacionar com ele, o que é 'comum' (frequente), 'eventual' (excepcional) e o que é 'inaceitável', 'anormal' (contra a norma do grupo para o objeto em questão)."[28]

Há, portanto, íntima relação entre as representações sociais compartilhadas e as práticas sociais manifestadas por sujeitos pertencentes ao grupo, devendo-se reconhecer que as representações sociais são verdadeiras práxis que, em última instância, estruturam a ordem social e servem à sua manutenção[29].

Dessa maneira, a análise dos fenômenos sociais fundamentada na Teoria das Representações Sociais destaca a importância que esse conhecimento compartilhado, expresso mediante valores, crenças, visões de mundo, ditos populares etc., adquire para a compreensão das ações e relações sociais[30]. Busca-se interrogar a realidade através do que pensam e sentem determinados segmentos sociais diante dela. Como explicam Machado e Porto[31]:

> "Trata-se de uma dinâmica que busca entender um dado fenômeno perguntando-se como segmentos da população alvo da análise 'explicam-no' produzindo 'teorias do senso comum', ou seja, representações sociais. Quando fenômenos

25. JOVCHELOVITCH, 1995.
26. JODELET, 1986, p. 473.
27. MOSCOVICI, 1978.
28. CAMPOS, 2021, p. 124-125.
29. SPINK, 1993.
30. PORTO, 2006.
31. MACHADO; PORTO, 2015, p. 299.

> sociais são capturados pelo viés das representações sociais, o que se coloca como conteúdo para a análise sociológica são os sentidos empíricos, formulados pelo senso comum, permeados por julgamentos de valor tais como sustentados pelos agentes sociais, levando o(a) pesquisador(a) a se interrogar sobre o conteúdo destes valores e sobre como estruturam e presidem a vida social."

Especificamente em relação às políticas públicas, as representações sociais que circulam socialmente orientam a percepção exteriorizadas pelos atores que ordinariamente agem para influenciar a pauta política, como sindicatos, associações, grupos de interesse, partidos políticos, corporações de profissionais e mídia. As representações sociais compartilhadas podem impactar a agenda institucional de formulação de problemas e soluções, servindo como justificativa para a adoção ou não de determinada política pública[32].

Nesses casos, elas são incorporadas, inclusive, nos elementos ditos objetivos da política pública, a exemplo de propostas legislativas, leis, decretos e documentos orientadores[33], constituindo-se formalmente como normas de atuação. Por outro lado, independentemente de qualquer adoção oficial, as representações sociais dos diversos segmentos de atores envolvidos na implementação das políticas públicas, especialmente aquelas organizadas em rede, existem e condicionam a atuação deles.

3. Metodologia

Realizou-se, inicialmente, revisão bibliográfica do campo de estudos sobre segurança pública e governança, bem como de dados estatísticos sobre homicídios no Brasil e no Distrito Federal. Além disso, fez-se análise documental de textos legislativos e demais documentos oficiais, especialmente do Documento Orientador do Viva Brasília – Nosso Pacto Pela Vida. Do ponto de vista da abordagem empírica, a técnica de coleta de dados utilizada foi a entrevista, por ser adequada para resgatar a memória dos atores envolvidos no Pacto Pela Vida, colhendo informação sobre fatos que eles sabem e acontecimentos que vivenciaram, além de percepções, apreciações, ideias e opiniões sobre temas relacionados ao objeto de estudo[34]. A importância do uso da entrevista qualitativa, quando se objetiva mapear as crenças, valores e ações de atores em um contexto específico, como é o caso de uma política pública, é destacada por Gaskell:

32. PORTO, 2006.

33. SILVA; VICENTE; OLIVEIRA FILHO, 2020.

34. LAVILLE; DIONNE, 1999.

> "O primeiro ponto de partida é o pressuposto de que o mundo social não é um dado natural, sem problemas: ele é ativamente construído por pessoas em suas vidas cotidianas, mas não sob condições que elas mesmas estabeleceram. Assume-se que essas construções constituem a realidade essencial das pessoas, seu mundo vivencial. O emprego da entrevista qualitativa para mapear e compreender o mundo da vida dos respondentes é o ponto de entrada para o cientista social que introduz, então, esquemas interpretativos para compreender as narrativas dos atores em termos mais conceptuais e abstratos, muitas vezes em relação a outras observações. A entrevista qualitativa, pois, fornece os dados básicos para o desenvolvimento e a compreensão das relações entre os atores sociais e sua situação. O objetivo é uma compreensão detalhada das crenças, atitudes, valores e motivações, em relação aos comportamentos das pessoas em contextos sociais específicos."[35]

Escolhida a entrevista como técnica de coleta de dados, foi definido o formato de entrevistas individuais semiestruturadas para condução do diálogo entre entrevistador e entrevistado. Tendo em vista o amplo espectro de desdobramentos possíveis das perguntas e respostas e para possibilitar maior flexibilidade ao fluxo da troca de informações, entendeu-se que essa forma seria mais adequada do que o formato de questionário fechado.

O tópico guia para a condução das entrevistas foi elaborado para permitir o mapeamento da trajetória acadêmica e profissional do entrevistado; experiências anteriores como gestor na área de segurança pública; circunstâncias do convite para participar do Pacto Pela Vida; eventual participação no processo de elaboração da política; participação na implementação; percepções sobre composições e dinâmicas das reuniões nos Comitês Gestor e Executivo; percepções sobre o envolvimento do Governador na condução do Pacto Pela Vida; percepções sobre o envolvimento dos demais atores; opiniões sobre os obstáculos verificados na coordenação entre os atores e balanço geral da experiência.

O quadro de entrevistados representa amostragem não probabilística dos atores e atrizes que participaram da formulação e da execução da política pública objeto do estudo de caso. Trata-se de amostragem selecionada pelo critério de acessibilidade ou conveniência, no qual "o pesquisador seleciona os elementos a que tem acesso, admitindo que estes possam, de alguma forma, representar o universo"[36]. Como ferramenta para seleção e acesso aos participantes a serem entrevistados, utilizou-se a técnica de amostragem em bola de neve, que se baseia em cadeias de referência[37].

35. GASKELL, 2002. p. 65.

36. GIL, 2008, p. 113.

37. VINUTO, 2014.

Entendeu-se pertinente realizar entrevista exploratória com Arthur Trindade Maranhão Costa, por considerar que ele, em razão do dúplice papel como um dos formuladores do Pacto Pela Vida – DF e Secretário da Segurança Pública e da Paz Social do Distrito Federal no período inicial, seria informante chave para identificar outros gestores que participaram das fases de formulação e implementação da política de segurança pública. Após a oitiva dos atores inicialmente referidos, chegou-se aos demais entrevistados com base em referências subsequentes.

Foi composta, ao final, amostra de onze atores e atrizes que tiveram participação relevante na formulação e implementação do Pacto Pela Vida do Distrito Federal. Ao todo, foram quatro gestoras e sete gestores, que atuaram/atuam na política pública na posição de Governador, Secretários de Estado, integrantes de forças policiais, subsecretários ou coordenadores setoriais. A fim de resguardar a privacidade dos entrevistados, os nomes dos participantes foram omitidos. Em referências optou-se por utilizar apenas as expressões "gestor" ou "gestora", sem qualificativos que possibilitassem a identificação.

4. Resultados e discussão

A incorporação do Pacto Pela Vida na agenda de soluções para a segurança pública no Distrito Federal teve impulso inicial na campanha para a eleição ao cargo de Governador do Distrito Federal que se realizou no ano de 2014. O então candidato Rodrigo Rollemberg, do Partido Socialista Brasileiro (PSB), que concorria pela coligação Somos Todos Brasília, tornou público programa de governo que reconhecia as condições precárias da segurança pública no Distrito Federal. Propunha, para resolver o problema, "implantar uma política de fortalecimento dos órgãos de segurança, integrando-os entre si e coordenando-os com outros órgãos por meio de ações transversais"[38].

Além de listar objetivos para a segurança pública, o plano de governo apresentava alguns programas específicos previstos para a área e o principal deles era denominado "Pacto Pela Vida – Brasília", claramente inspirado na política pública de segurança adotada no estado de Pernambuco. O Pacto Pela Vida pernambucano foi a política pública de segurança adotada em 2007, no primeiro mandato de Eduardo Campos, também do Partido Socialista Brasileiro (PSB), como governador. O programa conseguiu diminuir expressivamente o índice de homicídios e foi considerado como uma das marcas da gestão.

Confirmada a eleição de Rodrigo Rollemberg (2015-2018), o governador recém-eleito convidou Arthur Trindade Maranhão Costa, Doutor em sociologia,

38. COLIGAÇÃO SOMOS TODOS BRASÍLIA, 2014.

professor-associado da Universidade de Brasília, Coordenador do Núcleo de Estudos sobre Violência e Segurança (NEVIS/UnB), Conselheiro do Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP), autor de trabalhos acadêmicos sobre redes e governança, para assumir a Secretaria de Segurança Pública e da Paz Social (SSP/DF) e coordenar a equipe responsável por formular e implementar o Pacto Pela Vida do Distrito Federal. Pode-se notar, assim, sinalização política no sentido de implementar, no Distrito Federal, um modelo de intervenção racional, planejado e efetivo na segurança pública.

O reforço da governança em segurança pública, a ação coordenada entre os atores e a construção de política pública de Estado foram compromissos políticos assumidos pelo Governador. Além disso, os processos de formulação e implementação da política tiveram participação direta de alguns atores oriundos do campo acadêmico de estudos sobre segurança pública, bem como de pessoas que atuaram na Secretaria Nacional de Segurança Pública (Senasp), com experiência em formulação, gestão, financiamento e avaliação de políticas públicas de segurança.

Para apresentação dos resultados referentes às percepções dos gestores sobre a participação nessa experiência em política pública, optou-se por agrupar as representações sociais em torno de dois eixos temáticos: representações sobre segurança pública e representações sobre governança em segurança pública. No primeiro, enquadram-se representações mais genéricas sobre o que seria a segurança pública, as atividades envolvidas e os órgãos públicos responsáveis por sua prestação. No segundo eixo temático, são englobadas as representações sobre a governança em segurança pública e o modelo implementado pelo Pacto Pela Vida – DF.

4.1. Representações dos gestores sobre segurança pública

A representação central compartilhada pelos gestores convidados a pensar e agir diante da questão da segurança pública pode ser resumida na ideia de complexidade. Ainda que não nomeada assim nos discursos, a segurança pública é representada, sobretudo, como um problema complexo a partir da elaboração de três enfoques interligados. Primeiramente, é ressaltada a multiplicidade de causas e fatores que influenciam as violências e a criminalidade. O segundo enfoque destaca que a segurança pública é complexa porque exige uma variedade de saberes, estratégias, abordagens e modalidades de intervenções para lidar com a questão. E, por último, a segurança pública é vista como complexa diante da quantidade de atores que idealmente deveriam interagir para a implementação de uma política pública de segurança. O Documento Orientador do Pacto Pela Vida – DF recorre expressamente ao termo complexidade para destacar os desafios das políticas públicas de segurança:

> "A complexidade trazida pela diversidade de dimensões que envolvem os problemas de segurança pública — sociais, políticas e culturais — constitui um grande desafio para a implementação de políticas efetivas. Necessariamente, esse contexto exige uma abordagem participativa e abrangente de ações intersetoriais e articuladas"[39]

Do ponto de vista dos fatores que impactam a segurança pública, verifica-se uma preocupação dos gestores em ressaltar a multiplicidade de fatores que contribuem para a geração de violências, insegurança e criminalidade. Os participantes da pesquisa compartilham visões sobre as causas da insegurança, que extrapolam as possibilidades de entendimento fornecidas pelos saberes policiais e jurídicos, especialmente aqueles compartilhados por parte dos profissionais da área penal, ordinariamente mobilizados para dar conta dos problemas de segurança pública no Brasil. Tópicos como impunidade, suposta frouxidão das leis penais e falhas do Poder Judiciário, circulantes no senso comum sobre o tema, não aparecem nos relatos dos gestores. Por outro lado, conforme se pode observar das falas selecionadas, entram em cena elementos como desemprego, habitação e iluminação pública:

> "A segurança pública depende de vários fatores (...). A gente ia ali para dentro daquela comunidade e verificava que falta iluminação pública, falta acesso dos jovens a um primeiro emprego. (Gestor 6)
> A segurança recebe o transbordo de problemas sociais, de tudo que é área (...) A gente fala dos problemas exógenos. Nós temos endógenos, que são os nossos mesmos. E vem os exógenos que são os de fora. Desemprego, habitação... Estão lá no artigo sexto da Constituição, né? Os direitos sociais. (Gestor 8)."

Nesse aspecto, as representações dos gestores equilibram-se entre os polos do movimento pendular que caracteriza as abordagens das políticas públicas de segurança no Brasil. Por um polo, os problemas socioeconômicos são descritos como principais causas da criminalidade e reformas sociais seriam a solução; pelo outro, os crimes resultam de predisposições e escolhas individuais, de modo que dissuasão e punição representam a melhor maneira de evitá-los[40]. Correspondem, igualmente, a narrativas correntes sobre as deficiências do Estado brasileiro, em todas as esferas políticas e administrativas, na prestação de serviços públicos essenciais, bem como sobre a falta de acesso efetivo de parcela da população a direitos sociais, como emprego, saúde e educação. Além de presente nas falas dos gestores, representações da violência e criminalidade como fenômenos complexos ligados a

39. DISTRITO FEDERAL, 2015. n.p.

40. BEATO FILHO, 1999.

causas sociais podem ser percebidas no seguinte trecho do Documento Orientador do Pacto Pela Vida – DF:

> "Assim, visando melhorar a qualidade de vida da população e a promoção do seu desenvolvimento humano, o Pacto Pela Vida prevê os seguintes resultados: o reconhecimento da violência e da criminalidade como um problema social e de responsabilidade não apenas das organizações de segurança pública, mas também dos demais órgãos públicos e da sociedade civil."[41]

Intervenções sobre as presumidas causas sociais da violência são cogitadas, em estudos empíricos, como elemento relevante para a diminuição das taxas de criminalidade, inclusive no caso específico dos homicídios[42]. Existem, entretanto, muitas dificuldades práticas de se confirmar e mensurar essas hipóteses[43]. De todo modo, eventuais representações sociais que elaboram as múltiplas causas da criminalidade e os fatores sociais envolvidos na segurança pública foram constatadas em pesquisas que utilizaram entrevistas com gestores das polícias[44] ou com integrantes do sistema de justiça criminal[45].

Outra faceta da complexidade da segurança pública está relacionada com a diversidade de abordagens necessárias para lidar com os problemas[46]. Os problemas complexos demandam soluções transversais, baseadas na articulação de conhecimentos oriundos de outros campos científicos e na adoção de práticas e técnicas tradicionalmente alheias aos atores dos sistemas de segurança pública e de justiça criminal[47]. Nesse aspecto, emergem representações que expressam a necessidade de se abordar as questões de segurança pública de um modo interdisciplinar, conjugando as ações tradicionais de policiamento com abordagens da assistência social, da saúde e do planejamento urbano:

> "Então os problemas eles são transversais. E as soluções também são transversais. Quando a gente melhora uma rua com iluminação, as pessoas começam a andar melhor, o Uber fala: agora eu vou lá, está seguro. (Gestor 8)
> Quando você conscientiza o governador que tem que ter um programa de emprego de jovens voltado para determinada área carente, desenvolvimento de esportes, escola em tempo integral, quando ele percebe isso, o índice de criminalidade cai naquela região. (Gestor 6)."

41. DISTRITO FEDERAL, 2015. n.p.
42. PERES, 2011 e GUIMARÃES, 2011.
43. BEATO FILHO; SILVEIRA, 2014.
44. PORTO, 2004.
45. MACHADO; PORTO, 2015.
46. SOARES, 2006.
47. BRAGA JUNIOR; CIPRIANO, 2009.

As percepções relacionadas à necessidade de ações multidisciplinares nas políticas públicas de segurança estão intimamente ligadas ao terceiro aspecto de complexidade. Os gestores formulam a imprescindibilidade da ação coletiva articulada em uma rede de atores com o objetivo de lidar com os problemas de segurança pública. Intersetorialidade é a palavra que melhor sintetiza a conjugação de esforços entre setores, órgãos, entidades e organizações públicas diversas.

A segurança pública, pelo menos nos discursos, passa a ser uma responsabilidade do Estado como um todo e não apenas um problema das polícias[48]. Há convergência entre o texto do Documento Orientador do Pacto Pela Vida – DF e as representações dos gestores, como se pode notar:

> "O Pacto pela Vida desenvolverá também estratégias coordenadas e intersetoriais de prevenção às violências e intervenção em áreas de vulnerabilidade social. Nessa perspectiva, a Segurança Cidadã, de acordo com o documento das Nações Unidas, é definida como uma estratégia de governança que envolve uma abordagem jurídico-social focada nas vulnerabilidades, pela articulação permanente entre o Sistema de Justiça Criminal, as forças da sociedade civil e as unidades intersetoriais do governo[49].
> Segurança pública não pode ser reduzida à ação policial. Segurança pública é um conjunto de ações articuladas e integradas das forças que operam na segurança, as polícias, mais os órgãos intersetoriais do poder público que podem eliminar as deficiências que geram vulnerabilidade naquele local. (Gestora 9)
> Política de segurança pública não pode ser uma atribuição apenas da área de segurança pública. Política de segurança pública é uma política de todo o governo. (Gestor 11)."

As representações que levam em conta o caráter multicausal da insegurança, que elaboram a necessidade de atuação conjunta entre diversos setores dos governos e que ressaltam a insuficiência das intervenções de natureza policial são compartilhadas pelos gestores e constituem a base organizada para a compreensão do problema da segurança pública. Essas premissas articuladas, todavia, dão lugar a duas formas distintas pelas quais os gestores percebem "a essência" do Pacto Pela Vida – DF e enquadram essa política dentro de um marco teórico conceitual. De um lado, há a construção discursiva do Pacto Pela Vida como um modelo de

48. Deve-se questionar, entretanto, até que ponto isso corresponde a uma mudança de paradigma nas concepções da segurança pública ou representa um recurso retórico que, ao transformar os problemas de segurança pública em problemas sociais, tem como corolário isentar de responsabilidade os gestores da área de segurança pública. CERQUEIRA; LOBÃO; CARVALHO, 2005.

49. DISTRITO FEDERAL, 2015. n.p.

segurança cidadã; de outro, a manutenção da ordem pública é invocada como fundamento maior da política pública em questão.

Quanto ao conceito de segurança cidadã, cabe pontuar que ele começou a ser difundido em países da América Latina pela Organização das Nações Unidas (ONU) e pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), como tentativa de estabelecer um novo marco conceitual para compreensão da segurança humana e novas metodologias de tratamento para os problemas nesse campo[50]. De acordo com essa perspectiva, a segurança pública deve ser entendida como uma garantia da plena fruição dos direitos fundamentais, da dignidade da pessoa e do livre desenvolvimento das potencialidades humanas[51], a salvo de agravos aos atributos da personalidade, à vida, à saúde e à propriedade. Segurança pública, nesse sentido, demanda uma abordagem complexa que reconhece a centralidade da dignidade humana e articula a prevenção de crimes com funções de melhoria da qualidade de vida[52].

Com o modelo de segurança cidadã, tem-se a abertura da questão da segurança pública para além dos limites do Direito Penal e das práticas policiais[53]. Partindo da ideia de que as causas da insegurança e da criminalidade são múltiplas e variadas e que a conjugação de saberes e de estratégias é necessária para equacionar a questão, defende-se a adoção de políticas públicas integradas, com atuação conjunta entre os órgãos policiais e outras esferas estatais responsáveis pelas áreas de urbanismo, educação e assistência social, por exemplo[54].

A partir dessas concepções sobre segurança cidadã, percebe-se que o conceito aparentemente remete aos elementos abordados nas representações sociais dos gestores ao elaborarem as complexidades da segurança pública. Além disso, o Documento Orientador do Pacto Pela Vida – DF indiscutivelmente caracteriza essa política pública dentro do paradigma de segurança cidadã: "O Pacto pela Vida, fundamentado nos princípios da segurança cidadã, pretende trazer ao Distrito Federal uma nova forma de abordar o problema da segurança pública."[55]

No entanto, cotejar os dados colhidos na pesquisa permite observar uma possível ambiguidade nos relatos de campo. Os gestores, na tentativa de construir sentidos quanto aos fundamentos teóricos, abordagens, práticas e resultados do

50. UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME (UNDP), 1994.
51. SUXBERGER, 2010.
52. MURILLO; ESCALANTE; PEDRAZA, 2018.
53. KRUCHIN, 2013.
54. FREIRE, 2009.
55. DISTRITO FEDERAL. 2015. n.p.

Pacto Pela Vida – DF, não enquadram essa política pública no marco conceitual da segurança cidadã. A expressão "segurança cidadã" sequer é citada na maioria das entrevistas.

As representações dos gestores dão sentido à segurança pública de modo geral e à política pública específica a partir de arcabouço cognitivo diverso. Segurança pública aparece em íntima conexão com a função de manutenção da ordem pública e uma teoria é referida por alguns dos participantes do estudo para nomear essa relação:

> "Trouxeram a questão do Pacto Pela Vida muito em cima da questão das janelas quebradas, de Nova Iorque. (Gestor 6)
> Uma teoria que a gente utilizou foi a teoria das janelas quebradas. (Gestora 2)."

A referida teoria das janelas quebradas, muito resumidamente, argumenta que existe relação entre um contexto ambiental de desordens e a criminalidade, de modo que prevenção e repressão a pequenas desordens e distúrbios podem contribuir para inibir a ocorrência de crimes mais graves[56]. É interessante notar que, nas representações sociais dos gestores, a teoria surge associada com a experiência de política pública de segurança adotada na cidade de Nova York, na década de 1990, no mandato do prefeito Rudolph Giuliani. Trata-se, possivelmente, de um dos casos mais conhecidos e estudados de política pública voltada para a redução dos índices de criminalidade, tornando-se suposto exemplo de sucesso internacionalmente divulgado[57].

Assim, mais do que uma elaboração complexa sobre os pressupostos teóricos da abordagem das janelas quebradas, as representações recorrem a uma experiência concreta que parece dar sentido as suas representações sobre segurança pública[58]. Não cabe aqui abordar de maneira detalhada os resultados da experiência de Nova York, mas é relevante destacar que críticos argumentam que o discurso hegemônico de sucesso tem ligações com projetos político-ideológicos e mascara questionamentos acerca das presumidas relações causais entre as soluções implementas e a verificada redução das taxas de criminalidade. Além disso, criticam-se o que são

56. WILSON; KELLING, 1982.
57. ETERNO; SILVERMAN, 2006.
58. Em pesquisa sobre o Centro Integrado de Comando e Controle (CICC) e a Secretaria Especial de Ordem Pública (SEOP) da cidade do Rio de Janeiro, Hirata e Cardoso constatam a influência dessa experiência e anotam que "essa referência à cidade de Nova York é importante mesmo em seus aspectos anedóticos porque de forma intensa confere a grade de inteligibilidade das políticas de gestão da ordem pública" HIRATA; CARDOSO, 2016. p. 107.

percebidos como efeitos negativos da política pública, notadamente eventuais violações de direitos dos cidadãos nas abordagens policiais e aumento exponencial de pessoas encarceradas[59].

Ainda que a referência nominal à teoria das janelas quebradas não seja explícita nas falas da maioria dos gestores, nota-se nas entrevistas a elaboração do Pacto Pela Vida – DF como uma política pública que busca a melhoria dos indicadores de segurança pública mediante mecanismos voltados para a manutenção da ordem pública. Constata-se, dessa maneira, relação com o previsto no art. 144 da Constituição Federal, o qual adotou concepção de segurança pública enquanto atividade que tem como objetivo precípuo a garantia da ordem pública, ainda que aliada à incolumidade física e patrimonial. A ordem pública aparece no dispositivo legal como situação de normalidade da vida coletiva, sem violências ou ameaças que coloquem em risco a convivência pacífica entre os cidadãos e o funcionamento dos órgãos estatais e das instituições sociais[60].

Entretanto, assim como segurança pública, ordem pública também é um conceito aberto e indeterminado, não definido no ordenamento jurídico[61]. Para a tentativa de caracterização da ordem pública, utilizam-se conceitos igualmente abertos como "convivência pacífica", "interesse público" e "bem comum". O recurso aos conceitos indeterminados, não raro, serve para mascarar a opção ideológica por modelo de segurança pública voltado para a defesa do Estado ou de pequena parcela da sociedade e para a exclusão de grupos tidos como indesejados por seus comportamentos desviantes da normalidade, ou questionadores da ordem estabelecida[62]. Dessa forma, as noções de segurança pública e ordem pública acabam por ser instrumentalizadas pelos órgãos de segurança pública para justificar suas práticas e opções institucionais[63] e a segurança dos cidadãos não consegue se dissociar da segurança do Estado[64].

4.2. Representações dos gestores sobre o modelo de governança do Pacto Pela Vida – DF

A utilização do termo governança em vários campos do conhecimento, com abordagens muitas vezes conflitantes e para descrever realidades muito distintas,

59. YOUNG, 2002.
60. SILVA, 2014.
61. LIMA; SILVA; OLIVEIRA, 2013.
62. ZACKSESKI, 2006.
63. LIMA; SINHORETTO; BUENO, 2015.
64. SOUZA; BATTIBUGLI, 2015.

são fatores que dificultam a construção de um entendimento comum e que levam especialistas no campo a colocar em dúvida a capacidade descritiva e analítica do conceito[65]. Identificam-se, na literatura, pelo menos seis usos principais para a governança[66].

Consideramos que o termo governança refere-se, em regra, aos mecanismos estatais e sociais de exercício do poder, para regulação e condução do Estado e da sociedade[67]. Em relação ao setor público, a governança pode ser resumida como efetiva capacidade do Estado em manter a integração e a ordem da sociedade e fornecer os bens e serviços públicos necessários aos cidadãos[68]. O incremento dessa capacidade, quando a ação coletiva está organizada na forma de redes de políticas públicas, pressupõe a institucionalização de mecanismos de coordenação e indução que compatibilizem a atuação interdependente dos atores, com o objetivo de minimizar redundâncias, incoerências e lacunas[69].

A adoção de noções de governança em segurança pública no Pacto Pela Vida – DF é percebida pelos gestores como um incremento importante para qualificar as políticas públicas nesse campo:

> "Eu digo que governança é tudo. Eu digo que é tudo porque a governança passa, primeiro, por ter informação. Se você não tiver informação você não consegue fazer gestão. Você precisa ter com a informação a capacidade de mobilização. E isso implica na articulação entre as instituições. E você precisa não só trabalhar, como você precisa medir resultados. A governança passa por tudo isso. A governança passa por você olhar a política e ver se ela está funcionando ou não. (Gestor 3)
> O principal do plano, para mim, foi a governança. O governador sentado na mesa dialogando sobre a segurança pública. Todo o conjunto de ações, desde sentar na mesa, a conversa que ele tem com os comandantes, os elogios, as cobranças. (Gestor 8)."

Não se verifica maior preocupação dos entrevistados em definir governança ou abordar eventuais pressupostos teóricos que forneçam um quadro de inteligibilidade conceitual. As representações sobre o papel central da governança

65. OFFE, 2009.
66. Conforme a abordagem adotada, governança pode significar: Estado Mínimo, governança corporativa, New Public Management (NPM), "boa governança", um sistema sócio cibernético e redes auto-organizadas. RHODES,1996.
67. SCHNEIDER, 2005.
68. FUKUYAMA, 2013.
69. COSTA, 2015.

ancoram-se em percepções positivas relacionadas a alguns elementos ou características que lhe seriam inerentes. Discursos relacionados a um modelo de gestão por resultados e à integração entre atores envolvidos no ciclo da política pública transparecem como elementos-chave das representações construídas para dar sentido à governança em segurança pública e à experiência do Pacto Pela Vida – DF:

> "É um modelo que vai sendo, de alguma forma, aprimorado, detalhado, etc. Mas a grande matriz é essa lógica em última instância de gestão por resultados, de responsabilização territorial... esses conceitos, né, elementares e básicos das coisas. (Gestora 7)
> O Pacto Pela Vida é uma política baseada em indicadores e metas, ou seja, é uma política de gestão. Indicadores e metas é digamos um dos, é um tripé, é um tripé da política. O outro pé da política, a outra perna da política é um sistema de responsabilização. (Gestor 1)
> Você consegue saber se o seu trabalho está sendo eficiente ou não? Essa é a proposta, na verdade, de todos esses programas. Ela é finalística. Eu digo aqui para o nosso pessoal o tempo inteiro, que o trabalho de responsabilidade da polícia não termina quando eu atendo a ligação do 190, não termina quando eu atendo a ocorrência que chegou na delegacia. O nosso trabalho não é burocrático, é de resposta. O nosso trabalho é de resultado. Então, o que eu estou fazendo está aumentando os números ou está reduzindo os números? (Gestor 3)."

Essas representações podem ser contextualizadas tendo em conta abordagens que relacionam a ascensão dos discursos de governança, na década de 1990, com a proposição de novos modos de organização e critérios de desempenho da administração pública. Muitas dessas propostas foram enquadradas no que se denominou *New Public Managment* (NPM), conceito identificado como equivalente[70] a um dos possíveis usos do termo governança[71].

A Nova Administração Pública, voltada para diminuir os custos e incrementar a eficiência do Estado na prestação de serviços públicos, tem como pontos centrais a adoção de conceitos, vocabulários e métodos gerenciais oriundos do setor privado, com ênfase crescente na eficiência e na implementação de formas de medição dos resultados[72]. O campo do policiamento e da segurança pública não ficou alheio a essas ideias. Propostas objetivando reformas gerenciais nas organizações policiais

70. RHODES, 1996.
71. Outros autores ressaltam que, apesar de possuírem pontos em comum, governança e NPM são conceitos diferentes. PETERS; PIERRE, 1998.
72. PECI; PIERANTI; RODRIGUES, 2008.

e o incremento da eficiência das políticas públicas de segurança vêm sendo apresentadas em diversos países[73].

É importante considerar, também, que a persistência e a gravidade dos problemas de segurança pública no Brasil propiciaram a consolidação nacional de um campo de estudos sobre violência e segurança pública[74]. Em relação ao tema específico das políticas públicas de segurança, parcela das pesquisas desenvolvidas dedica-se ao diagnóstico dos problemas e das possíveis soluções, buscando orientar a ação do Estado e da sociedade nessa área com fundamento em respostas técnicas consideradas mais adequadas.

Ao lado da academia, organismos internacionais[75] e organizações da sociedade civil[76] têm contribuído para a divulgação do que seriam essas boas práticas em matéria de políticas públicas de segurança. Entre outras, as ditas boas práticas de gestão englobam: aprimoramento dos mecanismos de coleta e análise de dados e estatísticas criminais; utilização de dados e estatísticas para orientar a atuação cotidiana dos órgãos de segurança pública, especialmente as polícias; estabelecimento de prioridades, objetivos e metas específicas para planejar e executar as atividades na área de segurança pública e construção de indicadores para acompanhamento dos resultados obtidos[77].

Na literatura, o discurso acerca das boas práticas geralmente está associado ao reconhecimento dos chamados casos de sucesso, isto é, exemplos concretos de políticas públicas de segurança consideradas exitosas. É o que ocorre, igualmente, no Pacto Pela Vida – DF. O Documento Orientador expressa que o programa incorpora soluções práticas inspiradas em "modelos de gestão por resultados implantados e testados em outros locais"[78], cujas experiências de gestão da segurança pública são vistas como referências já que "promoveram uma redução acentuada em suas taxas de violência e criminalidade"[79], nomeadamente: Nova York, Bogotá, Minas Gerais e Pernambuco.

As representações dos gestores corroboram a percepção do Pacto Pela Vida – DF como solução técnica que articula as boas práticas e os exemplos dos casos de sucesso:

73. HODGKINSON; CAPUTO; MCINTYRE, 2019.
74. MUNIZ; CARUSO; FREITAS, 2017.
75. WORLD BANK. 2006.
76. INSTITUTO SOU DA PAZ, 2017.
77. CANO, 2006. DURANTE; ZAVATARO, 2007. LIMA, 2017.
78. DISTRITO FEDERAL, 2015.
79. Idem.

> "Esse Programa Pacto pela Vida, que em Pernambuco fez sucesso, ele não começa em Pernambuco, o primeiro estado a adotar isso é Minas Gerais. O Pacto Pela Vida é uma fórmula que o Brasil adotou, ninguém inventou isso né, cada um foi botando seu tijolinho, claro que com variações, tem diferenças grandes nesses programas, na forma de gestão, nos indicadores, etc. (Gestor 1)
> Sem sombra de dúvida a gente se inspirou nas experiências não apenas de Pernambuco, mas de Minas Gerais com o Fica Vivo, do Espírito Santo com Estado Presente, as experiências em nível municipal de gabinete de gestão integrada (...) Até porque em termos de política de segurança pública no Brasil, os dois *cases* de sucesso ainda hoje são os *cases* de Pernambuco e Minas Gerais. Espírito Santo fica ali atrás, mas os *cases* de sucesso são esses dois. (Gestor 10)."

Constata-se, novamente, como a experiência de Nova York impacta as representações da governança em segurança pública e o êxito obtido por essa política em ser reconhecida como um caso de sucesso. A referência, quando se tem em mente as supostas vantagens da gestão por resultados aplicada às políticas de segurança pública, é o sistema COMPSTAT, adotado pelo Departamento de Polícia de Nova York. De uma perspectiva ampla, ele pode ser compreendido como conjugação de ferramentas técnicas e gerenciais, baseada na produção de informações precisas para orientar o trabalho policial e possibilitar a mensuração da performance, além de mecanismos de responsabilização e cobrança por resultados[80]. Os dois exemplos de políticas públicas citadas como casos de sucesso no contexto brasileiro, Minas Gerais[81] e Pernambuco[82], adotaram, com adaptações, modelos de gestão influenciados pelo COMPSTAT.

Ao lado das ideias relacionadas à gestão por resultados, diálogo, integração e coordenação entre os atores envolvidos na política pública são noções fundamentais das representações sociais da governança no Pacto Pela Vida – DF. Nos discursos, a criação de canais para intercâmbio de informações e de espaços institucionalizados destinados à discussão conjunta dos problemas e das estratégias para enfrentá-los são elaboradas como fatores imprescindíveis para aprimoramento das políticas públicas de segurança.

As representações da segurança pública como problema complexo pressupõem a necessidade de integração e coordenação de ações entre diferentes órgãos interdependentes. Conforme o Documento Orientador afirma sobre os casos de sucesso:

80. MOORE, 2003.
81. FREITAS, 2015.
82. MACÊDO, 2012.

> "É central, nesses modelos, o reforço da capacidade de governança em segurança pública e nas suas organizações, que pressupõe a compatibilização de autonomias e interdependências, cuja análise deve levar em consideração um novo tipo de capital, qual seja a capacidade de coordenação de ações dos atores participantes em termos colaborativos e não essencialmente impositivos."[83]

As dificuldades na integração e coordenação de ações entre diferentes órgãos são apontadas como grande obstáculo para o avanço da segurança pública no Brasil[84]. O art. 144 da Constituição Federal, ao indicar os órgãos através dos quais a segurança pública é exercida, relaciona vários tipos de polícias e os corpos de bombeiros militares[85]. Deve-se considerar, ainda, que políticas públicas de segurança dependem da atuação dos agentes do sistema de justiça criminal, de modo que deve existir algum nível de articulação com o Poder Judiciário, o Ministério Público e a Defensoria Pública.

A segurança pública resulta de um "complexo sistema organizacional e legal que, por sua vez divide-se em subsistemas com características próprias e singulares, mas que estão articulados, a princípio, por uma divisão de trabalho e complementaridade de funções"[86]. Essas organizações possuem trajetórias institucionais e culturas organizacionais diferentes, o que faz com que atuem em conformidade com lógicas e padrões diversos e muitas vezes conflitantes[87]. Dessa forma, a dinâmica das interações entre os atores desenvolve-se em um sistema com muitas peças e poucas engrenagens[88] ou frouxamente articulado[89].

Diante desse cenário, o sistema de governança desenhado para o Pacto Pela Vida – DF pretendia incrementar a articulação e a coordenação das atividades dos atores através de reuniões periódicas:

> "O processo de articulação e coordenação do Pacto pela Vida baseia-se na realização de reuniões periódicas, contemplando diferentes níveis de tomada de decisão, para a análise de problemas de segurança pública, a busca de soluções e a avaliação de resultados."[90]

---

83. DISTRITO FEDERAL, 2015.
84. LIMA, 2019.
85. São listadas: Polícia Federal; Polícia Rodoviária Federal; Polícia Ferroviária Federal; Polícias Civis; Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares; Polícias Penais federal, estaduais e distrital.
86. SAPORI, 2006. p. 763.
87. OLIVEIRA; MACHADO, 2018.
88. BALLESTEROS, 2014.
89. SAPORI, 2006.
90. DISTRITO FEDERAL, 2015.

Essas reuniões eram realizadas no âmbito de quatro instâncias, com composição e atribuições diversas. Na base do sistema, os Comitês de Área Integrada de Segurança Pública (AISP) representam a menor divisão territorial e são responsáveis pelo processamento de demandas e soluções que podem ser resolvidas no âmbito local. Em um nível acima, os Comitês de Região Integrada de Segurança Pública (RISP) são compostos pelo agrupamento de cinco AISPs e têm atribuição para coordenar as ações que demandam esforço de várias áreas, bem como para repassar os problemas mais estruturais ao âmbito de governança seguinte. O Comitê Executivo, coordenado pelo Secretário de Segurança Pública, deve organizar a pauta de temas e soluções que serão deliberados pelo nível máximo. Por fim, o Comitê Gestor, presidido pelo Governador, tem atribuições estratégicas para discutir e decidir sobre as questões consideradas estruturantes na segurança pública do Distrito Federal.

Ao considerarmos as visões compartilhadas pelos gestores, podemos cogitar que os resultados práticos em termos de coordenação dos atores para alcançar os objetivos mais gerais do Pacto Pela Vida – DF ficaram aquém do esperado. Para compreender essa avaliação, é pertinente salientar que, nas políticas públicas de segurança desenvolvidas no âmbito dos estados brasileiros e do Distrito Federal, as Secretarias de Segurança Pública exercem funções centrais na implementação das redes, coordenação dos atores e gestão das interações entre eles.

As capacidades estatais de formular e implementar políticas públicas de segurança são influenciadas por fatores como a estrutura interna das Secretarias de Segurança Pública, tamanho e qualificação do quadro de servidores e as relações institucionais dessas com os demais órgãos do governo[91]. No caso do Pacto Pela Vida – DF, representações que elaboram certa fraqueza institucional da Secretaria de Segurança Pública dão sentido às dificuldades verificadas na coordenação:

> "A Secretaria de Segurança Pública tem status, né, de rainha de Inglaterra. É verdade no DF e é verdade em outros lugares. (Gestor 10)
> Falta uma decisão de que a Secretaria de Segurança seja de fato uma condutora, né. Acho que a Secretaria de Segurança tem sido tradicionalmente um trampolim político. (Gestora 7)."

De modo mais específico, as dificuldades verificadas no modelo de governança do Pacto Pela Vida – DF são visualizadas nas reuniões da cúpula do sistema, o Comitê Gestor, e elaboradas a partir da dinâmica das relações de poder entre o Secretário de Segurança Pública e os representantes dos demais órgãos com assento

91. COSTA, 2015.

nessa instância[92]. Pelo arranjo previsto na legislação do Distrito Federal, Departamento de Trânsito, Polícia Civil, Polícia Militar e Corpo de Bombeiros Militar não integram a estrutura, nem se subordinam administrativa, financeira ou operacionalmente à Secretaria.

Os dirigentes máximos desses quatro órgãos recebem o tratamento de Secretários de Estado e são nomeados ou exonerados diretamente pelo Governador. Dessa forma, a reunião dos membros do Comitê Gestor envolve interações entre atores com o mesmo status jurídico e institucional. Na prática, o Secretário de Segurança Pública não tem ingerência direta sobre nenhum aspecto do funcionamento dos demais órgãos componentes do sistema de segurança pública, o que é percebido como obstáculo para a implementação do modelo de governança do Pacto Pela Vida – DF:

> "O Secretário de estado de Segurança, no processo de gestão, ele faz a coordenação do sistema. Mas o nível hierárquico dele é igual ao do Comandante Geral da Polícia Militar, do Comandante Geral dos Bombeiros, do Diretor Geral da Polícia Civil. Porque há uma autonomia política administrativa e eles têm uma relação direta com o governador. Isso gera enfraquecimento do sistema de governança.
> Não há como você ter autonomia para poder coordenar um sistema se você tem todos os seus pares numa relação de horizontalidade. E eles foram treinados para só respeitar o chefe. (Gestora 9)
> Eu acho que essa questão de a Secretaria estar no mesmo patamar hierárquico, digamos assim, é uma questão que criou um abalo na proposta. (Gestora 2)."

A ausência de relação hierárquica entre o Secretário de Segurança Pública não é arranjo exclusivo do Distrito Federal. No entanto, existe peculiaridade orçamentária que, na ótica dos gestores, dificulta ainda mais a governança das políticas de segurança pública locais. O Fundo Constitucional do Distrito Federal[93] financia três dos órgãos que compõem o sistema de segurança pública: Corpo de Bombeiros,

92. São membros natos do Comitê Gestor: Governador, Secretário da Segurança Pública e da Paz Social, Comandante-Geral do Corpo de Bombeiros Militar, Comandante-Geral da Polícia Militar, Diretor-Geral do Departamento de Trânsito e Diretor-Geral da Polícia Civil.

93. Lei 10.633/02, art. 1º: "Fica instituído o Fundo Constitucional do Distrito Federal – FCDF, de natureza contábil, com a finalidade de prover os recursos necessários à organização e manutenção da polícia civil, da polícia militar e do corpo de bombeiros militar do Distrito Federal, bem como assistência financeira para execução de serviços públicos de saúde e educação, conforme disposto no inciso XIV do art. 21 da Constituição Federal".

Polícia Militar e a Polícia Civil. Os demais órgãos, inclusive a própria Secretaria de Segurança Pública, não recebem nenhum valor desse Fundo.

Dessa forma, nem mesmo para a obtenção de recursos financeiros, a Polícia Militar e a Polícia Civil necessitam de eventual intermediação da Secretaria de Segurança Pública. Esse arranjo institucional contribui para a percepção de impossibilidade de se coordenar plenamente a ação das polícias, fazendo-as trabalhar em sintonia com os pressupostos e objetivos gerais do Pacto Pela Vida – DF, como se pode notar:

> "O secretário de Segurança Pública é um *primus inter pares* e isso é muito complicado, faz com que as polícias, de fato, não precisem da Secretaria. Elas podem ir direto ao secretário de planejamento, ao governador, enfim, por lei, né? Aí é uma situação invertida: quem precisa das polícias é o Secretário. Na prática é isso, assim, a Secretaria precisa das polícias para fazer seu plano, só que as polícias não precisam da Secretaria.
> Eu diria, assim, o secretário sequer é um *primus inter pares,* ele é um primo abaixo dos pares, porque ele precisa mais dos outros do que os outros precisam dele. (Gestor 1)
> Não é possível é que a Secretaria de Estado de Segurança Pública tenha o orçamento que tem, quando os outros órgãos que compõem o sistema, que ela é responsável por coordenar, operam numa outra lógica, com outras facilidades, e ela não integrar, por exemplo, o Fundo Constitucional de Segurança. Porque não há política pública sem orçamento. (Gestora 9)."

A dinâmica das interações entre a Secretaria de Segurança Pública e os demais órgãos componentes do sistema de segurança pública do Distrito Federal é uma realidade que decorre, como visto, da organização administrativa determinada pela legislação. No entanto, o desenho do modelo de governança do Pacto Pela Vida – DF não prevê expressamente mecanismos institucionais para a solução de eventuais conflitos ou impasses no âmbito do Comitê Gestor. Por isso, a presença e a atuação de uma liderança com autoridade para dirimir as controvérsias entre os demais atores e exercer as funções de mediação e arbitragem na rede é percebida com elemento central para a implementação e continuidade do funcionamento dessa política pública:

> "A gente precisa, para esse perfil de política, a gente precisa de um *stakeholder* bacanudo, entendeu? Alguém que vai bater na mesa e vai dizer cumpra-se. Se não cumprir, querido, próximo, amanhã é o próximo. Sabe, assim, próximo? (Gestora 2)
> O modelo, fórmula que o Brasil conseguiu desenvolver e meio "deu certo", é essa fórmula que aposta noventa por cento das fichas, vamos dizer assim, nessa

> liderança. Agora liderança é uma coisa que é isso, em última instância é uma característica pessoal. (Gestora 7)
> Olha, eu acho que as experiências que foram bem-sucedidas na área tinham uma liderança política muita clara. Não necessariamente precisa ser do governador, mas tem de ser uma liderança política que tenha capacidade de imposição sobre os outros secretários inclusive. (Gestor 10)."

As representações sociais dos participantes da pesquisa que ressaltam a importância da presença e da atuação efetiva de um gestor com determinado perfil para liderar o processo de implementação e manter o correto funcionamento do sistema de governança do Pacto Pela Vida – DF coincidem com conclusões de pesquisas que avaliaram outras políticas públicas similares[94]. Há, todavia, possível contradição com os discursos oficiais sobre os pressupostos do modelo, que "deve levar em consideração um novo tipo de capital, qual seja a capacidade de coordenação de ações dos atores participantes em termos colaborativos e não essencialmente impositivos"[95]. Na visão dos gestores, a governança do Pacto Pela Vida – DF, em sua última instância, depende de uma liderança personalíssima e do exercício de mecanismos tradicionais de condução hierárquica. Considerando tal dependência, pode-se questionar as possibilidades de institucionalização e a sustentabilidade desse modelo ao longo do tempo.

5. Considerações finais

O Pacto Pela Vida – DF constitui-se em política pública que, nos discursos oficiais, posiciona-se no paradigma da segurança cidadã e objetiva o reforço da capacidade de governança da segurança pública e das suas organizações. Assume que violências e criminalidades são influenciadas por muitos fatores e que a ação coletiva envolvendo vários órgãos estatais e a comunidade é necessária para consolidação de um paradigma de segurança cidadã. Dessa forma, buscou-se com essa política consolidar um modelo de governança dotado de mecanismos capazes de conferir coordenação às ações, compatibilizando autonomias e interdependências entre os atores envolvidos.

Retomando o problema formulado e eixo da pesquisa – como os gestores representam socialmente o Pacto pela Vida? – a análise dos dados permite constatar, em relação à construção da segurança pública como problema público, o parcial alinhamento dos relatos dos gestores com as diretrizes expressas no Documento

94. INSTITUTO SOU DA PAZ, 2017; MACÊDO, 2012; NOBREGA JÚNIOR, 2010; OLIVEIRA, 2016.

95. DISTRITO FEDERAL, 2015.

Orientador do Pacto Pela Vida – DF. As causas da violência e da criminalidade são representadas como questões complexas que envolvem fatores econômicos, sociais e legais.

Por isso, as representações sobre as soluções ideais interpelam abordagens de vários campos (multidisciplinares) e envolvem a atuação de diferentes setores da sociedade e da administração pública (intersetoriais). A forma de dar sentido às contingências para a implantação da política pública, todavia, sugere aparente contradição entre o discurso oficial da segurança cidadã, adotado no Documento Orientador do Pacto Pela Vida – DF, e as representações de parte dos gestores, que pendem para a leitura da segurança como manutenção da ordem pública.

Quanto à governança em segurança pública, ela é percebida especialmente como modelo de gestão por resultados e como resposta à necessidade de coordenação e integração na atuação dos atores. Nesse segundo ponto, as narrativas dos participantes sugerem aparente paradoxo do modelo do Pacto Pela Vida – DF. Os conceitos de governança e redes de políticas públicas utilizados nos discursos oficiais apontam para a superação de modelos tradicionais de organização burocrática e de comando hierárquico para formas mais horizontais de organização. Por outro lado, na representação dos atores, a participação direta de uma figura de autoridade, com capacidade de liderança, emerge nas falas dos atores e atrizes envolvidos como fator primordial para a administração da rede formada pelo Pacto Pela Vida – DF.

A lente proposta pela Teoria das Representações Sociais permitiu-nos identificar ideários, valores e crenças dos profissionais diretamente envolvidos no Pacto Pela Vida – DF. Os dados da pesquisa sugerem, também, possíveis contradições pontuais entre as concepções de segurança pública e de governança adotadas no Documento Orientador e as representações sociais compartilhadas pelos distintos atores sociais engajados na política pública.

Embora estudos complementares sejam necessários para aprofundar possíveis correlações entre dadas representações e ações sociais dos atores, pode-se cogitar que disputas em torno da agenda de segurança pública podem ter ocasionado entraves na implementação da política pública. Além disso, é possível inferir que representações sobre o papel da Secretaria de Segurança Pública do Distrito Federal e sobre a necessidade de uma figura de autoridade para condução da política de segurança pública tenham impactado negativamente a experiência, limitando a institucionalização do modelo de governança do Pacto Pela Vida – DF.

Entre os achados que a mobilização da Teoria das Representações Sociais para o este estudo sugere destacar-se a forma como se apresenta, a partir das narrativas, a centralidade da dimensão política das políticas públicas. Sem ignorar a

necessidade de sempre se buscar soluções tecnicamente adequadas, deve-se destacar que a formulação e a implementação de um programa de intervenção em segurança pública não dependem apenas da observância das boas práticas ou da emulação de casos de sucesso.

Como produto da competição política, com antagonismos, convergências, consensos e dissensos, as políticas públicas representam, inclusive simbolicamente, a escolha de prioridades, em dado momento histórico. Elas afirmam e reafirmam princípios, padrões e metas para a atuação pública diante de valores, crenças, objetivos e possibilidades conflitantes. No caso da segurança pública, essas disputas refletem também a diversidade de visões contraditórias em torno do tratamento do tema. O (re)conhecimento dessas representações sociais mostra-se relevante para pensar a construção de políticas públicas adaptadas ao contexto não apenas político, mas também social e institucional.

6. Referências

BALLESTEROS, Paula Rodriguez. Gestão de políticas de segurança pública no Brasil: problemas, impasses e desafios. *Revista Brasileira de Segurança Pública*, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 6-22, 2014. Disponível em: [http://revista.forumseguranca.org.br/index.php/rbsp/article/download/353/173]. Acesso em: 05.09.2019.

BEATO FILHO, Cláudio C. Políticas públicas de segurança e a questão policial. *São Paulo em Perspectiva,* São Paulo, v. 13, n. 4, p. 13-27, 1999. Disponível em: [www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-88391999000400003]. Acesso em: 10.09.2019.

BEATO FILHO, Cláudio C; SILVEIRA, Andréa Maria. *Efetividade e avaliação em programas de prevenção ao crime em Minas Gerais*. *Tornando as cidades brasileiras mais seguras*: edição especial dos diálogos de segurança cidadã, Rio de Janeiro, 2014. Disponível em: [https://igarape.org.br/wp-content/uploads/2014/07/artigo-8-p3.pdf]. Acesso em: 12.05.2020.

BRAGA JUNIOR, Weibson; CIPRIANO, Neuma. O gerenciamento de projetos na segurança pública: uma abordagem pragmática da aplicação do método na gestão das ações integradas a partir de um estudo de caso. *Revista Brasileira de Segurança Pública*, v. 3, n. 1, p. 114-132, fev.-mar. 2009. Disponível em: [https://revista.forumseguranca.org.br/index.php/rbsp/article/view/43]. Acesso em: 19.03.2022.

CABRAL, Mauro André Kaiser. *Análise do Planejamento Estratégico da Segurança Pública do Distrito Federal.* 2018. 119 f. Dissertação (Mestrado Profissional em Administração Pública) – Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, Brasília, 2018.

CAMPOS, Pedro Humberto Faria. As práticas sociais e seu "contexto". In: ROSO, A. et al. *Mundos sem fronteiras*: representações sociais e práticas psicossociais. Florianópolis: ABRAPSO, 2021. p. 124-125.

CANO, José Ignacio. Políticas de segurança pública no Brasil: tentativas de modernização e democratização versus a guerra contra o crime. *Sur – Revista Internacional de Direitos Humanos*, São Paulo, v. 3, n. 5, p. 136-155, 2006. Disponível em: [www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-64452006000200007&lng=en&nrm=iso]. Acesso em: 21.05.2020.

CANO, José Ignacio; RIBEIRO, Eduardo. Homicídios no Rio de Janeiro e no Brasil: dados, políticas públicas e perspectivas. In CRUZ, Marcus Vinicius G.; BATITUCCI, Eduardo C. (Orgs.). *Homicídios no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007.

CERQUEIRA, Daniel; LOBÃO, Waldir; CARVALHO, Alexandre X de. *O Jogo Dos Sete Mitos e a Miséria da Segurança Pública No Brasil.* Rio de Janeiro: IPEA, 2005. Disponível em: [http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/1778/1/TD_1144.pdf]. Acesso em: 27.03.2021.

COLIGAÇÃO SOMOS TODOS BRASÍLIA. *Cidade, Cidadão, Cidadania*: programa de governo. Brasília, 2014. Disponível em: [www.rollemberg.com.br/planogoverno/planogoverno.pdf]. Acesso em: 04.03.2020.

COSTA, Arthur Trindade Maranhão. Estado, governança e segurança pública no Brasil: Uma análise das secretarias estaduais de Segurança Pública. *Dilemas: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 4, p. 607-632, 2015. Disponível em: [https://revistas.ufrj.br/index.php/dilemas/article/view/7306/5885. Acesso em: 05.09.2019.

COSTA, Arthur Trindade Maranhão; LIMA, Renato Sérgio de. Segurança Pública. In: LIMA, R. S.; RATTON, J. L.; AZEVEDO, R. G. (Orgs.). *Crime, polícia e justiça no Brasil*. São Paulo: Contexto, 2014. p. 483-490.

DISTRITO FEDERAL. Documento orientador do Viva Brasília: Pacto Pela Vida. Brasília: Secretaria da Segurança Pública e da Paz Social, 2015. n.p. Disponível em: [http://vivabrasilia.ssp.df.gov.br/pdf/Documento_Orientador-VivaBras%C3%ADlia.pdf]. Acesso em: 17.03.2019.

DURANTE, Marcelo Ottoni; ZAVATARO, Bruno. Limites e desafios da evolução da gestão em segurança pública. *São Paulo em Perspectiva*, São Paulo, v. 21, n. 1, p. 76-91, 2007. p. 81. Disponível em: [http://produtos.seade.gov.br/produtos/spp/v21n01/v21n01_06.pdf]. Acesso em: 11.09.2019.

ETERNO, John A.; SILVERMAN, Eli B. The New York City Police Department's Compstat: Dream or Nightmare? *International Journal of Police Science & Management*, v. 8, n. 3, p. 218-231, 2006.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2022.* Fórum Brasileiro de Segurança Pública: São Paulo, 2022. Disponível em: [https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2022/06/anuario-2022.pdf?v=4]. Acesso em: 28.06.2022.

FREIRE, Moema Dutra. Paradigmas de segurança no Brasil: da ditadura aos nossos dias. *Revista Brasileira de Segurança Pública*, São Paulo, v. 3, n. 2, p. 100-114, 2009. Disponível em: [http://revista.forumseguranca.org.br/index.php/rbsp/article/view/54]. Acesso em: 13.10.2019.

FREITAS, Lauro Soares de. *A institucionalização do modelo de gestão CompStat na Polícia Militar de Minas Gerais sob a perspectiva teórica do Translation e trabalho institucional.* 2015. 270 f. Tese (Doutorado em Administração) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2015.

FUKUYAMA, Francis. What is governance? *Governance*: an International Journal of Policy, Administration, and Institutions, [s. l.], v. 26, n. 3, p. 347-368, 2013.

GASKELL, George. Entrevistas individuais e Grupais. In: GASKELL, George; BAUER, Martin W. (ed). *Pesquisa qualitativa com texto, imagem e som*: um manual prático. 2. ed. Tradução de Pedrinho A. Guareschi. Petrópolis: Vozes, 2002.

GIL, Antônio Carlos. *Métodos e técnicas de pesquisa social*. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2008.

HIRATA, Daniel; CARDOSO, Bruno. Coordenação como tecnologia de governo. *Horizontes antropológicos*, Porto Alegre, v. 22, n. 46, p. 97-130, jul.-dez. 2016.

GUIMARÃES, Roberta. O papel do desemprego nas altas taxas de homicídio entre jovens no Brasil Metropolitano. In: SENASP. *Segurança, Justiça e Cidadania: o Panorama dos homicídios no Brasil.* Brasília: SENASP, 2011.

HODGKINSON, Tarah; CAPUTO, Tullio; MCINTYRE, Michael L. Beyond crime rates and community surveys: a new approach to police accountability and performance measurement. *Crime Science*, [s. l.], v. 8, n. 1, p. 1-7, 2019. Disponível em: [www.researchgate.net/publication/337133417_Beyond_crime_rates_and_community_surveys_a_new_approach_to_police_accountability_and_performance_measurement]. Acesso em: 11.09.2020.

INSTITUTO SOU DA PAZ. *Balanço das Políticas de Gestão para Resultado na Segurança Pública*. Instituto Sou da Paz: Rio de Janeiro, 2017. Disponível em: [www.soudapaz.org/upload/pdf/balanco_da_gestao_publica.pdf]. Acesso em: 22.10.2021.

IPEA. *Atlas da violência*. Disponível em: [www.ipea.gov.br/atlasviolencia/dados-series/20]. Acesso em: 25.06.2020.

JODELET, Denise. A representação: noção transversal, ferramenta da transdisciplinaridade. *Cadernos de Pesquisa*, São Paulo, v. 46, n. 162, out.-dez. 2016. Disponível em: [www.scielo.br/j/cp/a/SSz3qFrS7XhwzstT867s9NQ/?lang=pt]. Acesso em: 07.04.2022.

JODELET, Denise. La representación social: fenómenos, concepto y teoría. In: MOSCOVICI, Serge (Ed.). *Psicología Social II*: Pensamiento y vida social. Barcelona: Páidos, 1986.

JODELET, Denise. Ciências sociais e representações: estudo dos fenômenos representativos e processos sociais, do local ao global. *Sociedade e Estado*, Brasília. v. 33, n. 2, maio-ago. 2018. Disponível em: [www.scielo.br/j/se/a/BzhBBK7NjwBZ7PgxSYH5tvR/]. Acesso em: 10.04.2022.

JOVCHELOVITCH, Sandra. Vivendo a vida com os outros: intersubjetividade, espaço público e Representações Sociais. In: GUARESCHI, Pedrinho A.; JOVCHELOVITCH, Sandra (Orgs). *Textos em Representações Sociais*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1995.

KRUCHIN, Mariana Kiefer. Análise da introdução de um novo paradigma em segurança pública no Brasil. *Revista Brasileira de Segurança Pública*, São Paulo, v. 7, n. 1, p. 40-56, fev.-mar. 2013. Disponível em: [www.forumseguranca.org.br/storage/download//revista_12.pdf]. Acesso em: 15.09.2019.

LAVILLE, Christian; DIONNE, Jean. *A Construção do Saber*: manual de metodologia de pesquisa em Ciências Humanas. Porto Alegre: Artmed; Belo Horizonte: Editora UFMG, 1999.

LEMGRUBER, Julita; MUSUMECI, Leonarda; RAMOS, Silvia. Por que é tão difícil implementar uma política de segurança? *Observatório da Cidadania: Relatório 2002*. Rio de Janeiro, p. 46–54, 2002. Disponível em: [www.ucamcesec.com.br/textodownload/por-que-e-tao-dificil-implementar-uma-politica-de-seguranca-publica/]. Acesso em: 16.04.2020.

LIMA, Renato Sérgio de. Efetividade nas Políticas de Segurança Pública: o que funciona segundo as boas práticas nacionais e internacionais. In: *Atlas da violência*: política nacional de segurança pública orientada para a efetividade e o papel da Secretaria Nacional de Segurança Pública. Brasília: IPEA; FBSP, 2017. Disponível em: [http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/8070]. Acesso em: 15.09.2019.

LIMA, Renato Sérgio de. Segurança pública como simulacro de democracia no Brasil. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 96, n. 33, p. 53-68, 2019. Disponível em: [www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142019000200053&lng=pt&nrm=isso]. Acesso em: 30.05.2020.

LIMA, Renato Sérgio de; SILVA, Guilherme Amorim Campos da; OLIVEIRA, Priscilla Soares de. Segurança pública e ordem pública: apropriação jurídica das expressões à luz da legislação, doutrina e jurisprudência pátrios. *Revista Brasileira de Segurança Pública*, São Paulo, v. 7, n. 1, p. 58-82, 2013.

LIMA, Renato Sérgio de; SINHORETTO, Jacqueline; BUENO, Samira. A gestão da vida e da segurança pública no Brasil. *Sociedade e Estado*, Brasília, v. 30, n. 1, p. 123-144, abr. 2015. Disponível em: [www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69922015000100123&lng=en&nrm=iso]. Acesso em 10.09.2019.

MACÊDO, Andréia de Oliveira. *"Polícia, quando quer, faz!"*: análise da estrutura de governança do "Pacto pela Vida" de Pernambuco. 2012. 142 f. Dissertação (Mestrado em Sociologia) – Universidade de Brasília, Brasília, 2012. Disponível em: [https://repositorio.unb.br/handle/10482/11244]. Acesso em: 08.09.2019.

MACHADO, Bruno Amaral; PORTO, Maria Stela Grossi. Homicídio na área metropolitana de Brasília: Representações Sociais dos Delegados de Polícia, Promotores de Justiça e Magistrados. *Sociologias*, Porto Alegre, v. 17, n. 40, p. 294-325, set.-dez. 2015. Disponível em: [www.scielo.br/scielo.php?pid=S1517-45222015000300294&script=sci_abstract&tlng=pt]. Acesso em: 09.01.2019. p. 299.

MACHADO, Rafael Lopes Kassem. *Viva Brasília*: Pacto pela Vida: Governança e Democracia nos Conselhos Comunitários de Segurança Pública. 2017. 190 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2017. Disponível em: [https://repositorio.uniceub.br/jspui/handle/235/12427]. Acesso em: 06.09.2019.

MADEIRA, Lígia Mori; RODRIGUES, Alexandre Ben. Novas bases para as políticas públicas de segurança no Brasil a partir das práticas do governo federal no período 2003-2011. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 49, n. 1, p. 3-21, 2015. Disponível em: [http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/42957]. Acesso em: 22.02.2020.

MONTEIRO, Claudio Dantas. Aspectos da Governança Policial: reflexões sobre a construção do "Viva Brasília – nosso pacto pela vida" (2015-2018). In: *Congresso Brasileiro de Sociologia*. 19., 2019, Florianópolis. Disponível em: [www.sbs2019.sbsociologia.com.br/atividade/view?q=YToyOntzOjY6InBhcmFtcyI7czozNToiYToxOntzOjEyOiJJRF9BVElWSURBREUiO3M6MjoiMzciO30iO3M6MToiaCI7czozMjoiMmNiNDIzNjE0MTZmODk3Mjc1ZTc1ZjY3ZWFjZWQ0ZTMiO30%3D&ID_ATIVIDADE=37]. Acesso em: 20.05.2020.

MOORE, Mark H. Sizing Up COMPSTAT: an Important Administrative Innovation in Policing. *Criminology and Public Policy*, Tallahassee, v. 2, n. 3, p. 469-494, jul. 2003.

MOSCOVICI, Serge. *A representação social da psicanálise*. Trad. Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Zahar, 1978. p. 28.

MUNIZ, Jacqueline; CARUSO, Haydée; FREITAS, Felipe Freitas. Os estudos policiais nas ciências sociais: um balanço sobre a produção brasileira a partir dos anos 2000. *Revista Brasileira de Informação Bibliográfica em Ciências Sociais – BIB*, São Paulo, n. 84, p. 148-187, 2017. Disponível em: [http://anpocs.com/index.php/bib-pt/bib-84]. Acesso em: 05.08.2019.

MURILLO, Carlos Augusto Paez; ESCALANTE, Ignacio Enrique Peón; PEDRAZA, Yesid Ramírez. Contexto de la seguridad ciudadana en América Latina y el Caribe: revisión de literatura (2007- 2017). *Revista Científica General José María Córdova*, Bogotá, v. 16, n. 24, p. 83-106, 2018. Disponível em: [www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S1900-65862018000400083&lng=en&nrm=iso]. Acesso em: 02.10.2019.

NOBREGA JÚNIOR, José Maria Pereira da. *Os Homicídios no Brasil, no Nordeste e em Pernambuco*: dinâmica, relações de causalidade e políticas públicas. 2010. 271 f. Tese (Doutorado em Ciência Política). Universidade Federal de Pernambuco – UFPE, Recife, 2010. Disponível em: [https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/1558]. Acesso em: 13.03.2020.

NUNES, André; MIRANDA, Pollyanna Costa; ARAÚJO, Juliana Maria. Accountability e política pública: Uma análise do programa de segurança viva Brasília – Nosso pacto pela vida. *Espacios*, Caracas, v. 38, n. 22, 2017. Disponível em: [www.revistaespacios.com/a17v38n22/a17v38n21p04.pdf]. Acesso em: 12.11.2019.

OFFE, Claus. Governance: An Empty Signifier? *Constellations*, Berlin, v. 16, n. 4, p. 550-562, 2009.

OLIVEIRA, Jocsã Carlos Leite de. *Avaliação dos resultados do Pacto pela Vida e a dinâmica dos homicídios nos municípios de Pernambuco*. 2016. 107 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Política). Universidade Federal de Pernambuco – UFPE, Recife, 2016. Disponível em: [https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/18424]. Acesso em: 15.05.2020.

OLIVEIRA, Marcus Vinicius Berno N. de; MACHADO, Bruno Amaral. O fluxo do sistema de justiça como técnica de pesquisa no campo da segurança pública. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 2, p. 781-809, 2018.

PERES, Maria Fernanda Tourinho et. al. Queda dos homicídios no município de São Paulo: uma análise exploratória de possíveis condicionantes. *Revista Brasileira de Epidemiologia*, v. 14, n. 4, p. 709–721, 2011.

PECI, Alketa; PIERANTI, Octavio Penna; RODRIGUES, Silvia. Governança e *New Public Management*: convergências e contradições no contexto brasileiro. *Organ. Soc.*, Salvador, v. 15, n. 46, p. 39-55, set. 2008. Disponível em: [www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1984-92302008000300002&lng=en&nrm=iso]. Acesso em: 06.01.2021.

PETERS, B. Guy; PIERRE, John. Governance Without Government? Rethinking Public Administration. *Journal of Public Administration Research and Theory*, Oxford, v. 8, n. 2, p. 223-243, 1998.

PORTO, Maria Stela Grossi Porto. Polícia e violência: representações sociais de elites policiais do Distrito Federal. *São Paulo em Perspectiva*, São Paulo, v. 18, n. 1, p. 132-141, 2004.

PORTO, Maria Stela Grossi Porto. Crenças, Valores e Representações Sociais. *Sociologias*, Porto Alegre, ano 8, n. 16, jul.-dez. 2006. Disponível em: [www.scielo.br/j/soc/a/gLmN4Wp4zrXGRJTwYLZ7gqD/?lang=pt]. Acesso em: 07.03.2022.

RHODES, R. A. W. The New Governance: Governing without Government. *Political Studies*, Oxford, v. 44, n. 4, p. 652-667, 1996.

SAPORI, Luís Flávio. A justiça criminal brasileira como um sistema frouxamente articulado. In: SLAKMON, Catherine; MACHADO, Maíra Rocha; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (Orgs.). *Novas direções na governança da justiça e da segurança*. Brasília: Ministério da Justiça, 2006.

SCHNEIDER, Volker. Redes de políticas públicas e a condução de sociedades complexas. *Civitas*, Porto Alegre, v. 5, n. 1, p. 29-58, 2005. Disponível em: [https://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/civitas/article/view/33]. Acesso em: 18.03.2020.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 37. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA, R. A. da; VICENTE, K. B.; OLIVEIRA FILHO, F. L. C. de. Representações Sociais na Implementação de Políticas Públicas. *Perspectivas Em Políticas Públicas*, v. 13, n. 25, 2020, p. 197-208. Disponível em: [https://revista.uemg.br/revistappp/article/view/3564]. Acesso em: 15.04.2022.

SOARES, Luiz Eduardo. Segurança Pública: presente e futuro. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 20, n. 56, p. 91-106, 2006.

SOUZA, Luís Antonio Francisco de; BATTIBUGLI, Thaís. O difícil caminho da reforma: a polícia e os limites do processo de reforma pós-redemocratização. *Dilemas: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social*, Rio de Janeiro, v. 7, n. 2, p. 293-319, abr.-maio-jun. 2015. Disponível em: [https://revistas.ufrj.br/index.php/dilemas/article/view/7219]. Acesso em: 05.09.2021.

SPINK, M. J. P. O conceito de representação social na abordagem psicossocial. *Cad. de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, ano 9, v. 3, jul.-sep., 1993. Disponível em: [www.scielo.br/j/csp/a/3V55mtPK8KXtksmhbkcctkj/abstract/?lang=pt]. Acesso em: 07.03.2022.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. Democracia na gestão da segurança pública. *Revista de Artigos do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, n. 4, p. 331-377, 2010.

UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME (UNDP). *Human Development Report*. New York: Oxford University Press, 1994.

UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME. *Global Study on Homicide*: homicide trends, patterns and criminal justice response. Vienna: UNODC, 2019. Disponível em: [www.unodc.org/documents/data-and-analysis/gsh/Booklet2.pdf]. Acesso em: 22.05.2020.

WILSON, James Q.; KELLING, George. Broken Windows: the police and neighborhood safety. *The Atlantic Monthly*, Boston, p. 29-38, mar. 1982.

WORLD BANK. *Crime, Violence and Economic Development in Brazil*: elements for effective public policy. World Bank: Washington, 2006.

YOUNG, Jock. *A sociedade excludente*: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro, Revan, 2002.

ZACKSESKI, Cristina. *A construção do conceito de ordem pública nas políticas de segurança dos distritos federais do Brasil e do México (1980-2005)*. 2006. 400 f., il. Tese (Doutorado em Ciências Sociais). Universidade de Brasília: Brasília, 2006. p. 125-126. Disponível em: [http://repositorio.unb.br/handle/10482/5629]. Acesso em: 15.06.2020.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Área do Direito: Administrativo

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- Adjetivação social da segurança pública: Progresso constitucional na visão moderna dos direitos sociais, de Emerson Ademir Borges de Oliveira, Joana D'Arc Dias Martins e Pedro Lima Marcheri – *RDCI* 134/133-154;
- Do flagrante à sentença: Dinâmicas e fluxos transversais da justiça criminal no Distrito Federal entre 2014 e 2018, de João Vitor Rodrigues Loureiro – *RBCCrim* 177/133-158;
- Educação para a cidadania e os contributos para a segurança, a paz e o desenvolvimento, de Isabel Maria Freitas Valente e Eliane Cristina da Silva Nascimento – *RDCI* 131/247-254;
- Garantia da lei e da ordem no direito brasileiro, de Vladimir da Rocha França – *RDAI* 28/81-113;
- Investigando os investigadores: Representações sociais sobre a atividade policial no Sistema de Justiça Federal, de Cristina Zackseski, Bruno Amaral Machado e Welliton Caixeta Maciel – *RBCCrim* 150/367-395;
- Órgãos de segurança, seletividade penal e estado de exceção: Uma análise crítica, de Bruna Fróes de Oliveira e Frediano José Momesso Teodoro – *RBCCrim* 148/373-394; e
- Segurança pública na perspectiva da vítima: Desafios de legitimação e possibilidades de reconhecimento, de Gustavo de Carvalho Marin – *RBCCrim* 189/213-256.

Crimes dos poderosos na gestão da saúde pública: uma pesquisa sobre práticas corruptivas e técnicas de neutralização

Crimes of the powerful in the public health system: a study of corruptive practices and techniques of neutralization

Guilherme Machado Siqueira[1]
Universidade La Salle, UNILASALLE, Brasil.
E-mail: siqueiraguilherme93@gmail.com

Salo de Carvalho[2]
Universidade La Salle, UNILASALLE, Brasil.
E-mail: salo.carvalho@uol.com.br

Recebido em: 12.07.2023
Aprovado em: 14.09.2023
Última versão dos autores: 18.09.2023

DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.8357227].

Áreas do Direito: Administrativo; Penal

Resumo: O artigo apresenta resultados parciais de pesquisa sobre práticas corruptivas na gestão

Abstract: The article presents a research on corruptive practices in Brazilian public health

1. Doutor e Mestre em Direito pela Universidade La Salle (Unilasalle-RS). Pesquisador. Bolsista Capes/Prosup.
   Lattes: [http://lattes.cnpq.br/8489486154742215].
   Orcid: [https://orcid.org/0000-0002-5812-6090].
   E-mail: siqueiraguilherme93@gmail.com
2. Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (2000). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (1996). Professor Adjunto de Direito Penal na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e na Faculdade Nacional de Direito (UFRJ).
   Lattes: [http://lattes.cnpq.br/4997752549394373].
   Orcid: [https://orcid.org/0000-0002-2006-9916].
   E-mail: salo.carvalho@uol.com.br

da saúde pública brasileira. Possui como objetivos (*primeiro*) compreender os crimes dos poderosos; (*segundo*) revisar as técnicas de neutralização de Sykes e Matza; e (*terceiro*) realizar observação empírica de uma unidade de análise (caso). A hipótese que orienta a pesquisa é a de que as práticas corruptivas foram historicamente incorporadas na gestão pública como regulares (naturalizadas), situação que permite sua continuidade e renovação, viciando as relações entre as esferas públicas e privadas, independentemente da forma de atuação das agências criminais. O suporte teórico e epistemológico para a análise dos dados empíricos é fornecido pela Nova Crítica Criminológica.

Palavras-chave: Corrupção – Crimes dos poderosos – Crimes contra a saúde pública – Nova crítica criminológica – Técnicas de neutralização.

management. It has as objectives (first) to understand the crimes of the powerful; (second) to review the neutralization techniques of Sykes and Matza; and (third) to experiment with empirical observation on the intra-case element of a unit of analysis (case). The hypothesis guiding the research is that acts of corruption have historically been incorporated into public management as regular (naturalized); a situation that allows the continuity and renewal of parasitic practices between the public and private spheres, regardless of the recrudescent action of criminal agencies. The theoretical and epistemological support is provided by the New Critical Criminological.

Keywords: Corruption – Crimes of the powerful – Crimes against public health – New critical criminological – Techniques of neutralization.

Sumário: 1. Introdução. 2. A criminalidade dos poderosos no totalitarismo financeiro. 3. "Práticas corruptivas": um recurso analítico para os crimes dos poderosos. 4. Rotinização: aprendizagem e discursos de neutralização. 5. Práticas corruptivas e justificativas na gestão da saúde pública. 5.1. Objeto de estudo e metodologia. 5.2. Descrição de uma unidade de análise. 5.3. Análise de justificativas em elemento intracaso. 6. Considerações finais. 7. Referências. 8. Jurisprudência.

1. Introdução

A proposta deste artigo é a de apresentar resultados parciais de pesquisa sobre práticas corruptivas na gestão da saúde pública brasileira. A investigação iniciou-se com a análise da Operação Lava Jato, no Rio de Janeiro, em que se observou um palco de recrudescimento das respostas jurídicas a partir dos megaprocessos criminais e ações civis públicas como combate ao fenômeno corruptivo.

Apesar das investidas do aparelho estatal no "combate à corrupção", identificou-se uma continuidade de comportamentos ilícitos que permanecem e se reinventam em uma organização funcional entre atividade econômica, política e administração pública, em especial, na área da saúde durante a pandemia. Assim, além de identificar ilegalidades reveladas no bojo das ações lavajatistas, a investigação percebeu que os processos judiciais fornecem interessante objeto para a análise das racionalizações expostas pelos agentes envolvidos em aparentes esquemas ilícitos.

A pesquisa investiga, portanto, como os agentes envolvidos percebem e instrumentalizam os seus atos, tendo como problema a forma ("como") de justificação

das práticas corruptivas na gestão da saúde pública. A hipótese é a de que os atos de corrupção foram historicamente incorporados na gestão pública como regulares (naturalizados), situação que permite a continuidade e renovação de práticas parasitárias entre as esferas públicas e privadas, independentemente da atuação das agências criminais. Ademais, nesse contexto, é possível perceber como os procedimentos ilegítimos são absorvidos como exercícios rotineiros justificados por uma lógica de escusas absolutórias (neutralização), própria da gestão empresarial, que desresponsabiliza os sujeitos da corrupção.

Como o objetivo principal da pesquisa consiste na análise das racionalizações dos agentes envolvidos em práticas corruptivas na gestão da saúde pública, estudam-se as técnicas de neutralização para analisar a autopercepção e instrumentalização dos atos pelos seus protagonistas. Assim, o artigo trabalha três objetivos específicos: (*primeiro*) compreender os crimes dos poderosos; (*segundo*) revisar as técnicas de neutralização de Sykes e Matza; e (*terceiro*) experimentar a observação empírica sobre o elemento intracaso de uma unidade de análise (caso).

O estudo de casos sobre fraudes na gestão da saúde é justificado não somente pelos expressivos danos à Administração Pública, mas também pela percepção dos efeitos colaterais das práticas corruptivas no Brasil. Com base em denúncias apresentadas pelo MPF, a imprensa brasileira apurou que os esquemas corruptivos no sistema de saúde do RJ, entre 2007 e 2020, envolvem o montante aproximado de R$ 1,8 bilhão (G1, 2020).

Além da expressividade numérica (*quantum*) desviada da Administração Pública, o fenômeno corruptivo na gestão da saúde pode ser apontado como o mais grave esquema fraudatório se relacionado com as demais áreas públicas afetadas. Afinal de contas, não é difícil perceber que as práticas corruptivas impactam diretamente a prestação de serviços essenciais aos mais pobres, o que limita o desenvolvimento humano de homens e mulheres estruturalmente oprimidos.

Pesquisa do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE (2019, p. 29) apontou que 71,5% dos brasileiros dependem do Sistema Único de Saúde (SUS). Esse número corresponde a 150 milhões de pessoas e foi levantado no ano de 2019, quando a pandemia do coronavírus ainda não havia chegado ao Brasil. Segundo a Política Nacional de Saúde Integral da Saúde Negra, publicada pelo Ministério da Saúde (2017, p. 13), estima-se que 67% do número total de usuários do SUS são negros e negras. Além da crítica à desatualização dos dados – observada pelo GT de Saúde da População Negra (SBMFC, 2020) – cumpre referir que a questão remete à explicação de Silvio Almeida (UOL, 2022) sobre o desmonte do SUS consistir em uma política que afeta diretamente a população de baixa renda, sobretudo a população negra.

Seguindo a compreensão teórica de Zaffaroni/Santos (2019), os casos de corrupção na área da saúde indicam uma mecânica de relações entre Estado e Mercado

capitalista que conforma um modelo de hipertrofia econômica danosa. Além disso – tanto de forma lícita como ilícita – é observável que os agentes políticos tenham se tornado reféns (cooptação) ou lobistas (cumplicidade) de metas empresariais, o que desenha um cenário de *macrodelinquência organizada* que preserva o poder hegemônico do Norte-global por meio de crimes locais, de dimensão macrossocial, no Sul-global.

Nesse contexto, é possível afirmar a preponderância de um *totalitarismo financeiro* cujos interesses, próprios de uma classe plutocrática (poderosos), incidem sobre ações de Estado e se materializam em crimes de acumulação e reprodução do capital para fins de manutenção hegemônica (ZAFFARONI/SANTOS, 2019, p. 53). As práticas corruptivas seriam, pois, institucionalizadas por meio de arranjos políticos e econômicos e tornam rotina danos sociais expressivos que provocam vitimizações difusas (em massa). Em efeito, são naturalizadas lesões sociais como efeitos colaterais do mundo dos negócios (BARAK, 2015, p. 105).

As *técnicas de neutralização* (SYKES/MATZA, 1957) parecem se prestar de maneira ideal aos esforços explicativos dos comportamentos próprios dos *crimes dos poderosos* (crimes de Estado e Mercado), uma vez que esses não podem ser realizados sem o suporte de um discurso justificante bem elaborado (ZAFFARONI, 2012, p. 10). Assim, os discursos de justificação se configuram como formas de neutralizar (desresponsabilizar) *práticas corruptivas*, de modo a sustentar procedimentos aprendidos em rotinas institucionais nas quais os agentes estão inseridos.

Nessa perspectiva, uma releitura do modelo das *técnicas de neutralização* pode proporcionar uma investigação atenta das justificativas de agentes que, envolvidos em práticas rotinizadas, reproduzem atos de corrupção nas relações entre Estado e Mercado. Práticas derivadas do colonialismo que configuram o patrimonialismo histórico das relações públicas no Estado brasileiro e que, na atualidade, são reforçadas pelo totalitarismo financeiro.

A pesquisa realiza uma abordagem interdisciplinar, própria da orientação fornecida pela Teoria Crítica da Sociedade, que no campo das ciências criminais incorpora os achados da *Nova Crítica Criminológica* (ZAFFARONI/SANTOS, 2019). A técnica de pesquisa é o *estudo de caso* (GERRING, 2019; YIN, 2004), sendo as unidades de análise compostas por uma operação policial e seus desdobramentos (processos criminais).

Os elementos intracasos de verificação empírica são compostos por peças processuais (denúncia e sentença), documentos de fonte aberta (acordos de colaboração premiada e de leniência) e elementos primários dispostos em mídia (entrevistas e vídeos completos de solenidades jurídicas). As unidades de análise (casos) são compostas por processos judiciais não encerrados, mas que encontram estabilidade nos seus elementos internos, como depoimentos judiciais e extrajudiciais de acusados réus para análise das técnicas de neutralização.

O procedimento metodológico consiste na (a) análise bibliográfica; na (b) pesquisa empírica de casos, com a seleção de elementos intracasos; e na (c) observação de atos processuais e outros elementos (julgamentos, audiências, entrevistas em mídia etc.). A investigação é estruturada em quatro momentos (etapas): (1º) análise das fontes e levantamento de dados; (2º) revisão e reanálise da literatura especializada; (3º) análise dos dados; e (4º) observação de atos processuais e outros.

As unidades de análise selecionadas (casos), compostas por processos julgados e em julgamento, estão relacionadas aos crimes praticados contra a administração pública na área da saúde do Rio de Janeiro e foram selecionadas de investigações realizadas pela Polícia Federal e pelo Ministério Público Federal da 2ª Região, que integram os estados federados do Rio de Janeiro e do Espírito Santo: (a) *Operação Fatura Exposta* (Processo 0503870-31.2017.4.02.5101); (b) *Operação Ressonância* (Proc. 0506921-16.2018.4.02.5101 e 0506899-55.2018.4.02.5101); e (c) *Operação S.O.S* (Proc. 0507310-98.2018.4.02.5101).

Como resultados preliminares, o presente artigo ensaia a análise empírica das justificativas apresentadas por um dos agentes envolvidos em práticas supostamente corruptas e apresenta a revisão bibliográfica dos marcos teóricos explorados (*Nova Crítica Criminológica* e teorias dos *crimes dos poderosos)*.

2. A criminalidade dos poderosos no totalitarismo financeiro

No trabalho de renovação da crítica criminológica têm sido apresentadas novas discussões sobre os limites dos seus objetos de estudo (RUGGIERO, 2008; COLOGNESE; BUDÓ, 2018; BERNAL SARMIENTO et al., 2017; CARVALHO/MATOS, 2021b). Em busca de novas orientações, as pesquisas críticas revisitam temas que não foram privilegiados em sua configuração fundacional, sobretudo nos anos 1970 e 1980, como algumas espécies de "crimes de Estado" (CHAMBLIS, 1989), atos de genocídios (MORRISON, 2016), ilícitos dos mercados (RUGGIERO, 2008; RUGGIERO, 2013), isto é, condutas que provocam danos sociais em ampla escala (CANNING; TOMBS, 2021). Essas discussões têm possibilitado aprofundar a dimensão estrutural das violências próprias do capitalismo e perceber sua instrumentalidade como "totalitarismo financeiro", na linha da "Nova Crítica Criminológica" proposta no Sul global por Zaffaroni/Santos (2019).

Segundo Zaffaroni/Santos (2019, p. 95 e ss.), o aparelho econômico do hemisfério norte estabelece uma dinâmica de atuação que ocupa o lugar da política e gera uma hipertrofia financeira danosa aos países do Sul-global. Essa mecânica pode ser observada tanto nos conluios entre Estados e mercado, quanto no desenvolvimento de relações ímprobas entre os seus representantes e que transformam, em inúmeros casos, agentes políticos em reféns (cooptação) ou lobistas (cúmplices) das

metas corporativas. Nesse sentido, um cenário de "macrodelinquência organizada" é apresentado como elemento central desse "totalitarismo financeiro" que preserva o poder hegemônico das corporações do Norte global por meio de crimes de dimensão macrossocial – p. ex., endividamento dos Estados por meio de contratos fraudulentos, ecocídios (danos ambientais), corrupção da administração pública, evasão de divisas, concorrência desleal, perseguição política (*law fare*), fraudes em licitações, prevaricação, difamações (*fake news*), formações de cartéis entre outros (nesse sentido, estudos históricos como os de CIRINO DOS SANTOS, 1984; e, mais recentes, como os de ZAFFARONI, 2021 e ZAFFARONI/CAMAÑO/WEIS, 2020).

São múltiplas as práticas espúrias que compõem o aparelho mundial da macrocriminalidade organizada (ZAFFARONI/SANTOS, 2019). Observar isso de modo estrutural, no entanto, não significa generalizar as atividades criminosas analisadas no contexto do totalitarismo financeiro. Na linha de Cohen (1985) e Ruggiero (2008) sobre as pretensões que procuram explicar universalmente o desvio, a pesquisa sobre a criminalidade dos poderosos deve adotar a perspectiva da "causalidade dos opostos"[3] (RUGGIERO, 2008, p. 5-7) e trabalhar variações, diferenças e oscilações interpretativas de cada caso criminal singularmente. Frisar isso é importante para que se entenda a dimensão do problema causado pela pulsão generalizante que exclui as possíveis hipóteses dadas pela realidade material da observação científica.

Embora a macrodelinquência organizada possa ser caracterizada por diversos padrões delituosos, nem todo crime econômico organizado pode ser considerado "crime de poderosos". Assim, p. ex., um ato de *corrupção passiva* (art. 317, CPB[4]) é apenas um ilícito penal contra administração pública se for esporádica e

3. Vincenzo Ruggiero (2008, p. 6) entende a causalidade dos opostos como abordagem sensível às variações, exceções e diferenças de objetos. Isso significa rejeitar generalizações e adotar "variações e diferenças de forma particular, ou seja, por meio do enfoque nas oscilações interpretativas que podem sempre ocorrer quando nos deparamos com atividades criminosas. Isso implica que cada vez que apontamos uma causa do crime, podemos atribuir à causa oposta também razoável validade".

4. Corrupção passiva [Art. 317, CPB]: "Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa. (Redação dada pela Lei nº 10.763, de 12.11.2003).

§ 1º – A pena é aumentada de um terço, se, em consequência da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou deixa de praticar qualquer ato de ofício ou o pratica infringindo dever funcional.

houver "igualdade de oportunidade"[5] do agente público com os demais envolvidos (RUGGIERO, 2008, p. 11-14; RUGGIERO, 2015, p. 9). Por outro lado, se a mesma prática (corrupção passiva) for realizada por atores políticos e administrativos de modo sistemático, expressando um *exercício de poder embutido na estrutura político-econômica* (FRIEDRICHS, 2015, p. 42), será possível caracterizá-la como crime de poder. De igual modo, os delitos que a teoria do direito penal usualmente define como "crimes econômicos", sobretudos crimes financeiros e tributários, não são, por si só, crimes de poderosos no sentido atribuído pela crítica criminológica, pois sua configuração depende de um específico contexto como o nível dos danos, as relações sociais derivadas e o *status* político-econômico dos agentes envolvidos.

Em relação aos sujeitos, p. ex., é possível compreender que nem todos os atores de atos de corrupção dispõem do mesmo nível de influência/poder. Alguns concentram uma quantidade exorbitante de material simbólico (prático-social, econômico, político) capaz de criar oportunidades completamente diferenciadas de outros atores sociais (RUGGIERO, 2015a, p. 9). A explicação fornecida por Barak, nesse sentido, é a de que há violações criminais que são sistêmicas e resultantes do exercício de grande poder. Assim, uma série de comportamentos ilegais pode ser observada como rotina, cuja justificativa ocorre por meio de racionalizações inclinadas à necessidade de aumentar o sistema capitalista e de elevar o bem-estar nacional de todos os cidadãos (BARAK, 2015, p. 105-106).

O "totalitarismo financeiro" (ZAFFARONI/SANTOS, 2019), portanto, é protagonizado por agentes que dispõem de exorbitante poder para manter a hegemonia do capital. Dessa forma, podem ser considerados "poderosos" agentes do alto escalão da burocracia estatal, representantes de Governos, corporações (grandes empresas), instituições financeiras influentes e outras organizações de poder semelhantes (FRIEDRICHS, 2015, p. 42-46) que tenham capacidade de (a) influenciar e adaptar as normas jurídicas aos interesses de mercado (RUGGIERO, 2015a, p. 29-30), (b) transgredi-las e permanecer imunes ao sistema de justiça criminal (BARAK, 2015, p. 105), (c) receber vantagens e benefícios diretos vinculados aos

§ 2º – Se o funcionário pratica, deixa de praticar ou retarda ato de ofício, com infração de dever funcional, cedendo a pedido ou influência de outrem:

Pena – detenção, de três meses a um ano, ou multa."

5. A igualdade de oportunidade entre agentes significa uma equivalência da quantidade de material simbólico e de recursos. Nos crimes dos poderosos não há igualdade de oportunidades porque o poder excede a prática do crime para outras esferas da vida social, política e econômica (RUGGIERO, 2015, p. 09). Os crimes cometidos por corporações e Estado são desiguais em oportunidades aos cometidos por um operador de caixa de supermercado, por exemplo, exatamente em razão dos recursos disponíveis.

interesses de reprodução e acumulação do capital (FRAULEY, 2018). Agentes de organizações privadas e públicas poderosas cujas práticas danosas normalizam a vitimização como inerentes "danos colaterais" ou necessários "custos de fazer negócio" (BARAK, 2015, p. 105).

O conceito "crimes dos poderosos" foi elaborado inicialmente por Frank Pearce (1976) para análise de danos macroestruturais derivados das criminalidades dos Mercados e dos Estados, isto é, criminalidades que vinculam poder político e acumulação e reprodução do capital econômico (RUGGIERO, 2008; RUGGIERO, 2013; CHAMBLIS, 1989). Essa perspectiva caminha na direção contrária às elaborações da criminologia tradicional que fazem referência direta aos indivíduos atomizados e condutas menores designadas como criminalidade comum. Na era do "totalitarismo financeiro", as relações sociais de interesses prevalecentes e de trocas econômicas intensas parecem indicar exercícios oligárquicos planetários (BADIOU, 2016, p. 46-47), cujo poder de uma "classe plutocrática mundializada" incide sobre ações de Estado – decisões de políticas (ZAFFARONI/SANTOS, 2019, p. 53).

Nesse sentido, Barak explica que o sistema capitalista possui uma autoridade reguladora sobre todos os outros campos institucionais. Assim, é possível observar que os sistemas de saúde, educação e justiça criminal, p.ex., respondem aos interesses de mercado (metas empresariais e formações de blocos hegemônicos); e o Estado capitalista – que possui a anuência sobre as necessidades de acumulação e reprodução do capital – torna-se dependente dos interesses crescentes de corporações transnacionais, justificados por lógicas econômicas na era do capital global (BARAK, 2015, p. 106). Desse modo, os Estados periféricos detêm uma reduzida expressão simbólica do modelo político-econômico presente no *Norte-global*, motivo pelo qual são submetidos financeiramente ao capital internacional coordenado por macrocorporações (ZAFFARONI/SANTOS, 2019, p. 13).

Estudar os crimes dos poderosos permite uma reflexão mais ampla sobre o conceito de crime (FRIEDRICHS, 2015); possibilita deslocar a ênfase da criminologia tradicional dos desvios dos impotentes à "criminalidade da riqueza" (LYRA, 1934; CARVALHO/MATOS, 2021), aos "crimes de colarinho branco" (SUTHERLAND, 1940), aos "crimes das grandes corporações" (TOMBS; WHYTE, 2015), aos "crimes de Estado" (CHAMBLIS, 1989), em síntese, aos "crimes dos poderosos" (PEARCE, 1976). Essa abordagem possui a intenção epistemológica de compreensão dos arranjos sociais causadores de grandes danos que tradicionalmente foram excluídos do olhar das ciências criminais ortodoxas (dogmática e criminologia positivistas). Não se trata, portanto, de uma abstração idealista e generalizante que toma toda e qualquer ação aleatória de poder (político e econômico) como objeto de análise, mas de um modo de observação empírica sobre a realidade formada por

práticas de agentes poderosos que causam danos significativos e, muitas vezes, restam imunes ao sistema de justiça criminal.

Tomando-se emprestada a compreensão de crime e criminalidade desenvolvida por Roberto Lyra (1934), pode-se destacar que a "dimensão sociológica da *criminalidade* (fenômeno social) não se confunde com a natureza normativa (fenômeno jurídico) do *crime*" (CARVALHO/MATOS, 2021, p. 216, grifos do original). Desse modo, a abordagem dos crimes dos poderosos (ou criminalidade dos poderosos) utiliza a categoria jurídica crime para interpretar extensiva e empiricamente as práticas corruptivas (*criminalidade dos poderosos*) para além das limitações da norma jurídica, apesar de compreender a legalidade como uma conquista civilizatória imprescindível para a limitação do poder de punir. É importante destacar esse ponto, pois a pesquisa dos crimes dos poderosos exige um trabalho criminológico de *desnaturalização do conceito de crime*, no sentido de entender os casos de inaplicabilidade legal para alguns agentes (seletividade), bem como o interesse de classe que existe na produção legislativa que, tendencialmente, imuniza determinadas condutas socialmente danosas (LYRA, 1932; LYRA FILHO, 1979; FRIEDRICHS, 2015; FRAULEY, 2018).

A investigação da criminalidade de poder requer a compreensão do contexto atual do capitalismo financeiro, dos comportamentos ilícitos que sustentam essa ordem político-econômica, bem como das variações de cada caso que envolva práticas simbióticas entre Estado e mercado. Além disso, para o estudo dos crimes dos poderosos é fundamental compreender os danos sociais que são produzidos pelas ações estatais-corporativas, o que exige a análise minuciosa (a) das atividades dos agentes envolvidos, (b) das estruturas organizacionais e institucionais, e do dimensionamento dos danos causados (SILVA FILHO, 2022, p. 291).

3. "Práticas corruptivas": um recurso analítico para os crimes dos poderosos

O termo "corrupção" é desenvolvido na sociologia e na ciência política como alusão ao "[...] desempenho abusivo de poderes, que têm suas finalidades deturpadas para assegurar a obtenção de proveito indevido a quem os exerce" (GONTIJO, 2015, p. 18). Pode-se dizer que se trata de um "[...] fenômeno pelo qual um funcionário público é levado a agir de modo diverso dos padrões normativos do sistema, favorecendo interesses particulares em troca de recompensa" (PASQUINO, 1998, p. 291). Na mesma direção, a acepção semântica do termo foi incorporada ao universo jurídico-penal, paulatinamente, de modo a designar situações caracterizadas pelo desvio de poder utilizado para benefícios privados (GONTIJO, 2015, p. 18). Assim, em um sentido amplo, a corrupção pode ser entendida como um fenômeno

histórico de estratégias privadas que subverte o ideal de interesse coletivo por fins egoísticos (GUERRA, 2017, p. 16).

Embora o sentido polissêmico da corrupção possa ser atribuído à ordem histórico-cultural, a interpretação jurídica identifica o fenômeno na "(...) infração às normas preestabelecidas para o funcionamento do Estado ou de seus organismos da administração direta ou indireta" (TAVAREZ, 2023, p. 72). Assim, a negociação da função pública é elemento constitutivo dessa espécie de delito (Idem); a vantagem indevida solicitada, recebida ou aceita pelo funcionário público está necessariamente vinculada à função que o funcionário efetivamente exerce – "em razão da função" ou "pacto de injusto", nos termos propostos por Greco/Teixeira (2017). Com isso, significa dizer que juridicamente a corrupção é identificada como fenômeno de negociação da função pública, prática espúria entre agentes de Estado e privado e que caracteriza os distintos ilícitos (penais, civis, administrativos e eleitorais) contra a administração pública.

A corrupção, circunscrita a múltiplos comportamentos delituosos, é realizada por indivíduos que exercem *poder situacional/circunstancial* e/ou *poder embutido na economia política* (FRIEDRICHS, 2015, p. 42). Em ambos os casos, o ponto cêntrico em comum é o ato de poder que envolve a mercantilização da função pública, reveladora de uma relação íntima entre agentes do Estado e do mercado. Nessa simbiose, a administração pública é racionalizada como função econômica em si, que favorece a estrutura capitalista de Estado e a hegemonia de determinados agentes empresariais (corporações/grandes empresas/empresários poderosos). Por isso, em razão dessa íntima relação espúria, alguns países já lançam a corrupção ao alcance do setor privado (TAVAREZ, 2023, p. 73), tendo inclusive no Brasil um debate acadêmico sério desenvolvido – como os trabalhos de Gontijo (2015) e Tovo Loureiro (2014).

Diante da prodigalidade do fenômeno criminal, as acepções criminológico-críticas não se esgotam nos tipos penais de corrupção passiva (art. 317, CPB) e corrupção ativa (art. 333, CPB) (TAVAREZ, 2023, p. 73). Em função disso, trabalha-se com a categoria de *práticas corruptivas* como uma espécie do gênero *crimes dos poderosos,* que congloba uma variedade de ilícitos penais e extrapenais de fraudes contra a Administração Pública. Essas práticas podem ser identificadas e categorizadas em tipos penais como *peculato* (art. 312, CPB), *corrupção passiva* (art. 317, CPB), *corrupção ativa* (art. 333, CPB), *advocacia administrativa* (art. 321, CPB), *corrupção de funcionários estrangeiros* (art. 337-B e C, CPB), *fraudes à licitação* (art. 337-E e ss., CPB), *tráfico de influência* (art. 332, 337-B e C, CPB) e outros. Igualmente contempla as previsões de *improbidade administrativa* (Lei 8.429/92) e os *crimes de responsabilidade* (Lei 1.079/1950) (CARVALHO et al., 2022, p. 361; MOTTA, 2022; AGUIAR, 2022).

Os tipos penais descritos conglobam comportamentos empiricamente similares, embora juridicamente distintos. A análise de todas essas condutas ilícitas pode ser integrada sob a mesma construção conceitual de *práticas corruptivas*, uma vez que tratam de irregularidades praticadas na mercantilização da função pública envolvendo agentes econômicos, políticos e funcionários públicos. Além disso, o conceito de *práticas corruptivas* é construído de modo híbrido (criminológico e dogmático) para auxiliar a compreensão do fenômeno da negociação de atos e funções da administração pública (CARVALHO et al., 2022).

A abordagem normativa, entretanto, necessita de reflexão sobre a das práticas de corrupção em seu contexto social, político e econômico, de modo a projetar (a) quais os atos previstos na lei penal, (b) quais são excluídos (imunizados), mas que causam danos, bem como (c) quais são os agentes (públicos e privados) envolvidos no corrompimento da função pública. Nesse sentido, Marcelo Ruivo (2017, p. 18 e 21) explica que o diagnóstico empírico das características e consequências sociais da corrupção é muito importante para identificar e diferenciar esse tipo de criminalidade de outros tipos de delitos/fenômenos criminais. Segundo o autor, é a partir das reflexões empíricas que se torna possível uma orientação mais eficaz à dogmática do direito penal material em busca de um conceito mais preciso.

4. Rotinização: aprendizagem e discursos de neutralização

A noção de "crime de poder" se aplica a atores dotados de alto grau de liberdade, recursos e controle. Segundo Ruggiero (2015a, p. 12-13), os poderosos podem ser identificados pelo exercício de poder que transcende o resultado material do delito, com manifestação em todas as esferas da vida social e em contextos de oportunidades diferenciadas. Isso significa – seguindo a abordagem do autor – que as desigualdades sociais determinam o grau de liberdade pelo qual os protagonistas disponibilizam escolhas e uma gama específica de ações potenciais a serem realizadas.

Em muitos casos, o estudo sobre corrupção foca demasiadamente nos indivíduos que atuam em trocas corruptas e, com isso, desvia a atenção sobre quem são os poderosos e qual o contexto político-econômico das condutas danosas. Desse modo, é preciso destacar a importância de se investigar os comportamentos individuais sem deixar de observar o contexto político, as racionalizações eficientistas e as patologias burocráticas que abrangem as organizações mecanizadas em que os indivíduos atuam (RUGGIERO, 2008, p. 116-117). Inclusive porque no contexto do "totalitarismo financeiro" há interesses prevalecentes do Norte global que são materializados por meio de crimes de acumulação e reprodução do capital (ZAFFARONI; SANTOS, 2019).

A hipótese de que as *práticas corruptivas* podem ser reproduzidas e reinventadas no cerne de organizações mecanizadas, enquanto rotinização burocrática e estrutural de danos, é razoável. Os comportamentos individuais que compõem os crimes dos poderosos, contudo, devem ser analisados pela ótica assimétrica de liberdade que os atores sociais dispõem, uma vez que alguns conseguem transformar os atos praticados por outros em meios para seus próprios objetivos (RUGGIERO, 2015a, p. 9). Dessa forma, aqueles que possuem mais recursos exercem o poder por meio da força (coerção) ou do consenso (legitimidade), de modo que os comportamentos corruptivos podem ser aprendidos como aceitáveis a partir de uma ideia hegemônica que os justifique como tal (idem).

A *teoria da associação diferencial*, de Edwin Sutherland (1940), permitiu compreender o aspecto estrutural da criminalidade de colarinho branco, cujas práticas são aprendidas em associação direta ou indireta com os que já praticaram o mesmo comportamento; ou seja, por meio da transmissão de técnicas e racionalizações. De igual modo, atualmente, no Brasil, a *sociologia da improbidade administrativa,* de Leonel Ohlweiler (2022), ajuda a compreender como as ações danosas são estruturalmente reproduzidas por meio de aprendizagem na burocracia da Administração Pública com forte participação de agentes privados (campo econômico) e públicos (campo administrativo-político). Assim, as *práticas corruptivas* podem ser identificadas na marcação de distintos níveis organizacionais em que, além da violação normativa, um conjunto de procedimentos é apontado como necessário para a preparação e organização de atos ilícitos (OHLWEILER, 2022, p. 499-500).

Como possível compreensão da hipótese de rotinização procedimental das *práticas corruptivas*, as "técnicas de neutralização" (SYKES; MATZA, 1957) parecem se prestar de maneira ideal aos esforços explicativos, pois os comportamentos próprios desse tipo de crime não podem ser realizados sem o suporte de um discurso justificante bem elaborado (ZAFFARONI, 2012, p. 10). As justificativas se apresentam como neutralizações de práticas ilícitas, descritas de modo a sustentar procedimentos aprendidos em rotinas institucionais nas quais os agentes estão inseridos. A questão cerne, diante disso, é que as práticas corruptivas podem ser entendidas como convencionalizadas – ou naturalizadas – por meio de alianças e justificativas que flexibilizam, em determinados contextos, as noções de moralidade e de legalidade (BARATTA, 2013, p. 80; BARAK, 2015, p. 105; RUGGIERO, 2015b, p. 62).

Diante dessa perspectiva, uma releitura das *técnicas de neutralização* pode proporcionar uma investigação atenta às justificativas de agentes que, envolvidos em práticas rotinizadas, reproduzem práticas corruptivas nas relações entre Estado e mercado; práticas que se estruturaram historicamente no colonialismo e que, na atualidade, se mantêm sob a égide do totalitarismo financeiro. Como lembra Zaffaroni (2012, p. 10-12), os escritos de Sykes e Matza foram desenvolvidos para

analisar a delinquência juvenil e fazer frente ao estudo de Albert K. Cohen, que conclui serem os atos infracionais inversão dos valores dominantes da sociedade. Em sentido contrário, Sykes e Matza observaram que os jovens infratores respondiam aos valores sociais dominantes e que por isso não poderiam ser interpretados como membros de uma subcultura. Esse diagnóstico, que desenvolve as *técnicas de neutralização,* é muito importante porque trespassa a construção teórica caricata e essencializadora do delinquente ao caráter descritivo do comportamento, de modo a explicar que as normas que guiam condutas possuem uma aplicação marcada pela "flexibilidade", que condiciona a obediência às normas a variações como o tempo, lugar, pessoas e outras circunstâncias sociais (SYKES; MATZA, 1957, p. 666; ZAFFARONI, 2012, p. 12).

Em síntese, as técnicas de neutralização são identificadas quando os infratores se desresponsabilizam por atos que sabem constituírem crimes. Segundo Sykes e Matza, é muito improvável que se indique o comportamento delinquente como um conjunto de valores considerado correto pelos perpetradores. Afinal, concluem, se existisse uma explicação universal válida para a subcultura delinquente, na qual o comportamento ilegal fosse visto como moralmente correto pelos infratores, haveria manifestação de sentimento de indignação ou martírio que excluiria a exteriorização de culpa ou de vergonha no momento da detenção (SYKES/MATZA, 1957, p. 664).

Aplicadas aos estudos das práticas corruptivas, as justificativas podem ser compreendidas como racionalizações que protegem o indivíduo da culpa derivada do seu comportamento desviante. Além das justificativas serem apresentadas como racionalização posterior aos fatos, normalmente expostas nos processos criminais, elas podem aparecer em momento prévio ao ilícito, de modo a viabilizar a operação desviante e desimpedir o indivíduo de graves danos a sua autoimagem (SYKES/MATZA, 1957, p. 668). Portanto, os mesmos argumentos que são utilizados como técnica de neutralização podem ser aplicados em ocasiões anteriores sobre a motivação da conduta. Isso indica a possibilidade de que as práticas corruptivas sejam interpretadas como produto de aprendizagem e treinamento que molda as práticas políticas, técnicas mercadológicas e outras inerentes à burocracia que envolve Estado e corporações (ZAFFARONI, 2012, p. 12).

Sykes e Matza (1957), ao procurar uma explicação para os mecanismos que reduzem a efetividade dos controles sociais, elencam cinco categorias de análise: (1) *negação da responsabilidade*; (2) *negação do dano*; (3) *negação da vítima*; (4) *condenação dos condenadores* e (5) *apelo a lealdades maiores*. Essas justificativas (tipos de neutralização) ao desvio são mais facilmente aproveitadas por segmentos da sociedade em que é mais visível uma discrepância entre ideais comuns e práticas sociais. Além disso, a observação da estrutura interna das neutralizações permite

identificar as justificativas como um sistema de crenças e valores que orienta as condutas desviantes (SYKES; MATZA, 1957, p. 669).

Segundo João Guilherme Leal Rooda (2022, p. 115-116, grifos do original):

> "A perspectiva de Sykes e Matza permaneceu presa ao etiologismo que dominou a criminologia até a década de 60, de modo que acabam lendo essas técnicas como meras justificações retóricas. No entanto, quando operadas no contexto de mortes massivas, massacres e genocídios, essas técnicas de neutralização adquirem um significado mais profundo de justificação do uso da força e do poder. Com base nessas técnicas de neutralização, Stanley Cohen (2001) desenvolveu importante trabalho sobre os Estados de Negação que acompanham os massacres e genocídios. Segundo o criminólogo inglês, as mesmas técnicas empregadas pelos adolescentes estudados por Matza, acrescidas de outras duas, *negação do conhecimento* e *indiferença moral*, são percebidas em um ambiente macro, como estados gerais de negação que permitem que mortes massivas sejam normalizadas e neutralizadas."

Os agentes envolvidos em crimes de Estado não contrapõem os valores da sociedade em que vivem, mas os realizam e reforçam, conforme explica Zaffaroni (2012, p. 11). Nesse sentido, podem ser incluídos também os agentes de crimes de mercado, pois as *técnicas de neutralização* podem ser identificadas quando os indivíduos apresentam escusas sobre a responsabilidade, dano e vitimização causados por exercício de negócios que envolvem atos ilícitos. Além disso, *a negação da responsabilidade*, *do dano*, *da vitimização* e *condenação dos condenadores* são justificativas que, no caso dos crimes dos poderosos, demonstram o *apelo a lealdades maiores* pelos indivíduos ao argumentarem, p. ex., o "cumprimento de ordens", "regras do mercado", "metas empresariais", entre outras.

5. Práticas corruptivas e justificativas na gestão da saúde pública

5.1. Objeto de estudo e metodologia

A pesquisa sobre práticas corruptivas na gestão da saúde pública iniciou-se com a análise dos processos criminais da Operação Lava Jato[6] no Rio de Janeiro.

6. A Operação Lava Jato iniciou-se em março de 2014 e foi encerrada em 2021. A força-tarefa cumpriu mais de mil mandados de busca e apreensão, prisão temporária, prisão preventiva e condução coercitiva, desvelando um esquema de corrupção na Petrobras envolvendo agentes políticos, empresariais e administrativos. A escolha do nome da operação é justificada por um dos locais que movimentava dinheiro de origem ilegal: um posto de combustíveis e lava a jato de veículos em Brasília. No total, "[...] foram 163 prisões temporárias, 132 prisões preventivas, 1.450 buscas e apreensões, 211 conduções

Apesar das ilegalidades na processualização dos casos nas ações lavajatistas, reveladas posteriormente pela imprensa e reconhecidas pelo STF, a investigação entende o material empírico produzido como importante objeto de análise discursiva, pois possibilita explorar as justificativas dos agentes envolvidos em supostos esquemas criminosos. Segundo apontaram as investigações, todos os setores da Administração Pública do RJ foram atingidos por práticas corruptivas – condutas que, inclusive, foram reconhecidas pelo ex-Governador, em acordo de colaboração premiada, e pelo ex-Secretário de Estado da Saúde, em interrogatório e entrevista à mídia; o que impulsiona a observação sobre o objeto de estudo.

Importante referir que não tomamos as denúncias do Ministério Público Federal e as sentenças do Poder Judiciário como fatos. Inclusive porque, ao longo da Operação Lava Jato, denúncias foram rejeitadas, condenações reformadas, provas foram consideradas ilícitas, juízes foram reputados parciais, juízos reconhecidos como incompetentes etc. O que importa em nossa pesquisa é analisar os discursos dos acusados (réus nos processos) independente do resultado processual (absolvição, condenação ou anulação). Analisar como descrevem os fatos, como identificam as ilegalidades e, sobretudo, como justificam as suas práticas corruptas.

A partir das acusações contra o ex-Governador e seu secretariado e dos demais elementos selecionados, foi possível testar a hipótese de institucionalização de práticas corruptivas como atos de governo, ou seja, uma espécie de padronização e normalização de lesão à coisa pública com escala inédita. Podem ser destacadas duas práticas institucionalizadas, reveladas na pré-análise dos casos: (*primeira*) a definição de 5% de propina sobre cada contrato firmado com o estado do Rio de Janeiro direcionado ao ex-Governador e ao seu núcleo político-administrativo; e (*segundo*) o estabelecimento de 1%, denominado "taxa de oxigênio", pago pelas empresas prestadoras de serviço aos funcionários das mais distintas secretarias para a fiscalização dos contratos (CARVALHO et al., 2022, p. 355).

As unidades de análise (casos) selecionadas para a pesquisa sobre práticas corruptivas na gestão da saúde pública são compostas por processos julgados e em julgamento. Cada limite unitário de caso (ou unidade de análise) é composto por uma operação policial e seus desdobramentos. Logo, os *elementos intracasos* (GERRING,

coercitivas, 35 ações de improbidade administrativa, dois acordos de colaboração homologados no Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF-4), 138 acordos homologados no STF, 553 denunciados, 723 pedidos de cooperação internacional, R$ 4,3 bilhões devolvidos aos cofres públicos, R$ 2,1 bilhões previstos em multas compensatórias decorrentes de acordos de colaboração, R$ 12,7 bilhões em multas compensatórias de acordos de leniência, R$ 14,7 bilhões previstos para serem recuperados e R$ 111,5 milhões em renúncias voluntárias de réus" (CNN, 2022).

2019, p. 68-69) de verificação empírica são: peças processuais (denúncia e sentença), documentos de fonte aberta (acordos de colaboração premiada e de leniência) e elementos primários dispostos em mídia (entrevistas e vídeos completos de solenidade jurídica). Assim, a pré-análise apresenta as seguintes unidades (casos): (a) *Operação Fatura Exposta* (Proc. 0503870-31.2017.4.02.5101); (b) *Operação Ressonância* (Proc. 0506921-16.2018.4.02.5101 e 0506899-55.2018.4.02.5101); e (c) *Operação S.O.S* (Proc. 0507310-98.2018.4.02.5101).[7]

5.2. Descrição de uma unidade de análise

A Operação Fatura Exposta configurou uma espécie de experimento (laboratório) prático-teórico das demais fraudes à saúde pública no estado do Rio de Janeiro, pois revelou os supostos esquemas que impulsionaram inúmeras outras operações. Assim, o presente artigo ensaia a identificação de justificativas em um elemento intracaso, com o experimento do caso-chave (Operação Fatura Exposta) para fins de compreender a validade interna do objeto.

O caso apresentado é um desdobramento da Operação Lava Jato no RJ e envolveu a suposta participação de S.Ca. (ex-Governador do RJ), do médico S.Co. (ex-Secretário de Estado da Saúde), e dos empresários M.I. e G.E. Deflagrada em 2017, a ação (Proc. 0503870-31.2017.4.02.5101) imputou aos agentes as práticas de *corrupção passiva* (art. 317, Código Penal), *corrupção ativa* (art. 333, Código Penal) e *organização criminosa* (art. 2º, § 4º, II, da Lei 12.850/2013).

Segundo narra a denúncia (MPF, 2017), os ilícitos teriam se iniciado no ano de 2002, momento em que o médico S.C. assumiu a Direção-Geral do Instituto Nacional de Traumatologia e Ortopedia (INTO). A peça acusatória diz que o agente teria estabelecido cláusulas restritivas à competitividade nas licitações do INTO, de modo a privilegiar as empresas dos agentes econômicos M.I. e G.E., que importavam os materiais e insumos comprados pelo sistema público de saúde.

Argumenta o órgão acusador que, em um segundo momento, as empresas nacionais passaram a preencher os critérios técnicos das licitações, fato que ameaçava a hegemonia das empresas. Assim, os acusados optaram por realizar as licitações em forma de pregão internacional para aquisição de equipamentos. A estratégia

7. A segunda turma do STF, em 07.12.2022, no julgamento do HC 203.261/RJ, declarou a incompetência do Juízo da 7ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro para processar e julgar as ações penais relativas às Operações Fatura Exposta, Ressonância e S.O.S, determinando a redistribuição das ações penais na Justiça Federal do Rio de Janeiro. As ações foram redistribuídas ao Juízo da 3ª VFCrim/RJ, bem como declarada a nulidade da sentença condenatória. Os processos estão em fase de conhecimento.

reduziria a publicidade da concorrência e limitaria as empresas participantes. Além disso, o agente econômico M.I. já havia organizado acordos com empresas multinacionais estrangeiras para frustrar o caráter competitivo da licitação (MPF, 2018).

Os fatos que ocorreram no INTO são anteriores ao governo de S.Ca. no RJ. Segundo a acusação do MPF (2018), quando o agente político assume a gestão estadual em 2007 e nomeia o médico S.Co (ex-diretor do INTO) como chefe da Secretaria de Estado da Saúde, aquelas práticas corruptivas realizadas no instituto (corrupção, cartel e fraude à licitação) transferem-se à pasta central da saúde pública estadual, viciando grande parte dos contratos da área no estado.

Dados do Portal da Transparência da União e do Estado do Rio de Janeiro indicam que duas empresas de M.I. obtiveram, em contratos relacionados à área da saúde, quase R$ 369 milhões (G1, 2017). Assim, considerando os relatos realizados em colaboração premiada de que 10% dos valores contratados eram desviados para o esquema fraudulento, seria possível estimar que duas das empresas do agente econômico teriam desviado para agentes públicos aproximadamente R$ 36.895.837,82 (trinta e seis milhões, oitocentos e noventa e cinco mil, oitocentos e trinta e sete reais e oitenta e dois centavos) dos cofres públicos, valores que corresponderiam, em 31.12.2008 (período dos fatos), aproximadamente a US$ 15.835.123,17 (quinze milhões, oitocentos e trinta e cinco mil, cento e vinte e três dólares e dezessete centavos) pelo câmbio oficial.

Os sujeitos envolvidos na Operação Fatura Exposta são igualmente acusados em outro caso da mesma natureza: Operação Ressonância. A acusação, nesse caso, refere práticas de *corrupção passiva*, envolvendo percentuais de 5% de propina para S. Ca (ex-Governador), 2% para S.Co. (ex-Secretário de Estado da Saúde) e 1% para C.R. (subsecretário de saúde). A unidade de análise engloba a *corrupção ativa* protagonizada pelos agentes econômicos M.I. e G.E., que teriam pagado propinas para obtenção de vantagens na manipulação do sistema de saúde pública do Rio de Janeiro.

5.3. Análise de justificativas em elemento intracaso

Em interrogatório ao juízo da 7º VF do RJ (Proc. 0503870-31.2017.4.02.5101), o ex-Secretário de Saúde explicou a relação da Administração Pública com os agentes econômicos M.I. e G.E. No ato judicial, descreve a origem da sua relação pessoal com os empresários e os motivos pelos quais teriam sido estabelecidos critérios específicos nos processos de licitações do INTO.

A tabela a seguir apresenta dois trechos selecionados do elemento intracaso. O material empírico utilizado é um vídeo do interrogatório de S.Co. disponibilizado pelo canal do Jornal Estadão (link: [https://www.youtube.com/watch?v=YDFzZXQd6So&t=45s]).

TABELA 01

TRECHO SELECIONADO

[1:00] Juiz: *[...]. Bom, eu queria perguntar inicialmente.... Queria pedir para o senhor esclarecer, do início, como é que se deu a sua formação de médico e o seu início no serviço público. Onde o senhor começou, se possivelmente no INTO, não sei... A partir daí, eu vou lhe perguntar de onde surgiu seu relacionamento com M. I., G.E. [ambos empresários] e também com C.R. [Subsecretário de saúde]. Fique à vontade.*

[2:13] S.Co.: Diria que, em 2002, quando assumo a direção do INTO e aí vem a parte que acho extremamente relevante- desde 1990 eu estou no INTO – e desde essa época, não somente eu, eu diria, mas grande parte dos médicos do INTO e grande parte dos médicos que atuam não só no serviço público como no serviço privado, eles são financiados para comparecer em congressos e fazer visitas a serviço. Isso sempre ocorreu comigo desde a época de residência.... Modéstia parte, eu me saía bem como cirurgião desde essa época e desde essa época, em 1990, que eu conheci M.I. – eu falei para o senhor anteriormente – nós tivemos uma simpatia não somente do ponto de vista... – ele era desde a década de 1970, o maior fornecedor (e quando eu falo ele, estou dizendo da empresa dele). A empresa O.I. era a maior fornecedora do INTO, né. Ele representava as maiores empresas do mundo na minha área – de ortopedia - e tínhamos uma ou outra coisa em comum que era... nós praticávamos jiu-jitsu, então nós, porventura, treinávamos juntos. Então, houve um relacionamento além do relacionamento profissional, de outros profissionais que eu tinha também no INTO, na época de residente, chefe da residência, chefe da área de trauma... então, que eu tinha com esses empresários. Todas essas minhas visitas, em Congressos, a serviços, etc., M.I. financiava... e de que maneira? Era por uma agência de turismo, era diretamente com outras... com o próprio congresso. Enfim. Em 2002, quando eu assumi, eu peço para M.I., para que a gente mude essa modalidade, porque era a mesma coisa, entretanto, eu quis fazer de outra maneira. Eu queria que isso fosse feito... como se fosse um reembolso; como se fosse o pagamento das despesas que eu tinha com relação às viagens, e não mais o pagamento direto às empresas de viagem porque eu não queria meu nome como diretor do INTO associado a isso. Mas, indiscutivelmente, eu diria que é praticamente a mesma coisa. Mas que isso ocorreu, confesso aqui que recebi essas vantagens em espécie.**[8:45] Juiz:** *Mais alguém que pagava no INTO, que pagava, seja viagem, passagem aérea... para mais alguém?* **[8:53] S.Co.:** Para outros médicos, sem dúvida nenhuma. Isso daí é uma coisa que a indústria farmacêutica começou na década de 70. Ela sempre financiou os médicos a conhecerem os congressos, a ir aos congressos, para que pudessem conhecer os produtos. Estamos falando de uma época em que não existia internet. Uma época que você não acessava... você só conseguia esse tipo de informação médica se você frequentasse um determinado congresso. Você era diferenciado –e eu tinha orgulho de ter no meu consultório; eu tinha aqueles certificados da *American Ortopedic Association*... Então, eu tinha e todos os médicos colocavam nos seus consultórios todos os seus... não eram diplomas, mas isso ajudava e muito o privado. E para os empresários era uma maneira de termos acesso. Então, eu tô falando isso é na neurocirurgia, na cirurgia vascular, na ortopedia, na cardiologia...

[11: 29] Juiz: *Tranquilo. A narrativa, a partir do senhor, é em relação a sua ascensão como chefe, na direção do INTO. Então, eu quero saber se nessa posição, o senhor recebia algum tipo de benefício ou vantagem do M.I., empresa dele ou de empresa representada.*

[11:34] S.Co.: Então, eu recebi, como eu falei para o senhor, desde 2002 eu pedi para que o M.I. parasse de fazer os pagamentos direto das minhas.... Vamos dizer assim, da empresa aérea ou o congresso com o cartão de crédito dele ou a inscrição em meu nome....

[11:50] Juiz: *Como chefe do INTO o senhor pediu para...*

[11:54] S.Co.: É.... Para que não fizesse mais isso porque eu receava que como chefe do INTO, diretor do INTO, eu não poderia perceber esse tipo de vantagem que.... Nessa época, Excelência, se discutia muito se era legal ou não receber esse tipo de vantagem. Mas eu tinha certeza absoluta que a partir de 2002 eu não poderia receber esse tipo de vantagem.

A tabela 01 apresenta um argumento que reconhece a natureza das vantagens indevidas percebidas pelo agente e explica uma sugestiva naturalização expressa por esse tipo de troca corrupta. É possível observar que a construção discursiva do ex-Secretário de Saúde se inclina à demonstração de uma operação racionalizada, socialmente aceita e eticamente justificada, em que o esboço de uma pretensa

relação íntima entre os agentes públicos e privados serve para sustentar um campo de benefícios mútuos.

O comportamento comercial que envolveu o patrocínio (receber/dar), indicado pelo ex-Secretário de Saúde, conformou no bojo da Operação Fatura Exposta as práticas ilícitas de *corrupção passiva* (art. 317, CP) e *corrupção ativa* (art. 333, CP) – prática que, nesse caso, aparece neutralizada no discurso do agente pela técnica de *apelo a lealdades maiores*. Segundo a explicação teórica, essa justificativa permite que os controles sociais internos e externos sejam suspensos pelo sacrifício de demandas da sociedade em nome das demandas dos grupos sociais aos quais o agente pertença (SYKES; MATZA, 1957, p. 669). Por isso, é possível observar no trecho discursivo que há concomitantemente o reconhecimento da ilicitude penal dessa espécie de patrocínio e a justificativa de que o financiamento à formação pessoal do agente público pela indústria da saúde é uma prática regular. Logo, é possível inferir que as relações que sustentam as práticas corruptivas são sustentadas por vínculos de lealdade.

Apelar a lealdades maiores significa selecionar quais normas serão seguidas em razão de um grupo ou de uma ideia. Isso quer dizer, de modo simples, que há dois universos normativos e um conflito de preferências, cuja decisão elege obediência a um preferencial (práticas ilícitas) sem renegar a existência da normatividade hegemônica (lícita). No caso do trecho 1, observa-se que a descrição do ex-Secretário aponta a construção de um *status* profissional relevante em razão do suporte financeiro de quem o patrocinou "desde a época da residência [médica]", de tal maneira que os benefícios se estenderam – de uma atividade lícita para a ilícita – gradativamente em conformidade com a posição política do médico patrocinado.

Fundamentado nos estudos de George Simmel, Vincenzo Ruggiero explica que há determinadas relações sociais que configuram uma espécie de *trust network* (rede de confiança), pois existem conexões para realizar atividades de longo prazo com o objetivo de competir por poder e recursos. Isso, consequentemente, pode levar a possíveis comportamentos inadequados, cuja motivação é o fortalecimento de um determinado grupo. Dessa forma, as redes de confiança podem "suspender" as normas jurídicas em prol, por exemplo, de normas de competitividade no mercado capitalista. Logo, buscando lucro, os laços possibilitam práticas que visam comprar favores de burocratas e políticos, assegurar cargos públicos para interesse privados e criar instituições de governos voltadas aos benefícios de grupos específicos (RUGGIERO, 2015a, p. 33).

Seguindo a explicação de Ruggiero (2015), pode-se dizer que a descrição do trecho 1 demonstra a existência de uma rede de confiança cuja formação social durável entre os agentes políticos e empresariais possibilitou o exercício de supostos

crimes de poder. Nesse caso, interpreta-se que a prática de *corrupção passiva* configura-se a partir de um exercício de *poder situacional/circunstancial* pelo ex-Secretário de Saúde que possibilitou manter a hegemonia do grupo, ou seja, do *poder embutido na economia política* (FRIEDRICHS, 2015, p. 42). Com isso, é possível sugerir que há, nesse caso, a mercantilização da função pública, cuja racionalização econômica da simbiose entre Estado e mercado favorece o modelo econômico e a hegemonia de determinados agentes empresariais.

TABELA 02
TRECHO SELECIONADO
[44:07] Juiz: *É, nós estamos ainda no INTO. Então, no INTO o senhor disse que não favoreceu de forma alguma; o seu César disse, inclusive, que o seu sucessor no INTO....* **[44: 42] S.Co.:** Posso só completar uma coisa, Excelência, que é muito importante. Quando a gente fala em favorecer e, depois, isso vai entrar no assunto secretaria.... É óbvio, o M.I como um dos maiores vendedores. Toda vez que.... Um dos maiores representantes da empresas que representam a melhor qualidade. Toda vez que nós estamos fazendo especificações para determinados tipos de produtos. Ou seja, nós estamos buscando as melhores marcas. Isso não necessariamente é um direcionamento para o M.I., mas é óbvio que quando a gente eleva o sarrafo para a qualidade, isso gera um direcionamento. E se for esse tipo de direcionamento, eu sempre fiz. Eu sempre fiz no INTO e sempre fiz na secretaria. E sempre fiz na minha ex-atividade como gestor [...].

No argumento da tabela 02, há o reconhecimento expresso da ilicitude da conduta. No entanto, a exposição é acompanhada da justificativa de que a prática é eticamente aceita em razão da qualidade do produto fornecido ao sistema público de saúde. Nesse caso, a racionalidade exposta pelo ex-Secretário de Saúde aparenta neutralizar a conduta por meio da *negação do dano*. Conforme explica Sykes e Matza (1957, p. 667), há atos que são ilícitos em si mesmos, mas não são considerados imorais, levando o autor a avaliar a ilicitude do seu comportamento e justificá-lo pela ausência de dano social. No caso do trecho em análise, parece ser possível inferir que o agente não compreende o dano causado em sua conduta e ainda justifica a ação como um benefício à sociedade.

O direcionamento da licitação ao agente econômico acusado da prática de corrupção ativa é justificado pelo agente político-administrativo como decorrência da qualidade do produto fornecido pela empresa que lhe patrocinava viagens a congressos, entre outras despesas. A neutralização, sustentada ainda em uma rede de confiança, aparenta quebrar o vínculo dos atos perpetrados pelo agente que estava à frente da Secretaria de Estado da Saúde e as consequências das práticas corruptivas que ali se realizaram. Por isso, a suposta entrega de um produto de qualidade é colocada retoricamente como justificativa para o direcionamento da licitação, de modo a ignorar os benefícios privados gerados com a manipulação da coisa pública e o recebimento de vantagens indevidas que configuraram a imputação de *corrupção passiva* ao agente político-administrativo.

TABELA 03
TRECHO SELECIONADO
[16:07] Juiz: *Mas tem algumas despesas, certamente, quatro meses.... Muito bem. É, falando do seu C.R.[colaborador], ele admitiu que ele recebia valor fixo que era propina, que na época quando começou era em torno de 4 mil por mês em dinheiro.... Mas, enfim, e que o senhor recebia também um percentual. Isso é verdade?* **[16:33] S.Co.:** Percentual de quê, Excelência? **[16:35] Juiz:** *De vendas dos equipamentos, vindo das empresas do Sr. M.I ou do próprio M.I.* **[16:43] S.Co.:** Excelência, isso é uma inverdade. Não é verdade, eu nunca recebi percentual sobre vendas. Nunca a minha atuação foi relacionado à aquisição versus recebimento. Eu reconheço que recebi vantagens indevidas, depois se o senhor permitir que eu entre na Secretaria, vou falar sobre isso, mas dentro do INTO eu recebia vantagens indevidas para a minha formação, que, sem dúvida nenhuma, afirmo que quando assumi a direção, eu passei a exigir um luxo maior 'de' viajar de classe executiva, etc. **[1:49:52] Advogado:** *S.Co., há uma questão de superfaturamento; que o dinheiro que abastecia, segundo o colaborar C.R., abasteceria a distribuição de propina saía de um superfaturamento [...]. Você foi Secretário de Saúde e contratou dentro da secretaria e depois de lá você foi para a iniciativa privada. Você verificou a diferença de preço? Explica.* **[1:50:20] S.Co.:** Não existe o superfaturamento. Entendeu? O que existe, sem dúvida nenhuma, é uma premissa que eu sempre tive pela qualidade. E essa premissa pela qualidade restringia a poucas empresas, as de maior porte, a vender para o INTO e para a secretaria. Isso, sem dúvida nenhuma, é um tipo de direcionamento? É. Mas, eu confesso esse direcionamento. Eu sempre direcionei para a qualidade, mas nunca admiti superfaturamento. Tanto é que nunca meu 'drive' foi receber percentual de vendas. É só ver o próprio repasse que foi feito para o exterior; se não me engano foram dois repasses, um na abertura da conta e outro alguns meses depois. Não foi, Dr. Eduardo? [Dirigindo-se ao MP]. Eu nunca fiquei recebendo repasses sequencialmente. **[1:51:44] Advogado:** *De onde que veio, então, o dinheiro da propina, se não era do superfaturamento?* **[1:51:47] S.Co.:** Vinha da margem; margem de lucro que o M.I. tinha com as vendas que ele fazia. Isso eu não tenho dúvida. Vinha das margens de lucro das vendas que ele fazia. Eu estava recebendo porque eu era um ativo importante a ser investido. Eu não tenho a menor dúvida disso.

A tabela 3 trata da acusação de superfaturamento e da propina supostamente recebida. Embora os questionamentos do órgão acusador e da defesa, neste interrogatório, não façam referência direta aos percentuais apresentados na peça acusatória (5% ao ex-Governador; 2% ao ex-Secretário de Saúde; e 1% ao subsecretário de saúde), o agente justifica o recebimento de vantagens indevidas pelos seguintes argumentos: (a) negação do superfaturamento; (b) confissão do direcionamento licitatório em razão da qualidade; e (c) reconhecimento da origem dos recursos de

propina como resultado da "margem" do sucesso de vendas do agente empresarial. É interessante observar que o ex-Secretário de Saúde diz "não ter recebido os repasses sequencialmente", mas que compreende a origem do dinheiro que abastecia a propina recebida (explicada por dois depósitos em contas no exterior) como resultado das vendas do suposto corruptor. Ao elaborar uma explicação sobre o dinheiro recebido, o agente nega o superfaturamento dos contratos estabelecidos com a Administração Pública, mas assume que sempre "direcionou para a qualidade", o que, consequentemente, restringia o negócio às empresas de M.I., acusado de corrupção ativa. Por último, o agente administrativo-político argumentou que recebia os valores por ser um ativo importante ao empresário envolvido no suposto esquema.

Tomando-se o conjunto de argumentos que explica a origem dos recursos da propina, é possível evidenciar novamente a *negação do dano* (SYKES/MATZA, 1957, p. 667). Essa técnica pode ser identificada na abordagem de negação do superfaturamento (e/ou percentuais sobre as vendas) que, em substituição à prática ilícita, explica que valores são decorrentes do número de negociações comerciais. Portanto, a origem ilícita dos recursos recebidos indevidamente aparece justificada pelo sucesso do negócio que, apesar de gerar um excedente (em dinheiro), não é considerado ilegal ou imoral por conta da lógica de mercado (sucesso em vendas) e do benefício social da excelência dos produtos adquiridos pelo sistema de saúde pública (direcionamento assumido). Assim, percebe-se que as práticas de corrupção ativa e passiva são abordadas pelo ex-Secretário de Saúde como patrocínios (exposto na tabela 1) oriundos do sucesso empresarial do suposto corruptor e não do direcionamento que teria possibilitado um negócio de lucros excedentes e uma hegemonia na área de fornecimento de produtos de saúde.

Segundo o MPF (2018, p. 15), o fornecedor de equipamentos médico-hospitalares teria organizado toda a estrutura de fornecimento de materiais essenciais ao sistema público de saúde mediante o pagamento de propina às mais altas autoridades políticas e administrativas do Estado. Desse modo, assinala o órgão acusador que o negócio organizado pelo suposto corruptor – que inclusive envolve empresas cartelizadas (objeto de outro caso: Operação Ressonância) – teria atingido mais de R$ 1,5 bilhão apenas no âmbito das contratações do INTO, no período de 2006 a 2017. No caso da Operação Fatura Exposta, apenas em contratos do RJ na área da saúde, aponta-se que duas empresas de M.I. teriam obtido R$ 369 milhões (G1, 2017). Assim, se considerado os relatos de que 10% dos valores contratados eram desviados, pode-se estimar um desvio aproximado de R$ 36M (trinta e seis milhões) dos cofres públicos.

A questão a ser verificada é como a relação entre agentes de Estado e de Mercado promove práticas socialmente danosas. Observando-se os trechos discursivos sob análise é possível compreender como as racionalizações podem sustentar as

práticas que conformam um cenário de totalitarismo financeiro. Entretanto, é preciso deixar claro que a conformação do que pode ser classificado como crimes dos poderosos não está circunscrita a atos de agentes que exercem *poder situacional/circunstancial* (FRIEDRICHS, 2015, p. 42). Como explica Ruggiero (2015a, p. 9), os crimes de poder são aqueles exercidos por Estados, corporações, instituições financeiras e organizações de poder semelhantes.

No caso em análise, é possível indicar que o comportamento individual pode ser analisado pela ótica assimétrica de liberdade disposta pelos atores envolvidos, uma vez que os agentes econômicos apontados (empresários M.I e G.E.) conseguiram transformar os atos de governo (Administração Pública) em meios para seus próprios objetivos. Além disso, os comportamentos corruptivos (*corrupção passiva* e *fraude à licitação*) expostos no trecho discursivo como ações aprendidas e aceitáveis a partir da ideia hegemônica das relações comerciais (patrocínio e compra de dispositivos de saúde) se sustentam por justificativas (neutralizações) assumidas como moralmente válidas.

6. Considerações finais

A proposta deste artigo foi a de apresentar as conclusões parciais de pesquisa em desenvolvimento sobre práticas corruptivas na gestão da saúde pública brasileira. Como a investigação possui como objetivo principal o estudo das racionalizações dos agentes envolvidos em atos ilegais, foram utilizadas as técnicas de neutralização como instrumental de análise para verificar como os agentes percebem e instrumentalizam os seus atos.

Dessa forma, o artigo procurou explorar três objetivos específicos, sendo possível (1) revisar a bibliografia sobre a categoria crimes dos poderosos; (2) rever as técnicas de neutralização como instrumental analítico; e (3) experimentar a observação empírica sobre um fragmento de elemento intracaso (vídeo de interrogatório), selecionado de uma unidade de análise (Operação Fatura Exposta – Proc. 0503870-31.2017.4.02.5101).

Seguindo a compreensão teórica de Zaffaroni/Santos (2019), os casos de corrupção na área da saúde indicam uma mecânica de relações entre Estado e Mercado capitalista que conforma um modelo de hipertrofia econômica danosa. Tanto de forma lícita como ilícita, é observável que os agentes políticos se tornaram reféns ou lobistas de metas empresariais. Desenha-se, assim, um cenário de *macrodelinquência* que preserva o poder hegemônico econômico por meio de crimes de dimensão macrossocial.

Nesse contexto, Zaffaroni/Santos entendem possível afirmar que a sociedade vivencia um *totalitarismo financeiro* cujos interesses de uma classe plutocrática

(poderosos) incidem sobre ações de Estado, materializando crimes de acumulação e reprodução do capital para fins de manutenção hegemônica (ZAFFARONI/SANTOS, 2019, p. 53). As práticas corruptivas, institucionalizadas por meio de arranjos políticos e econômicos, tornam rotina os danos sociais e as vitimizações e naturalizam as lesões sociais enquanto efeitos colaterais do mundo dos negócios (BARAK, 2015, p. 105).

As *técnicas de neutralização* (SYKES/MATZA, 1957) parecem ser adequadas também aos esforços explicativos dos comportamentos próprios dos *crimes dos poderosos* (crimes de Estado e Mercado), uma vez que esses atos não se realizam sem o suporte de um discurso justificante bem elaborado (ZAFFARONI, 2012, p. 10). Assim, as justificativas podem se apresentar como neutralizações de *práticas corruptivas* descritas de modo a sustentar procedimentos aprendidos no cotidiano institucional no qual os agentes estão inseridos.

A releitura das *técnicas de neutralização* proporciona uma investigação atenta das justificativas de agentes que, envolvidos em rotinas, reproduzem práticas corruptivas em relações espúrias entre Estado e Mercado. Práticas que consequentemente revelam esse cenário histórico de totalitarismo financeiro.

O artigo apresentou esforços explicativos que se dirigem aos *crimes dos poderosos* por meio da análise das técnicas de neutralização. Procuramos entender como agentes envolvidos em condutas de grandes danos podem utilizar justificativas para negar consequências reais de atos prejudiciais à sociedade sob a alegação da eficiência e de regularidade (práticas comuns). Na análise da unidade selecionada, verificamos que os argumentos apresentados pelo agente político-administrativo (ex-Secretário de Saúde) justificam e racionalizam tais práticas. O reconhecimento da conduta ilícita aparece neutralizada por explicações que *negam o dano* e *apelam a lealdades*.

Em um aspecto microssociológico, observamos que o comportamento do agente político-administrativo se conforma a uma dinâmica de práticas institucionalizadas (rotinização). Encontramos em Ruggiero (2015a, p. 13) a explicação de que a complexidade organizacional posiciona os indivíduos em ambientes de responsabilidades cada vez mais descentralizadas, o que torna os recursos vagos e negociáveis para o alcance de objetivos. Assim, práticas ilegais podem resultar de condições de adaptação organizacional que impulsionam os indivíduos a reinventar (ou se adaptar a) novas formas de atingir os fins institucionais.

Ancorando-nos na compreensão weberiana explorada por Ruggiero (2008, p. 117), entendemos que a Administração Pública, no universo da gestão da saúde pública no Rio de Janeiro exposta, funcionou a partir da eficiência racional do capital político e econômico. Tomando-se o conjunto discursivo das técnicas de neutralização (apelação a lealdades maiores e negação do dano), percebemos a inserção

dos agentes em uma rotina burocrática previamente viciada. A execução mecânica (institucional) de práticas corruptivas permanentes – por meio do *poder situacional/circunstancial* da função pública – reforçou a estrutura de liderança, os vínculos entre esfera pública e privada (governo e empresarial) e a própria hegemonia de uma lógica de *poder embutido na economia política* (FRIEDRICHS, 2015, p. 42).

Desse modo, podemos sugerir que é a *função* desempenhada na estrutura burocrática da administração pública que permite caracterizar a prática ilícita como "crime de poder", ou seja, prática vinculada ao cargo e para além das pessoas que eventualmente possam ocupar esse papel. No mesmo sentido, na estrutura corporativa é a capacidade de manipulação e de influência conferida pelo capital que marca o *status* do agente corruptor. As práticas corruptivas são, pois, componentes racionais (burocráticos) do totalitarismo financeiro. A racionalização comercial pode ser percebida por meio das justificativas que expressaram os benefícios das negociações público-privadas sustentadas por "redes de confiança" (RUGGIERO, 2015a, p. 33).

Na esfera microcriminológica relacionada aos agentes dos ilícitos contra a administração pública, as trocas corruptas foram interpretadas como operações de mercado (sucesso empresarial e patrocínio pessoal) e neutralizadas pela (auto)percepção da excelência dos produtos adquiridos pelo sistema de saúde e da não danosidade social no recebimento de incentivos privados em razão do cargo público.

Se o contexto estrutural das práticas corruptivas é sustentado por uma racionalidade burocrática complexa, as soluções precisam atender condições dinâmicas que os casos semelhantes apresentam. Nesse sentido, estudo desenvolvido por Ferraz Jr. (2021) aponta que o fenômeno da corrupção necessita abordagens que não se limitem às respostas padrão do sistema de justiça criminal, normalmente reduzidas a efeitos exclusivamente simbólicos (HASSEMER, 2003, pp. 60/95) e de pouca efetividade prática, no caso, a transparência e o controle da gestão pública e a redução das práticas corruptivas. Logo, observando-se o elemento intracaso da "Fatura Exposta", é possível sugerir que medidas extrapenais voltadas à prevenção podem ser apresentadas como precaução de comportamentos corruptivos de cargos de governo/Administração Pública.

A referência ao aspecto exclusivamente simbólico da repressão penal e a necessidade de pensar alternativas para além do processo e da pena criminal são importantes sobretudo porque os escândalos que passaram a ser divulgados e digeridos como produtos de consumo, desde o "Caso Mensalão" até a "Operação "Lava-Jato" (da qual a "Operação Fatura Exposta" é desdobramento), promoveram distintas demandas sob o signo do "combate à corrupção". Desde o uso político de processos criminais, fenômeno identificado como "lawfare" (ZAFFARONI/CAAMAÑO/WEIS, 2020), a projetos populistas de reformas legais, como as "10 Medidas contra

a Corrupção" propostas pelo Ministério Público Federal brasileiro (https://dezmedidas.mpf.mp.br). Ocorre que em grande medida

> "essas manifestações mais se assemelham a um emaranhado de argumentos *ad hoc*, nos quais não faltam moralismos ou mesmo messianismos ao mesmo tempo que considerações pragmáticas de natureza rasteira." (GRECO/TEIXEIRA, 2017, p. 24).

Nas ciências criminais, a partir do penalismo crítico da Escola de Frankfurt (Hassemer, Lüderssen e Naucke), desenvolve-se a categoria "direito penal simbólico" para demonstrar os altos custos sociais da funcionalização política do direito penal, notadamente a erosão das garantias penais e processuais (JAHN/ZIEMANN, 2020). Mesmo a criminologia liberal de Garland (2008) demonstra como o uso publicitário e eleitoral das campanhas de recrudescimento do sistema punitivo (estilo "lei e ordem" ou "tolerância zero") serve apenas para reforçar um retributivismo com baixa eficácia preventiva. Resgatar, neste momento, na discussão sobre os crimes contra a administração pública, o debate sobre as funções declaradas e as funções simbólicas é fundamental para que seja possível diferenciar os efeitos idealizados pelo uso publicitário e populista dos impactos concretos do direito penal (funções reais).

Como resultado preliminar, a pesquisa ensaiou, neste texto, a análise empírica das justificativas e apresentou parcialmente a revisão bibliográfica do marco teórico. Seguimos com a exploração do material empírico de modo a verificar como as técnicas de neutralização operam em outras unidades de análise (casos), aplicando ao estudo proposições teóricas que confirmem ou refutem a hipótese da investigação, mas sempre orientados por uma perspectiva crítica que demonstra ceticismo quanto ao uso desmedido do direito penal e da pena criminal para resolução de questões que necessitam respostas efetivas para o amadurecimento da democracia brasileira como é o caso das práticas corruptivas na administração pública.

7. Referências

AGUIAR, Matheus Menezes de. *As práticas corruptivas na aquisição de respiradores pulmonares durante a pandemia de covid-19*: uma análise dos processos políticos de impeachment dos governadores do Amazonas, Rio de Janeiro e Santa Catarina. Dissertação (Mestrado). Universidade La Salle, Canoas, 2022.

ALAGIA, Alejandro; CODINO, Rodrigo. *La Descolonización de la Criminología en América.* Buenos Aires: Ediar, 2019.

BADIOU, Alain. *Nuestro mal viene de lejos*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Capital Intelectual, 2016.

BARAK, Gregg. The Crimes of the Powerful and the Globalization of Crime. *Revista Brasileira de Direito*, v. 11, n. 2, 2015.

BAUMAN, Zygmunt. *Danos colaterais*: desigualdades sociais numa era global. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

BERNAL SARMIENTO, Camilo *et al*. Para além da criminologia: um debate epistemológico sobre o dano social, os crimes internacionais e os delitos dos mercados. *Revista Brasileira de Direito*, v. 13, n. 03, 2017.

BITTLE, Steven et al. (Coords.). *Revisiting Crimes of the Powerful*. London: Routledge, 2018.

BÖHM, María Laura. *The Crime of Maldevelopment*: economic deregulation and violence in the global South. New York: Routledge, 2019.

CANNING, Victoria; TOMBS, Steve. *From social harm to zemiology*: a critical introduction. New York: Routledge, 2021.

CARVALHO, Salo; MATOS, Lucas. A Criminologia Socialista e a Crítica Anticarcerária em Roberto Lyra (Fontes da Criminologia Crítica Brasileira). *Revista Culturas Jurídicas*, v. 8, n.19, 2021.

CARVALHO, Salo; MATOS, Lucas. The Crisis of the Critical Criminology Crisis in Brazil: Epistemological, Methodological and Political Challenges in Authoritarian Times. *The Howard Journal*, v. 60, n. 3, 2021b.

CARVALHO, Salo; SIQUEIRA, Guilherme Machado; AGUIAR, Matheus Menezes de. Práticas corruptivas na gestão da saúde pública: premissas metodológicas de observação. In: LEAL, Rogério Gesta et al. (Orgs.). *Diálogos telemáticos*. Porto Alegre: Centro de Estudos do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, 2022.

CARVALHO, Salo. *Curso de criminologia crítica brasileira*: dimensões epistemológicas, metodológicas e políticas. Rio de Janeiro: Revan, 2022.

COLOGNESE, Mariângela Matarazzo Fanfa; BUDÓ, Marília de Nardin. Limites e possibilidades da criminologia crítica nos estudos dos crimes dos Estados e dos mercados. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, v. 19, 2018.

CHAMBLISS, William J. State-Organized Crime. *Criminology*, v. 27, n. 02, 1989.

FERRAZ JÚNIOR, Jairton. *Corrupção política e programas de compliance*: reflexões político-criminais e dogmático-penais. Dissertação (Mestrado). Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2021.

FRAULEY, J. Conceptualization, theoretical practice and Crimes of the powerful. In: BITTLE, S. et al. (Org.). *Revisiting crimes of the powerful*: marxism, crime and deviance. New York: Routledge, 2018.

FRIEDRICHS, David. Crimes of the powerful and the definition of crime. In: BARAK, Gregg (ed.). *The Routledge International Handbook of the Crimes of the Powerful*. New York: Routledge, 2015.

GARLAND, David. *A cultura do controle*: crime e ordem social na sociedade contemporânea. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

GERRING, John. *Pesquisa de estudo de caso*: princípios e práticas. Trad. Caesar Souza. Petrópolis: Vozes, 2019.

GIANETTI, Eduardo. *Vícios privados, benefícios públicos? A ética na riqueza das nações*. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. *O crime de corrupção no setor privado*: estudo de direito comparado e a necessidade de tipificação do delito no ordenamento jurídico brasileiro. Dissertação (mestrado). Faculdade da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

GRECO, Luis; TEIXEIRA, Adriano. Aproximação a uma teoria da corrupção. In: GRECO, Luis; TEIXEIRA, Adriano (Orgs.). *Crime e política*. São Paulo: FGV, 2019.

GUERRA, Alexandre. *Poder e corrupção no capitalismo*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2017.

G1. Presos na Operação "Fatura Exposta" são levados para presídios em Bangu. *G1*, Rio de Janeiro, 11.04.2017. Disponível em: [https://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/presos-na-operacao-fatura-exposta-deixam-superintendencia-da-pf-no-rio.ghtml].

HASSEMER, Winfried. *Critica al derecho penal de hoy*. 2 ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2003.

HILLYARD, Paddy; TOMBS, Steve. ¿Más allá de la criminología? *Crítica Penal y Poder*, n. 04, 2013.

IBGE. *Pesquisa nacional de saúde 2019*: Informações sobre domicílios, acesso e utilização dos serviços de saúde. Rio de Janeiro: IBGE, 2020.

JAHN, Matthias; ZIEMANN, Sacha. A Escola de direito penal de Frankfurt: tentativa de uma revisão provisória. In: BOLDT, Raphael (Org.). *Teoria crítica e direito penal*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.

LEAL, Rogério Gesta. *Patologias corruptivas nas relações entre estado, administração pública e sociedade*: causas, consequências e tratamentos. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2013.

LYRA, Roberto. *Direito penal científico*: criminologia. Rio de Janeiro: Konfino, 1974.

MACHADO, Bruno Amaral; QUEZADO, Marina. Corrupção Pública pelos Olhos da Criminologia. *Revista de Estudos Criminais*, v. 70, 2018.

MORRISON, Wayne. *Criminology, Civilisation and the New World Order*. London: Routledge, 2016.

MOTTA, Mariana Nascimento. *Corrupção política na saúde pública do Estado do Rio de Janeiro*: uma análise a partir do impeachment do ex-governador Wilson Witzel. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito), Faculdade Nacional de Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2022.

MPF – Ministério Público Federal. *Caso Lava-Jato*. Processo penal (Operação Fatura Exposta). 2017. Disponível em: [www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/linha-do-tempo].

MPF –Ministério Público Federal. *Caso Lava-Jato*. Processo penal (Operação Ressonância). 2018. Disponível em: [www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/linha-do-tempo].

MPF – Ministério Público Federal. *Caso Lava-Jato*. Processo penal (Operação SOS). 2018. Disponível em: [www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/linha-do-tempo].

MS – Ministério da Saúde. *Política Nacional de Saúde Integral da População Negra*: uma política para o SUS. Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2017.

OHLWEILER, LEONEL PIRES. Improbidade Administrativa como Patologia Burocrática: perspectivas sociojurídicas. In: LEAL, Rogério Gesta; BITENCOURT, Caroline Müller (Orgs.). *Temas Polêmicos da Jurisdição do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, 2022.

PEARCE, Frank. *The Crimes of the Powerful*. London: Pluto Press, 1976.

ROTHE, Dawn; KAUZLARICH, David. *Crimes of the Powerful*: an introduction. London: Routledge, 2016.

RUGGIERO, Vincenzo. *Crimes e mercados*: ensaio de anticriminologia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

RUGGIERO, Vincenzo. *The crimes of the economy*: a criminological analysis of economyc thought. New York: Routledge, 2013.

RUGGIERO, Vincenzo. *Power and crime*. New York: Routledge, 2015a.

RUGGIERO, Vincenzo. Justyfing the crimes of the powerfull. In: BARAK, Gregg (Org.). *The Routledge International Handbook of the Crimes of the Powerful*. New York: Routledge, 2015b.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira. Criminologia Dialética, Danos Sociais e Crimes dos Poderosos: um diálogo a partir dos questionamentos essenciais de Roberto Lyra Filho no âmbito criminológico. In: SOUSA JUNIOR; José Geraldo; SILVA FILHO, José Carlos Moreira; CARVALHO, Salo (Orgs.). *Criminologia Dialética, 50 anos*: um diálogo com o legado de Roberto Lyra Filho. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022.

SBMFC – Sociedade Brasileira de Medicina e Comunidade. *Saúde da População Negra*: manifestação sobre ausência de dados da COVID 19 desagregados por raça-cor. Sociedade Brasileira de Medicina e Comunidade, Rio de Janeiro, 09/05/2020. Disponível em: [www.sbmfc.org.br/noticias/gt-de-saude-da-populacao-negra-manifestacao-sobre-ausencia-de-dados-da-covid-19-desagregados-por-raca-cor/].

SUTHERLAND, Edwin H. White-Collar Criminality. *American Sociological Review*, v. 5, n. 1, 1940.

SYKES, Gresham; MATZA, David. Techniques of neutralization: a theory of delinquency. *American Sociological Review*, v. 22, n. 06, 1957.

TAVAREZ, Juarez. Corrupção. In: MAGALHÃES, José Luiz Quadros et al. (Org.). *Dicionário de Direitos Humanos II*. Porto Alegre: Editora Fi, 2023.

TOVO LOUREIRO, Antônio Carlos. *Perfil do estelionato contratual no ordenamento jurídico-penal brasileiro.* Tese (doutorado). Faculdade da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

UOL. PF prende ex-secretário de saúde de Cabral e mais dois empresários na operação fatura exposta. *UOL*, São Paulo, 11.04.2017. Disponível em: [https://congressoemfoco.uol.com.br/projeto-bula/reportagem/pf-prende-ex-secretario-de-saude-de-cabral-e-dois-empresarios-da-iskin-na-operacao-fratura-exposta/].

UOL. 7 em cada 10 brasileiros dependem do SUS para tratamento, diz IBGE. *UOL*, São Paulo, 04.09.2020. Disponível em: [https://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2020/09/04/7-em-cada-10-brasileiros-dependem-do-sus-para-tratamento-diz-ibge.htm#:~:text=7%20em%20cada%2010%20brasileiros,%2F09%2F2020%20%2D%20UOL%20Not%C3%ADcias].

UOL. Silvio Almeida explica por que o desmonte do SUS é sintoma do racismo. *UOL*, São Paulo, 29.07.2022. Disponível em: [https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/redacao/2022/07/29/silvio-almeida-explica-por-que-o-desmonte-do-sus-e-sintoma-do-racismo.htm].

YIN, R.K. *Applications of case study research*. London: Sage, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Introducción a Criminología, Civilización y Nuevo Orden Mundial de Wayne Morrison. *Revista Crítica Penal y Poder*, v. 2, 2012.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; SANTOS, Ílison Dias. *La Nueva Crítica Criminológica*: criminología en tiempos de totalitarismo financeiro Quito: El Siglo, 2019.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; CAAMAÑO, Cristina; WEIS, Valeria Vegh. *Bienvenidos al Lawfare*: manual de pasos básicos para demoler el derecho penal. Buenos Aires: Capital Intelectual, 2020.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Colonização punitiva e totalitarismo financeiro*: a criminologia do ser-aqui. Tradução: Juarez Tavares. Rio de Janeiro: Da Vinci Livros, 2021.

8. Jurisprudência

TRF2 – Tribunal Regional Federal da 2ª Região, 3ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro, Ação Penal 0503870-31.2017.4.02.5101, Rio de Janeiro, 2017.

TRF2 – Tribunal Regional Federal da 2ª Região, 3ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro, Ação Penal 0506921-16.2018.4.02.5101, Rio de Janeiro, 2018.
TRF2 – Tribunal Regional Federal da 2ª Região, 3ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro, Ação Penal 0507310-98.2018.4.02.5101, Rio de Janeiro, 2018.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Áreas do Direito: Administrativo; Penal

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- A inadequação do conceito de saúde pública enquanto bem jurídico: Uma análise sobre os fundamentos materiais do crime de falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de medicamentos, de Emília Merlini Giuliani – *RBCCrim* 124/17-35;
- A teoria da aprendizagem social do comportamento criminoso, de Júlio César Aguiar e Mário Alves Medeiros – *RBCCrim* 184/277-300;
- Aproximação a uma teoria da corrupção, de Luís Greco e Adriano Teixeira Guimarães – *RBCCrim* 134/159-188;
- Corrupção e violação de direitos humanos: Uma correlação necessária? Apontamentos críticos ao debate Peters-Davis, de Ranieri L. Resende – *RBCCrim* 175/69-89;
- O papel da participação comunitária no SUS, de Luiz Fernando Picorelli – *RDM* 1; e
- Tecnologia e inovação na gestão pública: Enfrentamento de crises com transparência e participação popular no âmbito da Lei 13.979/2020, de João Paulo Machado Piratelli e José Osório do Nascimento Neto – *RDAI* 20/69-94.

"O direito é masculino": o gênero nas representações da criminosa em artigos da Revista Brasileira de Ciências Criminais

"Law is male": gender in representations of the female offender on articles of the Brazilian Journal of Criminal Sciences

Letícia Cardoso Ferreira[1]
Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho", UNESP, Brasil.
E-mail: lecardosof9@gmail.com; leticia.c.ferreira@unesp.br

Ana Gabriela Mendes Braga[2]
Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho", UNESP, Brasil.
E-mail: ana.braga@unesp.br

Recebido em: 21.07.2023
Aprovado em: 17.10.2023
Última versão dos autores: 18.01.2024

DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.12628280].

1. Doutoranda em Direito pela Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho". Mestra em Direito pela mesma universidade (2022). Graduada em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto – USP (2019).
Lattes: [http://lattes.cnpq.br/0236072030745858].
Orcid: [https://orcid.org/0000-0002-2591-5894].
E-mail: lecardosof9@gmail.com; leticia.c.ferreira@unesp.br
2. Realizou estágios de pós-doutorado no Centro em Rede de Investigação em Antropologia (CRIA – UMinho) e na Universidade em Brasília (UnB). Mestra (2007) e Doutora (2012) em Direito Penal e Criminologia pela Universidade de São Paulo (USP). Graduada em Direito pela Universidade de São Paulo (2003). Professora da Graduação e Pós-Graduação em Direito na Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Estadual Paulista (FCHS – UNESP – Franca).
Lattes: [http://lattes.cnpq.br/2586480165949878].
Orcid: [https://orcid.org/0000-0001-5291-7580].
E-mail: ana.braga@unesp.br

Área do Direito: Penal

Resumo: Este texto tem como objetivo discutir como papéis tradicionais de gênero são mobilizados em textos das Ciências Criminais para a formação de uma "etiqueta" da "mulher criminosa", tomando como base as fases de desenvolvimento da crítica feminista ao Direito elencadas por Carol Smart (o direito é sexista; o direito é masculino; o direito é gendrado). Trata-se da apresentação de resultados parciais de pesquisa de Mestrado que buscou mapear a figura da "criminosa" na *Revista Brasileira de Ciências Criminais* (RBCCrim), a partir da análise de artigos sobre tráfico de drogas publicados pelo periódico entre os anos de 2009 e 2019. A leitura dos artigos foi feita a partir da análise de conteúdo, guiada pelo método legal feminista proposto por Katharine Bartlett, destacando-se, para o desenvolvimento deste trabalho, o raciocínio prático feminista. A partir das discussões propostas, ao final, entendemos que a amostra se encontra no segundo marco de Smart, uma vez que, apesar de críticos, os textos analisados seguem reproduzindo estereótipos de gênero estruturais às Ciências Criminais.

Palavras-chave: Criminosa – Tráfico de drogas – Revista Brasileira de Ciências Criminais – Método legal feminista – Estereótipos de gênero.

Abstract: This text aims to discuss how traditional gender roles are mobilized in Criminal Sciences texts for the formation of a "label" of the "female offender", based on the phases of development of the Feminist Law Critique listed by Carol Smart (Law is sexist; Law is male; Law is gendered). This is the presentation of partial results of a master's research that sought to map the figure of the "female offender" in the Brazilian Journal of Criminal Sciences (RBCCrim), based on the analysis of articles on drug trafficking published by the journal between 2009 and 2019. The methodology we used was the content analysis, guided by the feminist legal method proposed by Katharine Bartlett, highlighting, for the development of this work, the feminist practical reasoning. From the discussions proposed, at the end, we understand that the sample is located in the second milestone of Smart, since, although critical, the analyzed texts continue to reproduce gender stereotypes structural to the Criminal Sciences.

Keywords: Female offender – Drug trafficking – Brazilian Journal of Criminal Sciences – Feminist legal method – Gender stereotypes.

Sumário: 1. Introdução. 2. A constituição do *corpus* empírico e análise dos documentos por um referencial feminista. 2.1. Amostra, fonte e instrumentos de pesquisa. 2.2. O raciocínio prático feminista conjugado com a análise de conteúdo: a pergunta pela "criminosa" aos textos. 2.3. A pergunta em seu contexto: atravessamentos interseccionais e produção de "sujeitas periféricas". 3. A "criminosa" no campo: posições das mulheres no comércio ilícito de drogas nos textos publicados na *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. 3.1. A etiqueta criminosa e os papéis tradicionais de gênero. 3.2. Agência e vitimização no comércio ilícito de drogas. 4. Conclusão. 5. Referências. 6. Fontes primárias citadas.

1. Introdução

Em 1992, Carol Smart publicou *A mulher do discurso jurídico*,[3] em que realiza um mapeamento da teoria feminista sociojurídica, com o objetivo de compreender

3. **O artigo original foi escrito em inglês. Entretanto, para a redação deste trabalho, utilizamos a tradução publicada em 2020.**

os estágios de desenvolvimento da crítica feminista do/no Direito (SMART, 2020, p. 1422). Nesse texto, a autora considera a existência de três fases de análise da relação entre direito e gênero: aquela que afirma que o Direito é sexista, a que entende o Direito como masculino e a que o considera "gendrado" *(gendered)*.

A primeira estaria relacionada à posição de subordinação das mulheres em relação aos homens no Direito, o que o tornaria um campo sexista. Apesar de essa ser uma realidade, essa constatação, por si só, não seria o suficiente para avançar na questão. Desde a visão de Smart, o "problema de percepção" do Direito com relação às mulheres não poderia ser corrigido por meio de um tratamento igualitário – pela instituição de um "novo padrão" (feminino) de julgamento –, ou pela desconsideração do gênero como fator de diferenciação. Em ambos os casos, recairíamos em novos problemas, como a produção de outras formas de marginalização (de mulheres que não se encaixam no "padrão feminino"), ou o fato de que é impossível desconsiderar o gênero das análises sociais (SMART, 2020, p. 1422-1424).

Na segunda fase elaborada por Smart (o Direito é masculino), o Direito aparece ligado à ideia de masculinidade, não só como fator biológico, mas, especialmente, enquanto construção social (SMART, 2020, p. 1424). A autora reconhece esse atributo na ligação entre a linguagem do Direito e uma concepção de masculinidade – o que, no entanto, não significa apenas dizer que o Direito é feito por homens (e para homens), mas que os pressupostos de constituição do Direito e da ideia de masculinidade têm pontos comuns (SMART, 1989, p. 86). Apesar dessa compreensão, Smart critica a visão do Direito como "masculino", uma vez que, por meio dela, são mantidas visões binárias (homem-mulher, masculino-feminino) e concepções fixas sobre o homem e o campo jurídico que, por sua vez, são insuficientes para entender o poder dos discursos jurídicos na conformação da realidade. Isso porque ignoram "as diferenças existentes no interior desses opostos binários" (SMART, 2020, p. 1426).

A última fase apresentada pela autora, de que o "direito é gendrado", busca romper com o argumento fixo de que o Direito está sempre a serviço dos homens (enquanto categoria unitária e universal). Essa compreensão entende o Direito enquanto "tecnologia de gênero" (LAURETIS, 1994), ou seja, como capaz de produzir identidades de gênero. Desde essa visão, a presunção do Direito enquanto campo de neutralidade, objetividade e imparcialidade, sempre capaz de dar respostas corretas (SEVERI, 2017, p. 72), é amplamente questionada, uma vez que esse é marcado por concepções de gênero (e também de raça e classe) em disputa no seu discurso.

Essas concepções não são previamente dadas, ou reproduzidas pelo campo a partir da absorção de práticas sociais, ao contrário, são produzidas por ele e externalizadas, contribuindo para outras construções sociais sobre o ser "homem" e "mulher". Isso demonstra como o Direito é um campo de poder, capaz de conformar realidades.

Apesar de passados 30 anos, o texto de Smart permanece atual, ao pautar discussões acerca da utilização do Direito como uma ferramenta de luta feminista,

bem como os limites dessa mobilização (SEVERI, 2017). Além disso, a sistematização da autora quanto às fases de maturação da crítica jurídico-feminista permite que observemos as produções recentes sobre o tema, para entender onde nos situamos nessa discussão. No campo criminal, em que a inserção das temáticas de gênero é muito obstaculizada e os embates com as perspectivas criminológicas ainda não foram superados (FLAVIN, 2001; ANDRADE, 2012; CAMPOS, 2020), introduzir o pensamento de Smart pode ser relevante para a melhor compreensão do campo e dos obstáculos enfrentados pelas feministas. Mais do que isso, a proposta da autora pode ser útil para localizar as produções das Ciências Criminais em relação aos feminismos jurídicos, apontando caminhos para avançar no campo científico e político.

Neste texto, mobilizamos a classificação proposta por Smart como ferramenta analítica para interpretar os resultados de pesquisa que buscou mapear a figura da "criminosa" na *Revista Brasileira de Ciências Criminais* (RBCCrim). A partir de uma das principais publicações do campo, procuramos mapear e classificar o debate, na última década, em torno das representações dessa personagem no comércio ilícito de entorpecentes.

Partíamos de um arcabouço teórico já existente sobre o campo, especialmente por nossos trabalhos anteriores na área, com destaque para as discussões da maternidade no cárcere. Percebíamos, então, a existência de um aumento considerável nas produções sobre a "mulher criminalizada", bem como da importância do tráfico para os índices de aprisionamento.

Nossa questão, então, passou a envolver uma análise qualitativa sobre o que se dizia sobre essas mulheres para além dos dados e das estatísticas, qual era a representação que a academia estava construindo sobre a "criminosa", inclusive, para se permitir, futuramente, um diálogo com outros trabalhos que fazem questões semelhantes, mas a partir do olhar do Judiciário, e qual a permeabilidade desses discursos.

O artigo está organizado da seguinte forma. Depois desta introdução, na segunda seção, discutimos aspectos metodológicos do trabalho, com ênfase no método legal feminista empregado para a produção dos dados analisados no texto (o raciocínio prático feminista), bem como o processo de categorização da análise de conteúdo. Na terceira seção, apresentamos e discutimos achados empíricos inéditos da pesquisa,[4] discutindo como papéis tradicionais de gênero são mobilizados nos textos, para a formação de uma "etiqueta" da "mulher criminosa", dentro do

4. Já foram publicados três artigos relacionados a este trabalho, tratando, entretanto, de outras questões. Dois deles discutiam o uso de uma metodologia feminista e seu processo de decolonização; um terceiro apresentou resultados parciais da pesquisa, relacionados à "pergunta pela mulher". Todos os artigos, entretanto, se complementam em suas conclusões para se chegar ao resultado final da pesquisa.

espectro agência e vitimização no comércio ilícito de drogas. Ao final, posicionamos a amostra a partir da sistematização apresentada por Carol Smart (2020).

2. A constituição do *corpus* empírico e análise dos documentos por um referencial feminista

2.1. Amostra, fonte e instrumentos de pesquisa

A amostra foi composta de 19 artigos, publicados entre os anos de 2009 e 2019 pela *Revista Brasileira de Ciências Criminais* (RBCCrim), que tinham o "tráfico de drogas" como contexto analítico, selecionados a partir da busca pelos termos "tráfico" e "tráfico de drogas" no *website* do periódico.[5]

A RBCCrim é a principal publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim), associação que, desde os anos 1990, reúne pesquisadores(as) e profissionais das Ciências Criminais, com cursos, grupos de estudos, publicações e eventos. Trata-se de periódico bimestral, de Qualis A1, de amplo reconhecimento nos meios jurídicos, acadêmicos e profissionais. Além disso, a área de abrangência da Revista corresponde ao sentido que empregamos ao termo "Ciências Criminais": um discurso acadêmico-jurídico que se situa e se identifica com o Direito Penal (dogmático), mas não se restringe a ele, buscando inserir discussões interdisciplinares em suas publicações.

Assim, apesar dos limites analíticos de uma amostra bastante específica, reduzida quantitativamente, com apenas uma fonte, e de estreito recorte temporal e temático, acreditamos que ela é significativa para mostrar o funcionamento do campo e pode ser associada a outros trabalhos que fizeram discussões semelhantes a partir de outros documentos[6].

Após a coleta de todos os documentos, esses foram organizados numericamente, seguindo a ordem de antiguidade dos textos (do mais recente para o mais antigo). Importante ressaltar que, nesse momento inicial, nossa amostra contava com 25 artigos. Entretanto, seis deles foram excluídos após a primeira leitura, uma vez que, apesar de mencionarem o tráfico de drogas em algum momento, não o tinham como assunto central.[7]

5. Nesse primeiro recorte amostral, a presença de discussões sobre a criminalidade feminina não foi um critério de inclusão utilizado, uma vez que buscavámos também comparar textos que tratavam da criminalidade masculina (ou não possuíam recortes explícitos de gênero) com aqueles que tratavam da "criminosa".
6. Ver, por exemplo, o trabalho de Alves (2021).
7. Os artigos 20 e 25 tratam do "consumo de drogas", analisando os problemas da adoção de uma política de drogas proibicionista. O artigo 17 aborda o delito de "associação para o

A leitura foi feita por meio das proposições da análise de conteúdo (BARDIN, 1977), direcionada pelo referencial teórico-metodológico legal feminista sistematizado pela professora estadunidense Katharine Bartlett (1990), em seu artigo *Feminist Legal Methods*. Nesse texto, a autora apresenta três eixos metodológicos feministas: a pergunta pela mulher, o raciocínio prático feminista e a tomada de consciência, os quais nos auxiliaram na formulação de perguntas a serem "feitas aos textos", sendo direcionadores na busca por unidades de análise.

Importante ressaltar, desde já, certa homogeneidade na forma de abordagem do tema do tráfico de drogas entre os textos que formaram a amostra final, com o compartilhamento, por exemplo, de referências bibliográficas. Também se utilizavam de análises semelhantes acerca da política de drogas, adjetivando-a como uma política de guerra ("guerra às drogas"), proibicionista, que representa uma das principais faces de um sistema penal punitivista e que é caracterizada, em alguns textos, como irracional.

O tratamento do tema do ponto de vista da América Latina é preterido em relação às discussões sobre os Estados Unidos e, quando aparecem, são relacionadas à questão estadunidense, destacando-se seu poder de influência na condução do tema na América do Sul. O comércio ilícito de entorpecentes também aparece como uma causa importante para o encarceramento em massa no Brasil, além de ser mecanismo de operacionalização da seletividade penal, especialmente a partir dos requisitos de diferenciação entre usuários e traficantes, estabelecidos na legislação de 2006.

Essa homogeneidade também foi verificada quando feitas as perguntas de Bartlett aos textos, o que permitiu a organização das unidades de análise categoricamente. Assim, seguindo os preceitos da análise de conteúdo, buscamos, a partir da leitura individual do texto completo dos artigos, palavras ou pequenas expressões que traduzissem ideias centrais de cada texto em relação ao papel da mulher na questão criminal. Em seguida, iniciamos a categorização, chegando a quatro categorias finais: "Subjetividades, papéis e normas sociais"; "Sistema de justiça criminal"; "Seletividade"; e "Escolhas teóricas e metodológicas".

Além desse procedimento, utilizamos, como mecanismo auxiliar, algumas ferramentas do *software Nvivo* na análise do *corpus* empírico, especialmente a de contagem de palavras. Ela nos ajudou na busca por "presenças e ausências" de termos de referência à "criminosa", como "mulher", "gênero", entre outras.

---

tráfico", analisando a fundamentação judicial na aplicação da pena desse delito. O artigo 4 analisa o fenômeno das "milícias" no Brasil, dialogando com o tráfico de drogas, na medida em que ele é uma das justificativas para a atuação miliciana. Por último, os artigos 15 e 21, apesar de mencionarem o comércio ilegal de entorpecentes, o fizeram de forma passageira – artigo 15 – ou trataram do tema sem dialogar com a questão brasileira – artigo 21.

Nesse sentido, para a redação deste texto, buscamos fazer uma análise global dos textos, utilizando alguns neles, durante a redação, como forma de demonstrar empiricamente os resultados encontrados. Entretanto, mesmo aqueles ausentes foram considerados e classificados nas categorias anteriormente enumeradas.

2.2. O raciocínio prático feminista conjugado com a análise de conteúdo: a pergunta pela "criminosa" aos textos

Para análise dos dados, mobilizamos três eixos metodológicos de Bartlett: a pergunta pela mulher, o raciocínio prático feminista e a tomada de consciência. Entretanto, para esta análise, nos centramos no segundo eixo proposto pela autora. Conforme explicam Severi e Lauris (2023, p. 70), pensar o raciocínio prático feminista como método permite dar destaque ao contexto em que determinadas situações ocorrem, enfatizando perspectivas e vozes que seriam ignoradas em um raciocínio "estritamente hierárquico dedutivo". Fatores externos ao Direito não são eliminados das análises, como pretendem outros métodos legais. Ao contrário, a eles é dada maior visibilidade para que possam ser alvo de reflexão e crítica.

Em um primeiro momento, de leitura e compreensão do raciocínio prático feminista, elaboramos duas perguntas que poderiam ser "feitas aos textos", a fim de entender as localizações da "criminosa": *Quando perspectivas de gênero foram inseridas no texto e de que maneira isso ocorreu (essa inserção levou em consideração ideias generalizantes acerca do gênero?)*. Tais perguntas foram elaboradas a partir das discussões travadas por autoras feministas que denunciam a criação da "mulher normativa" (COSTA, 2014), ou de construções universalizantes e, por isso, excludentes acerca da mulher. Entretanto, essas perguntas se mostraram insuficientes para análise da "criminosa" sob uma perspectiva interseccional.

2.3. A pergunta em seu contexto: atravessamentos interseccionais e produção de "sujeitas periféricas"

Tendo em vista o contexto sociohistórico das produções analisadas nesta pesquisa, agregamos à proposta de Bartlett (1990) a perspectiva feminista de Alda Facio (1992), para pensar o Direito sob uma perspectiva não androcêntrica e decolonial, e de Gina Heathcote (2018), que reflete sobre subjetividade jurídica desde perspectivas feministas e práticas de conhecimento das "sujeitas periféricas".

A metodologia utilizada por Facio nos auxilia na leitura dos dados à luz da realidade do Direito brasileiro e latino-americano. A autora destaca a necessidade de aprofundar a compreensão do que é o "sexismo" e das formas como ele se manifesta. Essa compreensão, por sua vez, poderia ser obtida por meio da busca por algumas manifestações concretas nos textos objeto de investigação, como o "duplo

parâmetro" – a valoração de condutas humanas com parâmetros diversos a depender do gênero –, o "dever ser de cada sexo" – a consideração do que seria normal e anormal a depender do gênero –, e o "dicotomismo sexual" – a atribuição de características diametralmente opostas a homens e mulheres, por meio da análise das escolhas linguísticas e da construção dos textos.

Facio (1992, p. 95-96) também trata da compreensão acerca de qual é a mulher considerada como "a outra" no texto analisado, e a busca por qual concepção de "mulher" serve de sustento ao texto. Elas permitem identificar elementos de interseccionalidade nas sujeitas analisadas, para que se possa entender quem é a mulher refletida nos estudos.

Essas proposições podem ser articuladas com as discussões metodológicas de Heathcote (2018) no artigo *On Feminist Legal Methodologies: Split, Plural and Speaking Subjects.* No texto, a autora busca "incorporar ativamente as compreensões atuais de sexo e gênero como interseccionais e, portanto, exigindo envolvimento com (no mínimo) raça, sexualidade, corporeidade e classe dentro das metodologias jurídicas feministas" (HEATHCOTE, 2018, p. 02, tradução nossa). Para tanto, ela desenvolve o conceito de "sujeitas/os plurais" (*plural subjects*), como uma metodologia que auxiliaria na visão do que está por trás da "fachada" de universalidade do conhecimento jurídico (HEATHCOTE, 2018, p. 11), partindo da ideia de "sujeita/o periférica/o" (*peripheral subject*) de Ratna Kapur (2005).

Heathcote toma esta(e) sujeita(o) como ponto de partida para a produção de conhecimento feminista, uma vez que reconhece formas jurídicas não dominantes como relevantes e visualiza perspectiva, agência e voz fora do sujeito masculino e ocidental:

> "[...] o sujeito periférico emerge como um mecanismo para engajar a consciência política nos fundamentos do direito por meio da atenção às desigualdades e suas interseções de gênero. Ou seja, o sujeito periférico faz perguntas difíceis (e diferentes) com relação a quais interesses são representados na reforma legal pelo gênero e, dada a sua localização fora das estruturas de poder dominantes e espaços de produção de conhecimento, é um lembrete para articular o gênero como inserido no racializado, histórias heteronormativas e coloniais" (HEATHCOTE, 2018, p. 12, tradução nossa).

A ideia de "sujeitas(os) plurais", construída a partir de vozes periféricas, nômades e diaspóricas, desafia os binarismos do masculino e feminino como força central ou única nas escritas feministas. Propõe que os projetos feministas trabalhem ativamente para romper com esse senso de conhecimento, em favor do desenvolvimento de "compreensões plurais da subjetividade como um mecanismo para intervir e romper precisamente o que pensamos que o direito deveria ser" (HEATHCOTE, 2018, p. 14, tradução nossa).

Neste trabalho, as noções de "sujeitas plurais" e de "sujeita periférica" podem ser usadas, juntamente com o raciocínio prático feminista, para pensar a "criminosa" como uma sujeita capaz de romper com construções universalizantes acerca do gênero, criadas e reproduzidas pelo Direito. Ao mesmo tempo, é a sujeita-objeto de pesquisa a ser "conhecida" nos limites das representações do campo estudado, em um contexto específico de disputa de poderes e saberes – nas Ciências Criminais e na RBCCrim.

Entretanto, ainda que localizadas, as representações ali impressas sustentam mudanças legais, políticas e reformas que atingem mulheres em contato com o sistema de justiça criminal. O foco desta análise, então, se volta para as "histórias" contadas pelos textos sobre a "criminosa" no comércio ilícito de entorpecentes, refletindo o quanto os artigos adentram nas discussões atinentes ao gênero, considerando ou não essa mulher como uma "sujeita plural".

3. A "criminosa" no campo: posições das mulheres no comércio ilícito de drogas nos textos publicados na *Revista Brasileira de Ciências Criminais*

As discussões relativas ao gênero foram significativas na amostra, composta por textos que tratavam do comércio ilícito de drogas. Dos 19 artigos submetidos à análise de conteúdo, identificamos em nove esse recorte. Da mesma forma, a palavra mulher apareceu com frequência nos textos, estando presente, mesmo que em menor medida, também naqueles que não tinham como objetivo tratar do encarceramento feminino. Pelo mecanismo de contagem de palavras do *software Nvivo*, foram registradas mais de mil aparições do termo "mulher"[8] na amostra de 19 textos.

Em contrapartida, o uso da palavra "criminosa" foi bem menos frequente, presente em 10 dos 19 textos. Em sete deles, ela aparece como adjetivo de "ações" e "organizações" (ações criminosas; organizações criminosas), e não como substantivo, nomeando a "mulher criminosa". Há, ainda, um contraste com os usos da palavra "criminoso", em que as proporções se invertem, com maior uso do termo como substantivo (em 9 dos 13 artigos em que a palavra é utilizada). Essas divergências dão pistas sobre a construção de categorias que têm o homem como padrão e sujeito universal.

Em outro texto (BRAGA; FERREIRA, 2023), discutimos as possíveis implicações dessas posições terminológicas. Entretanto, vale destacar a não construção da subjetivação da mulher sob o adjetivo "criminosa". No jogo de palavras dos textos, a

8. "Mulheres" também ocupa um espaço de destaque na composição das unidades de palavras extraídas dos artigos.

figura da mulher aparece mais associada à "criminalizada", sendo destaque as posições de vitimização ocupadas pelas mulheres nas cadeias do tráfico de drogas, bem como sua associação com a família. É nesses sentidos que é majoritariamente construída e criticada a "etiqueta" da criminalização feminina.

3.1. A etiqueta criminosa e os papéis tradicionais de gênero

Uma das categorias finais formadas a partir da aglutinação dos conceitos e das palavras-chave foi denominada "Subjetividades, papéis e normas sociais", a qual reúne as descrições que dizem respeito às características das(os) sujeitas(os) investigadas(os) e como estão conformadas(os) socialmente. Nesse conjunto, destacamos o uso, na maioria dos textos (12 dos 19 da amostra), de termos como "etiqueta", "estereótipo", "rótulo", entre outros, que denotam a formação de uma ideia preconcebida de quem são as pessoas sobre as quais deve recair a ação do sistema penal. Essas expressões se convergem na existência de "corpos criminalizáveis", a qual denota a desumanização das(os) sujeitas(os) "etiquetadas(os)":

> "Além disso, *se os criminosos, com sua 'periculosidade inerente'*, precisam ser imediatamente neutralizados ou 'tirados de circulação', 'bandido bom' mesmo 'é bandido morto' e os absurdos e chocantes massacres prisionais que marcaram o início do ano de 2017 já foram praticamente esquecidos. Para os 56 mortos no Amazonas, 33 mortos em Roraima e os 26 mortos no Rio Grande do Norte, *o fato de possuírem a etiqueta de 'criminosos', o rótulo de criminosos faz com que deixem de 'ser cadáveres que gritam que estão mortos'*" (ZAFFARONI, 2012, p. 29) (ARTIGO 5, 2018, grifos nossos).

No caso das mulheres, o etiquetamento assume uma dimensão complexa. De um lado, como já destacamos, a figura feminina e a etiqueta "criminosa" estavam mais distanciadas nos textos. Apenas o artigo 6 une esses dois conceitos explicitamente, ao tratar do "rótulo de criminosa":[9]

> "Além do estigma normalmente atribuído àquele que delinque, a mulher desviante, em face dessa cultura patriarcal, carrega o rótulo de "criminosa", bem como o de inconsequente e irresponsável (por agir sem pensar na criação dos filhos) e também acaba perdendo, perante os demais, a sua feminilidade, por praticar condutas socialmente atribuídas ao gênero masculino. Acaba que, mesmo delinquindo em menor expressão, a mulher tem sua punição majorada pelos preconceitos da sociedade" (ARTIGO 6, 2018).

9. Outros textos que têm como objetivo tratar da criminalização de mulheres também utilizam expressões que remetem à ideia de etiquetamento, mas a adotam no masculino. É o caso dos artigos 5, 8, 10 e 12.

Por outro lado, é possível perceber que a ideia de etiquetamento envolve, em um primeiro momento, o convívio com papéis femininos e com a idealização do corpo feminino, criando-se uma relação (que em alguns casos é reafirmada e em outros é refutada pelos textos) entre a "criminosa" e questões como família e moral.

Nos conceitos e palavras-chave destacados nesses artigos, a dimensão da moral pode ser percebida pela grande quantidade de expressões alocadas na categoria "normas sociais" que dizem respeito ao gênero, como "controle de gênero", "ideologia da feminilidade", e "papéis femininos". Essas se ligam às representações construídas em torno da subjetividade das mulheres, a qual foi traduzida muitas vezes sob a ideia de "imagem" (ora idealizada, ora preconceituosa e, em ambos os casos, estigmatizante):

> "Durante a revolução industrial, a autora aponta que foi desenvolvida pela burguesia a 'ideologia da feminilidade' (Ibid., p. 45), colocando mães e esposas como modelos femininos ideais para as mulheres brancas. Essa ideologia reverberou no mito da inferioridade feminina, em que as mulheres deveriam ter sua existência limitada a servir seus maridos e filhos" (ARTIGO 12, 2018).

A partir da leitura do *corpus* empírico, percebemos que a maioria dos textos adota uma posição crítica com relação à formação dessas "imagens" que limitam socialmente a subjetividade da mulher e as possibilidades de ser da "criminosa". O artigo 8 apresenta discussão nesse sentido que pode resumir o que é trazido nos demais textos. A partir, também, das proposições de Carol Smart, a autora enfatiza o gênero como um fator decisivo na forma de condenação e formulação do discurso judicial – e, no caso do texto, do sistema socioeducativo. Este, por sua vez, está pautado nas ideias de controle, vigilância e moralismo. A punição de mulheres e meninas teria como base um comportamento desviante não apenas pela violação de uma norma jurídica, mas também pela desconformidade com um tipo de comportamento definido a partir de estereótipos de gênero:

> "A tentativa de compreender a lógica disciplinar nas descrições das ocorrências e na produção de comportamentos, bem como na punição das descrições das adolescentes, demonstrou a *ótica moralista por meio das quais as adolescentes são descritas – o que exalta a política de produção de verdades que é base para a constante vigilância do gênero das mulheres*. Aquilo que é escrito tem relação com o estabelecimento das regras, papéis e valores sociais; e nas narrativas sobre as vidas das meninas a descrição técnica (de todos e todas profissionais de humanidades) é feita em relação aos regimes de verdade. [...] Os efeitos das escritas disciplinares nos documentos da socioeducação não são visíveis, mas *produzem posições de sujeito, criando subjetividades vinculadas a conceitos como desestruturadas e delinquentes*" (ARTIGO 8, 2018, grifos nossos).

Já a palavra "família" foi destacada durante o processo de categorização e apareceu, pelo mecanismo de contagem do *Nvivo*, em 15 artigos. Ao observar a localização dessa expressão nos parágrafos dos textos, percebemos sua ligação recorrente com os termos "filhos", "encarceramento" e "mulheres". Isso demonstra que a dimensão familiar assume grande importância nas discussões sobre criminalização e encarceramento de mulheres, não aparecendo com a mesma intensidade em discussões mais amplas sobre a criminalização pelo tráfico de drogas:

> "Tais estudos indicam que o significativo índice de mulheres condenadas por tráfico de drogas está relacionado à questão de gênero, ocorrendo tanto pela dependência ao companheiro como pela necessidade de sustentar os filhos e a família. [...] *Apresenta um vínculo tão forte com a família que prefere permanecer em uma cadeia pública, insalubre, superlotada e inabitável, mas com chance de receber a visita de sua família e filhos, a ir para uma penitenciária distante* [...]" (ARTIGO 22, 2010, grifo nosso).

Essa informação também se relaciona às expressões alocadas nas categorias "papéis de gênero" e "normas sociais", por meio de termos como "estereótipo de gênero", "diferenças femininas" e "divisão dicotômica". Nesse sentido, os temas são abordados de duas formas. De um lado, a manutenção desses papéis de gênero – pela sociedade e pelo sistema de justiça – é criticada nos textos. De outro, a análise das consequências da prisão de mulheres recai nesses mesmos papéis (ligação da mulher à família e o rompimento dos laços e a relação das mulheres com suas filhas e filhos). Uma hipótese que justifica essa duplicidade pode estar no impacto dessas consequências na realidade das mulheres criminalizadas e presas, apesar da crítica a esses papéis pela academia.

Um dos artigos que centraliza a discussão na temática da família, o texto 11, apresenta uma análise das relações entre homens presos e suas famílias, destacando a visitação (e os impedimentos para isso) de mulheres, companheiras, mães, filhas e outras, anteriormente presas:

> "Ou seja: o papel da mulher dentro da família é fundamental na sociedade contemporânea, tanto naquela com filhos (42%), seja como referência (6,59%), seja sem cônjuge (16,3%), quanto na unipessoal (14,6%) ou sem filhos (19,9%). *Mais ainda, para o preso (homem, entre 30 e 45 anos, negro e pardo, analfabeto ou semialfabetizado) sua família é composta fundamentalmente ou de sua esposa/companheira/namorada ou de sua mãe/genitora*. Retirar a 'mulher' da equação 'preso' significa tratá-lo como uma pessoa cuja vida social não tem qualquer sentido, haja vista que suas referências extramuros, em grande parte, tendem a ser do gênero feminino" (ARTIGO 11, 2018, grifo nosso).

Apesar de se distanciar da chave mais comum da filiação, os autores do artigo constatam ser a mulher o centro da família e, por isso, importante para a "reintegração" do homem à sociedade. Tal discussão também foi levantada por autoras como Megan Comfort (2009), Natália Lago (2019; 2020) e Ana Flauzina (2006), quando falam da possibilidade de novas questões para o feminismo em sua relação com o sistema penal, sinalizando para outras formas de vitimização de mulheres pelas ações do Estado, como pelo assassinato de seus maridos e filhos, pela ausência de suporte após esses eventos, pelo convívio com pessoas inseridas ou egressas do sistema de justiça criminal (FLAUZINA, 2006, p. 134).

Seguindo a abordagem de outros arranjos presentes nos textos que tratam de gênero e família, outro texto que levantou essas questões de forma contundente foi o artigo 8. Este, que tem como alvo as adolescentes inseridas no sistema socioeducativo, discute outra posição assumida pelas mulheres, mães, avós e parentes de meninas "infratoras". A autora menciona a "centralidade da família", bem como uma "tendência familista" presente no *modus operandi* do sistema socioeducativo, que tende a responsabilizar as mães pelas práticas de suas filhas, mesmo que elas não façam mais parte do núcleo familiar:

> "A ruptura familiar pela separação dos genitores ou desconhecimento da identidade paterna, bem como o uso do termo famílias e as desestruturas são parte dos documentos. A face perversa da chamada 'centralidade da família' parte das premissas de políticas públicas, em especial da Assistência Social; é um recorrente familismo que as culpabiliza pelas condições sociais de seus membros. Considerando o patriarcado como a tecnologia do gênero no trato às mulheres, a política pública é mais um vetor de dominação e exploração das mulheres" (ARTIGO 8, 2018).

Nas palavras da autora, essa postura reforça as desigualdades de gênero, uma vez que, de um lado, coloca a mulher como centro da família e, de outro, destaca a necessidade de figuras masculinas na vida das adolescentes, como forma de "dar limites" a suas práticas. Essas análises, por sua vez, se refletem no contexto mais amplo da imposição de uma esfera de controle sobre mulheres.

A partir dos artigos analisados, é possível perceber que a ideia de etiquetamento que envolve a figura da "criminosa" não é discutida nos textos sob o mesmo viés que recorrentemente vemos quando se trata da categoria generalizante (ou masculina) do "criminoso". Enquanto, nesse último caso, a estigmatização é causa e efeito da seletividade, que determina quem será criminalizado e preso (o homem, negro e pobre) e as consequências do rótulo criado, quando se trata da "criminosa", a imposição da etiqueta se contrasta com outros rótulos moralizantes sobre a "mulher".

A representação da "Mulher" é construída em intersecção com a raça, na medida em que a branquitude marca o ideal de mulher, que além de mãe, dócil, devota, é, sobretudo, branca. Enquanto a "criminosa", ao pé das hierarquias sociais, figura como desviante da norma jurídica e das performances de gênero. Apesar dessa diferença das expectativas de gênero, marcada, sobretudo, pela raça, ao tratar da figura da criminosa, observamos a centralidade da família nesse debate. Seja em relação às relações afetivas e familiares estabelecidas pelas mulheres presas, seja no papel dos familiares no circuito de cuidado de seus maridos, irmãos e filhos presos.

3.2. Agência e vitimização no comércio ilícito de drogas

O tráfico é o crime que mais prende mulheres no Brasil. A sua vitimização é relacionada às posições de vulnerabilidade ocupadas por elas nas intersecções de gênero, raça, classe, nacionalidade, regionalidade e idade e que contribuem para a formação de um perfil da "mulher encarcerada" no Brasil, de "mulheres, negras e jovens" (BRASIL, 2019).

No contexto específico do tráfico, a vulnerabilidade é relacionada às funções mais comumente assumidas por mulheres, inferiorizadas e expostas à ação policial, como "mulas", e sua menor aparição em posições hierarquicamente superiores, como "chefes de boca". As discussões acerca do lugar das mulheres criminalizadas por tráfico de drogas estão presentes na literatura penal (BARCINSK, 2009a; 2009b; CHERNICARO; BOITEUX, 2014; CHERNICARO, 2014; HELPES, 2014; CARNEIRO, 2015) e nas práticas de instituições do sistema de justiça criminal.

A ideia de que a mulher entraria para a criminalidade por influência de companheiros, o chamado "amor bandido", é uma das concepções assumidas pela literatura penal, apesar de ser contestada por pesquisadoras (BARCINSK, 2009; CHERNICARO, 2014; HELPES, 2014). Já a necessidade de assumir posições de subordinação no tráfico, como recurso à feminização da pobreza e às necessidades de provimento de filhas(os) e familiares, é afirmada por essas autoras, que ressaltam o marcador econômico como fundamental para a compreensão da questão feminina no tráfico.

Nos artigos da amostra, a ideia de "vitimização"[10] pelo tráfico apareceu com frequência naqueles que tinham como recorte a criminalização feminina, apesar de ausente nos que abordaram outros temas sobre o tráfico. Categorias relacionadas à vitimização foram destacadas nos artigos 6, 7, 9 e 12. Já os artigos 10, 11 e 13 abordam a inserção das mulheres no "pequeno tráfico", sem relacioná-lo explicitamente à sua vitimização.

10. Entendemos por vitimadoras as construções que diluíam a responsabilidade criminal da mulher frente às suas condições sociais.

Os três artigos que tratam das posições ocupadas por mulheres no tráfico partem de dados estatísticos acerca do tema. No artigo 10, destaca-se, ainda, o conceito de "substituíveis", pelo qual se infere a desumanização das mulheres tidas como traficantes, bem como a ineficácia das práticas punitivas na "guerra às drogas":

> "Porém, como evidenciado, essas mulheres presas, sobretudo nos casos de tráfico, certamente representarão pouco ou nada no mercado ilícito de entorpecentes, porque muitas delas funcionam como meras vendedoras no varejo, sendo plenamente substituíveis. Mulheres em situação de extrema vulnerabilidade, com subempregos e que são sucessivamente, *a cada prisão, substituídas por outras mulheres em situação de vulnerabilidade e com subempregos*" (ARTIGO 10, 2018, grifo nosso).

Já o artigo 11 liga a presença de mulheres nessas posições do tráfico à necessidade de complementação de renda e à ausência de empregos formais para mulheres já marginalizadas pela pobreza e pela negritude. Destaca, ainda, os obstáculos enfrentados por elas quando entram no sistema carcerário, com a dificuldade de acesso a direitos, o que aprofunda as vulnerabilidades já existentes:

> "As mulheres são afetadas pelo sistema punitivo principalmente pela repressão estatal a uma das principais estratégias de complementação de renda e sustento do lar a que as mulheres sem acesso ao mercado formal de trabalho recorrem: o varejo de pequenas quantidades de drogas. Acusadas de tráfico na maioria dos casos, mulheres negras e pobres dificilmente têm acesso à liberdade provisória, são submetidas a penas altas e têm direitos como progressão de regime, indulto e penas restritivas de direitos significativamente limitados" (ARTIGO 11, 2018).

O artigo 13, por sua vez, retoma as discussões dos dois anteriores, reforçando a posição marginalizada das mulheres no tráfico por meio de recursos linguísticos como o uso das palavras "simples", "apenas", "alguma vantagem", "desproporcional" e expressões como "participação de menor relevância":

> "Permito-me insistir: a grande maioria das mulheres em nosso País está presa por delitos relacionados ao tráfico de drogas e, o que é mais grave, quase *todas sofreram sanções desproporcionais relativamente às ações praticadas*, sobretudo considerada a *participação de menor relevância delas* nessa atividade ilícita. Muitas *participam como simples 'correios' ou 'mulas', ou seja, apenas transportam a droga para terceiros*, ocupando-se, o mais das vezes, em mantê-la, num ambiente doméstico, em troca de alguma vantagem econômica" (ARTIGO 13, 2018, grifos nossos).

Por outro lado, os trabalhos de Mariana Barcinsk (2009a; 2009b) buscam dar visibilidade a outras posições assumidas por mulheres no tráfico, associando o

gênero às ideias de poder e liderança. Para tanto, a autora entende o gênero como um conceito relacional, e mistura concepções do feminino e do masculino, para pensar papéis femininos e a mulher em associação com categorias como violência e criminalidade, afastando-a da posição da vítima normalmente ocupada pelo feminino (BARCINSK; CÚNICO, 2016).

Nas narrativas das histórias de vida de mulheres entrevistadas por ela, Barcinsk visa "problematizar a tradicional vitimização de mulheres envolvidas em atividades criminais, posicionando-as como agentes em suas escolhas". Entretanto, a autora adverte que "não se trata de uma tentativa de minimizar o impacto da subordinação e opressão femininas como fundamentais para entender o processo através do qual mulheres tornam-se criminosas", mas de uma tentativa de "colocar estas mulheres no centro do processo decisório, enfatizando sua intencionalidade, criatividade e a força das suas trajetórias pessoais" (BARCINSK, 2009b, p. 578).

Ao descrever as razões pelas quais as entrevistadas entraram na rede do tráfico, questões como a busca pelo poder, monetário e pessoal, visibilidade e prestígio aparecem nas narrativas. Além disso, pesquisadoras do tema têm buscado construir representações de agência, escapando de posições polarizadas entre a "criminosa" e a "vítima", complexificando a explicação sobre o feminino no crime.

Analisando cartas escritas por mulheres para o sistema de justiça criminal, Júlia Gitirana, Artur Egito e Lana Fernandes (2018) observaram que muitas delas se utilizam de padrões de gênero (re)produzidos pelo sistema de justiça como "estratégias de resistências possíveis" (GITIRANA; EGITO; FERNANDES, 2018, p. 379), a fim de ter seus pleitos atendidos, afastando-se da representação do indivíduo punível. Tais estratégias são entendidas pelas autoras como forma de exercer um combate-entre, da forma como definido por Deleuze (2002), ou seja, como "potências inventivas que atuam nas rupturas" (GITIRANA; EGITO; FERNANDES, 2018, p. 379).

Lúcia Sena e Alessandra Chacham (2019) descrevem a dinâmica dessas posições e o trânsito entre papéis "masculinos" e "femininos" a partir do estudo do caso de Tatá no tráfico de drogas. Durante a narrativa, e partindo do pressuposto de que "se o poder não precisa estar, necessariamente com homens, 'ele está no masculino'" (SENA; CHACHAM, 2019, p. 5), as autoras mostram como Tatá assume ou nega posições de fragilidade e submissão a depender das necessidades e das circunstâncias concretas: "Ela mobiliza cada uma dessas potências e posições de gênero em seu favor de acordo com as demandas dos trânsitos na rede de comercialização da qual participou" (SENA; CHACHAM, 2019, p. 5).

Para as autoras, o caso narrado "é uma referência para a construção de um contra-argumento da universalidade da relação das desigualdades e opressões" (SENA; CHACHAM, 2019, p. 10). Os trânsitos da personagem entre posições "femininas",

de submissão, e "masculinas", de liderança, não são opostos, mas reveladores da dubiedade entre a desigualdade das relações de poder pautadas pelo gênero e práticas de agência, o que é entendido pelas autoras como "a autonomia de mobilização de recursos disponíveis frente aos constrangimentos estruturais e de gênero nesse mercado" (SENA; CHACHAM, 2019, p. 11).

Os dois estudos citados destacam, assim, que é imobilizadora a manutenção de sistemas de classificação que partem apenas das oposições, por essencializar as agentes e não dar conta das dinâmicas das experiências vividas por elas no contexto observado. Nesse sentido, os obstáculos vividos por elas na tentativa de ocupar posições de destaque no tráfico revelam a presença de estruturas de poder baseadas no gênero, que permitem que elas sejam exploradas e vitimizadas. Por outro lado, o conhecimento dessas estruturas permite que elas ora as confrontem, negando seu pertencimento, ora as mobilizem estrategicamente.

Existem limites, no entanto, para essas possibilidades de agência, uma vez que vinculadas a um contexto de relações de poder estritas. A partir do conceito de tecnologia de gênero, Lauretis, Paula Alves e Victor Serra (2016) discutem a entrada de mulheres na facção Primeiro Comando da Capital (PCC) e suas possibilidades de ascensão no mundo do crime a partir disso. Essa entrada demonstra, juntamente com outras evidências empíricas, a existência de mulheres no tráfico para além da "mulher dos hôme" (ALVES; SERRA, 2016, p. 11). Além disso, demonstra sua resistência aos controles promovidos por papéis de gênero, dos quais elas buscam se distanciar.

Entretanto, os investimentos feitos por elas, pela entrada na caminhada e disciplina do PCC, possibilitam agências condicionadas, que não permitem que elas estejam em paridade de poder com os homens do PCC, sendo apenas "lagartixas dos irmãos" (ALVES; SERRA, 2016, p. 10). As narrativas coletadas por Barcinsk (2009a) reafirmam essa limitação. A compreensão das mulheres é de que a elas é reservado apenas "um certo poder", o qual é alcançado a partir de subordinações a desmandos de homens e à execução de tarefas "tipicamente femininas", como forma de adquirir a confiança do grupo (BARCINSK, 2009a, p. 1848-1849).

O artigo 12 da amostra, que discute o aumento do encarceramento feminino por tráfico de drogas, explicita a dicotomia entre as posições de "vítima" e "agente", excluindo o enquadramento das mulheres presas por "tráfico" como criminosas e realçando sua posição de vítimas na hierarquia do tráfico, tendo em vista sua apreensão na condição de transportadoras de pequenas quantidades de substâncias ilícitas:

> "Esta última função elencada, a de transportadora, é mais conhecida como 'mula'. Nesta atividade elas assumem um maior risco de serem flagradas, estando

> mais vulneráveis ao encarceramento. *Acabam sendo vítimas e não agentes do tráfico*. Essa situação agrava-se pela falta de critérios que diferenciem esta prática, já que as 'transportadoras' de drogas são enquadradas como traficantes, mesmo que apreendidas com quantidades muito pequenas de drogas, respondendo por um crime considerado hediondo pela legislação brasileira" (ARTIGO 12, 2018, grifo nosso).

No artigo 9, o conceito de "revitimização das mulheres" é utilizado de forma a questionar a linguagem do sistema de justiça, que aprofunda estereótipos de gênero e reforça a vitimização de mulheres que são submetidas a ele, tanto quando ocupantes do polo ativo quanto do polo passivo nos processos criminais:

> "Observa-se, assim, que um conjunto de documentos elaborados pelos diversos mecanismos de direitos humanos está à disposição de profissionais do sistema de justiça para serem incorporados na análise e na tomada de decisões. *São parâmetros para que o sistema de justiça passe a ter uma linguagem sensível e uma perspectiva de gênero, evitando que se reproduzam estereótipos de gênero e a revitimização das mulheres, especialmente no sistema de justiça criminal*" (ARTIGO 9, 2018, grifo nosso).

Já o artigo 6 dialoga com os papéis de vítima e criminosa, vistos como dicotômicos, e aborda como o Judiciário os mobiliza no momento da decisão:

> "A leitura das sentenças, em que pese a ideia inicial de que as mulheres seriam mais duramente punidas pelo fato de ser mulher e pelo crime propriamente dito, trouxe algo revelador, até mais que essa concepção inicial: quando a mulher é usada como instrumento para o transporte da droga, indicando o fato de que há, geralmente, um homem submetendo-a e coordenando essa situação, sua reprimenda não é tão elevada quanto se imaginava. Diferentemente, quando a imagem feminina é considerada como mentirosa e burladora da justiça, ela é desajustada e não está em pleno desempenho de seu papel, mesmo que no auxílio ao seu 'homem', como boa mãe, ou fiel esposa. Do mesmo modo, *percebeu-se que quando ela foge completamente de tal estereótipo, funcionando como dona da 'boca' ou chefe da traficância, merece uma pena maior que àquela imposta à piedosa 'mulher de bandido' ou à cuidadosa mãe, capaz de sacrificar-se pelo seu filho*" (ARTIGO 6, 2018, grifo da autora).

As autoras criticam a ligação do papel de vítima da mulher criminalizada por tráfico e suas posições sociais de mãe e esposa. Ainda, destacam que a manutenção da "criminosa" em um lugar de vitimização pode contribuir para a perpetuação de certos estereótipos de gênero – como da mulher que é levada ao tráfico por influência de um companheiro – bem como dificultar a assunção da posição de agência

dessas mulheres. Nesses momentos, as autoras constroem representações da "criminosa" que valorizam seu "livre arbítrio" e uma nova forma de "ser feminina":

> "Contudo, considerar a mulher como 'coitadinha' pode ser um tanto perigoso, não do ponto de vista individual, quando observado a pena a ela imputada, mas no ponto de vista geral, vez que significa uma forma de controle cruel sobre ela, além de continuar disseminando o discurso de vítima perante o sistema e a sociedade. Assim, a manipulação entre considerá-la vítima ou não constitui uma forma de oprimi-la" (ARTIGO 6, 2018).

Entretanto, em outros momentos do texto, as autoras também reafirmam os estereótipos e papéis sociais que questionam, ao tratar de maneira dicotômica as categorias *criminosa x vítima* e *pequena traficante x chefe do tráfico*. Essas oposições aparecem no texto no momento em que é atribuída a possibilidade de vitimização e vulnerabilidade apenas para as mulheres que "escolhem" estar nas baixas posições do tráfico, como forma de proteção de família e filhas(os), enquanto a representação da mulher chefe do tráfico seria aquela desprendida das amarras geradas pelos papéis da mãe e esposa. Assim, os papéis da "cuidadora" e da "criminosa" são colocados como incompatíveis. Isso pode ser percebido inclusive pelo uso de certos recursos linguísticos, como os destacados na passagem seguinte:

> "Até mesmo a mulher que exerce cargo de chefia, *em certo momento demonstra alguma fragilidade ou submissão*, a exemplo da já citada entrevistada Denise, vez que afirmou ter que se manter fiel ao seu marido, preso por tráfico, mesmo que não deseje mais manter o relacionamento com ele. [...] Dessa maneira, a *posição mais baixa exercida na rede ilegal de entorpecentes acaba sendo, para algumas mulheres*, *uma forma de proteção, já que ficam longe de maiores problemas e evitam ser presas ou mortas*, o que traria várias *consequências* não só para elas, *mas principalmente para quem delas dependem*" (ARTIGO 6, 2018, grifos nossos).

A discussão levantada no artigo é pertinente e abre espaço para pensar lugares de agência na discussão da criminalização feminina. No entanto, representações polarizadas e engessadas construídas a respeito das mulheres nas Ciências Criminais e nos estudos sobre tráfico de drogas simplificam a complexidade. Isso porque "qualquer argumentação que comece por priorizar a divisão binária [...] cai na armadilha de desprezar outras formas de diferenciação, particularmente as diferenças existentes no interior desses opostos binários" (SMART, 2020, p. 1426).

Ludmila Carneiro (2015) atribui a dificuldade em se questionar a possibilidade de agência de mulheres em ações consideradas criminosas ao viés androcêntrico da ciência, o que contribui para a formação de um "discurso único" sobre o envolvimento de mulheres no tráfico de drogas (CARNEIRO, 2015, p. 42-43). Entretanto,

conforme observou a autora em seus estudos sobre o tema, a situação de vulnerabilidade transversal que atravessa a vida dessas mulheres não exclui a possibilidade de que elas "estremeçam as hierarquias entre sujeição e agência e reconfigurem os papéis de gênero". Nesse sentido, "não se trata de negar a influência das hierarquias de gênero no grande número de mulheres envolvidas com o tráfico de drogas, porque ela é um fato, mas desestabilizar análises monocausais e generalistas" (CARNEIRO, 2015, p. 374).

Essa dicotomização é observada e criticada nos textos da amostra, tanto para tratar das normas sociais que criam uma "divisão dicotômica" dos papéis sociais, como no artigo 7, quanto para discutir o *modus operandi* do sistema de justiça criminal no tratamento de mulheres, como no texto 22. Entretanto, nem sempre essa forma de ser e agir social é superada nos textos.

As ações de poder que atuam sobre mulheres criminalizadas, por meio da seletividade do sistema e da manutenção de determinados discursos de gênero nos processos de criminalização, não excluem as possibilidades de agência desses corpos, inclusive a partir e por meio da manipulação dos estereótipos questionados, como discutido por Gitirana, Egito e Fernandes (2018).

Observamos nos textos que as abordagens sobre agência feminina não foram frequentes, apesar de muitos artigos terem contestado a presença de estereótipos de feminilidade. Entretanto, destacamos o artigo 7 por incorporar essa discussão, buscando superar as dicotomias que envolvem o masculino e o feminino, bem como a ligação da criminalização feminina e a vitimização. Nesse sentido, relativiza os binarismos do público/privado, criminosa/vítima, subordinação/agência.

Para isso, parte de uma análise teórica das Criminologias e Epistemologias Feministas Decoloniais para pensar a mulher criminalizada por tráfico de drogas. Articulando as categorias de raça e gênero, a autora observa que as análises que partem dessas dicotomizações são imprecisas, uma vez que não consideram que a "imagem da mulher tida como criminosa" no Brasil não atende aos estereótipos essencializados da mulher branca, reclusa ao lar, fragilizada:

> "A imagem da mulher como mãe, esposa, frágil e restrita apenas ao âmbito privado não é uma caracterização que se conforme a *realidade da mulher criminalizada na América Latina* e, especialmente, no Brasil, visto que as mulheres encarceradas e alvos da Seletividade Penal são, em sua grande maioria, as mulheres negras e moradoras das grandes periferias, e que possuem uma imagem e possibilidades de vida históricas diametralmente diversa da *mulher branca e europeizada que possuía os papéis sociais atribuídos de fragilidade*, castidade e destinada para a vida familiar somente" (ARTIGO 7, 2018, grifos nossos).

Em outro trecho, a autora discute como a incompatibilidade entre a figura essencializada da "mulher" e a realidade da mulher negra contribui para sua

criminalização no sistema de justiça e para a formação de uma representação da criminosa que se opõe à ideia de feminilidade produzida e reproduzida pelo Judiciário:

> "A presente pesquisa também enumera algumas críticas a como a narrativa dos processos de criminalização das mulheres têm se dado: primeiro, o entendimento de que *o Sistema de Justiça Criminal tem estranheza ao encarceramento e criminalização de mulheres, visto que recairia sobre elas de forma indiscriminada um perfil frágil, dócil, materno e restrito ao ambiente doméstico e privado da vida*, tal entendimento desconsidera outros perfis e estereótipos sociais atribuídos a outras mulheres. O perfil anterior retratado no entendimento supracitado não é o perfil da mulher negra que hodiernamente ocupa a maior parte das vagas dos sistemas prisionais latino-americanos e brasileiros" (ARTIGO 7, 2018, grifo nosso).

Ademais, afirma a necessidade de pensar a emancipação das mulheres criminalizadas a partir da valorização de suas trajetórias e experiências de vida, pensando não apenas no perfil da mulher criminalizada e nas diversas vulnerabilidades a que está submetida – questões que são importantes – mas também na pluralidade de situações por elas vivenciadas e em abordagens mais próximas de suas realidades:

> "Dessa forma é de imperativa relevância analisar a situação social e histórica da mulher criminalizada na América Latina e Brasil, majoritariamente punida pelos crimes relacionados às drogas, sob uma perspectiva contra-hegemônica e não eurocêntrica. *É necessário não silenciar as diferentes trajetórias e visibilizar os diferentes papéis sociais atribuídos a elas a fim de se fazer um diagnóstico que aponte para a emancipação dessas sujeitas*" (ARTIGO 7, 2018, grifo nosso).

Ainda, aponta a Criminologia Feminista atual como uma das responsáveis pela manutenção de concepções sobre a criminalização de mulheres que não contribuem para esse objetivo emancipatório, distanciando-se das vivências em favor de um "novo perfil" de criminalidade feminina, que nega as concepções etiológicas, mas mantém a fixidez das classificações:

> "O principal desafio dessas mulheres não é quebrar um estereótipo de fragilidade, passionalidade ou de saída para o ambiente público, pelo contrário, a presente pesquisa tende a problematizar o fato que a *criminologia feminista* ainda insiste em apontar, o qual seja, de que a todas as mulheres é imputado o estereótipo da não periculosidade social e não criminalidade" (ARTIGO 7, 2018, grifo nosso).

Como explicam Pedrinho Guareschi e Márcia Pedroso (2010, p. 95), as tentativas de explicar um fenômeno por meio da descrição narrativa e teórica são sempre parciais e partem de vieses interpretativos que permitem apenas a construção

de representações. Quando tratamos de explicar vidas e realidades, o desenho de representações pode se chocar com as identidades criadas e reafirmadas por esses sujeitos em suas histórias de vida. Entretanto, entendemos possível a aproximação desses conceitos.

Como explica Linda Alcoff (2016), as identidades não são estáveis, mas são localizadas e podem ser vistas de múltiplas formas a partir das vivências, levando a diferentes construções de sentido, as quais possibilitam que, de um plano externo (para aquele que vê, sem viver), haverá diversas interpretações possíveis.

O que podemos fazer para nos aproximarmos mais das construções identitárias dos sujeitos que estudamos, pensando a partir de aportes teóricos como os mobilizados no último artigo do *corpus* mencionado, é trabalhar as "realidades vividas" (LUGONES, 2020) das mulheres autoras de delitos com lentes diferentes, mais atentas à pluralidade de representações possíveis dentro das categorias que utilizamos e pelo cruzamento delas, afastando-se de concepções fixas sobre quem é a mulher "criminosa" ou a mulher "vítima" nas Ciências Criminais.

4. Conclusão

Em 1992, Alda Facio observou que, quando o Direito toma as mulheres em conta, geralmente isso se dá a partir de três representações: as "mulheres álibis", aquelas que, por assumirem papéis "masculinos", se destacam, não por serem mulheres, mas apesar de serem mulheres; as "mulheres mães"; e as "mulheres vítimas", que não são sujeitas de suas histórias. A autora destaca que, apesar de ser um avanço o fato de serem as mulheres visibilizadas de alguma forma, existem muitas complexidades a serem levadas em consideração pelo Direito (FACIO, 1992, p. 44).

Entendemos que, pelo menos dentro dos limites de nossa amostra, situada no campo das Ciências Criminais e circunscrita à RBCCrim, a afirmação de Facio segue válida. Neste trabalho, buscamos destrinchar alguns formatos e mecanismos nas representações acerca da "criminosa" no comércio ilícito de entorpecentes. Para tanto, analisamos recursos linguísticos, emprego de palavras e expressões e os significados que essas assumiram no contexto dos artigos e do *corpus* empírico como um todo.

Retomando os três estágios de Carol Smart (2020), enunciados no início deste texto, para entender a alocação do gênero no Direito, quais sejam, a) o Direito é sexista; b) o Direito é masculino; c) o Direito é gendrado, entendemos que nosso *corpus* empírico se situa majoritariamente no segundo. Isso porque, apesar das críticas ao caráter sexista do Direito, à menção constante ao patriarcalismo e à construção de estereótipos de gênero pelo sistema de justiça, os textos não conseguem se desvencilhar de todo dessas marcas, que fazem parte da estrutura do Direito e das Ciências Criminais.

Nesse sentido, observamos os obstáculos, realçados pelos usos linguísticos, de representar a "criminosa" como sujeito no espaço da criminalidade, bem como de ir além das críticas aos marcos etiológicos da Criminologia; e a ausência de discussões sobre a agência feminina no tráfico e a construção de representações que vão além da vitimização, pensando a "criminosa" como sujeito além desses opostos binários.

Importante ressaltar que, apesar de nem todos os artigos da amostra terem seus trechos explicitamente mencionados, esta conclusão parte de uma análise global dos textos, sendo aqueles citados representativos de discussões presentes nos demais. Isso porque observamos certa homogeneidade nas discussões, demonstrada inclusive pela repetição de diversos termos, destacados na seção 3.1, como "mulher", "família", "vítima", entre outras. Dados os limites espaciais que um artigo científico pode ter, e para dinamizar a leitura, consideramos mais interessante manter citações diretas reduzidas, mas sempre mencionando os artigos que seguiam caminhos semelhantes.

Entretanto, pontuamos também alguns artigos que entraram, se não de "corpo inteiro", pelo menos parcialmente, no último marco evolutivo de Smart, do Direito "gendrado", pensado a partir de um campo de estudos alargado por outros atravessamentos, como colonialidade, raça, teoria *queer* etc. Nesse estágio, é explorada a ideia do gênero como tecnologia e do Direito como "tecnologia de gênero" (LAURETIS, 1994). Nesse sentido, textos que partiram de perspectivas para além do gênero, exploraram historicamente a criminalização feminina e propuseram novas perguntas para a discussão do tema apontam os caminhos que as Ciências Criminais podem seguir para a construção de representações da "criminosa".

5. Referências

ALCOFF, Linda. Uma epistemologia para a próxima revolução. *Revista Sociedade e Estado*, [s.l.], v. 31, n. 1, p. 129-143, jan.-abr. 2016.

ALVES, Maria Brito. *Rainhas, damas e perigosas? As visões da mulher criminosa no "baralho do crime baiano" e a criminologia crítica brasileira*. 2021. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Escola de Direito e Administração Pública, Brasília, 2021.

ALVES, Paula Pereira Gonçalves; SERRA, Victor Siqueira. "Mulher dos irmão": breves reflexões sobre mulheres no tráfico de drogas em São Paulo. In: CARVALHO, Érika Mendes; ÁVILA, Gustavo Noronha de (Org.). *10 Anos da Lei de Drogas*: aspectos criminológicos, dogmáticos e político-criminais. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Pelas mãos da criminologia*: o controle penal para além da (des)ilusão. Rio de Janeiro: Revan; ICC, 2012.

BARCINSK, Mariana. Protagonismo e vitimização na trajetória de mulheres envolvidas na rede do tráfico de drogas no Rio de Janeiro. *Ciência e Saúde Coletiva*, [s.l.], v. 14, n. 2, p. 577-586, 2009b.

BARCINSK, Mariana; CÚNICO, Sabrina Daiana. Mulheres no tráfico de drogas: retratos da vitimização e do protagonismo feminino. *Civitas*, Porto Alegre, v. 16, n. 1, p. 59-70, jan.-mar. 2016.

BARCINSKI, Mariana. Centralidade de gênero no processo de construção da identidade de mulheres envolvidas na rede do tráfico de drogas. *Ciência & Saúde Coletiva*, [s.l.], v. 14, n. 5, p. 1843-1853, 2009a.

BARDIN, Laurence. *Análise de Conteúdo*. Lisboa: Edições 70, 1977.

BARTLETT, Katharine T. Feminist Legal Methods. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 103, n. 4, p. 829-888, fev. 1990. Disponível em [www.jstor.org/stable/1341478?seq=1]. Acesso em 10.09.2019.

BARTLETT, Katharine T. Métodos jurídicos feministas. In: SEVERI, Fabiana Cristina; CASTILHOS, Ela Wolkmer de; MATOS, Myllena Calasans de. *Tecendo fios das Críticas Feministas ao Direito no Brasil II*: direitos humanos das mulheres e violências. Ribeirão Preto: FDRP-USP, 2020. v. 1: *os nós de ontem*: textos produzidos entre os anos de 1980 e 2000.

BECKER, Howard. *Outsiders*. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2019.

BRAGA, Ana Gabriela Mendes; FERREIRA, Letícia Cardoso. A "criminosa" está aqui? A pergunta pela mulher em artigos sobre tráfico de drogas de uma revista de Ciências Criminais brasileira. *Revista Direito GV (ONLINE)*, v. 19, p. 1-29, 2023.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. *Relatório Temático sobre mulheres privadas de liberdade*: junho de 2017. Brasília, 2019.

CAMPOS, Carmen Hein de. *Criminologia feminista*: teoria feminista e crítica às criminologias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

CARNEIRO, Ludmila Gaudad Sardinha. *Mulas, olheiras, chefas & outros tipos: Heterogeneidade nas dinâmicas de inserção e permanência de mulheres no tráfico de drogas em Brasília-DF e na Cidade do México*. 2015. Tese (Doutorado em Sociologia) – Instituto de Ciências Sociais, Universidade de Brasília, Brasília, 2015.

CHERNICARO, Luciana Peluzio. *Sobre mulheres e prisões*: seletividade de gênero e crime de tráfico de drogas no Brasil. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio de janeiro, Rio de Janeiro, 2014.

CHERNICHARO, Luciana; BOITEUX, Luciana. Encarceramento Feminino, Seletividade Penal e Tráfico de Drogas em uma perspectiva feminista crítica. In: *Seminário Nacional de Estudos Prisionais*, Marília, 2014.

COLLINS, Patricia Hill. *Intersectionality as critical social theory.* Durham: Duke University Press, 2019.

COMFORT, Megan. *Doing Time Together*: Love and Family in the Shadow of the Prison. Chicago: University of Chicago Press, 2009.

COSTA, Malena. El Pensamiento Jurídico feminista en América Latina. Escenarios, contenidos y dilemas, *Periódico do Núcleo de Estudos e Pesquisas sobre Gênero e Direito*, [s.l.], n. 02, p. 24-35, 2. sem. 2014. Disponível em: [https://periodicos.ufpb.br/index.php/ged/article/view/20416]. Acesso em: 21.07.2023.

FACIO, Alda. *Cuando el género suena câmbios trae (uma metodología para el análisis de género del fenómeno legal)*. San José: ILANUD, 1992.

FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. *Corpo negro caído no chão:* o sistema penal e o projeto genocida do estado brasileiro. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2006.

FLAVIN, Jeanne. Feminism for the mainstream criminologist: an invitation. *Journal of Criminal Justice*, [s.l.], n. 29, p. 271-285, 2001.

GITIRANA, Júlia; EGITO, Artur; FERNANDES, Lana. Teatro da Estereotipia Feminina: a ordem das domesticidades e do racismo institucional. In: PIRES, Thula; FREITAS, Felipe (Org.). *Vozes do cárcere*: ecos da resistência política. Rio de Janeiro: Kitabu, 2018.

GUARESCHI, Pedrinho; PEDROSO, Márcia. As representações do preso em "Estação Carandiru". *Revista FAMECOS*, Porto Alegre, v. 17, n. 1, p. 94-111, jan.-abr. 2010.

HEATHCOTE, Gina. On Feminist Legal Methodologies: Spilt, Plural and Speaking Subjects. *Feminisms@law*, [s.l.], v. 8, n. 2, p. 1-20, 2018.

HELPES, Sintia Soares. *Vidas em jogos*: um estudo sobre mulheres envolvidas com o tráfico de drogas. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais) – Programa de Pós- Graduação em Ciências Sociais, Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, 2014.

KAPUR, Ratna. *Erotic Justice*: Law and the New Politics of Postcolonialism. Londres: Glasshouse Press, 2005.

LAGO, Natália Bouças do. Dias e noites em Tamara – prisões e tensões de gênero em conversas com "mulheres de preso". *Cadernos Pagu*, [s.l.], n. 55, p. 1-26, 2019.

LAURETIS, Teresa de. A tecnologia do gênero. Trad. Suzana Funck. In: HOLLANDA, Heloisa (Org.). *Tendências e impasses*: o feminismo como crítica da cultura. Rio de Janeiro: Rocco, 1994.

LUGONES, María. Colonialidade e gênero. In: HOLLANDA, Heloisa Buarque de (Org.). *Pensamento feminista hoje*: perspectiva decoloniais. Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, 2020.

SENA, Lúcia Lamounier; CHACHAM, Alessandra. "Durar é mudar": mobilidades de gênero nas margens. *Psicologia e Sociedade*, [s.l.], v. 31, p. 1-18, 2019.

SEVERI, Fabiana Cristina. *Enfrentamento à violência contra as mulheres e à domesticação da Lei Maria da Penha*: elementos do projeto jurídico feminista no Brasil. Tese (Livre-Docência) – Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2017.

SEVERI, Fabiana Cristina; LAURIS, Élida. E se os métodos feministas falassem: um debate epistemológico e metodológico sobre a pesquisa jurídica feminista no Brasil. In: BRAGA, Ana Gabriela Mendes; IGREJA, Rebecca Lemos; CAPPI, Riccardo (Org.). *Pesquisar empiricamente o Direito II*: percursos metodológicos e horizontes de análise. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2022.

SMART, Carol. A mulher do discurso jurídico. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 11, n. 2, p. 1418-1439, 2020.

6. Fontes primárias citadas

Artigo 01 – RIGON, Bruno Silveira; JESUS, Maria Gorete Marques de. Testemunho policial como prova no processo penal brasileiro: uma análise crítica da presunção de veracidade das narrativas policiais nos processos de tráfico de drogas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 162, p. 85-119, dez. 2019.

Artigo 02 – FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. El examen de racionalidad en la legislación penal brasileña: un análisis de la ley n. 11343 de 2006. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 162, p. 121-143, dez. 2019.

Artigo 03 – FILIPPO, Thiago Baldani Gomes de. Racionalidade legislativa e tráfico de drogas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 154, p. 131-174, abr. 2019.

Artigo 04 – SANTOS, Cláudia Cruz; SANTOS, Caio César Dias; UCHÔA, Carolina de Novaes; SILVA, Débora Letícia Torres da; MAIA, Laís Vidigal; FIUMARI, Mariani Bortolotti; SANTOS, Marina Oliveira Teixeira dos. Sobre as milícias, por Marielle (a desordem das categorias criminológicas ditas "tradicionais" e os perigos para o estado de direito). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 154, p. 291-351, abr. 2019.

Artigo 05 – BARRETO, Ana Luisa Leão de Aquino. Prisões cautelares e tráfico de drogas: um estudo a partir de processos judiciais nas varas de tóxicos em Salvador. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 148, p. 209-242, out. 2018.

Artigo 06 – MACHADO, Érica Babini Lapa do Amaral; CAVALCANTI, Rafaela Maria de Aguiar. Do recato à rebeldia: o estigma de ser mulher diante de uma

condenação por tráfico de drogas na cidade do Recife. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 148, p. 395-431, out. 2018.

Artigo 07 – ARAÚJO, Bruna Stéfanni Soares de. Raça, gênero e colonialidade: críticas marginais para a criminologia feminista e sua epistemologia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 146, p. 23-56, ago. 2018.

Artigo 08 – FROEMMING, Cecilia. Entre sentenças e ocorrências: o percurso e a vigilância do gênero na vida das adolescentes em atendimento socioeducativo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 146, p. 203-239, ago. 2018.

Artigo 09 – CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de; CAMPOS, Carmen Hein de. Sistema de justiça criminal e perspectiva de gênero. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 146, p. 273-303, ago. 2018.

Artigo 10 – CASTRO, Helena Rocha C. de; VALENÇA, Manuela Abath. Mulheres e drogas sob o cerco policial. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 146, p. 483-514, ago. 2018.

Artigo 11 – SGANZERLA, Rogério Barros; MOHALLEM, Michael Freitas. Os obstáculos impostos às mulheres nas visitas aos presos como forma de injustiça de gênero no tribunal do Distrito Federal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 146, p. 557-585, ago. 2018.

Artigo 12 – VIANA, Priscylla Kethellen; CARDOSO, Franciele Silva. Encarceramento feminino por tráfico de drogas no Brasil: a estratégia neoliberal de exclusão das mulheres à margem do sistema capitalista. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 146, p. 613-647, ago. 2018.

Artigo 13 – FERNANDES, Luciana Costa; DORNELLAS, Mariana Paganote. A internalização das Regras de Bangkok e seus efeitos na execução da pena por mulheres no Brasil: limites e desafios no contexto de encarceramento em massa. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 145, p. 209-240, jul. 2018.

Artigo 14 – OLIVEIRA, Jorge Albino Quintas de; FIRMIANO, João Diego Rocha. Decisões judiciais em matéria de drogas em São Paulo e em Portugal: estudo comparativo de sentencing. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 143, p. 245-287, maio 2018.

Artigo 15 – FRAGOSO, Christiano. Livramento condicional: panorama e perspectivas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 143, p. 289-328, maio 2018.

Artigo 16 – CORCIOLI FILHO, Roberto Luiz. Voluntarismo judicial: a internação de adolescentes por tráfico de drogas no TJSP. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 142, p. 341-372, abr. 2018.

Artigo 17 – CASTRO, Thiago Rais de; ZACKSESKI, Cristina. Problemas do processo de criminalização da associação para o tráfico de drogas: dissonâncias

sistêmicas do ordenamento jurídico reveladas por acórdãos do Distrito Federal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 136, p. 103-125, out. 2017.

Artigo 18 – MARTINS, Fabiano Emídio de Lecena; BRAGA, Romulo Rhemo Palitot. O fenômeno da lavagem de dinheiro e o tráfico de drogas na deep web: avanço da criminalidade virtual. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 125, p. 337-354, nov. 2016.

Artigo 19 – ALCÂNTARA, Guilherme Gonçalves. O tribunal de justiça de São Paulo entre opiniões e princípios: uma crítica hermenêutica à jurisprudência penal paulista. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 123, p. 119-153, set. 2016.

Artigo 20 – GUADANHIN, Gustavo de Carvalho; GOMES, Leandro de Castro. Política criminal de drogas: uma crítica à abordagem proibicionista. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 123, p. 259-300, set. 2016.

Artigo 21 – CAVALIERE, Antonio. Il controllo del traffico di droghe tra politica criminale e dogmatica: l'esperienza italiana. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 99, p. 147-169, nov.-dez. 2012.

Artigo 22 – WOLFF, Maria Palma; MORAES, Márcia Elayne Berbich de. Mulheres e tráfico de drogas: uma perspectiva de gênero. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 87, p. 375-395, nov.-dez. 2010.

Artigo 23 – GIAMBERARDINO, André Ribeiro. Tráfico de drogas e o conceito de controle social: reflexões entre a solidariedade e a violência. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 83, p. 185-236, mar.-abr. 2010.

Artigo 24 – RAUPP, Mariana. O (in)visível tráfico de drogas: um estudo de sociologia das práticas jurídicas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 80, p. 346-369, set.-out. 2009.

Artigo 25 – SANTOS JÚNIOR, Rosivaldo Toscano dos. Qual a sua droga? Maconha, hipocrisia ou isonomia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 141, 213-238, mar. 2018.

PESQUISAS DO EDITORIAL

ÁREA DO DIREITO: Penal

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- A construção institucional do gênero criminoso: Travestis e transexuais no sistema de justiça, de Marco Aurélio Máximo Prado, Bárbara Gonçalves Mendes, Júlia Carneiro, Júlia Silva Vidal, Gabriela Almeida Moreira Lamounier e Rafaela Vasconcelos Freitas – *RBCCrim* 146/515-537;
- A percepção do condenado sobre a violência contra a mulher: A dominação na cultura de gênero, de Iara Rabelo de Souza e Julia Maurmann Ximenes – *RBCCrim* 146/373-396;
- Desafios para aproximar violência de gênero e justiça restaurativa, de Carmen Hein de Campos e Jacqueline Padão – *RBCCrim* 196/19-40;
- Desvios na construção de um direito penal de gênero: Um problema chamado poder legislativo, de Luciano Anderson de Souza e Júlia Lambert Gomes Ferraz – *RBCCrim* 147/459-477;
- Integração de gênero à luz dos direitos fundamentais nas respostas do sistema judicial ao crime organizado, de Denise Neves Abade – *RBCCrim* 190/239-273;
- O estudo de impacto legislativo como possível estratégia de contenção do encarceramento em massa no Brasil, de Carolina Costa Ferreira – *RBCCrim* 129/137-180;
- Perspectivas feministas em criminologia: A interseccionalidade entre gênero, raça e classe na análise do estupro, de Mailô de Menezes Vieira Andrade – *RBCCrim* 146/435-455; e
- Raça, gênero e colonialidade: Críticas marginais para a criminologia feminista e sua epistemologia, de Bruna Stéfanni Soares de Araújo – *RBCCrim* 146/23-56.

FERREIRA, Letícia Cardoso; BRAGA, Ana Gabriela Mendes. "O direito é masculino": o gênero nas representações da criminosa em artigos da Revista Brasileira de Ciências Criminais.
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 204. ano 32. p. 331-359. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2024.
DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.12628280].

Encontros da polícia com o indivíduo e juízo de fundada suspeita na Jurisprudência americana e brasileira: a convergência de Terry *v.* Ohio com o RHC 158.580/BA e o HC 598.051/SP

Encounters between police and individuals and reasonable suspicion in American and Brazilian jurisprudence: the convergence of Terry v. Ohio with RHC 158,580/BA and HC 598,051/SP

Rogerio Schietti Cruz[1]
Superior Tribunal de Justiça, Brasil.
E-mail: r.schietti@gmail.com

Danilo Knijnik[2]
Universidade de São Paulo, USP, Brasil.
E-mail: danilo.knijnik@ufrgs.br

Autores convidados

DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.12628300].

1. Doutor e Mestre em Direito Processual pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – Largo do São Francisco. Ministro do Superior Tribunal de Justiça. Professor dos cursos de Doutorado e Mestrado da UniNove. Professor do Mestrado Profissional em Direito do IDP. Autor de dezenas de artigos e livros jurídicos, com destaque para: Processo penal pensado e aplicado – Brasília Jurídica – 2004, A Proibição de Dupla Persecução Penal – JusPodivm – 2022 (2ª edição), Garantias Processuais nos recursos criminais – Atlas – 2013 (2ª edição), Prisão cautelar: dramas, princípios e alternativas – JusPodivm – 2023 (8ª edição).
   Lattes: [http://lattes.cnpq.br/3811845068168892].
   Orcid: [https://orcid.org/0000-0002-4734-2548].
   E-mail: r.schietti@gmail.com.
2. Doutor (USP), Mestre (UFRGS), Graduação em Direito (UFRGS), Graduação em Direito nos EUA (University of Miami), LLM (University of Miami). Professor associado IV na UFRGS. Advogado.

Cruz, Rogerio Schietti; Knijnik, Danilo. Encontros da polícia com o indivíduo e juízo de fundada suspeita na Jurisprudência americana e brasileira: a convergência de Terry *v.* Ohio com o RHC 158.580/BA e o HC 598.051/SP. *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* vol. 204. ano 32. p. 361-404. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2024.
DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.12628300].

Áreas do Direito: Processual; Penal; Internacional

Resumo: Em 1967, a Suprema Corte Americana examinou o encontro da Polícia com o cidadão, construindo um modelo de controle e entronizando no direito estadunidense as chamadas *Terry Stop*. Cerca de 50 anos depois, esse momento metodológico se repetiria no Brasil pelo advento do RHC 158.580/BA e do HC 598.051/SP. Nesse contexto, o objetivo deste artigo é comparar o precedente estadunidense e os precedentes brasileiros, traçando as linhas comuns que aproximam os julgados.

Palavras-chave: RHC 158.580/BA – HC 598.051/SP – *Terry Stop* – Terry *v.* Ohio – Fundada Suspeita – Justa Causa – *Stop and Frisk* – *Racial Profiling* – Seletividade – Inviolabilidade do Domicílio.

Abstract: In 1967, the United States Supreme Court examined the encounter between police and citizens, establishing a model of control and enshrining what are known as Terry Stops in American law. About 50 years later, this methodological moment was echoed in Brazil with the advent of RHC 158,580/BA and HC 598,051/SP. In this context, the aim of this article is to compare the American precedent with the Brazilian precedents, drawing common lines that bring these rulings closer.

Keywords: RHC 158,580/BA – HC 598,051/SP – Terry Stop – Terry *v.* Ohio – Reasonable Suspicion – Probable Cause – Stop and Frisk – Racial Profiling – Selectivity – Inviolability of the Home.

Sumário: 1. Introdução. 2. Terry *v.* Ohio. 3. O *leading case* brasileiro: o RHC 158.580/BA. 3.1. Breve retrospectiva histórica. 3.2. O direito comparado como instrumento de argumentação jurídica. 3.3. O RHC 158.580/BA. 3.4. O combate à seletividade em Nova Iorque: limitações ao *stop and frisk*. 3.5. A seletividade racial para além da ação policial. 4. Causa provável e ingresso no domicílio: o caso julgado no HC 598.051/SP. 5. Conclusões. 6. Referências bibliográficas. 7. Jurisprudência.

1. Introdução

No julgamento do célebre precedente *Terry* v. *Ohio*[3], a Suprema Corte Americana examinou o encontro da Polícia com o cidadão na rua. De modo a evitar seletividades, construiu um modelo de controle dessas abordagens e encontros, que passou a ser conhecido de forma geral por *Terry Stops*, em homenagem ao recorrente. De acordo com esse *standard*, a abordagem policial e o exame das vestes de alguém representam, tecnicamente, a apreensão e a realização de uma busca na pessoa, razão pela qual somente podem ser realizados em havendo fundada suspeita de que um crime está em andamento ou a caminho e, quanto à revista, havendo fundada suspeita de que ela pode estar armada.

Lattes: [http://lattes.cnpq.br/2458040210353272].
Orcid: [https://orcid.org/0000-0001-9659-0268].
E-mail: danilo.knijnik@ufrgs.br

3. *Terry* v. *Ohio*, 392 U.S. 1 (1968).

Cruz, Rogerio Schietti; Knijnik, Danilo. Encontros da polícia com o indivíduo e juízo de fundada suspeita na Jurisprudência americana e brasileira: a convergência de Terry *v.* Ohio com o RHC 158.580/BA e o HC 598.051/SP. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 204. ano 32. p. 361-404. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2024.
DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.12628300].

Assim, a Suprema Corte Americana definiu como condição de validade da abordagem e da revista que o agente policial aja com base em uma suspeita formada por elementos racionais objetivamente articuláveis, não podendo ser justificada por sua mera intuição, conjectura ou palpite, sob pena de legitimar a seletividade processual. O controle da legalidade de uma *Terry Stop* deve ser exercido posteriormente por magistrado, terceiro separado e independente do aparato policial, que, concluído o ato, deverá avaliar sua razoabilidade à luz das circunstâncias específicas de cada caso concreto.[4]

No julgamento do RHC 158.580/BA[5], a 6ª T. do STJ assentou conclusões no todo similares, ao examinar a obtenção de provas a partir de busca pessoal motivada por suposta "atitude suspeita" do abordado. Nesse precedente, o STJ definiu a necessidade da "fundada suspeita (...) de que o indivíduo esteja na posse de drogas, armas ou de outros objetos ou papéis que constituam corpo de delito" para se permitir a realização de "busca pessoal ou veicular sem mandado judicial". O STJ rechaçou a legalidade de buscas pessoais baseadas em "meras informações de fonte não identificada (*e.g.* denúncias anônimas) ou intuições e impressões subjetivas, intangíveis e não demonstráveis de maneira clara e concreta". Tal qual a Suprema Corte dos Estados Unidos, o STJ rechaçou a possibilidade de "convalidar" a ilegalidade da busca pessoal a partir dos resultados obtidos nesse encontro pelo agente policial.[6]

Poucos meses antes do julgamento do RHC 158.580/BA, a 6ª T. do STJ havia empregado raciocínio similar no julgamento do HC 598.051/SP[7], tratando de situações excepcionais que autorizam mitigar o direito à inviolabilidade do domicílio. Segundo o STJ, ausente ordem judicial autorizando a entrada no domicílio ou consentimento expresso de morador, o contexto fático que precede a invasão deve "permitir a conclusão acerca da ocorrência de crime no interior da residência – cuja urgência em sua cessação demande ação imediata"[8]. Do contrário, a invasão não estará amparada em fundadas razões (justa causa), mas sim em mera discricionariedade policial, tornando írrito "o direito à intimidade e à inviolabilidade domiciliar, a qual protege não apenas o suspeito, mas todos os moradores do local"[9].

Conforme se observa, tanto o RHC 158.580/BA, quanto o HC 598.051/SP, podem muito bem qualificar-se como um feliz encontro, no âmbito do direito comparado, de idênticas necessidades, com potencialidades a desenvolver. De modo a

4. *Terry* v. *Ohio*, 392 U.S. 1 (1968).
5. STJ, RHC 158.580/BA, rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, 6ª T., j. 19.04.2022, *DJe* 25.04.2022.
6. STJ, RHC 158.580/BA, rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, 6ª T., j. 19.04.2022, *DJe* 25.04.2022.
7. STJ, HC 598.051/SP, rel. Min. Rogério Schietti Cruz, 6ª T., j. 02.03.2021, *DJe* 15.03.2021.
8. STJ, HC 598.051/SP, rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, 6ª T., j. 02.03.2021, *DJe* 15.03.2021.
9. STJ, HC 598.051/SP, rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, 6ª T., j. 02.03.2021, *DJe* 15.03.2021.

Cruz, Rogerio Schietti; Knijnik, Danilo. Encontros da polícia com o indivíduo e juízo de fundada suspeita na Jurisprudência americana e brasileira: a convergência de Terry *v.* Ohio com o RHC 158.580/BA e o HC 598.051/SP. *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* vol. 204. ano 32. p. 361-404. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2024.
DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.12628300].

melhor explorar os pontos que unem as decisões do STJ ao precedente estadunidense, este artigo está dividido em duas partes. Em um primeiro momento, analisa-se *Terry* v. *Ohio*, bem como seus efeitos sobre a jurisprudência estadunidense, que são vastos. Em um segundo momento, analisa-se o direito brasileiro, à vista dos precedentes do STF e do STJ que antecederam o julgamento do RHC 158.580/BA e do HC 598.051/SP. O artigo conclui que o direito brasileiro, assim como ocorria desde 1967 no âmbito do direito estadunidense, passou a oferecer ferramentas importantes para desestimular e controlar a indesejável seletividade na ação persecutória do Estado, assegurando mais aderência aos postulados do Estado Democrático de Direito e ao necessário controle jurisdicional, ainda que postecipado.

2. Terry *v.* Ohio

Iniciando pela experiência estadunidense, em 1967, a Suprema Corte julgou *Terry* v. *Ohio*[10], tendo por objeto a questão de saber se uma abordagem policial, impondo brevíssima restrição à liberdade do indivíduo no passeio público, estaria de alguma forma subordinada à Quarta Emenda à Constituição Americana. Essa emenda, como se sabe, exige *causa provável* – um equivalente funcional da justa causa brasileira – para realização de buscas e apreensões. À época, o tema tinha baixa visibilidade na justiça estadunidense[11], o que até bem pouco tempo era igualmente a situação do direito brasileiro[12].

Analisando o encontro entre polícia, sem a *causa provável* da 4ª Emenda, necessária para a obtenção de mandado judicial; e o cidadão na rua, a Suprema Corte estadunidense extraiu algumas conclusões no julgado de 1967: (a) sempre que a polícia aborda um indivíduo na rua e, por meio de força física ou pelo exercício de sua autoridade, restringe a liberdade deste, ocorre uma forma de apreensão, ainda que temporária ou efêmera, dessa mesma pessoa, pois se interfere no seu direito de seguir no seu caminho. Assim, em *Henry* v *US*[13], decidiu-se que, "quando policiais

10. *Terry* v. *Ohio*, 392 U.S. 1 (1968).
11. LAFAVE, Wayne R. Street encounters and the constitution: Terry, Sibron, Peters, and beyond. *Michigan Law Review*, Ann Arbor, v. 67, n. 1, p. 42, 1968.
12. Conforme Gisela Aguiar Wanderley, "há rotineiras atividades das polícias que têm sido ainda muito timidamente analisadas pela dogmática processual penal e, como consequência, têm passado ao largo do controle das próprias agências judiciais". In: WANDERLEY, Gisela Aguiar. Entre a lei processual e a praxe policiais: características e consequências da desconcentração e do descontrole da busca pessoal. *In*: DUARTE, Evandro Piza; SANTOS, Fernando Nascimento dos; MAGALHÃES, Camila (org.). *Lições de dogmática crítica:* direitos fundamentais dos identificados como suspeitos na atividade policial. São Paulo: Dialética, 2021.
13. *Henry* v *United States.*, 261 U.S. 98 (1959).

Cruz, Rogerio Schietti; Knijnik, Danilo. Encontros da polícia com o indivíduo e juízo de fundada suspeita na Jurisprudência americana e brasileira: a convergência de Terry *v.* Ohio com o RHC 158.580/BA e o HC 598.051/SP. *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* vol. 204. ano 32. p. 361-404. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2024.
DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.12628300].

interromperam dois homens e restringiram sua liberdade de movimento, a prisão, para os fins do caso, estava completa"; e, em *Brendlin* v. *California*[14], a apreensão temporária de um veículo e de seus passageiros consuma-se quando ordenada a sua parada, já não tendo os últimos a liberdade de prosseguir livremente. Em outras palavras, "uma pessoa foi '*apreendida*', quando agentes, *pela força física ou pela demonstração de autoridade*, põem termo à liberdade de movimentação dessa pessoa (...). E o critério para verificar quando isto ocorre consiste em definir, à luz das circunstâncias, se uma pessoa razoável concluiria já não possuir a liberdade de se afastar", de "declinar das solicitações da polícia" ou de "pôr fim ao encontro"[15].

Terry fixou outra conclusão metodológica muito importante: (a) o exame das vestes de alguém, visando encontrar armas ou corpo de delito, representa uma busca nessa mesma pessoa (entre nós, assim definida no art. 244 do CPP). Segue-se daí algumas conclusões adicionais de *Terry*: (b) uma breve e temporária intrusão na liberdade de movimentos da pessoa, com base em *fundada suspeita* de que um crime está em andamento, é um procedimento legítimo; (c) a abordagem não pode ser realizada em bases arbitrárias, amparada na intuição ou no palpite do agente policial, sob pena de legitimar a seletividade da polícia; (d) é condição de validade do ato que o agente policial aja com base em elementos racionais objetivamente articuláveis, capazes de justificar uma suspeita razoável de que um crime está em andamento e, quanto à revista, de que a pessoa possa estar armada; (e) esse juízo será objeto de uma "análise independente, destacada e neutra de um magistrado, que deverá avaliar a razoabilidade da revista pessoal à luz das circunstâncias específicas"; (f) "exigir qualquer coisa menos do que isso significaria um convite a intrusões em direitos constitucionalmente protegidos com base em palpites não articulados"; (g) no controle jurisdicional *a posteriori*, "deve ser conferido o devido peso, não à primitiva ou rudimentar suspeita ou intuição, mas a inferências razoáveis e específicas que o policial estava legitimado a extrair das circunstâncias à luz de sua experiência"[16].

Conforme se observa, *Terry* estabeleceu limites objetivos à discricionariedade dos agentes policiais em atuação no espaço público. Não obstante, muito se tem criticado *Terry* como um acórdão legitimador do fenômeno da seletividade policial nos Estados Unidos. Trata-se de uma crítica que precisa ser bem compreendida. Em realidade, *Terry* dificulta a seletividade, na medida em que procura um equilíbrio entre proteção social e liberdade individual. De um lado, é verdade que

14. *Brendlin* v. *California*, 551 U.S. 249 (2007).

15. *United States* v. *Mendenhall*, 446 U.S. 544, 558 (1980).

16. *Terry* v. *Ohio*, 392 U.S. 27 (1968).

a Suprema Corte estadunidense afastou a exigência do rigor de uma "causa provável" para autorizar um policial a fazer uma abordagem na rua, ao fundamento de que um requisito dessa monta converteria qualquer interação entre polícia e cidadão numa intricada questão judicial, tornando essa exigência de segurança pública inadministrável. Porém, ao mesmo tempo, *Terry* deixou, afastou a invocação da desconfiança ou mesmo a especulação subjetiva do agente policial como parte a legitimar tal iniciativa. Pelo contrário, *Terry* passou a exigir uma suspeita *objetivamente* articulável:[17] ausente uma articulação objetiva, a abordagem e suas derivações são ilícitas conforme *Terry*, ainda que se constate que o acusado esteja praticando um crime.[18]

O problema da seletividade policial surge, isto sim, quando o agente policial intenta fabricar regressivamente uma articulação objetiva como um pretexto para abordar indivíduos vulneráveis. Essa, porém, é uma outra questão. Segundo respeitáveis juristas, a Suprema Corte americana teria conferido uma excessiva margem de discricionariedade aos agentes policiais no que se refere às chamadas ações pretextuais, vale dizer, ações em que a suspeita objetivamente articulada funcione mais como um motivo ou pretexto para realizar abordagens.

A título de exemplo, pode-se citar *Atwater* v. *City of Lago Vista*[19-20], no qual a Suprema Corte assentou a constitucionalidade de buscas pessoais sem mandado desde que realizadas incidentalmente a um flagrante de infrações menores de trânsito.[21] Enquanto em *Terry* o agente policial precisaria demonstrar uma suspeita objetivamente articulável, de modo a legitimar a abordagem, e só poderia estender

17. *Terry* v. *Ohio*, 392 U.S. 27 (1968).
18. *Terry* v. *Ohio*, 392 U.S. 27 (1968).
19. *Atwater* v. *City of Lago Vista,* 532 U.S. 318 (2001)
20. *Atwater* não é o único caso posterior a *Terry* em que a Suprema Corte adotou um posicionamento que favorece a seletividade policial. Em *Nieves* v. *Bartlett*, julgado em 2018, a Suprema Corte decidiu que a prisão de um indivíduo por um agente policial, ainda que motivada por sua fala, não constituiria um ato retaliatório contrário à 1ª Emenda, sendo o policial capaz de articular objetivamente uma fundada suspeita para justificar a prisão. *Nieves* v. *Bartlett*, 139 S.Ct. 1715 (2018).
21. *Atwater* lidou com a situação de uma mãe – Gail Atwater – que foi presa ao dirigir a pouco menos de 30 km/h em uma zona residencial com seus filhos no carro sem cinto de segurança, CNH e seguro. A despeito de essas infrações serem apenas puníveis por multas, o agente policial algemou Gail Atwater e a levou até a delegacia, sendo liberada após o pagamento de uma fiança. A Suprema Corte entendeu que a conduta do agente não violou a 4ª Emenda, pois a constatação de que Gail Atwater estava cometendo uma infração, por menor que tenha sido o seu potencial ofensivo, autoriza a sua prisão sem mandado. Nesse sentido: *Atwater* v. *City of Lago Vista,* 532 U.S. 318 (2001).

Cruz, Rogerio Schietti; Knijnik, Danilo. Encontros da polícia com o indivíduo e juízo de fundada suspeita na Jurisprudência americana e brasileira: a convergência de Terry *v.* Ohio com o RHC 158.580/BA e o HC 598.051/SP. *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* vol. 204. ano 32. p. 361-404. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2024.
DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.12628300].

sua ação até o desfazimento da suspeita, *Atwater* simplesmente dispensou esse requisito[22], ao fundamento de que a constatação, pela autoridade policial, de que um indivíduo encontra-se em situação de flagrante infração de trânsito – puníveis apenas por uma multa – autorizaria a realização de uma revista pessoal sem mandado, podendo chegar até a prisão do motorista, para ser apresentado ao magistrado em até 48 horas. Consequência disso é que provas incidentalmente obtidas nessa abordagem, ainda que não relacionadas à infração de trânsito, serão consideradas legítimas, malgrado a ausência de mandado ou mesmo de suspeita objetivamente articulável.[23] Não por coincidência, os votos vencidos de *Atwater* – que consideravam tal medida abusiva – buscaram refúgio precisamente em *Terry*, a partir de sua dimensão protetiva.

Portanto, o problema de seletividade surge nas chamadas ações "pretextuais". Por exemplo, o agente policial utiliza-se de uma abordagem rotineira de trânsito – decorrente, p. ex., de um para-brisa trincado, de um farol queimado – como pretexto para interpelar indivíduos pertencentes a grupos minoritários, detendo-os e, com base na infração de trânsito, realizando buscas corporais sem necessidade de uma suspeita objetivamente articulável para além da infração de trânsito em si. Caso o agente policial considere efetuar uma prisão, não haveria remédio jurídico, porque o entendimento em princípio é de que não se pode anular uma abordagem policial com base no elemento subjetivo do agente policial[24]. Assim, inúmeros acórdãos posteriores a *Terry,* como é o caso de *Atwater*, no limite deixariam sem tutela o cidadão nas hipóteses em que o policial, regressivamente, articulou a necessidade de sua conduta. Mas ações pretextuais não estão amparadas pelo caso *Terry*.[25]

22. *Atwater* v. *City of Lago Vista,* 532 U.S. 318 (2001).
23. *Atwater* v. *City of Lago Vista,* 532 U.S. 318 (2001).
24. *Atwater* v. *City of Lago Vista,* 532 U.S. 318 (2001).
25. Com efeito, os juízes da Suprema Corte que divergiram da opinião majoritária invocaram justamente *Terry* para assentar a inconstitucionalidade de prisões decorrentes do cometimento de meras infrações de trânsito quando ausente qualquer risco de perturbação à paz: "precisamente porque uma prisão temporária constituiu uma severa intrusão na liberdade individual, a sua razoabilidade depende do grau de necessidade para promover um interesse legítimo do Estado. Exatamente porque há vários modos disponíveis de promover o interesse do Estado quando uma infração punível apenas por uma multa é cometida, não posso concordar com uma regra que considera a prisão temporária razoável em qualquer circunstância. Dar aos agentes policiais carta branca para efetuar uma prisão sempre que existir causa provável para acreditar que uma contravenção punível por uma multa foi cometida é irreconciliável com a regra da 4ª Emenda, que exige que qualquer apreensão seja razoável. Ao invés disso, eu demandaria que, quando houver causa provável para acreditar que um ilícito passível de punição apenas por uma multa for cometido, o

Assim, a referência aqui feita ao acórdão *Terry* de forma alguma significa endosso às chamadas ações pretextuais. Na verdade, este não é o foco do acórdão *Terry*, configurando uma outra ordem de questões que sem dúvida nenhuma são preocupantes mesmo no direito estadunidense[26].

Na mesma sessão em que *Terry* foi julgado, a Suprema Corte também julgou *Sibron* v. *Nova Iorque*[27], um *leading case* na literatura estadunidense. Neste caso, tratava-se de abordagem policial seguida de revista e da prisão do abordado, tudo com base no fato de o indivíduo ter passado horas a fio conversando com supostos viciados que já eram conhecidos pela polícia. *Sibron* considerou ausente "o tipo de referência racional que se exige", pois não existiria uma suspeita de prática criminosa[28]. Mesmo "que o policial não possuísse causa provável para prisão, a apreensão e a busca, ainda assim, poderiam ter sido justificadas *se* houvesse embasamento suficiente para crer que *Sibron* estava armado e era perigoso"[29]. Porém, o policial "não obteve qualquer informação nova no intervalo entre o início do encontro (...), a apreensão física e a busca"[30]. Em outras palavras, o ato não foi suportado pelo cenário *post factum* do início e *ex ante* da revista, havendo fundada suspeita para o início do encontro, mas não para a revista pessoal que se seguiu[31].

---

policial deve apenas apresentar uma notificação, exceto se o policial for capaz de apontar para fatos específicos e articuláveis que, tomados em conjunto com inferências razoáveis oriundas desses fatos, razoavelmente permitem a intromissão adicional de uma prisão temporária". (*Terry* v. *Ohio,* 392 U.S. 62, 365/366 (1968).

26. Da mesma forma, um problema bastante sério – mas que não deve ser debitado a *Terry* – é a questão do uso de força letal em abordagens policiais na jurisprudência estadunidense. Em *Graham* v. *Connor*, 490 U.S. 386 (1989), a Suprema Corte decidiu que "todas as demandas relativas ao uso de força excessiva – fatal ou não – no curso de uma prisão, de uma abordagem ou de uma apreensão de um cidadão livre devem ser analisadas sob [o critério de] razoabilidade da 4ª Emenda". Ocorre que, diferentemente da 8ª Emenda relativa a aplicação de penas cruéis, nas quais o elemento subjetivo do policial, vale dizer, sua intenção, é essencial, na 4ª Emenda, prossegue a Suprema Corte, "a questão é se as ações do agente são objetivamente razoáveis à luz dos fatos e circunstâncias com as quais ele é confrontado, *com abstração de sua intenção ou motivação subjacente*", não sendo o caso de considerar "*motivações subjetivas do agente individual*", que "*não tem peso na questão de saber se uma dada apreensão não é razoável nos termos da 4ª Emenda*". Ao fazer-se abstração das motivações do agente policial, cria-se um hiato de difícil solução quando se está em presença de uma possível ação pretextual. Isso, porém, não é um problema especificamente de *Terry*.
27. *Terry* v. *Ohio,* 392 U.S. 62 (1968)*; Sibron* v. *New York*, 392 U.S. 40 (1968).
28. *Sibron* v. *New York*, 392 U.S. 40 (1968).
29. *Sibron* v. *New York*, 392 U.S. 40 (1968).
30. *Sibron* v. *New York*, 392 U.S. 40 (1968).
31. *Sibron* v. *New York*, 392 U.S. 40 (1968).

A propósito, *Illinois* v. *Wardlow*[32] configura um interessante caso em que tal perspectiva metodológica mais uma vez veio à tona, sendo levada ao grau máximo. O tribunal consignou que, "algumas vezes, as inferências são totalmente consistentes com a presunção de inocência; algumas vezes, justificam investigação adicional; e algumas vezes, justificam parada imediata e revista pessoal"[33]. Assim, pode ser necessário realizar um duplo e mais sofisticado exame analítico. Tornando a *Sibron*,

> "[...] um policial não está autorizado a apreender e realizar buscas em toda pessoa vista na rua, ou de quem pretenda fazer indagações. Antes de colocar as mãos na pessoa em busca de algo, ele deve possuir bases racionais, constitucionalmente adequadas, das quais racionalmente possa inferir que o indivíduo está armado e é perigoso"[34].

Esse conjunto de postulados deu grande visibilidade ao tema nos Estados Unidos, pautando o debate sobre a seletividade das abordagens policiais, sem dúvida uma questão relevante também no espaço brasileiro. Quanto a isso, vale retomar o plexo de conclusões do acórdão *Terry*:

> "[...] se uma autoridade policial observa uma conduta não usual, concluindo racionalmente, à luz de sua experiência, que uma atividade criminosa está em andamento e que o indivíduo pode estar armado e ser perigoso; se, no curso da investigação desse comportamento, a autoridade policial identifica-se como tal, faz indagações razoáveis e, nesse estágio inicial, não dissipa o receio sobre sua segurança pessoal ou de terceiros, está ela legitimada, para proteção própria ou de terceiros, a realizar uma busca limitada e cuidadosa nas vestes do indivíduo, visando a encontrar armas"[35].

Trata-se, neste caso, de uma abordagem investigatória. Contudo, *Terry* acrescenta: nem todo encontro significará, *per se,* restrição à liberdade individual. Se a interação for consensual – operando no exercício da função regular de policiamento – contando com a adesão livre e espontânea do indivíduo[36], terá havido ato de

32. *Illinois* v. *Wardlow*, 528 U.S. 185 (2000).
33. *Illinois* v. *Wardlow*, 528 U.S. 185 (2000).
34. *Sibron* v. *New York*, 392 U.S. 64 (1968). Consta em *Terry* declaração de voto em sentido contrário, ou seja, defendendo que, havendo base para o início do encontro, é desnecessária base adicional para a revista pessoal: "uma vez que o encontro forçado estava justificado, decorreu automaticamente o direito de o oficial tomar medidas apropriadas para sua própria segurança".
35. *Terry* v. *Ohio*, 392 U.S. 30 (1968).
36. Nesse caso, existirá apenas função regular de policiamento, entre nós prevista no art. 144 da CF.

colaboração regular. Contudo, saber se o consenso foi legítimo e efetivo envolverá um novo conjunto de questões.

Outro interessante caso é *Florida* v. *Bostick*[37]. O Tribunal analisou o ingresso de policiais num ônibus, ocasião em que exortaram aos passageiros que, espontaneamente, autorizassem a revista de suas mochilas. Segundo o *decisum,* tratava-se de uma interação no exercício da função regular de polícia, realizada numa base consensual, sem caracterizar abordagem investigatória. Surge, daí, a distinção entre abordagem investigatória e interação consensual. Esta última não atrai *prima facie* as exigências da Quarta emenda nos EUA[38] (ou o art. 244 do CPP entre nós). Contudo, a pedra de toque da abordagem consensual sem a qual ela se descaracteriza é a seguinte: consenso existe nos casos em que, inequivocamente, permanece viva a liberdade de o destinatário simplesmente declinar do pedido. "Mesmo sem base para suspeitar de um indivíduo em particular, o policial está autorizado a lhe fazer indagações; pode *pedir* sua identidade; pode *solicitar* autorização para examinar sua mala, desde que não lhe transmita a ideia de que o pedido é compulsório"[39]. Logo, "a verificação cabível consistirá em saber se uma pessoa razoável[40] reputaria permanecer livre para recusar tais pedidos, encerrando o assunto"[41].

Circunstâncias objetivas ditarão a qualificação jurídica do ato pelo magistrado[42], mas não será tarefa simples definir a natureza jurídica do acontecido[43].

---

37. *Florida* v. *Bostick*, 501 U.S. 429 (1991).
38. *Florida* v. *Bostick*, 501 U.S. 434 (1991). O acórdão invoca a seguinte passagem: "apenas quando o agente, por meio de força física ou demonstração de autoridade, restringe de alguma maneira a liberdade do cidadão, podemos concluir que ocorreu uma apreensão".
39. *Florida* v. *Bostick*, 501 U.S. 434 (1991).
40. Essa pessoa razoável ou homem médio consiste no indivíduo inocente: "o teste da pessoa razoável pressupõe pessoa inocente. (...). A potencial intrusão da conduta de um policial deve ser julgada pelo ponto de vista de uma pessoa inocente na sua posição", *Florida* v. *Bostick*, 501 U.S. 438 (1991).
41. *Florida* v. *Bostick*, 501 U.S. 442, 436 (1991). Justice Marshall divergiu, sustentando cuidar-se de um ato intimidatório, intrusivo e seletivo.
42. A formalização dos *Miranda Warnings* tampouco será decisiva. Deve-se atentar para as circunstâncias objetivas do caso concreto, notadamente se a pessoa já não perdeu a liberdade de declinar. Três casos lidaram com essa situação: *Dunaway* v. *New York*, 442 U.S. 200 (1979); *Brown* v. *Illinois*, 442 U.S. 490 (1975); e *Davis* v. *Mississipi*, 394 U.S. 721 (1969).
43. *Dunaway* v. *New York*, 442 U.S. 200 (1979) oferece detalhada análise da *voluntariedade* da interação, destacando a irrelevância dos termos formais adotados pelos agentes. Três policiais "convidaram" um cidadão a acompanhá-los na viatura até a delegacia, onde advertiram-no de seu direito ao silêncio (*Miranda Warnings*) e passaram a interrogá-lo. Citando *Brown* v. *Illinois*, 422 U.S. 490 (1975) e *Davis* v. *Mississipi*, 394 U.S. 721 (1969), a

Cruz, Rogerio Schietti; Knijnik, Danilo. Encontros da polícia com o indivíduo e juízo de fundada suspeita na Jurisprudência americana e brasileira: a convergência de Terry *v.* Ohio com o RHC 158.580/BA e o HC 598.051/SP. *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* vol. 204. ano 32. p. 361-404. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2024.
DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.12628300].

Wayne LaFave, em sua obra colossal, adverte que o contato "algumas vezes envolve questionamentos limitados": "o indivíduo pode ser abordado por sua semelhança com alguém conhecido pelo nome, procurado por algum crime"; "o policial (...) pode fazer uma rápida conferência com o órgão central para determinar se existe algum mandado pendente contra ele"; "o suspeito tanto pode dar uma explicação satisfatória sobre seu comportamento para o agente policial, como dar justificativas que se somem à suspeita inicial e, então, em muitos casos, indicar situação que justifique uma prisão legítima"[44]. A natureza do encontro, assim, poderá sofrer uma metamorfose, passando de consensual à forçada ou vice-versa. Grande *finesse* jurídica será exigida do magistrado nessa definição.

Florida v. *Royer*[45], por exemplo, tratou da abordagem de um jovem que se prepara para embarcar em aeroporto. Levado para uma sala reservada, deu-se a busca pessoal, com apreensão de drogas incidental a essa busca. A Suprema Corte entendeu que, "a partir desse momento, qualquer aspecto consensual desapareceu"[46]. E, como não havia fundada suspeita para o início da diligência, foi ela declarada ilícita *ab initio*, a despeito da apreensão de drogas.

Se o início da abordagem – não se tratando de uma interação consensual – foi ilegítimo, à míngua de razões objetivas racionalmente articuláveis *ab initio*, o desenvolvimento e o encerramento desta estarão comprometidos. Se o agente efetua a abordagem, realiza questionamentos com base em intuição, preconceito ou arbítrio, eventuais respostas insatisfatórias, recusa do sujeito passivo em colaborar ou mesmo a apreensão, *v.g.*, de drogas, não legitimarão resultado válido.

Assim, no referencial estadunidense, a ocorrência deve ser cuidadosamente fragmentada pelo julgador em pelo menos três instâncias analíticas, identificando *início*, *desenvolvimento* e *término* do encontro, sendo o *início* de suma importância. Em *Byars* v. *U.S.*[47], ficou bem registrado que a busca deve ser analisada conforme o quadro imediatamente anterior à sua própria deflagração, sendo

> "[...] irrelevante tenha frutificado na revelação de provas de um crime. Uma busca realizada com violação da Constituição não se torna legítima pelo que traz à

USCC entendeu que tal abordagem consistiu, ao contrário das aparências, numa detenção involuntária do indivíduo. E a ressalva ao direito ao silêncio não rompeu o nexo de causalidade entre depoimento e violação à liberdade, pois o primeiro não teria sido realizado exceto pela segunda. Diante disso, a Suprema Corte americana declarou a ilicitude do depoimento colhido pela polícia.

44. LAFAVE, Wayne R., *Op. cit.*, p. 93.
45. *Florida* v. *Royer*, 400 U.S. 491 (1983).
46. *Florida* v. *Royer*, 400 U.S. 491 (1983).
47. *Byars* v. *U.S.*, 273 U.S. 28 (1927).

> luz; essa doutrina nunca foi reconhecida por este Tribunal; nem pode ser tolerado por nosso sistema constitucional que provas de crime, descobertas por um agente federal ao realizar busca sem um mandado legítimo, possam ser utilizadas contra o sujeito passivo da diligência, se uma arguição foi tempestivamente formalizada"[48].

Nesse sentido, um caso clássico – *U.S.* v. *Di Re*[49] – assentou que "uma busca e apreensão não se torna legal pelo que dela resulte; juridicamente, será boa ou ruim quando de seu início; sua natureza não se modificará conforme seus resultados"[50].

O exame de algumas circunstâncias pontuais pela jurisprudência estadunidense pode ser bastante ilustrativo. *Florida* v. *J.L*[51] tratou da abordagem de um jovem negro que aguardava na parada de ônibus. O contato inicial teve por base uma denúncia anônima sobre a posse de armas. Tal denúncia, contudo, comunicava apenas características físicas, vestes e local, basicamente informações neutras e não incriminatórias. O Tribunal concluiu que "uma denúncia anônima de que alguém está portando arma de fogo, por si só, é insuficiente a justificar a abordagem e a revista da pessoa", pois "a suspeita (...) surgiu (...) de chamada de um local ignorado por parte de um informante ignorado", e a descrição de vestes e do local não fornece a "confiança necessária para justificar um *Terry stop*"[52]. No já citado *Illinois* v. *Wardlow*[53], o Tribunal examinou a questão relativa à fuga empreendida por quem avista uma guarnição policial, evitando formular uma regra *per se,* para reclamar circunstâncias objetivas articuláveis racionalmente, para considerar existente a fundada suspeita. Consta de declaração de voto a rejeição da "proposta de que a fuga seja necessariamente indicativa de alguma atividade criminosa em andamento"[54], bem como de que "a presença de um indivíduo numa área de alta criminalidade, por si só, é insuficiente para dar base a uma suspeita racional e particularizada de atividade criminal"[55].

Porém, se é verdade que "um indivíduo, quando interpelado, tem o direito de ignorar a polícia e seguir adiante nas suas coisas", "a fuga não provocada é justamente

48. *Byars* v. *U.S.*, 273 U.S. 28 (1927).
49. *U.S.* v. *Di RE*, 332 U.S. 581, 585 (1948).
50. *U.S.* v. *Di RE*, 332 U.S. 581, 585 (1948).
51. *Florida* v. *J.L.*, 529 U.S. 266 (2000).
52. *Florida* v. *J.L.*, 529 U.S. 266 (2000).
53. *Illinois* v. *Wardlow*, 528 U.S. 119 (2000).
54. Justice Steven, vencido, sendo acompanhado pelos Justices Souter, Ginsburg e Breyer, *Illinois* v. *Wardlow*, 528 U.S. 126 (2000).
55. *Illinois* v. *Wardlow*, 528 U.S. 119 (2000).

o oposto de seguir nas suas coisas"[56]. Então, embora "não seja necessariamente indicativa de atividade criminosa, *Terry* reconhece que as autoridades policiais podem deter indivíduos para resolver ambiguidades na sua conduta", afinal cuida-se de "uma intrusão mínima, apenas permitindo que o policial investigue brevemente"[57]. Tal solução, contudo, encerra grande risco de seletividade e não encontra aceitação generalizada.

Questão tormentosa diz respeito à postura refratária do indivíduo, envolvendo recusa, pura e simples, a prestar esclarecimentos ou de interagir, inclusive negando-se a identificar ou mesmo a obedecer a uma ordem de parada de um policial. Com efeito:

> "Nem todo o encontro com a polícia com indivíduos implica questões relacionadas a Quarta Emenda. Por exemplo, num cenário em que oficiais abordam uma pessoa no espaço público e colocam questões que a pessoa está disposta a ouvir, não transforma o encontro numa apreensão simplesmente porque as perguntas provém de um agente policial (...). A mera indagação por parte de policiais não constitui uma apreensão. (...). A tentativa da polícia de se comunicar com uma pessoa na rua (...) pode tornar-se uma apreensão para os fins da Quarta emenda se por meio de força física ou demonstração de autoridade a liberdade de movimento da pessoa é restringida a uma medida tal que, à luz da totalidade das circunstâncias, uma pessoa razoável teria entendido que já não era livre para ir embora"[58].

De qualquer maneira, conforme decidido num trágico caso julgado em 2021, apreensões breves de uma pessoa também são apreensões[59]. De fato, ninguém pode

56. *Illinois* v. *Wardlow*, 528 U.S. 119 (2000).

57. *Illinois* v. *Wardlow*, 528 U.S. 119 (2000).

58. "[I]t is well settled that not all police encounters with individuals implicate the Fourth Amendment. For example, a scenario in which a police officer approaches a person in a public place and poses questions to that person who is willing to listen does not transform the encounter into a seizure simply because the inquiry comes from law enforcement. (…) Mere police questioning does not constitute a seizure. (...) Efforts by the police to communicate with a person on the street, like in this case, may become a Fourth Amendment seizure if by means of physical force or show of authority the person's freedom of movement is restrained to the extent that, considering the totality of the circumstances, a reasonable person would have believed that he was not free to leave." *In*: *U.S.* v. *Clark*, 4:16CR00107 JAR/NCC (E.D. Mo. Mar. 1, 2017).

59. *Torres v. Madrid*, 141 S. Ct. 989, 999 (2021). A autora ajuizou ação indenizatória contra policiais por uso de força excessiva, quando, na execução de um mandado de prisão, efetuaram disparos contra o veículo da autora, atingindo-a. O juízo de primeiro grau julgou antecipadamente a lide em favor dos policiais, com fundamento na chamada imunidade

ser obrigado a dar contas de sua vida. Isso deve ser válido tanto perante um particular, quanto perante uma autoridade despida de fundada suspeita. *Brown* v. *Texas*[60] entendeu que, se a autoridade carecia de suspeita articulável, o caminho seria a abordagem consensual que, uma vez recusada pelo indivíduo, nem deveria ter iniciado. Se alguém é escolhido seletivamente – por exemplo, por conta de sua etnia, religião, cor, gênero, forma de vestir-se – recusando-se a interagir, insistir com base na demonstração de autoridade ou força física violará o direito fundamental à liberdade, sendo que a recusa – já no plano das consequências do encontro e, portanto, fora do momento analítico relevante – não configurará fundada suspeita. Se o destinatário consente – desde que o consentimento seja válido – os resultados daí advindos então serão lícitos, abrangidas as apreensões que forem feitas, como decidido em *Florida* v. *Bostick*[61].

Nesse inesgotável universo, restam-nos brevíssimas considerações sobre abordagens de trânsito, campo fértil no direito estadunidense a litígios envolvendo direitos civis. O tema, entre nós, resta por ser mais bem apreciado. Nesse sentido, *Delaware* v. *Prouse*[62] é um caso seminal estudado nos bancos acadêmicos. Definiu-se, por exemplo, que, "a menos que exista uma suspeita racional e articulável de que o motorista não está habilitado, o automóvel não está registrado, o veículo ou ocupantes estejam sujeitos à apreensão, a parada do veículo e do motorista, para verificar habilitação e registro, violam a Quarta emenda"[63]. Em *U.S.* v. *Brignoni-Ponce*[64] decidiu-se que "patrulheiros podem parar veículos *apenas se detiverem conhecimento de fatos especificamente articuláveis* em paralelo a inferências

---

qualificada dos agentes. O Tribunal confirmou o *decisum,* mas a Suprema Corte o reformou, ao fundamento de que "a aplicação de força física ao corpo de uma pessoa, com intenção de a conter, é uma apreensão para os fins da 4ª emenda, mesmo que a pessoa não se submeta e não seja contida".

60. *Brown v. Texas*, 443 U.S. 47 (1979) decidiu que a recusa em se identificar é legítima, se a abordagem não está justificada com elementos objetivos. O título 8, § 38.02 (1974) do Código Penal do Texas continha dispositivo semelhante ao art. 68 da Lei das Contravenções Penais. A Suprema Corte concluiu que "prender o apelante e obrigá-lo a se identificar violou a 4ª Emenda, pois os policiais não tinham suspeita razoável para acreditar que ele estaria envolvido em alguma conduta criminosa, não podendo ser punido por recusar-se a se identificar".
61. *Florida v. Bostick,* 501 U.S. 429 (1991).
62. *Delaware v. Prouse*, 440 U.S. 647 (1979).
63. *Delaware v. Prouse*, 440 U.S. 647 (1979). "Parar um veículo e deter seu ocupante constitui apreensão no sentido da IV e XIV emendas, mesmo que com finalidade limitada e bastante breve".
64. *U.S. v. Brignoni-Ponce*, 422 U.S. 873 (1974).

Cruz, Rogerio Schietti; Knijnik, Danilo. Encontros da polícia com o indivíduo e juízo de fundada suspeita na Jurisprudência americana e brasileira: a convergência de Terry *v.* Ohio com o RHC 158.580/BA e o HC 598.051/SP. *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* vol. 204. ano 32. p. 361-404. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2024.
DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.12628300].

razoáveis, justificando racionalmente a suspeita de que o veículo transporta estrangeiros ilegais". Diversamente, barreiras organizadas, *blitze* ou equivalentes funcionais (*v.g.,* postos de fiscalização) tornam legítimas *per se* as abordagens, porque neste caso o risco de seletividade seria em princípio diminuído[65].

Em 2020, a Suprema Corte estadunidense finalmente julgou um caso que envolvia grande expectativa: *Kansas* v. *Glover*[66]. No caso de um policial constatar, pela numeração da placa, que um veículo está registrado para uma pessoa com a carteira de motorista suspensa ou cancelada, existe fundada suspeita para ordenar a parada da pessoa que está dirigindo esse veículo, mesmo não havendo qualquer suspeita de que seja o motorista cuja carteira foi suspensa ou cancelada? Por maioria, a Suprema Corte estadunidense respondeu que sim. O Tribunal basicamente assentou que "embora o mero palpite não crie uma suspeita razoável que justifique uma abordagem de trânsito, o *standard* de suspeita requerido é menor do que a preponderância de prova de que um ilícito está ocorrendo e obviamente menor do que o necessário para a causa provável". Assim,

> "Os fatos conhecidos pelo policial, no momento em que ordenou a parada do veículo registrado em nome do réu, deram origem a uma suspeita razoável de que o [proprietário] que estava dirigindo com uma carteira cancelada (...), com isso justificando a parada de trânsito investigativa, a partir de uma inferência extraída do senso comum de que ele provavelmente era estava dirigindo o veículo".

Divergiu na ocasião a ilustre Justice Sotomayor, argumentando que, como regra, os policiais têm condições de "determinar a identidade do motorista à distância", como "gênero e idade". O ponto levantado pela eminente Justice Sotomayor é de extrema importância. Ela observa que o voto majoritário "subestima a capacidade dos policiais e pelo contrário lhes dá livre curso para parar um veículo que não está envolvido em qualquer atividade suspeita, simplesmente porque está registrado em nome de uma pessoa sem carteira [de motorista]".

Como se vê, a partir das noções consagradas em *Terry,* várias situações-tipo foram e seguem sendo analisadas pela jurisprudência estadunidense com grande finesse jurídica. É altamente desejável que esse repertório se incremente, outorgando mais segurança jurídica ao encontro entre polícia e indivíduo na rua – seja no trânsito, seja em transportes públicos, aeroportos, vias públicas etc. – de forma a combater o perigoso risco de seletividade e qualificar essa difícil função que é atribuída às autoridades policiais.

65. *Almeida-Sanchez* v. *U.S.*, 413 U.S. 266 (1973).

66. *Kansas v. Glover*, 140 S.Ct. 1183.

Resta, então, denotar a aparição dessas poderosas ferramentas analíticas entre nós, como será abordado na parte seguinte.

3. O *LEADING CASE* BRASILEIRO: O RHC 158.580/BA

O *tema da abordagem policial* – tão caro à cidadania – vem desafiando os tribunais país afora, notadamente sobre a questão de saber *qual a exigência, em termos de* standard *probatório, para a realização de busca pessoal*, a fim de definir se a mera alegação de "atitude suspeita" seria suficiente para a medida.

Esse tema assume posição central no debate que gira em torno do sistema de justiça criminal porque a atividade policial brasileira se baseia fundamentalmente na gestão burocrática da prisão em flagrante, como pontua Ademar Borges Filho, conclusão que extrai de pesquisa realizada pelo Ipea em parceria com o Ministério da Justiça entre os anos de 2011 e 2013.[67]

Trata-se de contexto social em que se revela, mesmo dentro de um sistema que se autodenomina democrático, a sobrevivência de práticas policiais autoritárias em decorrência da *naturalização pelo sistema político dos abusos praticados por forças de segurança. Esse fenômeno ocorre porque a sociedade chancela* estratégias de policiamento determinadas por marcadores de desigualdade, como raça, classe e geografia, promovendo assim acessos diferenciados a direitos perante instituições estatais, o que resulta em uma *"cidadania estratificada"*, na feliz acepção de Yanilda González, no seu *Authoritarian police in democracy*, em que descreve as estratégias de policiamento determinadas por marcadores de desigualdade, como raça, classe e geografia, e promovem, assim, acessos diferenciados a direitos perante instituições estatais[68].

A visibilidade do tema renovou o interesse em uma realidade substancialmente antagônica com os pressupostos mais básicos de um estado de direito, a revelar o desafio de construir-se *uma cultura democrática de respeito aos direitos de todos, independentemente de posição social, condições financeiras, local da moradia, cor ou raça.*

Evidentemente, *a missão de definir os contornos dos direitos fundamentais nesses casos não pode obnubilar a persecução penal. Transcender-se as idealizações de praxe* – legitimidade inafastável dos testemunhos policiais; defesa combativa em favor do réu, promotores em compasso com os direitos dos réus e juízes imparciais – *não*

67. BORGES DE SOUSA FILHO, Ademar. *O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil*. Belo Horizonte: Forum, 2019. p. 47.

68. GONZÁLEZ, Yanilda Mariá. *Authoritarian police in democracy:* contested security in Latin America. Cambridge: Cambridge University Press, 2021. p. 112.

significa pretender a destruição do sistema de justiça criminal ou de atores desse sistema. Afinal, *"a única maneira de derrotar a violência é reconhecê-la, mesmo quando ela não invade as ruas gritando, mas se esconde atrás da fachada decorosa das instituições que defendemos"*, na feliz expressão do reconhecido historiador italiano Marco Revelli, que, ao prefaciar *Democracia y secreto*, sintetizou o pensamento de Bobbio[69].

Fato é que o resultado da jurisdição criminal é eventualmente preocupante: (a) atividade investigativa rarefeita; (b) atitude acrítica de muitos promotores, que chancelam automaticamente a atividade policial; e (c) baixa exigência, no que tange ao *standard* probatório, por parte dos juízes. Por isso, talvez a forma mais eficiente de desincumbir-se da missão de definir os contornos desses direitos fundamentais no âmbito do sistema de justiça criminal passe pelo esforço de oferecermos soluções que confiram mais concretude à cidadania. Foi o caminho escolhido pelo STJ no julgamento do RHC 158.580/BA.[70]

3.1. Breve retrospectiva histórica

Não há como falar sobre o tema da abordagem policial, no Brasil, sem tratar tanto das origens das instituições policiais no país quanto de *racismo*, definido por Silvio de Almeida, em sua acepção estrutural, como "[...] uma decorrência da própria estrutura social, ou seja, do modo 'normal' com que se constituem as relações políticas, econômicas, jurídicas e até familiares, não sendo uma patologia social e nem um desarranjo institucional". Segundo o autor, "Comportamentos individuais e processos institucionais são derivados de uma sociedade cujo racismo é regra e não exceção. O racismo é parte de um processo social que ocorre 'pelas costas dos indivíduos e lhes parece legado pela tradição'"[71].

A primeira força policial ostensiva de que se tem notícia na história brasileira – fundada um ano depois da chegada da família real portuguesa – foi a Guarda Real de Polícia, cuja prioridade, de acordo com Rubens Casara, era o "*controle da circulação da massa escrava*"[72]. Os escravos – apesar de não considerados cidadãos –

69. REVELLI, Marco. Prefácio. In: BOBBIO, Norberto. *Democracia y secreto*. San Diego: Fondo de Cultura Economica USA, 2013.

70. STJ, RHC 158.580/BA, rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, 6ª T., j. 19.04.2022, *DJe* 25.04.2022.

71. ALMEIDA, Sílvio Luiz de. *O que é racismo estrutural?* Belo Horizonte: Letramento, 2018. p. 38-39.

72. CASARA, Rubens R. R. *Mitologia processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 228. No mesmo sentido, Jacqueline de Oliveira Muniz aponta que as principais atividades da polícia no período eram "sufocar os agitadores republicanos, conter os capoeiras, disciplinar os escravos de ganho e normatizar o comportamento público" (MUNIZ, Jacqueline de Oliveira.

eram tratados como pessoas quando acusados da prática de algum delito, a revelar que "eram invisíveis perante o Estado na posição de sujeitos de direitos, mas, uma vez encarados sob a ótica da suspeição, tornavam-se visíveis e puníveis, sobretudo pelas polícias e demais instituições de persecução penal", de modo que

> "[E]ssa *suspeição construída a priori sobre a população negra produziu efeitos marcantes sobre a circulação pública nos espaços urbanos*. A pouco nítida distinção entre pretos e pardos escravos ou livres e entre trabalhadores cativos ou assalariados implicava que a mera presença do negro no espaço público era um elemento de suspeição e, por conseguinte, um fundamento para a repressão"[73].

Abolida a escravidão, em 1888, intensifica-se a demanda por ordenação social, vigilância e repressão, especialmente sobre os libertos. É curioso notar, nesse passo, que, logo após a Proclamação da República, em 1889, primeiro se edita o Código Penal (1890) e, só depois, a Constituição (1891). Como decorrência da ainda latente *mentalidade escravista*, cujos efeitos perduram até os dias de hoje, o *controle sobre os corpos negros no espaço público* se acentua por meio da repressão criminal, a qual se voltava não apenas contra condutas concretas e danosas, mas também contra condições pessoais vistas, por si sós, como perigosas e indesejáveis – porém muitas vezes inescapáveis aos ex-cativos, que, uma vez postos em liberdade pela Lei Áurea, haviam sido abandonados à própria sorte –, tais como a *vadiagem* e a *mendicância*.

A manipulação das ideias de suspeição e de periculosidade – mesmo sem indícios objetivos da prática de atos criminosos – se articula, portanto, como um instrumento de pretensa preservação da ordem no espaço urbano por meio da punição antecipada de indivíduos considerados presumidamente perigosos. Nas palavras de Sidney Chalhoub, "perseguir capoeiras, demolir cortiços, reprimir a vadiagem – o que geralmente equivalia a amputar opções indesejáveis de sobrevivência –, era desferir golpes deliberados contra a cidade negra"[74].

Passado mais de um século desde o fim da escravatura, o cenário acima exposto ganhou novos contornos; substancialmente, contudo, pouco se alterou. Mesmo revogada a tipificação criminal da capoeiragem e de situações pessoais tais como

---

"Ser policial é, sobretudo, uma razão de ser": cultura e cotidiano da polícia militar do Estado do Rio de Janeiro. Tese de Doutorado em Ciência Política – IUPERJ, Rio de Janeiro, 1999, p. 54-55).

73. WANDERLEY, Gisela Aguiar. Filtragem racial na abordagem policial: a "estratégia de suspeição generalizada" e o (des)controle judicial da busca pessoal no Brasil e nos Estados Unidos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 135, v. 25, p. 194, 2017.
74. CHALHOUB, Sidney. Medo branco de almas negras: escravos libertos e republicanos na cidade do Rio. *Revista Brasileira de História*, v. 8, n. 16, p. 105, 1988.

a vadiagem e a mendicância, é inevitável constatar que o controle da circulação da negritude no espaço público continua a ser exercido, *sob o viés da suspeição racial apriorística*, por meio das reiteradas abordagens policiais exploratórias para "averiguação", que acabam por configurar verdadeiras "*fishing expeditions*" à procura de qualquer deslize.

3.2. O direito comparado como instrumento de argumentação jurídica

Mas, antes de prosseguir, vale registrar *breve digressão sobre o uso do direito comparado* como instrumento de argumentação jurídica, visto que, no âmbito desta tarefa, observar a prática jurídica de outros povos com problemas aproximadamente equivalentes em relação aos temas aqui tratados revelou-se ferramenta importante e desafiadora.

Com efeito, Ran Hirschl[75], ao lecionar sobre o conceito de *abordagem de referência comparativa* ("comparative reference genre"), defende que "a autorreflexão ou aperfeiçoamento por meio de analogia, distinção e contraste" – a partir da compreensão de que, "embora a maioria das políticas dos estados de direito enfrente essencialmente o mesmo conjunto de desafios constitucionais, frequentemente são adotados meios ou abordagens bastante diferentes para lidar com esses desafios" – permite-nos "conhecer melhor nosso próprio conjunto de valores e estruturas constitucionais, de modo a enriquecer e, em última análise, promover uma visão mais cosmopolita ou universalista de nosso discurso constitucional"[76]. Hirschl acaba por salientar "a tendência cada vez mais acelerada para empréstimos entre tribunais e o estabelecimento de um discurso judicial globalizado"[77].

Todavia, essa *comunicação "transjudicial"* ("transjudicial communication") não é livre de condições. Anne-Marie Slaughter[78] leciona que:

> "A primeira é uma concepção de identidade judicial que enfatiza a autonomia judicial, uma autocompreensão pela qual os tribunais envolvidos na comunicação transjudicial concebem a si mesmos e a seus homólogos estrangeiros como tribunais independentes de suas instituições governamentais [...]; a segunda é a

75. Professor da Universidade de Toronto, celebrado pelos livros *Towards Juristocracy* e *Constitutional theocracy*.
76. HIRSCHL, Ran. The question of case selection in comparative constitutional law. *American Journal of Comparative Law*, Toronto, v. 53, n. 1, p. 125-155, inverno 2005. Disponível em: [https://ssrn.com/abstract=901700]. Acesso em: 15.02.2022.
77. HIRSCHL, Ran. *Op. cit*.
78. Ex-reitora da Universidade de Princenton e ex-presidente da Sociedade Americana de Direito Internacional.

> confiança na autoridade persuasiva em vez de coercitiva, [enquanto] a terceira é uma concepção implícita de um empreendimento judicial comum entre os tribunais de uma determinada região ou mesmo mundial, um reconhecimento mútuo de uma outra como instituições situadas de forma semelhante, desempenhando funções similares sob regras amplamente semelhantes"[79].

Exemplo dessa tendência foi a decisão histórica do Tribunal Constitucional da África do Sul que declarou a inconstitucionalidade da pena de morte[80], ocasião em que examinou em detalhes decisões históricas de Botsuana, Canadá, Corte Europeia de Direitos Humanos, Alemanha, Hong Kong, Hungria, Índia, Jamaica, Tanzânia, Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas, Zimbábue e Estados Unidos (como exemplo negativo).

Como observou Sujit Choudhry[81], "a interpretação da constituição em todo o mundo está assumindo um caráter cada vez mais cosmopolita, à medida que a jurisprudência comparada passa a assumir um lugar central na adjudicação constitucional"[82-83]. Ao mesmo tempo, *"os tribunais devem justificar por que o direito comparado deve ser considerado"*[84].

---

79. SLAUGHTER, Anne-Marie, A typology of transjudicial communities. *University of Richmond Law Review*, Richmond, v. 29, n. 1, p. 99-187, 1994. Disponível em: [https://scholarship.richmond.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2120&context=lawreview]. Acesso em: 15.02.2022.
80. *S v Makwanyane and Another* at 151, 1995 (3) S.A. 391. Disponível em: [http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/1995/3.html]. Acesso em: 15.02.2022.
81. Rhodes Scholar e ex-diretor da Faculdade de Direito de Berkeley (Universidade da California).
82. "Alguns exemplos raros em que a experiência constitucional comparativa foi referida por juízes da Suprema Corte dos EUA em casos constitucionais são a dissidência do Juiz Breyer's em *Printz*, *id.* em 976-78 (referindo-se à estrutura do federalismo na Suíça, Alemanha e União Europeia como autoridade para a proposição de que o poder federal de comandar funcionários do estado para fazer cumprir um esquema regulatório federal é compatível com as virtudes democráticas de um sistema federal); o julgamento majoritário do Juiz Rehnquist em *Washington* v. *Glucksberg*, 521 U.S. 702, 718 n.16 (1997) (discutindo a constitucionalidade das proibições de suicídio assistido no Canadá e na Colômbia); e a opinião majoritária do Juiz Frankfurter em *New York v. United States*, 326 U.S. 572, 583 n.5 (1946) (referente às Constituições da Argentina, Austrália, Brasil e Canadá e à jurisprudência constitucional brasileira)" in CHOUDHRY, Sujit. Globalization in search of justification: toward a theory of comparative constitutional interpretation. *Indiana Law Journal*, Bloomington, v. 74, n. 3, p. 819-892, verão 1999. Disponível em: [https://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2247&context=ilj]. Acesso em: 15.02.2022.
83. CHOUDHRY, Sujit. *Op. cit.*, p. 820.
84. CHOUDHRY, Sujit. *Op. cit.*, p. 825.

Essa justificativa deve ser, necessariamente, produto de metodologia. Embora cada vez mais comum, vale salientar que *a "abordagem de referência comparativa" ainda carece de coerência metodológica.* Como bem ressaltado pelo professor de Direito Comparado da Universidade de Berkeley, Laurent Mayali,

> "ela é usada, com demasiada frequência, em decisões judiciais por meio de uma referência eclética, descontextualizada, à jurisprudência constitucional estrangeira, sem prestar a devida atenção ao contexto e às nuances que deram origem a interpretações ou práticas semelhantes ou alternativas de normas constitucionais."

Apesar de, do ponto de vista metodológico, "não haver ainda uma teoria coerente de empréstimo constitucional", a erudição comparativa tem mais a oferecer do que autorreflexão ou avanço de valores cosmopolitas por meio de referência comparativa, pois, de fato, "ela aguça nosso poder de descrição e desempenha um papel central na formação de conceitos, colocando em foco semelhanças e diferenças potenciais entre os casos, conceitos e quadros analíticos para pensar criticamente sobre normas e práticas constitucionais"[85].

O único caminho para alcançar esses objetivos passa pela *formação de conceitos por meio da descrição múltipla* ("Concept formation through multiple description"): abordagem metodológica em que tentamos compreender "como as pessoas que vivem em diferentes contextos culturais, sociais e políticos lidam com dilemas constitucionais que são considerados comuns à maioria dos sistemas políticos modernos"[86]. Afinal,

> "Ao estudar várias manifestações e soluções para desafios constitucionais aproximadamente análogos, nossa compreensão de conceitos-chave no direito constitucional, como separação de poderes, interpretação estatutária ou direitos de igualdade, para citar alguns exemplos comuns, torna-se mais sofisticada e analiticamente mais nítida"[87].

Tais considerações amoldam-se à perfeição à prática do STJ, ainda que sem explicitar-se as bases teóricas de tais empréstimos, como bem pontuou a *Ministra Maria Thereza de Assis Moura,* nos autos do RHC 51.531[88], em que a 6ª T. do STJ analisou a possibilidade de a polícia acessar *smartphone* de pessoa presa em flagrante independentemente de mandado judicial:

85. HIRSCHL, Ran. *Op. cit.,* p. 129.

86. HIRSCHL, Ran. *Op. cit.,* p. 129.

87. HIRSCHL, Ran. *Op. cit.,* p. 129.

88. STJ, RHC 51.531/RO, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, 6ª T., j. 19.04.2016, *DJe* 09.05.2016.

> "A referência à jurisprudência estrangeira tem o propósito de demonstrar que o tema objeto deste recurso, além de controverso, tem sido reexaminado judicialmente mundo afora, justamente em razão dos avanços tecnológicos que permitiram que os aparelhos celulares passassem a constituir verdadeiros depósitos da vida privada de seus proprietários"[89].

Pois foram justamente as inúmeras similaridades entre as realidades estadunidense e brasileira – da economia escravista ao fracasso em incluir os ex-cativos à comunidade nacional, da superpopulação carcerária à seletividade punitiva – que evidenciaram a *possibilidade de buscar-se subsídios na experiência da Suprema Corte estadunidense, que antecipou em décadas algumas discussões que hoje travamos em nosso país.*

3.3. O RHC 158.580/BA

A partir desse legado comum, e considerando os desafios representados pelo número expressivo de prisões e condenações baseadas em provas ilícitas decorrentes de abuso de autoridade, *a 6ª T. do STJ, no julgamento do RHC 158.580/BA*[90], ante um cenário recorrente colhido do cotidiano brutal das nossas periferias, assentou quais seriam as exigências para considerar processualmente válida e epistemicamente aceitável a busca pessoal de um conjecturado suspeito de crime, objeto do art. 244 do CPP, assim redigido: "A busca pessoal independerá de mandado, no caso de prisão ou quando houver *fundada* suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de *objetos* ou papéis que constituam corpo de delito, ou quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar".

Desse quadro, o voto condutor – assim como este artigo –, não obstante tenha tratado de inúmeras questões, optou por concentrar-se tanto nas origens quanto nas consequências no padrão discriminatório das abordagens policiais, porta de entrada no sistema de justiça criminal, fenômeno ainda carente de abordagem satisfatória pela jurisprudência brasileira.[91]

---

89. STJ, RHC 51.531/RO, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, j. em 19.04.2016, *DJe* 09.05.2016.
90. STJ, RHC n. 158.580/BA, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, j. em 19.04.2022, *DJe* 25.04.2022.
91. Forçoso ressaltar a recente e importante iniciativa do Conselho Nacional de Justiça ao editar a Recomendação 123/2022, cujo art. 1º, I, recomenda aos órgãos do Poder Judiciário brasileiro "a observância dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos em vigor no Brasil e a utilização da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), bem como a necessidade de controle de convencionalidade das leis internas".

Expoente da doutrina processualista clássica, Inocêncio Borges da Rosa ensinava que "a suspeita deve ser fundada, isto é, não vaga, e, sim, forte, séria, apoiada num motivo plausível, aceitável, irretorquível; ter um fundamento real, indiscutível sobre que se apoie a sua razão de ser"[92]. Assim também pensa a melhor doutrina atual, representada, *inter alia*, por Alexandre Morais da Rosa, para quem

> "É inválida qualquer abordagem policial com suporte em 'intuições', ainda que comprovadas depois, porque a ação pressupõe 'causa democrática e objetiva', pois a 'fundada suspeita' decorre de ação ou omissão do abordado, e não simplesmente porque o agente público 'não foi com a cara', 'cismou', 'intuiu' ou porque o lugar é perigoso, pelos trajes do submetido, cor, a saber, por estigmas e avaliações subjetivas".

Conclui o autor que "não se pode aceitar como normal a nociva prática utilizada pelos agentes da lei de emparedar toda e qualquer pessoa, destacando discricionariamente os potenciais suspeitos, via estigmas, por violação aos Direitos Fundamentais (inocência e dignidade)"[93].

É preciso, no ponto, assinalar que *a normativa constante do art. 244 do CPP não se limita a exigir que a suspeita seja fundada. É preciso, também, que esteja relacionada à "posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito"*. Por se tratar a busca pessoal de um meio de obtenção de prova – tanto que está regulamentada no Título VII do Código de Processo Penal (Da Prova) – o seu fundamento legal é a (fundada) suspeita de posse *de corpo de delito*[94], de modo que há uma necessária *referibilidade* da medida, a fim de que não se converta em salvo-conduto para abordagens e revistas *exploratórias (fishing expeditions),* baseadas em suspeição genérica existente sobre indivíduos, atitudes ou situações[95].

---

92. ROSA, Inocencio Borges da. *Processo penal brasileiro*. Porto Alegre: Globo, 1942. p. 148. v. II.
93. ROSA, Alexandre Morais da. *Guia do processo penal estratégico:* de acordo com a teoria dos jogos. Santa Catarina: Emais, 2021. p. 625. Na mesma linha: NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal.* São Paulo: Forense, 2014. p. 473; e OLIVEIRA, Alessandro José Fernandes de. *Estudos avançados de direito aplicado à atividade policial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 55.
94. Na definição de Gustavo Badaró, é o "conjunto de elementos materiais deixados pelo crime" e inclui: "(1) *corpus criminis*, que é a pessoa ou a coisa sobre a qual é praticado o crime; (2) *corpus instrumentorum*, que diz respeito à averiguação das coisas – objetos ou instrumentos – utilizadas pelo criminoso na prática delituosa; (3) *corpus probatorium*, concernente à constatação de todas as circunstâncias hábeis à reconstrução do crime investigado" (BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 2015. p. 435-436).
95. Nesse sentido: 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.

Três razões principais são invocadas para que se exijam elementos sólidos, objetivos e concretos na realização de uma busca pessoal: a) *evitar o uso excessivo desse expediente* e, por consequência, a restrição desnecessária e abusiva dos direitos fundamentais à intimidade, à privacidade e à liberdade (art. 5º, *caput*, e X, da CF), porquanto, além de se tratar de conduta invasiva e constrangedora, também implica a detenção do indivíduo, ainda que por breves instantes[96]; b) *garantir a sindicabilidade da abordagem*, isto é, permitir que tanto possa ser contrastada e questionada pelas partes, quanto ter sua validade controlada *a posteriori* por um terceiro imparcial (Poder Judiciário), o que se inviabiliza quando a medida tem por base apenas aspectos subjetivos, intangíveis e não demonstráveis; e c) *evitar a repetição – ainda que nem sempre consciente – de práticas que reproduzem preconceitos* estruturais arraigados na sociedade, como é o caso do *perfilamento racial* (*racial profiling*), reflexo direto do *racismo estrutural*, conforme exposto anteriormente.

Quanto a este último aspecto, é conveniente destacar que a prática da seletividade nas abordagens policiais não costuma ser admitida publicamente pelas corporações, notando-se um esforço para camuflar a discriminação por meio de recursos de linguagem: em vez do antigo "elemento suspeito", passa-se a falar em "atitude suspeita", a fim de tentar, artificialmente, dar contornos objetivos ao procedimento[97]. É o que também observa Vera Malaguti Batista, ao apontar que "[a]nalisando a fala dos policiais *o que se vê é que a 'atitude suspeita' não se relaciona a nenhum ato suspeito, não é atributo do 'fazer algo suspeito', mas sim de ser, pertencer a um determinado grupo social*". Segundo a criminóloga carioca, "é isso que desperta *suspeitas automáticas. Jovens pobres, pardos ou negros estão em atitude suspeita andando na rua, passando num táxi, sentados na grama* do Aterro, na Pedra do Leme ou reunidos num campo de futebol"[98].

Registre-se, a propósito, que a Corte Interamericana de Direitos Humanos, ao julgar o caso *Fernández Prieto & Tumbeiro* v. *Argentina*, reconheceu a existência de

---

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, 2017, p. 131-132; e WANDERLEY, Gisela Aguiar, A busca pessoal no direito brasileiro: medida processual probatória ou medida de polícia preventiva? *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, p. 1117-1154, 2017.

96. Não por outra razão, a medida é chamada no direito estadunidense de *stop* (parada) *and frisk* (revista).

97. RIBEIRO, Airton Edno. *A relação da polícia militar paulista com a comunidade negra e o respeito à dignidade humana*: a questão da abordagem policial. 2009. Dissertação de Mestrado em Educação – Universidade Federal de São Carlos, São Carlos, 2009, p. 75.

98. BATISTA, Vera Malaguti. *Difíceis ganhos fáceis:* drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 103.

violação da Convenção Americana de Direitos Humanos pela Argentina em virtude de abordagem policial baseada apenas em parâmetros subjetivos. Por ocasião do julgamento, afirmou que:

> "Ante a ausência de elementos objetivos, a classificação de determinada conduta ou aparência como suspeita, ou de certa reação ou expressão corporal como nervosa, obedece às convicções pessoais dos agentes intervenientes e as práticas dos próprios corpos de segurança, o que comporta um grau de arbitrariedade que é incompatível com o art. 7.3 da CADH."[99]

O que se percebe, portanto, é que, a pretexto de transmitir uma sensação de segurança à população, as agências policiais – em verdadeiros "tribunais de rua" – cotidianamente constrangem os famigerados "elementos suspeitos" com base em preconceitos estruturais, restringem indevidamente seus direitos fundamentais, deixam-lhe graves marcas e, com isso, ainda prejudicam a imagem da instituição e aumentam a desconfiança da coletividade sobre ela.

Com essa política, que restringe boa parte dos processos criminais – especialmente os de tráfico de drogas – à mera dinâmica episódica do flagrante decorrente do patrulhamento ostensivo, *além de serem violados constantemente direitos fundamentais de uma imensa maioria de inocentes*, atingem-se apenas as pontas mais vulneráveis e substituíveis da criminalidade, sem que nem ao menos se esbocem alcançar as cadeias de comando e gerenciamento do crime organizado, o que demanda investigação séria e aprofundada[100].

Daí a importância, como se tem insistido desde o julgamento do *HC 598.051/SP*[101], do *uso de câmeras pelos agentes de segurança*, a fim de que se possa aprimorar o controle sobre a atividade policial, tanto para coibir práticas ilegais, quanto para

99. Corte IDH, Caso *Fernández Prieto e Tumbeiro* v. *Argentina*. Sentença de 01.09.2020. Mérito e reparações, § 68 e seguintes. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_411_esp.pdf]. Acesso em: 15.02.2022.

100. SEMER, Marcelo. *Sentenciando tráfico*: o papel dos juízes no grande encarceramento. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 158 e 304. Marcelo Semer, em pesquisa de doutorado na qual analisou 800 sentenças proferidas em processos relacionados ao crime de tráfico de drogas, constatou que, "na distinção entre prisão em flagrante e investigação prévia, temos um resultado expressivo: 88,75% dos casos se originaram da prisão em flagrante; apenas 11,25%, de investigações pretéritas". Consignou, ainda, que, em grande medida, a investigação policial é diminuta e os processos derivam de prisões em flagrante, vigilância de rua ou a partir de breves informações anônimas contra os réus – em sua expressiva maioria, hipossuficientes, primários (quase 80%), em cujo poder são apreendidos valores diminutos em dinheiro.

101. STJ, HC 598.051/SP, rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, 6ª T., j. 02.03.2021, *DJe* 15.03.2021.

preservar os bons policiais de injustas e levianas acusações de abuso. Aliás, sobre a gravação audiovisual, é pertinente destacar o *recente julgamento pelo STF dos EDcl na MC na ADPF 635* ("ADPF das Favelas", finalizado em 03.02.2022), oportunidade na qual o Pretório Excelso – *em sua composição plena* e *em consonância* com o decidido pelo STJ no *HC 598.051/SP* – reconheceu a *imprescindibilidade de tal forma de monitoração da atividade policial* e *determinou*, entre outros pontos, que "o Estado do Rio de Janeiro, no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias, *instale equipamentos de GPS e sistemas de gravação de áudio e vídeo nas viaturas policiais e nas fardas dos agentes de segurança, com o posterior armazenamento digital dos respectivos arquivos*".[102]

3.4. O combate à seletividade em Nova Iorque: limitações ao stop and frisk

Em complemento ao raciocínio desenvolvido no item anterior, é pertinente lembrar que semelhante problema viveu a população de Nova Iorque. Naquela cidade, o percentual de "eficiência" das *stop and frisks* era de *12%, isto é, bem superior à porcentagem de acerto da polícia brasileira*[103], e, mesmo assim, *foi considerado baixo e inconstitucional* em 2013, no julgamento da *class action Floyd, et al.* v. *City of New York*, *et al*. pela juíza federal Shira Scheindlin[104].

De acordo com o que consta no julgado, entre janeiro de 2004 e junho de 2012, 88% das pessoas abordadas pelos policiais do NYPD (*New York Police Department*) foram liberadas sem acusação formal e, segundo os dados do próprio NYPD, *aproximadamente nove entre dez indivíduos "detidos e revistados" são ou negros ou hispânicos*. No ano de 2011, por exemplo, das 685.724 *stops and frisks* feitas pela polícia da cidade, 53% eram negros, 34% eram latinos, 9% eram brancos e 3% eram asiáticos, proporções incompatíveis com a distribuição populacional de Nova Iorque, segundo a qual 34,3% são brancos não hispânicos, 29,4% hispânicos e 23,4% negros[105].

---

102. STF, EDcl na MC na ADPF 635, rel. Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, j. 03.02.2022, *DJe* 26.05.2022 e rep. em 03.06.2022.

103. WANDERLEY, Gisela Aguiar. *Op. cit.*, p. 79-80. A autora, "ao analisar os dados da SSP/SP referentes aos anos de 2014, 2015 e 2016, no que toca à quantidade de revistas pessoais e de prisões realizadas (em flagrante e por mandado), verifica-se uma ineficiência notavelmente constante. No ano de 2014, foram realizadas 15.488.976 revistas pessoais e 151.042 prisões. Mesmo pressupondo que todas as prisões decorreram de revistas pessoais, constata-se que o número de prisões corresponde a 0,975% do número de revistas".

104. *Floyd, et al.* v. *City of New York, et al*. 959 F. Supp. 2d 540 (2013). Disponível em: [http://www.nysd.uscourts.gov/cases/show.php?db="special&id=317]. Acesso em: 15.02.2022.

105. IABONI, Rande. NYPD report: most of those stopped and frisked are minorities. *CNN*. Atlanta, 05.02.2013. Disponível em: [http://edition.cnn.com/2013/02/05/us/new-york-stop-and-frisk]. Acesso em: 20.02.2022.

A magistrada responsável pelo caso pontuou, então, que eram frágeis os argumentos usados pelos policiais para fundamentar as abordagens e que elas tinham um evidente direcionamento racial, a implicar violação da Quarta Emenda e, também, da garantia de proteção igualitária (*equal protection clause*), constante da Décima Quarta Emenda.

Diante desse cenário, foram impostas diversas medidas a serem tomadas pelo NYPD, a fim de tentar conformar a prática da *stop and frisk* à Constituição dos Estados Unidos e minimizar o uso do *racial profiling*. Registrou-se, nesse sentido, que *a mera percepção de "movimentos furtivos" não basta para ensejar uma abordagem:* é preciso descrever a natureza de tais movimentos para que se possa aferir se efetivamente indicam a prática de crime. Da mesma forma, *a mera presença em "área de alta criminalidade" ou descrição genérica compatível (tal como apenas gênero e raça) com a de um suspeito procurado tampouco bastam* para tanto[106].

A Corte salientou, ainda, que o NYPD mantém *duas políticas* de *stop and frisk*: uma oficial, formal e escrita, que exige suspeita concreta e fundada para a abordagem, e outra informal, não escrita, que vigora na prática e ensejou a incidência desproporcional de abordagens sobre negros e hispânicos, em situações nas quais não seriam abordados se fossem brancos, com base em fundamentos menos consistentes e com maior uso da força, *tal como se percebe na realidade brasileira.*

Gisela Aguiar enumera as imposições cominadas ao NYPD: (1) revisão das políticas e do treinamento no que toca à *stop and frisk* e à filtragem racial a fim de conformar-se à Constituição dos EUA e às leis nova-iorquinas; (2) revisão do formulário "*stop, question and frisk report worksheet*" (UF-250), por meio da: (I) inclusão de seção de narrativa em que o policial deve registrar o motivo (*basis*) da abordagem (*stop*); (II) inclusão de explicação em apartado do motivo para a revista (*frisk*); (III) simplificação e melhoria do sistema objetivo de *checkbox* (no qual o policial identifica a situação em uma opção previamente apontada no formulário); (3) reforma do sistema de supervisão, monitoramento e disciplina, incluindo: (I) supervisão hierárquica da constitucionalidade das abordagens; (II) alterações no processo de imposição de disciplina aos policiais; e (III) monitoramento e investigação das reclamações dos civis sobre o uso da filtragem racial; e (4) utilização de *câmeras* nas vestes dos policiais, em projeto com duração de um ano, em uma delegacia *(precinct)* por bairro (aquele em que tiverem ocorrido mais abordagens desde 2012)[107].

106. *Floyd, et al.* v. *City of New York, et al*. 959 F. Supp. 2d 540 (2013). Disponível em: [http://www.nysd.uscourts.gov/cases/show.php?db="special&id=317]. Acesso em: 02.2022.

107. WANDERLEY, Gisela Aguiar. Filtragem racial na abordagem policial: a "estratégia de suspeição generalizada" e o (des)controle judicial da busca pessoal no Brasil e nos Estados Unidos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 135, v. 25, p. 222, 2017.

Os relatórios de acompanhamento das determinações impostas na decisão da juíza Shira Scheindlin registram, como consequência, uma significativa queda do número de abordagens: em 2011, o auge, foram realizadas 685.724 *stops,* número reduzido para 45.787 em 2014 (6,67% do número de 2011) e 22.989 em 2015 (3,35% do número de 2011)[108]. Entretanto, *ao contrário do que o senso comum poderia sugerir*, os *dados concretos* revelaram que, *apesar da diminuição expressiva do número de stops, não houve alteração relevante no número de prisões* feitas pelo NYPD. Em 2011, foram feitas 88.082 prisões por *felonies* (crimes graves). Em 2014, esse número foi de 89.306. Quanto aos *misdemeanors* (crimes de menor gravidade), em 2011 foram feitas 286.327 prisões e, em 2014, 259.600[109]. Também *não se verificou alteração sensível nas estatísticas criminais*. Em 2011, ano de maior quantidade de *stops and frisks* na cidade de Nova Iorque (685.724), houve um crescimento de 1,5% no número de crimes registrados na cidade em relação ao ano anterior. De outra parte, em 2014, *a redução de* stops and frisks *foi acompanhada pela queda do número de crimes mais graves*[110].

Confirmou-se, assim – a demonstrar a importância da pesquisa científica séria e baseada em evidências empíricas –, que *a* stop and frisk *tem pequena importância na prevenção criminal*, diferentemente do que em geral se afirma para defender o seu uso ostensivo como estratégia de policiamento urbano. Não por outro motivo, em 2016, o comissário de polícia William Bratton e o prefeito Bill de Blasio ressaltaram que *a diminuição do número excessivo de* stops and frisks *é positiva para a segurança pública porque permite focar na apuração de crimes graves e reduz a tensão entre polícia e minorias*[111].

3.5. A seletividade racial para além da ação policial

Vale, por derradeiro, pontuar que, conquanto as instituições policiais hajam figurado no centro das críticas, não são as únicas a merecê-las. *É preciso que todos os integrantes do sistema de justiça criminal façam uma reflexão conjunta sobre o papel que ocupam na manutenção da seletividade racial.*

---

108. Disponível em: [http://nypdmonitor.org/wp-content/uploads/2016/02/2016-02-16Floyd-vCityofNYMonitorsSecondStatusReport.pdf]. Acesso em: 02.2022.
109. CHAUHAN, P. *et al. Tracking enforcement rates in New York City, 2003-2014*. Report presented to the Citizens Crime Commission. New York: John Jay College of Criminal Justice, 2015.
110. ROEDER, Oliver; EISEN, Lauren-Brooke; BOWLING, Julia. *What caused the crime decline?* New York: Brennan Center for Justice, 2015.
111. FERNER, Matt. New York city murder rate drops to historic low. *Huffpost*. Nova Iorque, 04.04.2016. Disponível em: [http://www.huffingtonpost.com/entry/nypd-low-crime-first-quarter-2016_us_5702b0dae4b0a06d580653e3]. Acesso em: 13.02.2022.

Por se tratar da "porta de entrada" no sistema, o padrão discriminatório salta aos olhos, à primeira vista, nas abordagens policiais, efetuadas principalmente pela Polícia Militar. Sem embargo, esse procedimento policial só se perpetua porque, a pretexto de combater a criminalidade, encontra *respaldo e chancela*, tanto de *delegados de polícia*, quanto do *Ministério Público* – a quem compete, por excelência, o controle externo da atividade policial (art. 129, VII, da CF) e o papel de *custos iuris* –, como também, em especial, de segmentos do Poder Judiciário, ao validarem medidas ilegais e abusivas perpetradas pelas agências de segurança[112].

Como já tive oportunidade de asserir, sem dúvida alguma, ao Poder Judiciário está reservado um papel decisivo na mudança de cultura das agências estatais que compõem o sistema de justiça criminal. Nenhuma delas está a salvo de cobranças por uma melhoria da qualidade de sua atuação: polícias, Ministério Público, advocacia, Defensoria Pública, Judiciário, todos nós, que exercemos cargos ou funções estratégicas, temos nossa parcela de responsabilidade e dela não podemos nos esquivar.

Não se pode olvidar, por fim, que há membros do sistema de justiça efetivamente comprometidos com a reversão desse quadro. Em alguns casos, todavia, pelo simples fato de prezarem pelo respeito às garantias fundamentais, são rotulados pejorativamente de "ideológicos" ou "garantistas" e sofrem retaliações iniciadas, não raras vezes, por membros do Ministério Público – que, por atribuição constitucional, deveriam ser os primeiros a se preocupar com o controle da atividade policial – e levadas a cabo pelos próprios órgãos correcionais das instituições a que pertencem, os quais – em vez de assegurarem a independência funcional de seus integrantes – acabam por ceder a pressões externas e atuam contra essa fundamental prerrogativa constitucional[113].

Por isso, vale relembrar o Ministro do STF Edson Fachin, em uma de suas intervenções na audiência pública realizada no âmbito da ADPF 635 (cognominada ADPF das Favelas), quando disse que "*Não somos e não podemos ser, nenhum de nós,*

112. Vale a pena conferir a pesquisa "Elemento Suspeito", em que se perscruta a abordagem policial e as relações entre polícia e população: RAMOS, Silvia *et al*. *Negro trauma: racismo e abordagem policial no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: CESeC, 2022, p. 46 e 50.

113. No mesmo sentido, Zaffaroni: "Pouco importa o que as constituições e o direito internacional dos direitos humanos disponham, se os juízes não podem aplicar suas disposições, sob pena de serem denunciados e perseguidos pela pressão dos meios de comunicação, pelos corpos colegiados das próprias estruturas judiciais, pelos políticos que aproveitam para eliminar os magistrados incômodos, para fazer publicidade ou, simplesmente, por seus próprios colegas empenhados em desprestigiar um possível competidor em uma promoção ou em intrigas palacianas" (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. 2ª ed. Rio de janeiro: ICC/Revan, 2007, p. 80-81).

indiferentes à dor e à responsabilidade". Certamente, e parafraseando o mote dos movimentos antirracistas, *é preciso que sejamos mais efetivos ante as práticas autoritárias e violentas do Estado brasileiro*, pois enquanto não houver um alinhamento pleno, por parte de todos nós, entre o discurso humanista e ações verdadeiramente transformadoras de certas práticas institucionais e individuais, continuaremos a assistir, apenas com lamentos, a morte do presente e do futuro, de nosso país e de sua população mais invisível e vulnerável. E não realizaremos o programa anunciado logo no preâmbulo de nossa Constituição, de construção de um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.

4. Causa provável e ingresso no domicílio: o caso julgado no HC 598.051/SP

A decisão da 6ª T. do STJ no julgamento do RHC 158.580/BA não representa um caso isolado. As mesmas exigências elencadas para se considerar processualmente válida e epistemicamente aceitável a busca pessoal de um possível suspeito de crime foram invocados pelo STJ ao escrutinar, no julgamento do HC 598.051/SP, a regularidade de busca domiciliar.

O contexto por detrás do precedente não é incomum à realidade judiciária brasileira. Trata-se da

> "[...] legitimidade do procedimento policial que, após a entrada no interior da residência de determinando indivíduo, sem o seu consentimento válido e sem autorização judicial, logra encontrar e apreender drogas, de sorte a configurar a prático do crime de tráfico de entorpecentes, cujo caráter permanente autorizaria, segundo antiga linha de pensamento, o ingresso domiciliar".[114]

Cinco foram as questões subjacentes ao direito à inviolabilidade do domicílio elencadas como relevantes pelo voto condutor: 1) "na hipótese de suspeita de flagrância delitiva, qual a exigência, em termos de standard probatório, para que policiais ingressem no domicílio do suspeito sem mandado judicial?" 2) "o crime de tráfico ilícito de entorpecentes, classificado como de natureza permanente, autoriza sempre o ingresso sem mandado no domicílio onde supostamente se encontra a droga?" 3) "o consentimento do morador, para validar o ingresso no domicílio e a busca e apreensão de objetos relacionados ao crime, sujeita-se a quais condicionantes de validade?" 4) "a prova dos requisitos de validade do livre consentimento

114. STJ, HC 598.051/SP, rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, 6ª T., j. 02.03.2021, *DJe* 15.03.2021.

Cruz, Rogerio Schietti; Knijnik, Danilo. Encontros da polícia com o indivíduo e juízo de fundada suspeita na Jurisprudência americana e brasileira: a convergência de Terry *v.* Ohio com o RHC 158.580/BA e o HC 598.051/SP. *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* vol. 204. ano 32. p. 361-404. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2024.
DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.12628300].

do morador, para o ingresso em seu domicílio sem mandado, incumbe a quem, e de que forma pode ser feita?" 5) "qual a consequência, para a ação penal, da obtenção de provas contra o investigado ou réu, com violação a regras e condições legais e constitucionais para o ingresso no seu domicílio?".[115]

Especial destaque foi conferido à "questão do consentimento do morador".[116] Isso porque, tal como o padrão discriminatório das abordagens policiais, a definição dos critérios de controle do alegado consentimento do morador para o ingresso em seu domicílio por agentes estatais carece de análise substancial pela jurisprudência brasileira.

Como ponto de partida, o voto condutor observou que o art. 5º, XI, da CF assegura a inviolabilidade domiciliar, "direito fundamental vinculado à proteção da vida privada e ao direito à intimidade". Tal garantia somente pode ser relativizada em restritas circunstâncias, quais sejam: a) consentimento do morador; b) flagrante delito; c) desastre; d) necessidade de se prestar socorro a indivíduo que se localize no imóvel; c) durante o dia, mediante autorização judicial.[117]

Nesse sentido, no julgamento do RE 603.616/RO (Tema 280), o Plenário do STF assentou que:

> "A entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas *a posteriori*, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade dos atos praticados".[118]

A constatação de que da residência emanam "gritos de socorro e ruídos característicos de uma briga", por exemplo, representaria típica circunstância autorizando o ingresso forçado "porque tem fundadas razões para crer que algum crime está em andamento no ambiente doméstico".[119]

A 6ª T. do STJ observou que a inviolabilidade domiciliar não se limita à proteção da intimidade daquele tido como suspeito. A garantia visa "todo o grupo de pessoas que residem ou se encontram no local da diligência". Essa circunstância justifica o entendimento de que diante da impossibilidade de se "inferir a urgência da

115. STJ, HC 598.051/SP, rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, 6ª T., j. 02.03.2021, *DJe* 15.03.2021.
116. STJ, HC 598.051/SP, rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, 6ª T., j. 02.03.2021, *DJe* 15.03.2021.
117. STJ, HC 598.051/SP, rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, 6ª T., j. 02.03.2021, *DJe* 15.03.2021.
118. STF, RE 603616, rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 05.11.2015, acórdão eletrônico, repercussão geral – mérito, *DJe* 10.05.2016.
119. STF, RE 603616, rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 05.11.2015, acórdão eletrônico, repercussão geral – mérito, *DJe* 10.05.2016.

drástica medida contra a inviolabilidade do domicílio, que afastaria a necessidade da obtenção do mandado judicial, não haverá razão séria para a mitigação dessa garantia constitucional, mesmo que haja posterior descoberta e apreensão de drogas no interior da residência". Ausente situação de flagrância ou urgência drástica, a descoberta de tóxicos "se mostrará meramente incidental". Caso contrário, esvaziar-se-ia a inviolabilidade domiciliar.[120]

Assim, em qualquer outra situação além das que se encontram positivadas na Carta Maior, é vedado ao agente público, *sem o consentimento válido e inequívoco do morador*, ingressar na residência deste, sob pena de, no campo processual, serem consideradas ilícitas as provas obtidas. O *entendimento de nossa Suprema Corte – e do STJ – se alinha, portanto, ao que vem decidindo, com detalhamento muito maior, sua homóloga Corte estadunidense*, que tem deixado clara sua preferência pelo uso do mandado de buscas (*warrant preference*), de modo a submeter os pedidos de oficiais da Polícia ao escrutínio de um magistrado (*scrutiny of a magistrate*), de forma imparcial e desinteressada[121].

Em outros países trilhou-se caminho judicial assertivo na definição das hipóteses de autorização para ingresso no domicílio alheio, ainda que, como aqui, não haja normatização detalhada nas respectivas Constituições e leis, geralmente limitadas a anunciar o direito à inviolabilidade da intimidade domiciliar e as possíveis autorizações para o ingresso alheio.

Sem dúvida alguma, os *Estados Unidos* nos fornecem mais subsídios para a análise desse tema. De maneira geral, a compreensão da doutrina e da jurisprudência estadunidenses sobre *o consentimento do morador* é a de que, *para ser válido, "deve ser inequívoco, específico e conscientemente dado, não contaminado por qualquer truculência ou coerção*"[122].

Em *Schenecklоth* v. *Bustamonte*[123], a Suprema Corte estabeleceu algumas *orientações sobre o significado do termo "consentimento*". Decidiu-se que as buscas mediante consentimento do morador (ou, como no caso, do ocupante do automóvel onde se realizou a busca) são permitidas, *"mas o Estado carrega o ônus de provar 'que o consentimento foi, de fato, livre e voluntariamente dado'"*[124]. O consentimento não é livre quando de alguma forma se percebe uma coação da sua vontade. A Suprema

120. STJ, HC 598.051/SP, rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, 6ª T., j. 02.03.2021, *DJe* 15.03.2021.

121. WEAVER, Russel L. et al. *Principles of criminal procedure*. 2. ed., St. Paul: Thomson West, 2004. p. 64.

122. "*Consent, to be valid, 'must be unequivocal, specific and intelligently given, uncontaminated by any duress or coercion*". *In*: *U.S.* v. *McCaleb*, 552 F2d 717, 721 (6th Cir 1977); *Simmons v. Bomar*, 349 F2d 365, 366 (6th Cir 1965).

123. *Schenecklоth* v. *Bustamonte*, 412 U.S. 218 (1973).

124. *Schenecklоth* v. *Bustamonte*, 412 U.S. 218 (1973).

Corte indicou que o *teste da "totality of circumstances" deve ser aplicado mentalmente, considerando fatores relativos ao próprio suspeito* (i.e., se ele é particularmente vulnerável devido à falta de estudos, baixa inteligência, perturbação mental ou intoxicação por drogas ou álcool) e *fatores que sugerem coação (se estava detido, se os policiais estavam com suas armas à vista, ou se lhe disseram ter o direito de realizar a busca, ou exercitaram outras formas de sutil coerção)*, entre outras hipóteses que poderiam interferir no livre assentimento do suspeito[125].

Como sintetizado por Rachel Karen Laser, "traços subjetivos, incluindo a idade do suspeito, nível de educação, inteligência, a duração da detenção e a natureza do interrogatório são considerados em uma avaliação de voluntariedade da 'totalidade das circunstâncias'"[126].

Em geral, portanto, "*quando um promotor se apoia no consentimento para justificar a legalidade de uma busca, ele tem o ônus de provar que o consentimento foi, de fato, dado livre e voluntariamente*"[127].

São as seguintes, portanto, as diretrizes construídas pela Suprema Corte para aferir a validade do ingresso domiciliar por agentes policiais:

1. *Número de policiais:* a presença de vários agentes do lado de fora da residência é um fator intimidante e, portanto, anula a voluntariedade do consentimento[128];

2. *Suspeito cercado de policiais:* é considerado coercitivo que policiais cerquem ou fiquem ao redor do suspeito enquanto buscam consentimento[129];

3. *Atitude dos policiais:* a maneira de se apresentar e de buscar o consentimento pode comprometer a validade da busca se o morador é confrontado de tal modo que a Polícia não aceitará um não como resposta à solicitação[130];

---

125. ISRAEL, Jerold H.; LAFAVE, Wayne R. *Criminal procedure:* constitutional limitations. 5. ed. St. Paul: West Publishing, 1993. p. 139-141.

126. "Subjective traits, including the suspect's age, education level, intelligence, the length of detention, and the nature of the questioning are all considered in a 'totality of the circumstances' assessment of voluntariness". In: LASER, Rachel K. Unreasonable suspicion: relying on refusals to support Terry Stops. *The University of Chicago Law Review*, Chicago, v. 62, n. 3, p. 1161-1185, verão 1995.

127. "When a prosecutor seeks to rely upon consent to justify the lawfulness of a search, he has the burden of proving that the consent was, in fact, freely and voluntarily given". In: LASER, Rachel K. *Op. cit.*

128. *People* v. *Michael*, 45 Cal.2d 751, 754 (1955); *U.S.* v. *Washington*, 387 F.3d 1060, 1068 (9th Cir. 2004); *Orhorhaghe* v. *I.N.S.*, 38 F.3d 488, 494 (9th Cir. 1994); *U.S.* v. *Conner*, 127 F.3d 663, 666 (8th Cir. 1997); *State* v. *Ferrier*, 960 P.2d 927, 928 (1998).

129. *U.S.* v. *Washington*, 387 F.3d 1060, 1068 (9th Cir. 2004); *Orhorhaghe* v. *I.N.S.* 38 F.3d 488, 494 (9th Cir. 1994).

130. *U.S.* v. *Tobin,* 923 F.2d 1506, 1512 (11th Cir. 1991); *Orhorhaghe* v. *I.N.S.* 38 F.3d 488, 495, 496 (9th Cir. 1994); *People* v. *Boyer*, 48 Cal. 247, 268 (1989).

4. *Exigência da busca:* o consentimento é involuntário se tiver sido dado depois que os policiais disseram ou sugeriram que tinham um mandado ou algum outro direito legal de realizar uma busca imediata, ou se disseram que, se não permitissem o ingresso, eles obteriam um mandado[131];

5. *Ameaças ao suspeito:* o consentimento para entrar ou procurar não será considerado voluntário se resultar da ameaça de um policial de, por exemplo, ser preso se não cooperar.[132] Da mesma forma, o consentimento poderá também ser considerado involuntário se o policial disser ao morador que poderia interpretar uma recusa em consentir com a busca como uma confissão[133];

6. *Hora da diligência:* a presença de policiais fardados e armados na porta da residência é algo em si assustador, especialmente se os ocupantes estiverem dormindo. Como observou o Tribunal de Apelações dos EUA, a lei reconhece a "vulnerabilidade especial" das pessoas "despertadas à noite por uma invasão da polícia em sua morada", o que exige ainda mais cautela no exame de sua validade;[134]

Em países europeus também se encontra essa preocupação, embora sem a riqueza jurisprudencial da Corte estadunidense. Cite-se o exemplo da *Espanha*, em que julgados do seu *Tribunal Supremo* interpretaram o *art. 18.2 da Constituição da Espanha* de tal modo a construir um rol de exigências para que se tenha como validamente autorizado o ingresso em domicílio alheio.[135] A proteção constitucional da morada concretiza, assim, o *resguardo da inviolabilidade do lar como âmbito de privacidade*, pela qual *o sujeito é isento e imune a qualquer tipo de invasão a seu espaço por outras pessoas ou autoridades públicas.*

Esse consentimento, "*verdadeira fuente de legitimación del acto de injerencia de los poderes públicos en el domicilio del imputado*", decorre do próprio enunciado constitucional, como também do art. 12 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, do art. 8 da Convenção de Roma e do art. 17 do Pacto Internacional de

131. *Bumper* v. *Carolina do Norte*, 391 U.S. 543, 550 (1968); *Lo-Ji Sales, Inc.* v. *Nova York,* 442 U.S. 319, 329 (1979); *People* v. *Challoner*, 136 Cal.App.3d 779, 781 (1982); *People* v. *Baker*, 187 Cal.App.3d 562, 564 (1986); *People* v. *Byrd*, 38 Cal.App.3d 941, 944 (1974); *People* v. *McClure*, 39 Cal.App.3d 64, 69 (1974); *People* v. *Ruster*, 16 Cal.3d 690, 701, (1976); *People* v. *Jenkins*, 28 Cal.3d 494, 503 (1980); *People* v. *Gurtenstein*, 69 Cal.App.3d 441 (1977); *People* v. *Ward*, 27 Cal.App.3d 218 (1972); *People* v. *Goldberg*, 161 Cal.App.3d 170, 188 (1984).

132. *U.S.* v. *Washington*, 387 F.3d 1060 (9th Cir. 2004); *Wilson* v. *Superior Court,* 34 Cal. 3d 778 (1983).

133. *Crofoot* v. *Superior Court*, 121 Cal.App.3d 717 (1981).

134. *U.S.* v. *Jerez,* 108 F.3d 684, 690 (7th Cir. 1997); *U.S.* v. *Ravich*, 421 F.2d 1196, 1201 (2nd Cir. 1970).

135. SSTS. 1803/2002; SSTS. 261/2006; SSTS. 951/2007.

Cruz, Rogerio Schietti; Knijnik, Danilo. Encontros da polícia com o indivíduo e juízo de fundada suspeita na Jurisprudência americana e brasileira: a convergência de Terry *v.* Ohio com o RHC 158.580/BA e o HC 598.051/SP. *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* vol. 204. ano 32. p. 361-404. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2024. DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.12628300].

Direitos Civis e Políticos. Segundo a Corte espanhola, são os seguintes os requisitos a serem considerados para analisar o consentimento autorizado de ingresso no domicílio:

a) *Consentimento por pessoa capaz, maior de idade e no exercício de seus direitos;*

b) A outorga do *consentimento deve ser consciente e livre*, a qual exige que: b1) não esteja invalidada por erro, violência ou intimidação de qualquer modo; b2) não seja condicionada a alguma circunstância periférica, como promessas de qualquer atuação policial; b3) seja precedida da assistência de um defensor, do que constará da diligência policial, na hipótese em que a pessoa estiver presa ou detida[136]. *Isso porque se a assistência de defensor é necessária para que o conduzido preste declarações, dado o prejuízo aos seus direitos, o consentimento também o será, consideradas a "intimidação ambiental" e/ou "a coação que a presença dos agentes da atividade representa"*[137];

c) O consentimento pode ser prestado por *meio oral ou por escrito, porém sempre vertido documentalmente;*

d) *O consentimento deve ser expresso*, não servindo o silêncio como consentimento tácito[138]. Sobre este item, refere o Tribunal Supremo que, embora autorizado o consentimento presumido pelo art. 551 do Código de Processo Penal espanhol, esse dispositivo:

> "ha de interpretarse restrictivamente, pues *el consentimiento tácito ha de constar de modo inequívoco mediante actos propios tanto de no oposición cuanto, y sobre todo, de colaboración*, pues la duda sobre el consentimiento presunto hay que resolverla en favor de la no autorización, en virtud del principio in dubio libertas y el criterio declarado por el Tribunal Constitucional de interpretar siempre las normas en el sentido mas favorable a los derechos fundamentales de la persona, en este caso del titular de la morada"[139];

e) A autorização deve ser dada *pelo titular do domicílio*. A relação jurídica entre o titular do direito e sua salvaguarda deve prevalecer, não sendo necessária a

136. STS. 2-12-1998.

137. STS. 831/2000.

138. SS. 7.3; SS. 18.12.97; S. 23.1.98.

139. "Deve ser interpretado restritivamente, pois o consentimento tácito deve constar deve ser expresso de modo inequívoco mediante atos próprios tanto de não oposição, quanto, e acima de tudo, de colaboração, porque a dúvida a respeito do consentimento presumido deve ser resolvida em favor da não autorização em virtude do princípio *in dubio libertas* e do critério declarado pelo Tribunal Constitucional de interpretar sempre as normas no sentido mais favorável aos direitos fundamentais da pessoa, neste caso, do titular da residência". In: STS. 4761/2013.

propriedade. Em caso de várias pessoas terem seu domicílio no mesmo lugar, não é necessário o consentimento de todos, bastando a anuência de um dos cotitulares, desde que não haja interesses contrapostos[140];

f) *O consentimento deve ser outorgado para um caso concreto*, sem que seja usado para fins distintos, ou seja, vigora a especialidade da busca[141];

g) São dispensadas as formalidades exigidas no art. 569 da *Ley de Enjuiciamiento Criminal*[142];

Semelhante entendimento foi ratificado em novas decisões do Tribunal Supremo espanhol[143].

São, portanto, muitas as variáveis a considerar, e o objetivo dessa enumeração de situações não é apenas o de ilustrar a posição defendida no voto ora analisado com indicação de precedentes de tribunais estrangeiros, mas o de evidenciar como nós estamos acomodados e deficitários no enfrentamento de um tema que, em nossa realidade, é ainda mais carente de melhor regulamentação ou delimitação quanto ao modo de agir das polícias na execução de buscas domiciliares não autorizadas.

Ao final do julgamento, a 6ª T. do STJ estabeleceu, entre outras conclusões, que:

1. Na hipótese de *suspeita de crime em flagrante*, exige-se, em termos de standard *probatório* para ingresso no domicílio do suspeito sem mandado judicial, a existência de *fundadas razões* (justa causa), aferidas de modo objetivo e devidamente justificadas, de maneira a indicar que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito.

2. O tráfico ilícito de entorpecentes, em que pese ser classificado como crime permanente, nem sempre autoriza a entrada sem mandado no domicílio onde supostamente se encontra a droga, sendo permitido o ingresso em apenas situações de urgência, quando se concluir que do atraso decorrente da obtenção de mandado judicial *se possa objetiva e concretamente inferir que a prova do crime será destruída ou ocultada.*

3. O *consentimento* do morador, para validar o ingresso de agentes estatais em sua casa e a busca e apreensão de objetos relacionados ao crime, precisa ser *voluntário e livre* de qualquer tipo de constrangimento ou coação.

4. *A prova da legalidade e da voluntariedade do consentimento para o ingresso na residência do suspeito incumbe, em caso de dúvida, ao Estado,* e deve ser feita com declaração assinada pela pessoa que autorizou o ingresso domiciliar, indicando-se, sempre que possível, testemunhas do ato. Em todo caso, a *operação* deve ser r*egistrada em áudio-vídeo e preservada tal prova enquanto durar o processo.*

140. STS. 779/2006.

141. STS. 06-06-2001.

142. STS. 1803/2002.

143. STS. 953/2010; STS. 296/2011; STS. 312/2011.

Esse precedente faz-nos relembrar a lição da juíza da Suprema Corte dos Estados Unidos, Sonia Sotomayor – sobre a responsabilidade de um Tribunal Superior, quando enfrenta *temas sensíveis* e se vê premido a tomar uma posição que implique a anulação de um processo –, em voto dissidente proferido em debate sobre a licitude de provas disse:

> "*When courts admit only lawfully obtained evidence, they encourage 'those who formulate law enforcement polices, and the officers who implement them, to incorporate Fourth Amendment ideals into their value system.' Stone v. Powell, 428 U. S. 465, 492 (1976). But when courts admit illegally obtained evidence as well, they reward 'manifest neglect if not an open defiance of the prohibitions of the Constitution*'."[144]

5. Conclusões

O encontro entre indivíduo e polícia nas ruas é um fenômeno de objeto e dinâmica variáveis, podendo envolver restrições de leves a intensas, breves a demoradas, aos direitos fundamentais dos envolvidos na interação. Assim, sob pena de legitimar odiosa seletividade, é impositivo submetê-lo a categorias jurídicas mais rigorosas que permitam testar a validade desse encontro. Com efeito, existem "rotineiras atividades das polícias que têm sido ainda muito timidamente analisadas pela dogmática processual penal e, como consequência, têm passado ao largo do controle das próprias agências judiciais", sendo certo que os "princípios e normas processuais, então, devem limitar, condicionar e vincular o poder de coerção cotidiana e rotineiramente empreendido pelas agências policiais"[145]. Conforme o Min+ Luís Roberto Barroso:

> "[E]m matéria de proteção dos direitos fundamentais, inclusive e, sobretudo, de minorias, os tribunais constitucionais podem e, em muitas situações, devem, a meu ver, atuar construtiva e criativamente, porque é assim que se protegem pelo mundo afora os direitos dos homossexuais, dos negros, das populações nativas (...)".[146]

144. "Quando os tribunais admitem apenas evidências obtidas legalmente, eles encorajam 'aqueles que formulam políticas de aplicação da lei, e os oficiais que as implementam, a incorporar os ideais da Quarta Emenda em seu sistema de valores'. Mas quando os tribunais também admitem evidências obtidas ilegalmente, eles recompensam 'negligência manifesta, se não um desafio aberto, às proibições da Constituição'." In: *Utah* v. *Strieff*, 579 U.S. 136 (2016).
145. Gisela Aguiar Wanderley. *Op. cit.*, p. 2.
146. STF, ADPF 444, rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 14.06.2018, *DJe* 22.05.2019.

Terry v. *Ohio*, nos EUA, e a jurisprudência brasileira, oferecem uma ferramenta importante para desestimular e controlar a indesejável seletividade na ação persecutória do Estado, assegurando mais aderência aos postulados do Estado Democrático de Direito e ao necessário controle jurisdicional ainda que postecipado, ao mesmo tempo que compreende e toma na devida consideração o delicado mister confiado aos agentes estatais.

6. Referências bibliográficas

ALMEIDA, Silvio Luiz de. *O que é racismo estrutural?* Belo Horizonte: Letramento, 2018.

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

BATISTA, Vera Malaguti. *Difíceis ganhos fáceis:* drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

BORGES DE SOUSA FILHO, Ademar. *O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil*. Belo Horizonte: Forum, 2019.

CASARA, Rubens R. R. *Mitologia processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2015.

CHAUHAN, P. et al. *Tracking enforcement rates in New York City, 2003-2014:* report presented to the Citizens Crime Commission. New York: John Jay College of Criminal Justice, 2015.

CHOUDHRY, Sujit. Globalization in search of justification: toward a theory of Comparative constitutional interpretation. *Indiana Law Journal*, Bloomington, v. 74, n. 3, p. 819-892, verão 1999. Disponível em: [https://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2247&context=ilj]. Acesso em: 15.02.2022.

FERNER, Matt. New York city murder rate drops to historic low. *Huffpost*. Nova Iorque, 04/04/2016. Disponível em: [http://www.huffingtonpost.com/entry/nypd-low-crime-first-quarter-2016_us_5702b0dae4b0a06d580653e3]. Acesso em: 13.02.2022.

GONZÁLEZ, Yanilda Mariá. *Authoritarian police in democracy:* contested security in Latin America. Cambridge: Cambridge University Press, 2021.

HIRSCHL, Ran. The question of case selection in comparative constitutional law. *American Journal of Comparative Law*, Toronto, v. 53, n. 1, p. 125-155, inverno 2005. Disponível em: [https://ssrn.com/abstract=901700]. Acesso em: 15.02.2022.

IABONI, Rande. NYPD report: most of those stopped and frisked are minorities. *CNN*. Atlanta, 05/02/2013. Disponível em: [http://edition.cnn.com/2013/02/05/us/new-york-stop-and-frisk]. Acesso em: 20.02.2022.

ISRAEL, Jerold H.; LAFAVE, Wayne R. *Criminal procedure:* constitutional limitations. 5. ed. St. Paul: West Publishing, 1993.

LAFAVE, Wayne R. Street encounters and the constitution: Terry, Sibron, Peters, and beyond. *Michigan Law Review*, Ann Arbor, v. 67, n. 1, p. 39-126, 1968.

LASER, Rachel K. Unreasonable suspicion: relying on refusals to support Terry Stops. *The University of Chicago Law Review*, Chicago, v. 62, n. 3, p. 1161--1185, verão 1995.

MUNIZ, Jacqueline de Oliveira. *"Ser policial é, sobretudo, uma razão de ser"*: cultura e cotidiano da polícia militar do Estado do Rio de Janeiro. Tese de Doutorado em Ciência Política – IUPERJ, Rio de Janeiro, 1999.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. São Paulo: Forense, 2014.

OLIVEIRA, Alessandro José Fernandes de. *Estudos avançados de direito aplicado à atividade policial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

RAMOS, Silvia et al. *Negro trauma:* racismo e abordagem policial no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: CESeC, 2022.

REVELLI, Marco. Prefácio. In: BOBBIO, Norberto. *Democracia y secreto*. San Diego: Fondo de Cultura Economica USA, 2013.

RIBEIRO, Airton Edno. *A relação da polícia militar paulista com a comunidade negra e o respeito à dignidade humana:* a questão da abordagem policial. 2009. Dissertação de Mestrado em Educação – Universidade Federal de São Carlos, São Carlos, 2009.

ROEDER, Oliver; EISEN, Lauren-Brooke; BOWLING, Julia. *What caused the crime decline?* New York: Brennan Center for Justice, 2015.

ROSA, Alexandre Morais da. *Guia do processo penal estratégico:* de acordo com a teoria dos jogos. Santa Catarina: Emais, 2021.

ROSA, Inocencio Borges da. *Processo penal brasileiro*. Porto Alegre: Globo, 1942. v. II.

SEMER, Marcelo. *Sentenciando tráfico:* o papel dos juízes no grande encarceramento. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

SLAUGHTER, Anne-Marie, A Typology of transjudicial communities. *University of Richmond Law Review*, Richmond, v. 29, n. 1, p. 99-187, 1994. Disponível em: [https://scholarship.richmond.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2120&context=lawreview]. Acesso em: 15.02.2022.

WANDERLEY, Gisela Aguiar. A busca pessoal no direito brasileiro: medida processual probatória ou medida de polícia preventiva? *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, p. 1117-1154, 2017.

WANDERLEY, Gisela Aguiar. Entre a lei processual e a praxe policiais: características e consequências da desconcentração e do descontrole da busca pessoal. In: DUARTE, Evandro Piza; SANTOS, Fernando Nascimento dos; MAGALHÃES, Camila (org.). *Lições de dogmática crítica:* direitos fundamentais dos identificados como suspeitos na atividade policial. São Paulo: Dialética, 2021.

WANDERLEY, Gisela Aguiar. Filtragem racial na abordagem policial: a "estratégia de suspeição generalizada" e o (des)controle judicial da busca pessoal no Brasil e nos Estados Unidos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 135, v. 25, 2017.

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. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, 2017.

WEAVER, Russel L. et al. *Principles of criminal procedure.* 2. ed. St. Paul: Thomson West, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal.* 2. ed. Rio de Janeiro: ICC/Revan, 2007.

7. Jurisprudência

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 598.051/SP. 6ª T. Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz. j. 02.03.2021. *DJe* 15.03.2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC 158.580/BA. 6ª T. Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz. j. 19.04.2022. *DJe* 25.04.2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC 51.531/RO. 6ª T. Rel. Min. Nefi Cordeiro. j. 19.04.2016. *DJe* 09.05.2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 444. Tribunal Pleno. Rel. Min. Gilmar Mendes. j. 14.06.2018. *DJe* 22.05.2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. EDcl na MC na ADPF 635. Tribunal Pleno. Rel. Min. Edson Fachin. j. 03.02.2022. *DJe* 26.05.2022 e rep. em 03.06.2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 603.616. Tribunal Pleno. Rel. Min. Gilmar Mendes. j. 05.11.2015. Repercussão geral – mérito. *DJe* 10.05.2016.

CORTE IDH. Caso Fernández Prieto e Tumbeiro *v.* Argentina. Sentença de 01.09.2020. Mérito e reparações. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_411_esp.pdf]. Acesso em: 15.02.2022.

SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. Almeida-Sanchez *v.* U.S., 413 U.S. 266 (1973).

SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. Atwater *v.* City of Lago Vista, 532 U.S. 318 (2001).

SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. Brendlin *v.* California, 551 U.S. (2007).

SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. Brown *v.* Illinois, 442 U.S. 490 (1975).

SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. Brown *v.* Texas, 443 U.S. 47 (1979).

SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. Bumper *v.* Carolina do Norte, 391 U.S. 543 (1968).
SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. Byars *v.* U.S., 273 U.S. 28 (1927).
SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. Crofoot *v.* Superior Court, 121 Cal.App.3d 717 (1981).
SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. Davis *v.* Mississipi, 394 U.S. 721 (1969).
SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. Delaware *v.* Prouse, 440 U.S. 647 (1979).
SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. Dunaway *v.* New York, 442 U.S. 200 (1979).
SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. Florida *v.* Bostick, 501 U.S. 429 (1991).
SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. Florida *v.* J.L., 529 U.S. 266 (2000).
SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. Florida *v.* Royer, 400 U.S. 491 (1983).
SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. Floyd, et al. *v.* City of New York, et al. 959 F. Supp. 2d 540 (2013). Disponível em: [http://www.nysd.uscourts.gov/cases/show.php?db=”special&id=317]. Acesso em: 15.02.2022.
SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. Henry *v* U.S., 261 U.S. (1959).
SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. Illinois *v.* Wardlow, 528 U.S. 185 (2000).
SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. Lo-Ji Sales, Inc. *v.* Nova York, 442 U.S. 319 (1979).
SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. Nieves *v.* Bartlett, 139 S.Ct. 1715. (2018).
SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. Orhorhaghe *v.* I.N.S., 38 F.3d 488 (9th Cir. 1994).
SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. People *v.* Baker, 187 Cal. App.3d 562 (1986).
SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. People *v.* Boyer, 48 Cal. 247 (1989).
SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. People *v.* Byrd, 38 Cal.App.3d 941 (1974).
SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. People *v.* Challoner, 136 Cal. App.3d 779 (1982).
SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. People *v.* Goldberg, 161 Cal. App.3d 170 (1984).

SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. People *v.* Gurtenstein, 69 Cal. App.3d 441 (1977).
SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. People *v.* Jenkins, 28 Cal.3d 494, 503 (1980).
SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. People *v.* McClure, 39 Cal. App.3d 64 (1974).
SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. People *v.* Michael, 45 Cal.2d 751 (1955).
SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. People *v.* Ruster, 16 Cal.3d 690 (1976).
SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. People *v.* Ward, 27 Cal.App.3d 218 (1972).
SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. S *v* Makwanyane and Another, 1995 (3) S.A. 391. Disponível em: [http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/1995/3.html]. Acesso em: 15.02.2022.
SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. Schenecklothv. Bustamonte, 412 U.S. 218 (1973).
SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. Sibron *v.* New York, 392 U.S. 40 (1968).
SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. Simmons *v.* Bomar, 349 F2d 365 (6th Cir 1965).
SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. State *v.* Ferrier, 960 P.2d 927 (1998).
SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. Terry *v.* Ohio, 392 U.S. (1968).
SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. Torres *v.* Madrid, 141 S. Ct. 989 (2021).
SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. U.S. *v.* Brignoni-Ponce, 422 U.S. 873 (1974).
SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. U.S. *v.* Clark, 4:16CR00107 JAR/NCC (E.D. Mo. Mar. 1, 2017).
SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. U.S. *v.* Conner, 127 F.3d 663 (8th Cir. 1997).
SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. U.S. *v.* Di RE, 332 U.S. 581 (1948).
SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. U.S. *v.* Jerez, 108 F.3d 684 (7th Cir. 1997).
SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. U.S. *v*. McCaleb, 552 F2d 717 (6th Cir 1977).
SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. U.S. *v.* Mendenhall, 446 U.S. (1980).

SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. U.S. *v.* Ravich, 421 F.2d 1196, 1201 (2nd Cir. 1970).
SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. U.S. *v.* Tobin, 923 F.2d 1506, 1512 (11th Cir. 1991).
SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. U.S. *v.* Washington, 387 F.3d 1060 (9th Cir. 2004).
SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. Utah *v.* Strieff, 579 U.S. 136 (2016).
SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. Wilson *v.* Superior Court, 34 Cal. 3d 778 (1983).
TRIBUNAL SUPREMO DE ESPANHA. S. 23.1.98.
TRIBUNAL SUPREMO DE ESPANHA. SS. 18.12.97.
TRIBUNAL SUPREMO DE ESPANHA. SS. 7.3.
TRIBUNAL SUPREMO DE ESPANHA. SSTS. 1803/2002.
TRIBUNAL SUPREMO DE ESPANHA. SSTS. 261/2006.
TRIBUNAL SUPREMO DE ESPANHA. SSTS. 951/2007.
TRIBUNAL SUPREMO DE ESPANHA. STS. 06-06-2001.
TRIBUNAL SUPREMO DE ESPANHA. STS. 1803/2002.
TRIBUNAL SUPREMO DE ESPANHA. STS. 2-12-1998.
TRIBUNAL SUPREMO DE ESPANHA. STS. 296/2011.
TRIBUNAL SUPREMO DE ESPANHA. STS. 312/2011.
TRIBUNAL SUPREMO DE ESPANHA. STS. 4761/2013.
TRIBUNAL SUPREMO DE ESPANHA. STS. 779/2006.
TRIBUNAL SUPREMO DE ESPANHA. STS. 831/2000.
TRIBUNAL SUPREMO DE ESPANHA. STS. 953/2010.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Áreas do Direito: Processual; Penal; Internacional

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- A revolução processual penal da Corte Warren: O fracasso político de um sucesso jurídico, de Bruno Heringer Júnior – *RBCCrim* 115/61-80;
- Busca pessoal v. *stop and frisk*: Um breve exame sobre a abordagem policial de rua no Brasil e nos EUA, de Marllon Sousa – *RBCCrim* 151/317-343;
- Entre a lei processual e a praxe policial: Características e consequências da desconcentração e do descontrole da busca pessoal, de Gisela Aguiar Wanderley – *RBCCrim* 128/115-149;
- Entre avanços e retrocessos: A questão da abordagem policial no STJ – Tensionando o julgamento do HC 877.943/MS, de Érica Babini Lapa do Amaral Machado e Maria Luíza Maranhão Dias Cabral – *RT* 1065/251-259;
- Filtragem racial na abordagem policial: A "estratégia de suspeição generalizada" e o (des)controle judicial da busca pessoal no Brasil e nos Estados Unidos, de Gisela Aguiar Wanderley – *RBCCrim* 135/189-229;
- STF proíbe abordagem policial apenas por perfil racial, de Editorial RT – *Boletim Revista dos Tribunais Online* 51; e
- *Stop and frisk* e Guarda Municipal. Uma análise do Recurso Especial n. 1.977.119, de André Nicolitt e Daniel Braga Lourenço – *RBCCrim* 193/433-446.

Veja também Jurisprudência relacionada ao tema

- TJRS, Ap 51057859520238210001, j. 19.04.2024, *DJe* 25.04.2024.

Cruz, Rogerio Schietti; Knijnik, Danilo. Encontros da polícia com o indivíduo e juízo de fundada suspeita na Jurisprudência americana e brasileira: a convergência de Terry *v.* Ohio com o RHC 158.580/BA e o HC 598.051/SP. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 204. ano 32. p. 361-404. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2024.
DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.12628300].

Comentário de Jurisprudência

A decisão no *Habeas Corpus* 208.240 do Supremo Tribunal Federal a partir de uma análise criminológica

The decision in Habeas Corpus 208,240 of the Supreme Federal Court from a criminological analysis

Daniela Bonaccorsi[1]
Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, PUCMG, Brasil.
E-mail: danielavb@hotmail.com

Autora convidada

DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.12628317].

Áreas do Direito: Processual; Penal

Resumo: Trata o presente texto de comentários à decisão em *Habeas Corpus* 208.240, na qual o relator afirma que a busca pessoal do paciente foi feita em razão dele ser negro. O julgado considera nula a abordagem realizada pelos policiais militares, diante da manifesta ausência de fundada suspeita, acarretando a ilicitude das provas obtidas por meio da busca pessoal. Inúmeros são os julgados que se referem à busca pessoal de policiais, justificada pela fundada suspeita decorrente de impressões subjetivas como fatores de topografia, *status social*, cor da pele ou vestimentas. Diante dessa ausência de critérios objetivos e da discricionariedade do policial na abordagem, necessário compreender,

Abstract: This text comments on the decision in Habeas Corpus 208,240, where the rapporteur states that the personal search of the patient was conducted because he is black. The judgment considers the approach carried out by the military police null and void, given the manifest lack of founded suspicion, rendering the evidence obtained through the personal search inadmissible. Numerous judgments refer to police personal searches, justified by founded suspicion based on subjective impressions such as topographical factors, social status, skin color, or clothing. In light of the absence of objective criteria and the police officer's discretion in the approach, it is essential to understand that social

1. Doutora e Mestre em Direito Processual pela PUC/MG. Professora do curso de graduação da PUC/MG. Professora e coordenadora dos cursos de pós-graduação em *Compliance*, Ética e Governança Social e, em Direito Penal Econômico do IEC e EAD, PUC/MG. Desembargadora da 2ª Câmara do Tribunal de Justiça de Minas Gerais.
E-mail: danielavb@hotmail.com

como pano de fundo, que a desigualdade social e racial foram base estrutural para a formação da sociedade brasileira. Há policiamento ostensivo concentrado em determinados grupos e verdadeiro perfilamento racial na busca pessoal e na seleção de potenciais criminosos ou usuais suspeitos. O objetivo é explicar os fundamentos da abordagem a partir da escola criminológica positiva e suas similaridades com perspectivas criminológicas positivistas. Com tal análise, será possível compreender que os critérios da abordagem pessoal por fundada suspeita remontam conceitos afetos às Teorias Conservadoras com uma vinculação estereotipada e estigmatizante à criminalidade da pobreza.

Palavras-chave: Abordagem pessoal e Fundada Suspeita – Escolas Criminológicas e o Estereótipo do criminoso – Aspectos objetivos para abordagem pessoal.

and racial inequality has been the structural basis for the formation of Brazilian society. There is intensive policing concentrated on certain groups and true racial profiling in personal searches and the selection of potential criminals or usual suspects. The aim is to explain the foundations of the approach based on the positive criminological school and its similarities with positivist criminological perspectives. With such an analysis, it will be possible to understand that the criteria for personal approach by founded suspicion stem from concepts related to Conservative Theories with a stereotyped and stigmatizing link to the criminality of poverty.

Keywords: Personal Approach and Founded Suspicion – Criminological Schools and the Criminal Stereotype – Objective Aspects for Personal Approach.

Sumário: 1. Introdução. 2. Do julgado. 3. Dos critérios criminológicos e o preconceito na abordagem pessoal. 4. Da escola criminológica crítica e limites legais na abordagem pessoal. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas. 7. Legislação. 8. Jurisprudência.

1. Introdução

Em março de 2024, o Supremo Tribunal Federal deu início ao julgamento do *Habeas Corpus* 208.240/SP que contesta a validade de provas criminais obtidas mediante abordagens policiais discriminatórias. No caso concreto, um homem negro foi condenado a quase oito anos, em regime fechado, pelo crime de tráfico de drogas. Um dos responsáveis pela busca pessoal afirmou que o motivo da busca pessoal foi o fato de o rapaz ser "*um indivíduo de cor negra que estava em cena típica de tráfico de drogas, uma vez que estava em pé junto ao meio-fio da via pública e um veículo estava parado junto a ele, como se estivesse comprando/vendendo algo*".

Pretende-se explicar o julgado com a construção de um arcabouço das Teorias Conservadoras e Escola Positiva Criminológica que explicam uma história de exclusão e preconceito em relação ao criminoso e os fundamentos do sistema penal. Com uma abordagem dessas teorias criminológicas, demonstrar-se-á que os fundamentos e a prática de políticas de segurança partem de questões meramente dogmáticas e da ultrapassada presunção do homem-delinquente como fenômeno patológico. A exclusão social do criminoso já era antevista nessas teorias, baseadas em características psicológicas e físicas, nas quais o criminoso era um anormal.

Os critérios de abordagem são formas de reprodução dessa ideia e que ratificam a marginalização da pobreza.

Os limites na abordagem policial vão além da delimitação de requisitos objetivos; é necessário o rompimento de um paradigma punitivo baseado em exclusão social com a reconstrução dos elementos da criminologia crítica. Para tanto, serão abordadas teorias conflituais marxistas, da ideia de rotulação, do *labelling approach*, visando explicar essa incidência da fundada suspeita como rotulação dos indivíduos.

Não se pretende aprofundar nas Escolas Criminológicas ou abordar medidas práticas, mas, desconstruir a análise da questão criminal para, ao final, relacionar o conteúdo do julgado ora comentado com os pressupostos positivistas.

2. Do julgado

"Ementa: *Habeas corpus*. Tráfico. 1,53 gramas de cocaína. Sentença condenatória. Dosimetria. Desproporcionalidade. Valoração negativa da personalidade com antecedentes criminais. Fundamento em impossibilidade. Flagrante ilegalidade. Quantidade de droga que não justifica afastar a causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Ínfima quantidade que deve prevalecer sobre a reincidência, permitindo fixar regime mais brando e substituir a reprimenda. Flagrante ilegalidade. Ordem concedida à unanimidade. Auto de prisão em flagrante eivado de nulidade. Busca pessoal. Fundada suspeita originada em elemento inidôneo. Cor da pele não pode configurar elemento concreto indiciário de desconfiança do agente de segurança pública. Ilicitude dos elementos de prova que embasaram a condenação. Constrangimento ilegalidade. Ordem concedida à unanimidade. Constrangimento ilegal evidenciado. Convicção do relator não acompanhada na Sexta Turma. 1. A valoração negativa da personalidade com fundamento nas condenações transitadas em julgado não encontra respaldo na atual jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, consolidada no sentido de que eventuais condenações criminais do réu transitadas em julgado e não utilizadas para caracterizar a reincidência somente podem ser valoradas, na primeira fase da dosimetria, a título de antecedentes criminais, não se admitindo sua utilização também para desvalorar a personalidade ou a conduta social do agente. Precedentes da Quinta e da Sexta Turmas desta Corte (EAREsp n. 1.311.636/MS, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Terceira Seção, *DJe* 26.04.2019 – grifo nosso). 2. A ínfima quantidade da droga apreendida não justifica o afastamento da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, sendo perfeitamente cabível a sua aplicação em patamar intermediário (1/2), diante da reincidência. 3. Ordem concedida para redimensionar a pena, com modificação do regime e reconhecida a possibilidade de substituição da pena por duas restritivas de direito a serem fixadas pelo Juízo das Execuções Criminais.

4. Busca pessoal do paciente feita em razão de o mesmo ser negro conforme depoimento dos responsáveis pelo flagrante: "Que ao passar pela Rua Santa Teresa, Quadra 4, avistou ao longe um indivíduo de cor negra que estava em cena típica de tráfico de drogas, uma vez que ele estava em pé junto o meio fio da via pública e um veículo estava CONVICÇÃO DO RELATOR NÃO ACOMPANHADA NA SEXTA TURMA. 5. A cor da pele do paciente foi o que, considerando o depoimento dos policiais responsáveis pelo flagrante, despertou a suspeita que justificou a busca pessoal no paciente. Ainda que não tenha sido somente a cor da pele, mas, sim, todo o contexto, como estar o indivíduo ao lado de veículo, em atitude de mercancia, em área de tráfico, pela experiência dos policiais, a meu ver, a cor da pele foi o fator que primeiramente despertou a atenção do agente de segurança pública, o que não pode ser admitido. 6. Este Superior Tribunal de Justiça por diversas vezes constatou abusos praticados pelas forças policiais na execução das buscas pessoal e domiciliar, concedendo a ordem para reconhecer a nulidade das provas obtidas nessas buscas irregulares, com a consequente absolvição dos acusados. 7. Não se pode ter como elemento ensejador da fundada suspeita a convicção do agente policial despertada a partir da cor da pele, como descrito no Auto de Prisão em Flagrante constante dos autos, sob o risco de ratificação de condutas tirânicas violadoras de direitos e garantias individuais, a configurar tanto o abuso de poder, quanto o racismo. 8. Nula a abordagem realizada pelos policiais militares, diante da manifesta ausência de fundada suspeita de o paciente estar portando drogas no momento da abordagem, acarretando a ilicitude das provas obtidas por meio da busca pessoal. 9. Ausentes os elementos probatórios que ensejaram a condenação, a sentença deverá ser anulada, absolvendo-se o paciente por ausência de provas da materialidade do delito. 10. Na sessão de julgamento de 14/9/2021, a Sexta Turma não acompanhou o Relator na concessão da ordem de ofício, quanto à ilegalidade da busca pessoal, à míngua de fundada suspeita" (STF, Plenário, Habeas Corpus 208.240. Rel. Edson Fachin, 11/04/2024).

3. Dos critérios criminológicos e o preconceito na abordagem pessoal

Para que seja possível relacionar situações delimitadas pela fundada suspeita de agentes públicos com as escolas criminológicas, importante a compreensão do pensamento teórico criminológico positivista. Esse surge, no início do século XX, com a promessa de trazer a resolução do problema criminal a partir da ciência, que deveria efetivar a correção do indivíduo delinquente.

A escola positivista criminológica, a partir do estudo do criminoso, apresentou a ideia na qual o crime teria origem médica e natural. Os positivistas passaram a observar o fenômeno criminológico sob aspectos sociais, ultrapassando uma análise tão só normativa ou referente ao ilícito em si e partindo para um estudo sobre

o indivíduo criminoso. Pode-se perceber que, a partir da escola positivista, expandiu-se o escopo dos estudos das questões criminais, passando a considerar também como objeto de análise a figura do autor do delito. Sob uma ideologia repressiva e hierárquica (Santos, 2018), estabeleciam-se premissas de ordem etiológica e biológica.

A Criminologia Positiva (Lombroso, 2001) centralizou o estudo da questão criminal a partir da figura do delinquente.[2] O desenvolvimento era pautado em aspectos de ordem social, relacionando fatores como a pobreza e a marginalidade com o fenômeno criminológico, entendendo que o indivíduo que se desenvolve em cenários de precariedade estaria predisposto ao cometimento de ato ilícito, sendo apontados como pré-criminosos.

Porém, a partir do objeto de estudo da escola positivista, imprescindível compreender que o estudo do criminoso na realidade era um estudo "*sobre quem era incriminado*". Ou seja, com toda relação da incriminação de condutas relacionadas ao ex-escravo, imigrante e pessoas que não serviam ao modelo econômico vigente. E, importante, também, a relação da teoria eugenista,[3] caracterizada pela busca de uma melhoria racial seguindo critérios específicos de higiene, gerência de natalidade e populacional, com o objetivo de controle do Brasil como sociedade e nação.

A epistemologia eugenista tinha como objetivo a subjugação de indivíduos, membros da sociedade, porém marginalizados e reféns da pobreza, entendendo-os como inferiores a outros. O conceito de degenerescência, segundo foi fundamental para entender como os negros e a mestiçagem ocuparam "naturalmente" os andares inferiores da evolução humana. Por isso, nesse breve percurso histórico, até a atualidade, a análise das teorias criminológicas conservadoras com composição social é peça fundamental para a compreensão da abordagem policial e do processo de marginalização. As escolas conservadoras em políticas públicas foram

2. "*Assim, criado o conceito por Lombroso do 'criminoso nato' e estabelecendo distinções de ordem científico-biológicas entre os indivíduos, procediam com a análise da questão criminal, como se vê por Marcos César Alvarez. Ao partir do pressuposto de que os comportamentos são biologicamente determinados, e ao basear suas afirmações em grande quantidade de dados antropométricos, Lombroso construiu uma teoria evolucionista, na qual os criminosos aparecem como tipos atávicos, ou seja, como indivíduos que reproduzem física e mentalmente características primitivas do homem. Sendo o atavismo tanto físico quanto mental, poder-se-ia identificar, valendo-se de sinais anatômicos, quais os indivíduos que estariam hereditariamente destinados ao crime*" (Alvarez, 2005, p. 79).

3. "*Eugenia [...] é sinônimo de eugenesia e eugênica. Tem por fim a melhoria progressiva da espécie, pelo fomento da 'boa geração', pela 'procriação hígida' consistindo, em suma, no enobrecimento físico e mental do homem. [...] Como ciência, tem por objeto a investigação da herança biológica; como arte, tem por escopo a boa procriação*" (Nalli, 2005, p. 121).

pautadas em estigmas sociais, mantendo uma análise de cunho pejorativo e, sobretudo, com a manutenção de visões conservadoras, com fundamentos lombrosianos, como "cara de bandido" e outros elementos pejorativos.

Há, nessas teorias, uma relação criada entre pobreza, raça, marginalização e crime. Essas teorias, na realidade, buscavam o convencimento de que a melhora social historicamente buscada estava diretamente ligada ao embranquecimento da população e de que a fatia social que estaria atrasando o desenvolvimento era a da população negra. E isso com os estudos positivistas justificados até mesmo nas características físicas do indivíduo.

A Escola Positiva acabou por responder aos interesses da ascendente burguesia europeia, que, diante dos antecedentes históricos, via nas classes mais pobres uma ameaça. Com amparo na referida escola, havia uma "classe perigosa" composta por todos aqueles não tradicionalmente pertencentes à nobreza ou à burguesia, tal como pobres, desempregados, mendigos, vagabundos, órfãos, famintos, ladrões e outros pequenos criminosos. Somados a estes grupos estavam os negros e negras utilizados como mão de obra escrava.

A partir daí, importante elencar a "Labelling Approach Theory", ou "Teoria do Etiquetamento" (Lemert e Becker). A referida teoria possibilita a compreensão de todo esse contexto histórico-criminológico em diversos procedimentos. Ela assume que, em sociedades pluralistas, todos experimentam impulsos de condutas desviantes, construindo uma concepção de que há pessoas definidas como desviantes e pessoas que definem as outras como desviantes. Essa teoria muda o enfoque das teorias positivistas porque possui uma orientação de subjetividade.

O controle social produz o crime porque define que comportamento desviante é comportamento rotulado como desviante. Um homem pode se tornar desviante porque uma infração inicial foi rotulada como desviante:

> "La criminología sociológica fue incorporando el ejercicio del control social punitivo a su horizonte de proyección y, de ese modo, quebró su anterior límite epistemológico y se convirtió en una criminología de la reacción social, que desplazó del centro de su atención al delincuente para colocar en su lugar al sistema penal (policía, prisiones, jueces, medios, etc.)" (Zaffaroni; Santos, 2019, p. 32).

Em contraposição, as correntes de pensamento do *labelling approach* partiram do interacionismo simbólico, e a etnometodologia e, o plano de pesquisa negou a realidade ontológica do crime, passando a analisá-lo por uma perspectiva à existência de uma seletividade discriminatória desse mesmo sistema penal:

> "De este modo, a partir de los años sesenta del siglo pasado, los anglosajones elaboraron desde la sociología discursos críticos al poder punitivo (criminología

> académica crítica) que se expandieron por Europa y Estados Unidos, con diferente intensidad deslegitimante, puesto que, por un lado, los criminólogos liberales siguieron la perspectiva del etiquetamiento (labeling approach), de carácter interaccionista y prevaleciente análisis micro-sociológicas, en tanto que los radicales, en general marxistas, centraban su atención en lo macrosocial y en particular en el aspecto socio-económica. Aunque ambas posiciones confrontaron, en buena medida no eran incompatibles" (Zaffaroni; Santos, 2019, p. 40).

A escola positivista possui seu objeto na pessoa do criminoso, mas, na realidade, partiu do estudo de quem era incriminado. Dessa forma, originada do aspecto histórico e social fundados na estigmatização e criminalização foi elementar na construção "coloquial" do que se entende por fundada suspeita.

Assim, os critérios para fundada suspeita têm origem no paradigma punitivo, baseado em fundamentos criminológicos de exclusão social. O uso de estereótipos:

> "*pressupõe uma presunção de culpa contra qualquer pessoa que se enquadre neles, e não a avaliação caso a caso dos motivos objetivos que efetivamente indique que uma pessoa está ligada ao cometimento de um crime*" (Corte Interamericana de Direitos Humanos, caso Prieto e Tumbeiro *v.* Argentina. 2020).

E, ainda, que as detenções com bases discriminatórias são "*manifestamente desarrazoadas e, portanto, arbitrárias*" (*ibid.*).

Cada pessoa tem o direito de ser protegida contra invasões ilegítimas na sua privacidade, responsáveis pela enorme seletividade penal e o arbítrio praticado pelas forças de segurança.

4. Da escola criminológica crítica e limites legais na abordagem pessoal

A criminologia conservadora observava o fenômeno criminológico sob aspectos sociais, ultrapassando uma análise tão só normativa ou referente ao ilícito em si, e partindo para um estudo sobre o indivíduo criminoso. Sob uma ideologia repressiva e hierárquica (Santos, 2018) estabeleceu premissas de ordem etiológicas e biológicas, pautado em aspectos de ordem social, relacionando fatores como a pobreza e a marginalidade com o fenômeno criminológico.

Frente à atualidade dos discursos voltados para o punitivismo, manipulação midiática e insegurança social é ainda mais urgente a delimitação, de forma objetiva, dessa relação entre algumas abordagens policiais com perfilamento racial e preconceito. Daí o fundamento na escolha do julgado. Consta nos seus fundamentos que:

> "O Estado brasileiro comprometeu-se a proibir e a eliminar a discriminação racial em todas suas formas e a garantir o direito de cada um à igualdade perante

> a lei sem distinção de raça, de cor ou de origem nacional ou étnica (Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial). 4. O perfilamento racial na atividade policial ocorre quando as forças de segurança utilizam estereótipos baseados em raça, cor, etnia, idioma, descendência, religião, nacionalidade, local de nascimento ou uma combinação desses fatores, em vez de evidências objetivas, para submeter pessoas a revistas ou atos de persecução penal. 4. O perfilamento racial na atividade policial ocorre quando as forças de segurança utilizam estereótipos baseados em raça, cor, etnia, idioma, descendência, religião, nacionalidade, local de nascimento ou uma combinação desses fatores, em vez de evidências objetivas, para submeter pessoas a revistas ou atos de persecução penal. 5. A busca pessoal baseada em filtragem racial viola a Constituição Federal, a legislação pátria e os compromissos assumidos internacionalmente pelo Brasil."

A proposta da Teoria Crítica parte justamente dessa consciência do que caracteriza o pano de fundo para mencionada atividade policial. Estabelece uma base ideológica e científica que se preocupa em esclarecer a relação crime/formação econômico-social. Uma base materialista que estuda o crime e os sistemas de controle do crime como fenômenos enraizados nas contradições de classe de formações econômico-sociais, estruturadas pelo modo de produção dominante.

A Criminologia Crítica se atém a consciência de que as desigualdades econômicas e políticas entre as classes sociais são determinantes primárias do crime, perpassam pelas lutas políticas por direitos civis, no caso de ativistas negros estadunidenses, movimentos contra a guerra, movimento estudantil em 1968, nas revoltas das prisões e lutas de libertação:

> "Esse vínculo prático de criminólogos radicais com as lutas políticas e movimentos sociais da segunda metade do século desenvolve-se progressivamente, em uma visão crítica vertical à criminologia convencional-liberal que hegemoniza a teoria e a pesquisa sobre crime, desvio e controle social com a literatura mais influente, técnicos e consultores governamentais, o predomínio em comissões para o estudo do comportamento anti-social e a elaboração de programas de prevenção, geral, especial" (ZAFFARONI, 2019, p. 33).

Conceitos como estrutura política nacional e controle social passam a compor o estudo do fenômeno criminal. A perspectiva criminológica orientada pelo materialismo (método) que, ao incorporar os avanços das Teorias Conservadoras, refuta os modelos consensuais de sociedade e os pressupostos causais explicativos da criminalidade de base microssociológica e redireciona o objeto de investigação aos processos de criminalização, à atuação das agências do sistema penal e, sobretudo, às relações entre estrutura política e controle social.

A problemática do racismo e a marginalização da pobreza não desaparecem, mas passam a ser observadas num contexto de poderio neoliberal e de corporativismo, e deve, sobretudo, ter sua análise voltada às particularidades sociais existentes nos países latino-americanos. A consolidação da criminologia crítica a partir da década de 1970 representa o momento de superação de uma perspectiva micro para uma compreensão macrocriminológica no interior das ciências criminais, rompendo com o paradigma etiológico das escolas conservadoras.

Com essa abordagem da teoria crítica e real fundamento das buscas pessoais, há de se reconhecer que a amplitude do termo fundada suspeita acaba por agravar ainda mais a exclusão social. Daí, necessária a imposição de limites interpretativos, a fim de viabilizar um controle judicial mais rigoroso, evitando um papel acrítico das apreensões em diligências policiais.

A busca pessoal deve estar amparada por uma base legal clara, definida por leis que estipulem as condições e os limites para sua execução.

A autoridade policial deve comprovar suspeita razoável e objetiva de que a pessoa esteja envolvida em atividades ilícitas ou que represente uma ameaça à segurança pública. Suspeitas infundadas, baseadas em preconceitos ou discriminações, são inaceitáveis e podem configurar abuso de poder. Conforme explica Alexandre de Moraes, "*a justa causa é o elemento essencial para legitimar a intervenção estatal, evitando arbitrariedades*" (Moraes, 2010). Aury Lopes Jr. destaca que "a justa causa deve ser concretamente demonstrada, evitando interpretações subjetivas que possam justificar abusos" (Lopes Jr., 2019).

Assim, a motivação deve ser registrada de forma documentada de forma a garantir legitimação da atividade policial e para a proteção dos direitos do investigado, detalhando os motivos que levaram à decisão de realizar a busca: "a transparência na motivação das ações policiais é um pilar fundamental do estado de direito" (Prado, 2012). Aury Lopes Jr. acrescenta que "a documentação e a motivação são essenciais para a legitimação da atividade policial e para a proteção dos direitos do investigado" (Lopes Jr., 2019).

5. Conclusão

As Teorias Criminológicas Conservadoras, entendidas aqui como as escolas clássica e positiva, foram fundamentadas na punição como medida anticriminal oficial e controle da criminalidade em repressão. É o que se percebe na ideia central do trabalho ao analisar a fundada suspeita para a abordagem policial.

A fundada suspeita, sob uma perspectiva criminológica crítica, nada mais é do que paradigma bélico para a segurança pública, uma construção política pela qual o capitalismo contemporâneo controla os excessos reais e imaginários dos

contingentes humanos. Há, nessas teorias, uma relação criada entre pobreza, raça, marginalização e crime. Essas teorias, na realidade, buscavam o convencimento de que a melhora social historicamente buscada estava diretamente ligada ao embranquecimento da população e de que a fatia social que estaria atrasando o desenvolvimento era a da população negra. E isso com os estudos positivistas justificados até mesmo nas características físicas do indivíduo. Portanto, justifica-se todo arcabouço positivista na atual abordagem policial e delimitação da sua justa causa.

Consequentemente, a imposição de limites objetivos dessa abordagem passa pela compreensão das Teorias Críticas porque somente assim, inevitavelmente, pode-se aplicar reformas sociais de profundidade e reformas individuais voltadas a reeducar e ressocializar criminosos para o convívio em sociedade. Houve um vínculo prático de criminólogos radicais com as lutas políticas e movimentos sociais em uma visão crítica vertical à criminologia convencional-liberal. Uma vez que a referida escola refuta os modelos consensuais de sociedade e os pressupostos causais explicativos, redireciona as convenções sociais e a jurisprudência.

A problemática do racismo e a marginalização da pobreza na abordagem não desaparecem, mas passam a ser observadas num contexto de poderio neoliberal e de corporativismo, e deve, sobretudo, ter sua análise voltada às particularidades sociais.

Com essa abordagem da teoria crítica e real fundamento das buscas pessoais, há de se reconhecer que a amplitude do termo fundada suspeita acaba por agravar ainda mais a exclusão social. Daí, necessária a imposição de limites interpretativos, a fim de viabilizar um controle judicial mais rigoroso, evitando um papel acrítico das apreensões em diligências policiais.

A busca pessoal deve estar amparada por uma base legal clara, definida por leis que estipulem as condições e os limites para sua execução.

A autoridade policial deve comprovar suspeita razoável e objetiva de que a pessoa esteja envolvida em atividades ilícitas ou que represente uma ameaça à segurança pública. Suspeitas infundadas, baseadas em preconceitos ou discriminações, são inaceitáveis e configuram abuso de poder, tornando toda a investigação, processamento e atividade do estado inócua e com uma insegurança jurídica que gera inúmeras nulidades.

6. Referências bibliográficas

ALBERT, Geoffrey P.; MACDONALD, John M.; DUNHAM, Roger D. Police suspicion and discretionary decision during citizen stops. 2005. Disponível em: [http://www2.law.columbia.edu/fagan/courses/law_socialscience/documents/Spring_2006/Class%2021Racial%20Profiling/Alpert_Criminology.pdf]. Acesso em: 02.10.2016.

ALVAREZ, Marcos César. O homem delinquente e o social naturalizado: apontamentos para uma história da criminologia no Brasil. *Revista Teoria e Pesquisa*, [*s. l.*], n. 47, p. 71-92, 2005.

ANDRADE, Vera Regina. *Pelas mãos da criminologia*: o controle penal para além da (des)ilusão. Rio de janeiro: ICC, 2012.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia critica y crítica del derecho penal:* introducción a la sociologia juridico penal. Trad. Álvaro Búnster. Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2004.

BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução crítica à criminologia brasileira.* 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BEATO FILHO, Cláudio C.; PAIXÃO, Antônio Luiz. Crimes, vítimas e policiais. *Tempo Social; Rev. Sociol. USP*, São Paulo, v. 9, p. 233-248, 1997.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas.* Trad. Neury Carvalho Lima. São Paulo: Hunter Books, 2012.

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

BENTHAM, Jeremy. O panóptico. Belo Horizonte: Autêntica, 2020.

BONACCORSI, Daniela. Abordagem pessoal e fundada suspeita: uma análise a partir do Habeas Corpus n. 881.709 (STJ) e do AgRg no HC n. 646.771/PR (STJ) e seus aspectos criminológicos. *Revista da EJEF*, Comentários à Jurisprudência, edição n. 6, jun. 2024.

BONACCORSI, Daniela. *Das provas obtidas por meios ilícitos*. [*S. l.*]: D'Plácido, 2014.

BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria Nacional de Segurança Pública. *Atuação policial na proteção dos direitos humanos de pessoas em situação de vulnerabilidade:* cartilha. Brasília: SENASP/MJ, 2010.

CAMPANAG, Vanessa; ARAÚJO, Renata. Circunstâncias relacionadas à letalidade do Rio de Janeiro. *Caderno de Segurança Pública*, [*s. l.*], ano 11, n. 11, fev. 2019.

CONDE, Francisco Muñoz; HASSEMER, Winfried. *Introdução à criminologia.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

DA MATA, Jéssica, *A política do enquadro*. São Paulo: Ed. RT, 2021.

ELIAS, Norbert; SCOTSON, John. L. *Os estabelecidos e os outsiders*. Rio de Janeiro: Zahar, 2000.

GOUVEIA, João Tiago. *A escola clássica de criminologia.* Repositório das Universidades Lusíada, 2016. p. 37-61. Disponível em: [http://repositorio.ulusiada.pt/bitstream/11067/4379/1/ld_16_2016_3.pdf]. Acesso em: 22.05.2020.

LEMERT, Edwin M. *Social pathology.* New York: Mc Graw Hill, 1951.

LOMBROSO, C. *O homem delinquente.* Trad. 2. ed. francesa: Maristela Bleggi Tomasini e Oscar Antonio Corbo Garcia. Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2001.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2019.

MONSMA, Karl. Racialização, racismo e mudança: um ensaio teórico, com exemplos do pós-abolição paulista. In: Simpósio Nacional de História, 27, Natal, 2013. *Anais do XXVII Simpósio Nacional de História*, Natal, 2013.

NALLI, Marcus. Antropologia e racismo no discurso eugênico de Renato Kehl. *Teoria & Pesquisa Revista de Ciência Política*, v. 47, 2005.

PINHEIRO, Paulo Sergio. Violência, crime e sistemas policiais em países de novas democracias. *Tempo Social Revista Sociol. USP*, São Paulo, p. 43-44, maio 1997.

ROSA, Alexandre Morais da; BERCLAZ, Márcio Soares. As razões do auto de prisão em flagrante devem ser motivadas pelo delegado de polícia. 2015. Disponível em: [http://emporiodo-direito.com.br/as-razoes-do-auto-de-prisao-em-flagrante-devem--ser-motivadas-pelo-delegado-de-policia-por-alexandre-morais--da--rosa-e-marcio-soares-berclaz/]. Acesso em: 27.12.2023.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A criminologia radical.* 4. ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

SILVA, G. F. Considerações sobre criminalidade: marginalização, medo e mitos no Brasil. *Revista Brasileira de Segurança Pública*, São Paulo, ano 5, ed. 8, fev./mar. 2011.

SOUZA, Luís Antônio Francisco de. Anotações sobre a violência, o crime e os direitos humanos. *Revista de Psicologia da Unesp*, v. 2, n. 1, p. 15, 2003.

YAZBEK, Maria Carmelita. Pobreza no Brasil contemporâneo e formas de seu enfrentamento. *Serv. Soc. Soc. [on-line]*, [*s. l.*], n. 110, p. 288-322, 2012.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; SANTOS, Ílison Dias dos Santos. *La nueva crítica criminológica*: criminología en tiempos de totalitarismo financeiro. Quito, Ecuador: El Siglo, 2019.

7. Legislação

BRASIL. Lei de 16 de dezembro de 1830. Código Penal do Império do Brazil. Manda executar o Código Criminal. D. Pedro por Graça de Deus, e Unanime Acclamação dos Povos, Imperador Constitucional, e Defensor Perpetuo do Brazil: Fazemos saber a todos os Nossos subditos, que a Assembléa Geral Decretou, e Nós Queremos a Lei seguinte. Rio de Janeiro aos dezaseis dias do mez de Dezembro de mil oitocentos e trinta, nono da Independencia e do Imperio. Imperador com guarda. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LIM/LIM-16-12-1830.htm]. Acesso em: 22.05.2020.

8. Jurisprudência

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 598.051/SP. 6ª T. Rel. Min. Rogério Schietti. *DJe* 02.03.2021. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28HC.clas.+e+%40num%3D%22598051%22%29+ou+%28HC+adj+%22598051%22%29.suce.] Acesso em: 02.2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 737.075/AL. 6ª T. Rel. Min. Laurita Vaz. *DJe* 12.08.2022. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?preConsultaPP=&pesquisaAmigavel=+%3Cb%3E737.075%3C%2Fb%3E&acao=pesquisar&novaConsulta=true&i=1&b=ACOR&livre=737.075&filtroPorOrgao=&filtroPorMinistro=&filtroPorNota=&data=&operador=e&thesaurus=JURIDICO&p=true&tp=P&processo=&classe=&uf=&relator=&dtpb=&dtpb1=&dtpb2=&dtde=&dtde1=&dtde2=&orgao=&ementa=&nota=&ref=]. Acesso em: 09.2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Habeas Corpus 158.580/BA. 6ª T. Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz. *DJe* 25.04.2022. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202104036090&dt_publicacao=25/04/2022]. Acesso em: 05.2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 208.240. Decisão monocrática. Rel. Min. Edson Fachin. *DJe* 22.04.2024. Disponível em: [https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6287873]. Acesso em: 07.2024.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Áreas do Direito: Processual; Penal

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- Busca pessoal v. *stop and frisk*: Um breve exame sobre a abordagem policial de rua no Brasil e nos EUA, de Marllon Sousa – *RBCCrim* 151/317-343;
- Criminalização de uma cor: Sistema punitivo como ferramenta de subjugação do indivíduo negro, de Sara Luz – *RBCCrim* 128/233-270;
- Entre a lei processual e a praxe policial: Características e consequências da desconcentração e do descontrole da busca pessoal, de Gisela Aguiar Wanderley – *RBCCrim* 128/115-149;
- Filtragem racial na abordagem policial: A "estratégia de suspeição generalizada" e o (des)controle judicial da busca pessoal no Brasil e nos Estados Unidos, de Gisela Aguiar Wanderley – *RBCCrim* 135/189-229;
- Intervenções corporais coercitivas, *nemo tenetur se detegere* e inovações tecnológicas: É o fim do direito de não produzir provas contra si mesmo?, de Maria Paes Barreto de Araujo Carvalho – *RBCCrim* 188/291-336;
- Revista pessoal do empregado no direito comparado, de Edilton Meireles – *RDT* 204/67-86;
- STF proíbe abordagem policial apenas por perfil racial, de Editorial RT – *Boletim Revista dos Tribunais Online* 51; e
- Violência policial, racismo institucional e o papel do Poder Judiciário: Infelizes semelhanças entre Brasil e EUA, de Marllon Sousa – *RT* 1022/361-374.

Bonaccorsi, Daniela. A decisão no *Habeas Corpus* 208.240 do Supremo Tribunal Federal a partir de uma análise criminológica. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 204. ano 32. p. 407-419. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2024. DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.12628317].

Direito Por Quem o Faz

Parecer – A nova criminologia e a criminologia feminista: impropriedade, vagueza e ambiguidade conceitual em questão de concurso público para a Polícia Civil do Estado de São Paulo

Opinion – The new criminology and feminist criminology: impropriety, vagueness and conceptual ambiguity in a public examination question for the Civil Police of the State of São Paulo

Vera Regina Pereira de Andrade[1]
Universidade Federal de Santa Catarina, UFSC, Brasil.
E-mail: vrpandrade@hotmail.com

Mariana Dutra de Oliveira Garcia[2]
Universidade Federal de Santa Catarina, UFSC, Brasil.
E-mail: marianadutragarcia@gmail.com

Marcelo Mayora Alves[3]
Universidade Federal do Pampa - UNIPAMPA - Bagé/RS.
E-mail: marceloalves@unipampa.edu.br

Autores convidados

DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.12628331].

1. Doutora e Mestra em Direito (UFSC). Professora Titular da Universidade Federal de Santa Catarina.
   Lattes: [http://lattes.cnpq.br/3497709864907908].
   Orcid: [https://orcid.org/0009-0008-5987-3451].
   E-mail: vrpandrade@hotmail.com
2. Doutoranda e Mestre em Direito (UFSC).
   Lattes: [http://lattes.cnpq.br/6992777334687811].
   Orcid: [https://orcid.org/0000-0001-5447-9115].
   E-mail: marianadutragarcia@gmail.com
3. Doutor em Direito (UFSC) e Mestre em Ciências Criminais (PUCRS). Professor Adjunto da Universidade Federal do Pampa.

A., V. R. P. de; G., M. D. de O.; A., M. M. Parecer – A nova criminologia e a criminologia feminista: impropriedade, vagueza e ambiguidade conceitual em questão de concurso público para a Polícia Civil do Estado de São Paulo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 204. ano 32. p. 423-461. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2024.
DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.12628331].

Áreas do Direito: Administrativo; Penal

Resumo: O artigo consiste na versão integral, omitidos os nomes do advogado-consulente e de seu cliente, de parecer que sustenta a necessidade de anulação de uma das questões da prova do concurso público para o cargo de Perito Criminal da Polícia Civil de São Paulo (PC 01/2023), cujo conteúdo gira em torno da Nova Criminologia e da Criminologia Feminista. Ao longo da argumentação questionamos a vulgarização do saber criminológico, fenômeno que está a ocorrer no contexto dos concursos para recrutamento da burocracia estatal e dos produtos e negócios que com eles se relacionam, notadamente os "livros para concurso" e os "cursinhos jurídicos".

Palavras-chave: Nova Criminologia – Criminologia Feminista – Concurso Público.

Abstract: The article consists of the full version, omitting the names of the lawyer-consultant and his client, of an opinion that supports the need to annul one of the questions in the public examination for the position of Criminal Expert for the São Paulo Civil Police (PC 01/2023), the content of which revolves around New Criminology and Feminist Criminology. Throughout the argument, we questioned the vulgarization of criminological knowledge, a phenomenon that is occurring in the context of public exams to recruit the state bureaucracy and the products and businesses that are related to them, notably "books for public exams" and "short legal courses".

Keywords: New Criminology – Feminist Criminology – Public Examination.

Sumário: 1. Introdução: consulta e tema de análise. 2. A criminologia, os concursos públicos e as questões de múltipla escolha. 3. Impropriedade teórica e conceitual no enunciado – inexistência de resposta correta – o que é a "Nova Criminologia"?. 4. A pluralidade das criminologias feministas – vagueza e ambiguidade na questão – existência de duas respostas corretas. a. O estudo da mulher como vítima. b. A reivindicação do recrudescimento punitivo a crimes praticados em razão do gênero. 5. Respostas aos quesitos. 6. Referências bibliográficas.

1. Introdução: consulta e tema de análise

1. As autoras e o autor deste parecer receberam consulta de advogado que patrocinou, em ação judicial, os interesses de candidato que prestou o concurso para o cargo de Perito Criminal da Polícia Civil do Estado de São Paulo. A controvérsia refere-se à correção da resposta de uma das perguntas relativa à disciplina de Criminologia na prova do referido certame e a consequente necessidade de anulação da questão.

2. A dita questão, de número 6, vai abaixo transcrita:

> **"Com relação à Nova Criminologia, é correto afirmar que:**
> **(A) A criminologia feminista alicerça-se no estudo da mulher como vítima e reivindica o recrudescimento punitivo a crimes praticados em razão do gênero.**

Lattes: [http://lattes.cnpq.br/4677068855065531].
Orcid: [https://orcid.org/0000-0002-9135-9064].
E-mail: marceloalves@unipampa.edu.br

A., V. R. P. de; G., M. D. de O.; A., M. M. Parecer – A nova criminologia e a criminologia feminista: impropriedade, vagueza e ambiguidade conceitual em questão de concurso público para a Polícia Civil do Estado de São Paulo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 204. ano 32. p. 423-461. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2024.
DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.12628331].

> (B) A criminologia clínica tem por foco os indivíduos inimputáveis, em cumprimento de medidas de segurança, e alicerça-se na ideia de tratamento, objetivando a reintegração social.
> (C) A criminologia *queer* alicerça-se na crítica à heteronormatividade, aos binarismos sexuais e de gênero, bem como à criminalização e patologização das orientações sexuais.
> (D) A criminologia ambiental alicerça-se no estudo da reabilitação do criminoso, a partir do ambiente social e cultural em que inserido.
> (E) A criminologia racial alicerça-se no combate à construção do estereótipo do negro como criminoso, mas não abarca o encarceramento em massa de pessoas negras, objeto da criminologia crítica."

3. Nos termos do gabarito da banca examinadora do certame, a resposta correta é a de letra "C". O candidato, contudo, considerou a letra "A" a resposta certa. Inconformado, o candidato recorreu à banca examinadora, argumentando, em síntese, que a alínea "A" também pode ser considerada correta. A banca examinadora respondeu de modo absolutamente sucinto e parcamente motivado:

> "A criminologia feminista não se alicerça no estudo da mulher como vítima, ao contrário, tem por objeto de estudo também a mulher como autora de crime. Ademais, embora a criminologia feminina esteja muito ligada à diferenciação de gênero, vai além, na medida em que criou espaço para novos paradigmas criminológicos, com a inclusão de marcadores sociais, já que não há como concentrar todas as mulheres em um único grupo."

4. Por este motivo, o consulente apresentou os seguintes questionamentos:

a) A questão de número 6 contém impropriedade, vagueza e ambiguidade conceitual, diante do campo teórico da Criminologia?

b) Na questão de número 6 não há resposta correta, diante do campo teórico da Criminologia?

c) Na questão de número 6 constam duas respostas corretas, diante do campo teórico da Criminologia?

d) A questão de número 6 deve ser anulada?

5. Para responder às perguntas suscitadas, as autoras e o autor trabalharam, em primeiro lugar, com obras de referência do campo da Criminologia (consagradas como "clássicos"), fundamentalmente da perspectiva que a questão nomina – equivocadamente, já adiantamos – "Nova Criminologia"; em segundo lugar, com as obras das autoras mais destacadas das diversas perspectivas da Criminologia Feminista, mormente produzida no Brasil. Neste sentido, foram consultados e serão referenciados livros e artigos científicos acerca da temática.

6. Dito isso e esclarecido o problema a ser enfrentado, vamos ao parecer.

A., V. R. P. de; G., M. D. de O.; A., M. M. Parecer – A nova criminologia e a criminologia feminista: impropriedade, vagueza e ambiguidade conceitual em questão de concurso público para a Polícia Civil do Estado de São Paulo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 204. ano 32. p. 423-461. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2024.
DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.12628331].

2. A criminologia, os concursos públicos e as questões de múltipla escolha

7. Em um importante artigo da área da pedagogia acerca da temática da avaliação dos discentes, o Professor Bernardo Buchweitz[4], da Universidade Federal de Pelotas, elaborou "recomendações para a elaboração de questões de múltipla escolha", nas quais indica, entre outros pontos, os seguintes:

> "(i) Usar informações, dados e conhecimentos sobre os quais, de maneira geral, não haja controvérsia na comunidade científica especializada.
> (ii) O enunciado de cada questão deve abordar uma situação ou um problema completo e bem definido, que permita uma interpretação clara e inequívoca.
> (iii) Deve haver uma única alternativa com a resposta correta."

8. No campo da Criminologia (e das Ciências Sociais em geral), as recomendações acima transcritas, essenciais à correção de um instrumento avaliativo objetivo, são de difícil concretização. É que a Criminologia constitui um campo de grande complexidade, em que convivem a permanência e a mudança de paradigmas científicos, no interior dos quais têm se desenvolvido teorias, conceitos e metodologias plurais, especialmente desde meados do século XIX, na Europa, o que dificulta a elaboração de questões nas quais não constem temas controversos na área de conhecimento e que permitam interpretações claras e inequívocas sobre as assertivas. A vitalidade das ciências sociais decorre justamente do fato de que suas premissas e conclusões encontram-se permanentemente em aberto, disponíveis à atualização epistemológica e à desconstrução teórica e empírica no contexto dos diálogos e debates entre os profissionais de cada campo do conhecimento; o que é, aliás, a característica fundante de sua cientificidade.

9. Desse modo, apesar da importância e das boas intenções que presidem a inclusão da Criminologia em certames, a elaboração de perguntas está a demandar aperfeiçoamento. Aliás, não se pode esquecer que em torno dos concursos públicos desenvolve-se todo um mercado de "cursinhos" e de livros destinados a concursos, que tem como objetivo precípuo auxiliar o candidato e cujos temas são determinados pelos conteúdos programáticos dos concursos. Desta forma, a elaboração e a utilização em provas de perguntas eivadas de equívocos teóricos e conceituais gera um círculo vicioso: os livros e as aulas fundamentam-se nos conteúdos errôneos das perguntas, que por sua vez são preparadas a partir das concepções incorretas dos livros. Além disso, é neste contexto que se desenvolvem os "manuais

4. BUCHWEITZ, Bernardo. Elaboração de questões de múltipla escolha. Revista de Estudos em Avaliação Educacional [online]. n. 14, p. 83-104, 1996. Disponível em: [http://educa.fcc.org.br/pdf/eae/n14/n14a06.pdf].

A., V. R. P. de; G., M. D. de O.; A., M. M. Parecer – A nova criminologia e a criminologia feminista: impropriedade, vagueza e ambiguidade conceitual em questão de concurso público para a Polícia Civil do Estado de São Paulo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* vol. 204. ano 32. p. 423-461. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2024.
DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.12628331].

esquematizados" e os "resumos simplificados", que acabam por obliterar a complexidade da discussão científica e cristalizar estados ultrapassados de saber teórico. Quem perde, no final das contas, é o estudante e o concursando, que "aprendem errado", e a Criminologia, como ciência que se pretende rigorosa e socialmente útil[5].

10. Na questão em análise, veremos que existem dois graves problemas de linguagem que apareceram na formulação das questões e que impedem ao candidato decidir-se pelo significado certo ou errado a ser atribuído às expressões constantes no enunciado e nas hipóteses.

11. Em primeiro lugar, verifica-se a existência de impropriedade – isto é, o "que não exprime exatamente a ideia, o pensamento"[6] – pois a expressão "Nova Criminologia" refere-se, segundo amplo consenso na comunidade científica, a uma perspectiva criminológica específica, em relação à qual as Criminologias contemporâneas designadas nas hipóteses não podem ser consideradas subespécies. Ou seja, nenhuma das afirmações constantes nas alíneas é correta com relação à "Nova Criminologia".

12. Em segundo lugar, nota-se um problema estrutural de vagueza e ambiguidade significativa na formulação da hipótese constante na letra "A", relativa à Criminologia Feminista. A frase, que analisaremos neste parecer, contém duas afirmações: (i) a criminologia feminista alicerça-se no estudo da mulher como vítima; (ii) a criminologia feminista reivindica recrudescimento punitivo a crimes praticados em razão do gênero. Ambas as afirmações não se prestam ao uso em questões objetivas, pois não permitem uma definição clara e unívoca.

---

5. A nossa preocupação com o ensino da Criminologia vem de longa data e decorre do fato de que lecionamos a disciplina por aproximadamente 30 anos, no Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina. Na Quarta parte – intitulada Empirias e Pedagogias Criminológicas e Político-Criminais – de nossa obra "Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des) ilusão", que integra a coleção Pensamento Criminológico (ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Op. cit.* Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2012), dedicamos três textos à reflexão sobre o tema, quais sejam: (i) A criminologia no ensino do direito: importância da criminologia no ensino jurídico e de criminólogos críticos no sistema de justiça; (ii) A criminologia na extensão "Universidade sem Muros": importância da criminologia para a interação entre universidade, prisão e comunidade; e (iii) A criminologia e a mudança de paradigma em segurança pública: importância da criminologia para a democratização do controle penal. Na pós-graduação, dois dos últimos trabalhos que orientamos antes da aposentadoria (da universidade) foram sobre o mesmo tema: A criminologia no ensino jurídico no Brasil (GARCIA, Mariana Dutra de Oliveira de. Dissertação de mestrado: UFSC, 2014) e O ensino da criminologia dos mestrados em direito das universidades públicas (CARDOSO, Helena Schiessl. Tese de doutorado: UFSC, 2017).

6. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009. p. 1058.

13. Luis Alberto Warat foi o jurista e filósofo da linguagem que introduziu no campo jurídico e acadêmico brasileiro, de modo pioneiro, a reflexão sobre a interpretação a partir de premissas semiológicas. Ensina Warat que "definir é tentar especificar a conotação de um termo" ou "mostrar um critério através do qual um rótulo pode ser aplicado a uma classe de objeto"[7]. Segundo o autor, definir "é realizar um processo de classificação" e a tarefa de classificar "responde a uma seleção de anotações possuindo em comum certos objetos, coisas ou elementos que são considerados relevantes, com relação aos propósitos de classificação.[8]" Ocorre que quando se utilizam outros critérios, "poderão ser formadas diferentes classes, considerando ou destacando como relevantes outras propriedades, as quais não tinham nenhuma relevância para o processo de classificação anterior.[9]" A definição de algo é, portanto, contextual, e depende dos critérios dos quais se parte.

Conforme Warat:

> "As palavras de nossa linguagem servem para fazer referência às diferentes classes de objetos que foram se constituindo no processo de compreensão da realidade natural e social. Quando uma pergunta sobre o significado de um termo é feita, está se pedindo que lhe seja proporcionado um critério que lhe permita saber a que classe de objetos o rótulo, cujo sentido se desconhece, é aplicado"[10].

14. Na questão em tela, o critério que permitiria ao candidato "saber a que classe de objetos o rótulo é aplicado" não foi oferecido. Disso decorre, primeiramente, a vagueza da afirmação (ou das afirmações), pois não é possível saber o contexto temporal e local a que se refere a frase: de qual criminologia feminista se está a falar? E de que época?

Segundo Warat, um termo é vago:

> "(...) quando não existe uma regra definida quanto a sua aplicação. Na prática, os critérios mediante os quais se pretende explicar o significado dos termos gerais da linguagem natural não permitem decidir, na totalidade dos casos, os limites precisos para sua denotação, devendo os usuários decidir pragmaticamente se incluem ou não determinadas situações, objetos ou subclasses de termos dentro da denotação"[11].

15. Ademais, as afirmações também são ambíguas, no sentido de que expressam "mais de um significado" e "possuem um campo de referencial múltiplo", bem como

7. WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao direito* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994. p. 32. v. I: interpretação da lei: temas para uma reformulação.
8. Ibidem, p. 32.
9. Ibidem, p. 32.
10. Ibidem, p. 32
11. WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000. p. 76.

A., V. R. P. de; G., M. D. de O.; A., M. M. Parecer – A nova criminologia e a criminologia feminista: impropriedade, vagueza e ambiguidade conceitual em questão de concurso público para a Polícia Civil do Estado de São Paulo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* vol. 204. ano 32. p. 423-461. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2024.
DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.12628331].

porque possuem uma "significação anêmica", pois não apresentam "características designativas para seu contexto de uso"[12]. Ambas as afirmações – de que a criminologia feminista se alicerça no estudo da mulher como vítima e de que reivindica o recrudescimento punitivo a crimes praticados em razão do gênero – são notoriamente ambíguas, no sentido lecionado por Warat, pois podem ser consideradas corretas a depender do contexto significativo fundamentador da interpretação.

16. Warat ainda ensina que "a única fórmula para eliminar-se, transitoriamente, as dúvidas, consiste em estabelecer definições esclarecedoras", também chamadas de aclaratórias, que estabeleceriam na situação interpretativa os critérios a partir dos quais a expressão deve ser compreendida[13]. No caso em questão, as definições esclarecedoras ou aclaratórias poderiam constar na própria assertiva da hipótese, com a especificação das já mencionadas dimensões contextuais temporais (quando?) e espaciais (onde?), o que não foi feito pelos responsáveis pela elaboração da prova.

17. Em síntese, é preciso preparo e cuidado científico, além de discernimento pedagógico, para a formulação de questões de múltipla escolha e de veracidade/falsidade em provas de Criminologia. Os conceitos deste campo do saber, em geral, são dinâmicos, sujeitos a uma aproximação progressiva da realidade e devem ser permanentemente revistos e colocados à prova em reflexões teóricas e empíricas. Concluída esta necessária introdução, passamos aos comentários sobre a primeira impropriedade teórica e conceitual constante na questão de número 6.

3. Impropriedade teórica e conceitual no enunciado – inexistência de resposta correta – o que é a "Nova Criminologia"?

18. A pergunta em análise tem o seguinte enunciado: *"Com relação à Nova Criminologia, é correto afirmar que: (...)"*. Na sequência, as respostas possíveis tratam de perspectivas contemporâneas da Criminologia, nominadas como Feminista, Clínica, *Queer*, Ambiental e Racial. Ocorre que o termo "Nova Criminologia" (doravante sem aspas) demarca uma perspectiva devidamente delimitada no espaço e no tempo, com base teórica definida e fundada em obra homônima. Ela surge na Inglaterra, em 1973, baseada na matriz teórica marxista e é assim chamada no livro *The new criminology:* for a social theory of deviance, de Ian Taylor, Paul Walton e Jock Young[14]. Posteriormente, em 1977, o livro foi traduzido para o espanhol,

12. WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994. p. 42. v. I: interpretação da lei: temas para uma reformulação.

13. Ibidem, p. 40.

14. TAYLOR, Ian; WALTON, Paul; YOUNG, Jock. *The new criminology:* for a social theory of deviance. London: Routledge, 1973.

levando o título de *La nueva criminologia:* contribuición a una teoria social de la conducta desviada[15]. Até hoje a obra não foi traduzida ao português.

19. Os autores de *The new criminology* explicam no prefácio que "o livro é o produto das deliberações e acontecimentos vinculados com a National Deviance Conference, um grupo cada vez mais numerosos de sociólogos interessados na ação social no Reino Unido"[16]. E na conclusão esclarecem que o objetivo do empreendimento era construir uma "teoria plenamente social do desvio, que possa explicar as formas que assumem o controle social e a conduta desviante em sociedades desenvolvidas"[17]. Trabalhando a partir de uma perspectiva marxista, os autores ainda tratam dos debates da matriz teórica e afirmam que a "nova criminologia dividiu-se em duas tendências diferentes: por um lado, a poética social-democrática e por outro, a revolucionária de ação direta"[18]. Não é o caso de resenharmos a obra. O objetivo é apenas evidenciar que o enunciado da pergunta incorre em equívoco conceitual.

20. Não há divergência no campo acadêmico da Criminologia sobre o significado de Nova Criminologia. Tal é a demonstração que segue, a partir das vozes de alguns dos mais importantes criminólogos latino-americanos. Lola Aniyar de Castro, no clássico livro *Criminologia da reação social*, publicado no Brasil em 1983, dissertou longamente sobre a Nova Criminologia. Segundo a autora:

> "A nova Criminologia não é, necessariamente, criminologia nova. Essa denominação faz referência ao livro que, com esse nome, *publicaram ano passado* três sociólogos ingleses: Ian Taylor, Paul Walton e Jock Young. É, sem dúvida, o esforço mais completo e sistematizado de fazer uma criminologia de cunho marxista, mantendo com o marxismo uma distância necessária para não torná-lo uma aplicação esquemática, na pretensão de conservar uma posição crítica. *É preciso reconhecer o impacto desta obra em toda a armação conceitual de nossa disciplina*. Neste momento, em todas as partes, os criminólogos do *establishment* estão atacando a Nova Criminologia"[19] (grifos nossos).

21. Ressalte-se que, embora o livro tenha sido publicado no Brasil em 1983, foi lançado originalmente, em espanhol, em 1977, mas escrito nos anos de 1974 e 1975, motivo pelo qual Lola de Castro estava a tratar do tema no calor da hora, de modo

15. TAYLOR, Ian; WALTON, Paul; YOUNG, Jock. *La nueva criminología:* contribuición a una teoria social de la conducta desviada. Tradución de Adolfo Crosa. Buenos Aires: Amorrortu Editores, 1977.
16. Ibidem, p. 17 (tradução nossa).
17. Ibidem, p. 285 (tradução nossa).
18. Ibidem, p. 296 (tradução nossa).
19. ANIYAR DE CASTRO, Lola. *Criminologia da reação social*. Trad. Ester Kosovski. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 158.

A., V. R. P. de; G., M. D. de O.; A., M. M. Parecer – A nova criminologia e a criminologia feminista: impropriedade, vagueza e ambiguidade conceitual em questão de concurso público para a Polícia Civil do Estado de São Paulo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* vol. 204. ano 32. p. 423-461. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2024.
DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.12628331].

que menciona o livro dos sociólogos ingleses publicado no "ano passado", como grifamos. Lola ainda informa que os sociólogos ingleses abriram o debate criminológico, apontando os requisitos para a construção de uma teoria que pudesse explicar as formas assumidas pelo controle social e o comportamento desviante nas sociedades "caracterizadas pela dominação de um modo capitalista de produção, por uma divisão do trabalho que envolve o crescimento de um exército inteiro de 'especialistas', (...) a quem se atribui um papel crucial nas tarefas de definição e controle social, pela necessidade de segregar – em sanatórios mentais, prisões e instituições juvenis", uma infinidade de pessoas nas quais recai o rótulo de "perigoso"[20].

22. Gabriel Anítua, em outra obra já consagrada clássica no campo, cuja leitura é obrigatória para o estudante de Criminologia, ensina, no mesmo sentido:

> "Esse tipo de reflexão sobre o positivismo a partir da recuperação da sociologia do desvio norte-americana foi também geradora da obra mais importante, e com maior transcendência dentro e fora de seu país de origem, pois seus autores se declaravam marxistas. Refiro me a *A nova criminologia*, lançada em 1973 e escrita por Ian Taylor (1944-2001), Paul Walton e Jock Young, que defendia uma nova criminologia radical, crítica e materialista. Em suas próprias palavras, essa criminologia deveria comprometer-se com a abolição das desigualdades de riquezas e de poder a partir de uma perspectiva marxista, à qual se propunham completar com a percepção do delito como uma consequência da estrutura social na qual acontece. (...). Para estudar tudo isso, eles propunham visualizar as origens estruturais e superestruturais do desvio, assim com as reações mais imediatas das instâncias oficiais e do público"[21].

23. Roberto Bergalli, em idêntica linha:

> "Así es como Ian Taylor, Paul Walton y Jock Young escriben *The new criminology. For a social Theory of Deviance* en 1973, luego traducida al italiano y al castellano (1975, 1977). Con este libro queda formulada la propuesta de la primera criminología radical, de cuño marxista, que transforma el nuevo paradigma de análisis del fenómeno criminal y de la desviación en general –desde su molde interaccionista– y lo enraíza en una teoría crítica y materialista de la sociedad capitalista"[22].

24. Carlos Elbert explica que a Nova Criminologia situa-se no contexto do desenvolvimento da interpretação marxista dos conflitos sociais, que ocorre nos anos 1960 no contexto estadunidense e europeu. Para o autor:

20. Ibidem, p. 159.

21. ANITUA, Gabriel Ignacio. *Histórias dos pensamentos criminológicos*. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 666.

22. BERGALLI, Roberto; RAMIREZ, Juan Bustos; MIRALLES, Teresa. *El pensamiento criminológico*. Una análisis critico. Bogota: Editorial Temis Librería, 1983. p. 222. v. 1.

> "A gênese europeia da corrente materializou-se no famoso livro de Taylor, Walton e Young, *A nova criminologia,* antes citado. Tal obra resultou de uma cisão de sociólogos ingleses radicalizados, que vinham trabalhando na *National Deviance Conference,* enquadrados no enfoque do Labelling Approach, ao qual consideravam insuficiente sem o apoio de uma teoria geral da sociedade. O texto, surgido em 1973, teve rápida difusão em diversas línguas e uma repercussão imediata"[23].

25. A criminóloga espanhola Elena Larrauri demonstra, a sua vez, que a Nova Criminologia surge a partir da crítica materialista (marxista) do Labelling Approach e analisa "la difícil entrada da Marx al mundo de la criminologia", estudando a utilização do marxismo para a construção de uma nova criminologia e para a crítica das teorias criminológicas anteriores[24]. Vejamos a síntese da autora:

> "La nueva criminologia recogió el legado de la nueva teoria de la desviación. Sin embargo, influída por algunos teóricos norteamericanos, realizó una critica materialista a las anteriores perspectivas, tildándolas de subjetivas e idealistas.
> Partiendo de una perspectiva materialista, la nueva criminologia intento desarrollar una criminología de orientación marxista. El éxito de la nueva criminología puede explicarse por esta incorporación de Marx al ámbito de la criminología e por su presentación en forma de libro de texto.
> La entrada de Marx en el mundo de la criminología se tradujo en una toma de consideración del contexto social global en el estudio de la delincuencia; en el análisis de las normas, su aplicación y funcionamiento del sistema penal, en atención a la función que cumplen en el establecimiento del sistema capitalista, y en la elaboración de una teoría apta para propiciar el cambio social.
> *La repercusión e impacto de la nueva criminología fue enorme y puede decirse que ésta marco el surgimiento de la criminología crítica.* Sin embargo, no se libró de múltiples objeciones"[25] (grifo nosso).

26. Larrauri explica que a primeira época da criminologia crítica deve ser denominada de "nova criminologia marxista", "a pesar de que la obra más representativa, la de los autores ingleses Ian TAYLOR, Paulo WALTON e Jock YOUNG (The New Criminology, 1973), fue precisamente acusada de ser poco marxista y caer más bien em posiciones anarquistas". Por isso, prefere denominar "criminologia

23. ELBERT, Carlos Alberto. *Manual básico de criminologia*. Trad. Ney Fayet Jr. Porto Alegre: Lenz, 2003. p. 154.
24. LARRAURI, Elena. *La herencia da la criminologia critica*. Madrid: Siglo Veintiuno, 1991. p. 101-141.
25. Ibidem, p. 141.

A., V. R. P. de; G., M. D. de O.; A., M. M. Parecer – A nova criminologia e a criminologia feminista: impropriedade, vagueza e ambiguidade conceitual em questão de concurso público para a Polícia Civil do Estado de São Paulo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* vol. 204. ano 32. p. 423-461. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2024.
DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.12628331].

crítica a segunda etapa, que resulta "de la revisión de los proprios criminólogos críticos"[26].

27. Também nós temos participado deste debate desde a década de 1990, e em nossa obra de síntese de trajetória de pesquisa decenária, defendemos o seguinte:

> "Podemos demarcar, pois, nesse *continuum*, três grandes momentos históricos e epistemológicos:
> 1) na década de 1960, consolida-se a passagem de um paradigma criminológico etiológico, centrado na investigação do crime e no criminoso (violência individual), de corte ainda positivista, para um paradigma centrado na investigação da reação ou controle social e penal (violência institucional), de corte construtivista-interacionista, dando origem a uma Criminologia da reação ou controle social, amadurecida por dois saltos qualitativos;
> 2) a partir da década de 1970, o desenvolvimento materialista desta Criminologia marca o surgimento das chamadas Criminologia radical, *nova Criminologia* e Criminologia crítica, Criminologia dialética, Criminologia da liberação, no âmbito das quais o sistema penal receberá uma interpretação macrossociológica, no marco das categorias capitalismo e classes sociais (Criminologia da violência estrutural);
> 3) quase simultaneamente, o desenvolvimento feminista deste paradigma origina a chamada Criminologia feminista, no âmbito da qual o sistema penal receberá também uma interpretação macrossociológica, no marco das categorias patriarcado *e gênero, e a indagação sobre como o sistema penal trata a mulher, a mulher como vítima e uma Vitimologia crítica assumem aqui um lugar central*"[27] (grifos nossos).

28. Ou seja, todas as autoras e todos os autores citados corroboram nossa afirmação acerca do significado da expressão Nova Criminologia de acordo com a história dos pensamentos criminológicos. De que esta perspectiva surge na década de 1960, a partir de uma investida de orientação marxista na questão criminal. A Nova Criminologia, portanto, foi uma forma de abordagem situada no tempo – década de 1960 – no espaço – na Europa – que se somou a outras perspectivas a partir das quais se consubstancia a passagem de um paradigma criminológico baseado na investigação das causas da criminalidade a um paradigma baseado na investigação das condições de criminalização. Neste ponto surge a Criminologia Crítica, denominação que designa, em sentido lato:

26. MOLINÉ, José Cid; LARRAURI, ELENA. Teorías criminológicas. Explicación y prevención de la delincuencia. Barcelona: Editorial Bosch, 2001, p. 226.
27. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Pelas mãos da criminologia*. O controle penal para além da (des)ilusão. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2012. p. 127.

A., V. R. P. de; G., M. D. de O.; A., M. M. Parecer – A nova criminologia e a criminologia feminista: impropriedade, vagueza e ambiguidade conceitual em questão de concurso público para a Polícia Civil do Estado de São Paulo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 204. ano 32. p. 423-461. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2024.
DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.12628331].

> "[...] um estágio avançado da criminologia radical norte-americana e da nova criminologia europeia, englobando um conjunto de obras que, desenvolvendo um pouco depois as indicações metodológicas dos teóricos do paradigma da reação social e do conflito e os resultados a que haviam chegado os criminólogos radicais e novos, chegam, por dentro desta trajetória, à superação deles. E nesta revisão crítica aderem a uma interpretação materialista dos processos de criminalização nos países do capitalismo avançado"[28].

Teríamos ainda muito mais a dizer no que toca às especificidades da Criminologia Crítica desenvolvida no contexto latino-americano e brasileiro, mas esta empreitada fugiria ao escopo deste parecer.

29. Situado o significado da corrente teórica chamada Nova Criminologia – ou, nos termos da questão, explicado o que é correto afirmar sobre a Nova Criminologia – resta ainda dizer que as criminologias evocadas nas respostas à questão – Feminista, Clínica, *Queer*, Ambiental e Racial – desenvolveram-se como antíteses desta perspectiva. A Nova Criminologia, repetimos, teve base teórica marxista e, como tal, centrou suas preocupações na problemática de classe, o mesmo ocorrendo, com matizes, no desenvolvimento da Criminologia Crítica "clássica", por assim dizer. Com exceção da Criminologia Clínica – cuja presença na questão, ao lado das demais, causa uma perplexidade ao estudioso do campo, porque, dadas suas raízes etiológicas do século XIX, está completamente deslocada ali – as demais perspectivas citadas afirmam-se justamente apontando as "ausências" e os "limites" da Nova Criminologia (e da Criminologia Crítica). Os criminólogos críticos são constantemente criticados – por autoras e autores que trabalham no campo das Criminologias Feminista, Ambiental, *Queer* e Racial – de priorizar a classe e invisibilizar o gênero-sexualidade e a raça, bem como de não compreenderem o sentido das demandas Feministas, Ambiental, *Queer* e Antirracistas[29].

30. Para demonstrá-lo, basta compulsarmos alguns dos artigos de referência, a começar pelo estudo pioneiro que realizamos e cuja primeira versão – que resultou de palestra proferida na Conferência Internacional Criminologia e Feminismo, evento promovido pela Themis – Assessoria Jurídica e Estudos de Gênero – foi publicada em 1997. Naquela ocasião já afirmávamos que a irrupção do movimento

---

28. Assim já explicávamos em Sistema Penal Máximo *x* Cidadania Mínima. Códigos da violência na era da globalização (ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 46-47).

29. Desenvolvemos recentemente este argumento no artigo Criminologia em pedaços: manifesto por uma aliança para a brasilidade. Boletim do IBCCRIM, ano 28, n. 328, p. 23-26, março de 2020. Disponível em: [https://publicacoes.ibccrim.org.br/index.php/boletim_1993/article/view/788/178].

A., V. R. P. de; G., M. D. de O.; A., M. M. Parecer – A nova criminologia e a criminologia feminista: impropriedade, vagueza e ambiguidade conceitual em questão de concurso público para a Polícia Civil do Estado de São Paulo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 204. ano 32. p. 423-461. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2024. DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.12628331].

feminista e a entrada em cena de mulheres no mundo de homens criminólogos contribuiu, em primeiro lugar, para ampliar o objeto de estudo da Criminologia Crítica, na medida em que a tese da seletividade não confronta, em sua origem, a desigualdade de gêneros mas a desigualdade de grupos e classe sociais engendradas pelo capitalismo[30]. E ao excluir a especificidade do gênero "mulher" do seu objeto a Criminologia crítica exclui dele a criminalização e o controle social de metade da população composta por mulheres. Assim:

> "Denunciando este androcentrismo a Criminologia feminista introduziu no campo criminológico as categorias de patriarcalismo (ao lado de capitalismo) e relações de gênero (ao lado de luta de classe) e as formas de dominação masculinas (sexistas) sobre a mulher (ao lado da dominação classista). As criminólogas feministas irão sustentar, pois, que a gênese da opressão das mulheres não pode reduzir-se à sociedade capitalista, pois, se esta oprime a mulher, sua opressão é anterior e distinta, produto da estrutura patriarcal da sociedade. Destacar ambos os aspectos é portanto fundamental porque ambas as estruturas, capitalista e patriarcal, não operam sempre de modo análogo"[31].

31. Outra importante criminóloga latino-americana, Rosa del Olmo, também afirmou que "si bien se puede decir que la criminología crítica en America Latina toma en consideración la variable clase al hablar del problema del poder, ignora la variable sexo, al igual que lo ha hecho la criminología positivista"[32].

32. Para Carmen Hein de Campos, "as criminólogas feministas demonstram que a Criminología Crítica não incorporou a crítica feminista à Ciência e ao Direito"[33]. No mesmo sentido que Andrade e Olmo argumenta que a Criminologia Crítica centrou suas análises na questão das injustiças e violências derivadas do capitalismo e com isso "descuidou-se da gênese da opressão das mulheres, que não poderia ser reduzida à sociedade capitalista"[34]. Campos acrescenta que se verifica

30. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Sistema penal e sexual contra a mulher:* proteção ou duplicação da vitimação feminina. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 92.
31. Ibidem, p. 93.
32. OLMO, Rosa del *apud* CASTILLO, Adícea. Rosa del Olmo: Los problemas de género en su obra. *Revista Venezolana de Estudios de la Mujer*, Caracas, v. 13, n. 31, p. 247-257, jul.-dez. 2008.
33. CAMPOS, Carmen Hein. *Criminologia e feminismo*. Porto Alegre: Sulina, 1999.
34. CAMPOS, Carmen Hein. *Teoria crítica feminista e crítica à(s) criminologia(s):* estudo para uma perspectiva feminista em criminologia no Brasil. Tese de doutorado. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2013, p. 215. Para a autora, "a criminologia (crítica) dominante permanece antifeminista" e "apesar da força da desconstrução feminista, a criminologia crítica ortodoxa resistiu ao ingresso feminista" (Ibidem, p. 18).

A., V. R. P. de; G., M. D. de O.; A., M. M. Parecer – A nova criminologia e a criminologia feminista: impropriedade, vagueza e ambiguidade conceitual em questão de concurso público para a Polícia Civil do Estado de São Paulo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* vol. 204. ano 32. p. 423-461. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2024.
DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.12628331].

"a omissão do gênero nas teorias precursoras da virada criminológica (criminological turn) isto é, a partir da recepção do paradigma da reação social (labelling approach) que levou à construção da Criminologia Crítica"[35] e ainda apresenta importante esclarecimento contextual, sobretudo para nossos fins, acerca das tumultuadas relações entre criminologia e feminismo:

> "Por exemplo, a atração inicial, na década de setenta, de Carol Smart pela criminologia levou-a a acreditar em uma criminologia feminista que caminhasse ao lado das criminologias existentes (radical, nova, da classe trabalhadora) porque a criminologia tradicional (repulsão) ignorava as mulheres. Nos anos noventa, a resistência da criminologia ao feminismo fez com que ela sugerisse o abandono da disciplina (repulsão total). Maureen Cain também repudiou a criminologia e propôs que as feministas construíssem uma criminologia (feminista) a partir da experiência das mulheres (feminist standpoint ou standpoint epistemologies). Assim, ter-se-ia uma criminologia transgressora ou uma ciência sucessora. Kathleen Daly, por sua vez, sugeriu que se convivesse com a ambiguidade, propondo trabalhar dentro (atração) e fora (repulsão) da criminologia"[36].

33. A autora explica, no trecho acima transcrito, que existiu historicamente e ainda existe uma relação de tensão entre a Nova Criminologia e a Criminologia Feminista. Conforme Soraia da Rosa Mendes, embora o sexismo da Criminologia não seja tão rudimentar quanto "no período lombrosiano", o "discurso competente que oculta o lugar da mulher como sujeito no campo da criminologia não é campo reservado a esta ou aquela corrente", pois "de etiológicos a críticos todos incorrem em alguma forma de sexismo"[37].

34. Relativamente ao espinhoso problema da reivindicação do recrudescimento punitivo para a violência de gênero, objeto da segunda parte da alternativa "A" da questão do concurso em pauta, encontra-se ele no centro de uma profunda tensão, no ponto que medeia entre uma Criminologia Feminista e uma Criminologia Crítica: a Política criminal. De fato, há um intenso debate acerca das demandas por recrudescimento punitivo em casos de violência contra a mulher e contra a população LGBTQIA+, bem como em casos de racismo, que opõe setor significativo da Nova Criminologia ou Criminologia Crítica e as tendências criminológicas contemporâneas citadas na questão – Feminista, Racial, *Queer* e Ambiental. A Criminologia Crítica pensa o tema a partir do acúmulo de estudos sobre a concreta

35. Ibidem, p. 16.

36. Ibidem, p. 16.

37. MENDES, Soraia da Rosa. *Criminologia feminista:* novos paradigmas. 2. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2017. p. 161.

A., V. R. P. de; G., M. D. de O.; A., M. M. Parecer – A nova criminologia e a criminologia feminista: impropriedade, vagueza e ambiguidade conceitual em questão de concurso público para a Polícia Civil do Estado de São Paulo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* vol. 204. ano 32. p. 423-461. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2024. DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.12628331].

operacionalidade do sistema penal e seu caráter inexoravelmente seletivo e, partindo da distinção entre as funções declaradas e latentes da pena, defende uma política criminal abolicionista ou minimalista. Ou seja, entende equivocadas as demandas das Criminologias Feminista, Antirracista, Ambiental e *Queer* pela criminalização ou aumento das penas relativas às violências que atingem esses grupos sociais vulnerabilizados. Por outro lado, as perspectivas contemporâneas da Criminologia, como as mencionadas na questão, estão a colocar em tela de juízo esses argumentos, sustentando, em síntese, a importância simbólica da criminalização das violências contra os subalternizados, ou contra a natureza e os animais, como veremos mais detidamente no próximo tópico, mas aqui já adiantamos.

35. Conforme Carmem Campos:

> "A ênfase da criminologia latino-americana e brasileira na denúncia da deslegitimação do sistema penal e na negação de qualquer possibilidade de utilização do controle penal contraria as perspectivas políticas dos movimentos feministas, antirracistas e anti-homofóbicos, que insistem na discussão sobre segurança cidadã, no acesso à justiça e reforma do sistema de justiça, na elaboração e execução de políticas públicas para a contenção da violência de gênero, racial e homofóbica".[38]

36. Ana Flauzina também questiona de modo contundente o "falatório" da Criminologia Crítica, quando esta teoria se opõe, em sentido abolicionista e minimalista, às demandas no sentido da criminalização do racismo, das violências contra a mulher ou da homofobia. Diz ela:

> "Recuso-me a acompanhar o falatório que imputa às reivindicações dos movimentos sociais o sinal mais contundente do apocalipse criminológico. A criminalização do racismo, do feminicídio, das fobias LGBT não pode se situar como impulsionador efetivo do encarceramento no Brasil. Nossos corpos não são valiosos, não conseguiríamos articular a maquinaria do Estado de forma efetiva para punir a quem nos viola"[39].

37. Trabalhando na mesma passada, na dimensão do que a questão do concurso chamou de Criminologia Racial e discutindo com a Criminologia Crítica,

38. CAMPOS, Carmen Hein. *Teoria crítica feminista e crítica à(s) criminologia(s):* estudo para uma perspectiva feminista em criminologia no Brasil. Tese de doutorado. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2013, p. 288.

39. FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. O feminicídio e os embates das trincheiras feministas. *Revista Discursos Sediciosos:* Crime, Direito e Sociedade, Ano 20, n. 23/24, p. 95-106, 2016.

Thula Pires realizou entrevistas com criminólogos críticos do Rio de Janeiro e relatou que estes "foram unânimes em defender que o embate pela esfera penal não é nem eficiente, nem adequado". Segundo a pesquisadora, os representantes da Criminologia Crítica sustentaram "a ineficácia histórica das normas criminalizadoras no combate à discriminação" e defenderam "a aposta na transformação pela educação e pela adoção de medidas afirmativas que alterem padrões culturais" como medidas "mais adequadas à promoção da igualdade racial e enfrentamento ao racismo"[40]. Na sequência, Thula Pires opõe-se frontalmente a esta perspectiva, defendendo a opção político-criminal do constituinte pela criminalização do racismo:

> "Se a medida é olhada em relação aos efeitos diretamente almejados – redução/erradicação da discriminação racial – pode-se concordar que a criminalização do racismo não é a estratégia mais eficiente para acabar com o escravismo naturalizado nas relações sociais. No entanto, para quem foi coisificado e invisibilizado por séculos, uma medida que coloca em pauta a crueldade da estratificação social brasileira, que denuncia que boa parte da população brasileira clama por respeito e que invisibilidade, exclusão e atos de fala discriminatórios representam violências graves que se refletem não apenas nas suas vítimas diretas, mas também em seus agressores, esses efeitos, ainda que entendidos como meramente simbólicos representam uma conquista bastante significativa".

38. Quanto à chamada Criminologia Racial, há ainda uma intensa crítica à branquitude da Criminologia Crítica, sobretudo brasileira, que denuncia que, por um lado esta corrente teórica teve como principais representantes pessoas brancas das classes dominantes e, por outro, não incluiu de modo satisfatório a problemática racial em suas análises. Estes debates acabaram documentados em dossiê publicado na *Revista Brasileira de Ciências Criminais* de número 135, no ano de 2017, que contou com artigos dos principais representantes da Criminologia racial, como Ana Flauzina, Felipe Freitas e Thula Pires. Ana Flauzina pode ser considerada precursora do debate, ao propô-lo em sua dissertação de mestrado intitulada *Corpo negro caído no chão:* o sistema penal e o projeto genocida do estado brasileiro (2006). Neste estudo, a autora já defendia que apesar de disporem de um instrumental teórico capaz de

> "dar conta do relacionamento entre racismo e sistema penal em toda a sua complexidade, o que se percebe é que criminólogos e criminólogas críticas têm tangenciado essa problemática em suas análises, sinalizando para a existência

40. PIRES, Thula Rafaela de Oliveira. *Criminalização do racismo:* entre a política de reconhecimento e meio de legitimação do controle social dos não reconhecidos. Tese de Doutorado. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2013, p. 305.

> de um entrave de natureza fundamentalmente política para a construção deste entendimento"[41].

Segundo Flauzina, a Criminologia Crítica no Brasil "ainda caminha de muletas, amparada por um mito que tem servido à manutenção das assimetrias raciais no país"[42]. O mito a que ela se refere é o da democracia racial.

39. Além da crítica às limitações da Criminologia Crítica, também foi objeto de escrutínio o perfil dos principais intelectuais desse campo e as posições de poder e privilégio que ocupam. Nesse sentido, Felipe Freitas denuncia "o pacto narcísico entre os intelectuais brancos da Criminologia":

> "Uma hipótese importante para esta questão vem sendo levantada pelos já citados Ana Flauzina, Evandro Piza e Camila Prando (2006; 2015) ao destacarem que as escolhas da criminologia crítica estão relacionadas às posições de poder e às hierarquias nas quais estas escolhas são realizadas. Trata-se de considerar como as posições (raciais, de classe e de gênero) dos(as) pesquisadores(as) têm influenciado para que a categoria raça ou gênero sigam ausentes das escolhas teóricas e metodológicas da criminologia crítica. É diante do risco de que a denúncia do racismo importe em perda dos próprios privilégios que os críticos param de avançar.
>
> Há, como destaca Maria Aparecida Bento, um pacto narcísico entre os intelectuais brancos da criminologia (e de outros campos do conhecimento) que interdita a ascensão de um saber criminológico atento às questões raciais (e de gênero). Trata-se de uma discussão sobre os riscos políticos "perder o lugar de falar em nomes dos negros", um lugar que é de privilégio, prestígio e poder"[43].

40. Vale o mesmo para a Criminologia *Queer*, mencionada na questão. A propósito, em artigo recentemente publicado, Larissa Barbosa, Mariana Weigert e Salo de Carvalho esboçam uma aproximação "entre dois campos de estudo que parecem ter objetos de análise incompatíveis", a Criminologia crítica e a teoria *queer*[44]. E em texto semelhante, Salo de Carvalho identifica a mesma tensão, agora entre a concepção antipunitivista da Criminologia Crítica e a demanda por criminalização da Criminologia *Queer*.

---

41. FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. *Corpo negro caído no chão*. O sistema penal e o projeto genocida do estado brasileiro. Dissertação de mestrado. Unb, 2006, p. 138.
42. Ibidem, p. 139.
43. FREITAS, Felipe. Novas perguntas para a criminologia brasileira: poder, racismo e direito no centro da roda. *Caderno do Ceas*, Salvador, n. 238, p. 494, 2016.
44. BARBOSA, Larissa; Weigert, Mariana; CARVALHO, Salo de. Quem enxerga a população LGBT encarcerada? (A lgbtfobia institucional sob a perspectiva da criminologia crítica queer). Revista Direito e Práxis, Rio de Janeiro, v. 13, n. 3, p. 1982-2008, 2022.

A., V. R. P. de; G., M. D. de O.; A., M. M. Parecer – A nova criminologia e a criminologia feminista: impropriedade, vagueza e ambiguidade conceitual em questão de concurso público para a Polícia Civil do Estado de São Paulo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 204. ano 32. p. 423-461. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2024.
DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.12628331].

> "A demanda do movimento LGBTs recebeu apoio de importantes movimentos sociais com similar perspectiva emancipatória, como o movimento de mulheres e o movimento negro, que consideram legítimas a inclusão dos temas relativos à orientação sexual e à identidade de gênero na lei que define os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional (Lei 7716/1989). Em sentido oposto ao da criminalização, distintas perspectivas políticas, muitas vezes orientadas por posições absolutamente antagônicas – por exemplo, as representações políticas evangélicas e os atores jurídicos identificados com o Direito Penal mínimo e o abolicionismo – acabaram convergindo"[45].

41. Em síntese, o que é correto afirmar sobre a Nova Criminologia é o que acabamos de sustentar, fundados nas obras de referência deste campo científico.

42. As perspectivas da Criminologia evocadas na questão não são subespécies da Nova Criminologia, mas, ao menos em seus pontos de partida, teorias críticas desta, bem como da própria Criminologia Crítica que surgiu subsequentemente. Em primeiro lugar, possuem epistemologias e referenciais teóricos distintos, pois partem da epistemologia feminista, dos estudos de gênero e da teoria crítica da raça, acrescentando outras indagações às análises da Nova Criminologia, fundadas no marxismo, conforme explicamos. Em segundo lugar, embora não haja unidade nesse ponto, defendem a criminalização como forma de combate às violências contra estes grupos subalternizados e vulnerabilizados, fato que, muitas vezes e em meio a férteis debates, choca-se com os corolários político-criminais abolicionistas e minimalistas da Nova Criminologia (e da Criminologia Crítica).

43. Desse modo, concluímos que existe grave impropriedade teórica e conceitual na questão 6, consubstanciada no fato de que nenhuma das assertivas (Criminologias) colocadas sob opção de veracidade aos candidatos pode, em fidedignidade ao campo criminológico, sob rigor científico e pedagógico, ser abrigada sob a teoria e o conceito de Nova Criminologia. Existe, na hipótese, uma incompatibilidade estrutural insanável entre o referente do enunciado e os referentes das alternativas, pois o enunciado matricial Nova Criminologia, conforme aqui datado e explicitado, exclui de seu objeto e confins, as outras Criminologias, que lhe são , ora secularmente anteriores (Clínica), ora posteriores. Em qualquer caso, com outros objetos e limites, que a ela não se subsumem; ao contrário, excetuada a Criminologia Clínica, (à qual a Nova Criminologia vem superar epistemologicamente) dela partem, criticamente, no formato de "saltos qualitativos" no movimento descrito ao início deste parecer. Vertida na linguagem simples ou simplista da opção correta, a resposta torna-se irrespondível ao candidato sem desfigurar o campo criminológico,

45. CARVALHO, Salo de. Sobre a criminalização da homofobia: perspectivas desde a criminologia *queer*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 99, p. 190, 2012.

A., V. R. P. de; G., M. D. de O.; A., M. M. Parecer – A nova criminologia e a criminologia feminista: impropriedade, vagueza e ambiguidade conceitual em questão de concurso público para a Polícia Civil do Estado de São Paulo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 204. ano 32. p. 423-461. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2024.
DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.12628331].

porque, a bem da verdade, que a questão busca, não existe resposta certa. Diante da inexistência de resposta certa, a questão 6 deve ser anulada.

4. A pluralidade das criminologias feministas – vagueza e ambiguidade na questão – existência de duas respostas corretas

44. No tópico anterior, vimos que não há resposta correta na questão 6, pois a Nova Criminologia não pode ser considerada matriz das Criminologias citadas na questão. Nesta seção demonstraremos que se abstrairmos a grave impropriedade e partirmos da premissa equivocada do enunciado, a questão apresenta duas respostas corretas, tendo em vista a vagueza e a ambiguidade constante na alínea "A", que acaba por induzir em erro o candidato.

45. Na hipótese "A" afirma-se o seguinte: "A Criminologia feminista alicerça-se no estudo da mulher como vítima e reivindica o recrudescimento punitivo a crimes praticados em razão do gênero".

46. A assertiva contém vagueza e ambiguidade contextual, no sentido que explicamos na introdução, pois não aponta a dimensão do espaço (onde?), ou seja, de qual Criminologia feminista se está falando, se da estadunidense, europeia, latino-americana ou brasileira, para ficarmos apenas nesse plano genérico; tampouco esclarece a dimensão do tempo (quando?), quer dizer, se está falando das perspectivas fundadoras da Criminologia feminista, na década de 1960, ou das construções teóricas contemporâneas, que acrescentaram inúmeros questionamentos à perspectiva dos anos 1960, desde a epistemologia Decolonial, Negra, Indígena e *Queer*, por exemplo.

47. Com isso, a assertiva não respeita nem de longe os parâmetros que colacionamos para a elaboração de questões de múltipla escolha, pois utiliza conceitos acerca dos quais há considerável controvérsia na comunidade científica especializada e não aborda um problema completo e bem definido, que permita uma interpretação clara e inequívoca. O fato é que não existe "a Criminologia Feminista", mas um campo plural de estudos no interior do qual se discutem, com distintas visões, os temas da hipótese em questão. Carmem Campos, em tese de doutorado intitulada *Teoria crítica feminista e crítica às criminologia(s):* estudo para uma perspectiva feminista em criminologia no Brasil, defendida em 2013, elenca as seguintes subespécies de Criminologia Feminista: Criminologia Feminista Multiétnica, *Black Feminist Criminology*, Criminologia Feminista *Queer* e Criminologia Feminista Marginal[46].

46. CAMPOS, Carmen Hein de. *Teoria crítica feminista e crítica às criminologia(s):* estudo para uma perspectiva feminista em criminologia no Brasil. Tese de doutorado. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2013, p. 268.

A., V. R. P. de; G., M. D. de O.; A., M. M. Parecer – A nova criminologia e a criminologia feminista: impropriedade, vagueza e ambiguidade conceitual em questão de concurso público para a Polícia Civil do Estado de São Paulo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* vol. 204. ano 32. p. 423-461. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2024.
DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.12628331].

48. Sendo assim, considerando a ambiguidade e a vagueza contextual da hipótese, que apresenta grande potencial de confundir o candidato, pode-se considerar correta a afirmação de que a Criminologia Feminista alicerça-se no estudo da mulher como vítima e reivindica o recrudescimento punitivo a crimes praticados em razão do gênero, o que será demonstrado nos próximos tópicos.

a. O estudo da mulher como vítima

49. Conforme sustentamos, a questão padece de ambiguidade e vagueza contextual, pois não é possível saber de que época e de que local trata a afirmação. Partindo, então, do processo de construção da Criminologia Feminista no Brasil, hipótese mais verossímil, por se tratar de um concurso público realizado no país, com vaga a ser ocupada no sistema penal brasileiro, podemos considerar que ela está alicerçada, isto é, baseada, fundada, no estudo da mulher como vítima.

50. Ester Kosovski foi uma das pioneiras nos estudos da Criminologia feminista no Brasil e sua área de atuação deu-se, majoritariamente, no campo da vitimologia. Nesse sentido, pode-se citar sua contribuição datada do ano de 1991, *Vitimologia:* enfoque interdisciplinar[47], no qual já está posta a intersecção entre a vitimologia e a Criminologia feminista. A discussão sobre a vitimização feminina já constava na obra da autora desde seu clássico livro *Adultério*, de 1983. Segundo Carvalho, "a autora inicia com a reconstrução social do patriarcalismo em paralelo à análise dogmática dos elementos do tipo penal do art. 240 do Código Penal" e na sequência discute o tema da "legítima defesa da honra", tese jurídico-moral que historicamente justificou a vitimização letal de mulheres, assassinadas por seus maridos[48]. Conforme Ester Kosovski, "não fossem, por um lado, o argumento jurídico da defesa da honra no caso do adultério e, por outro, a cumplicidade social, essa repetição não teria como se dar"[49].

51. Outra criminóloga feminista pioneira no Brasil foi Zahidé Machado Neto. No livro *Direito penal e estrutura social* (comentário sociológico ao Código Criminal de 1830)[50], publicado em 1977, mas que resultou de pesquisa realizada em 1965, interrompida pela intervenção do regime militar na Universidade de

47. KOSOVSKI, Ester. *Vitimologia:* enfoque interdisciplinar. Rio de Janeiro: UFRJ, 1991.

48. CARVALHO, Salo de. Perspectivas metodológicas na criminologia crítica brasileira: diretrizes fundacionais e mapeamento de fontes de referência. *Revista Brasileira de Sociologia do Direito*, v. 8, n. 2, p. 17, maio-ago. 2021.

49. KOSOVSKI, Ester. *Adultério*. Rio de Janeiro: Codecri, 1983. p. 68.

50. MACHADO NETO, Zahidé. *Direito penal e estrutura social* (comentário sociológico ao Código Criminal de 1830). São Paulo: Ed. Universidade de São Paulo e Saraiva, 1977.

A., V. R. P. de; G., M. D. de O.; A., M. M. Parecer – A nova criminologia e a criminologia feminista: impropriedade, vagueza e ambiguidade conceitual em questão de concurso público para a Polícia Civil do Estado de São Paulo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* vol. 204. ano 32. p. 423-461. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2024.
DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.12628331].

Brasília[51], a autora analisou os "crimes contra a segurança da honra" no Código Criminal de 1830. Nessa empreitada, inaugurou um tipo de análise interessada nas representações sobre a mulher na legislação penal, nos escritos dos penalistas e nas decisões dos operadores do direito, espaço de construção social da realidade e de exercício de poder simbólico no qual são produzidas e reproduzidas as noções sobre a "vítima digna", sobretudo nos delitos contra a liberdade sexual (mas também em feminicídios e violências domésticas). Ou seja, Zahidé Machado Neto demonstra as raízes históricas dos padrões adotados pelo controle penal acerca da "honra feminina", determinada pelo respeito à norma da moral sexual e concretizadas na legislação penal a partir dos conceitos de "virgindade", "mulher honesta", "mulher pública" e "prostituta". E a partir do enquadramento judicial vitimológico, fundado nesses conceitos, resultam distintas (maiores ou menores) punições ao agressor. Conforme a autora, "os valores patriarcais marcam os dispositivos penais que mais diretamente se referem à honra feminina e às relações de família"[52].

52. Portanto, as duas obras, que podem ser consideradas fundadoras da Criminologia feminista no Brasil, estão alicerçadas no estudo da mulher como vítima.

53. Também nós participamos desse movimento de construção da Criminologia feminista no Brasil. Em pesquisa realizada sob o patrocínio do CNPq no período de agosto de 1996 a agosto de 1997, intitulada *Sistema da justiça penal e violência sexual contra as mulheres: análise de julgamento de crimes sexuais em Florianópolis, na década de oitenta*, nos propusemos a estudar uma forma de violência específica, que é a violência sexual contra a mulher e como ela é construída ou decodificada pelo sistema de justiça penal, focalizando especialmente o estupro por ser o exemplo paradigmático desta violência. A pesquisa resultou em diversas análises, cristalizadas em artigos científicos. Em nossa obra publicada em livros, podemos citar dois artigos que apresentam os resultados do estudo: Sistema penal e violência contra a mulher: proteção ou duplicação da vitimação feminina, que está na obra *Sistema penal máximo* x *cidadania mínima.* Códigos da violência na era da globalização[53]; e *Da criminologia crítica à criminologia feminista: a violência sexual,*

51. ALVES, Marcelo Mayora. Ciências Criminais e ideologia: sobre três clássicos da sociologia do direito penal. In: PRANDO, Camila et al.(org.). *Construindo as criminologias críticas:* a contribuição de Vera Andrade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

52. MACHADO NETO, ZAHIDÉ. *Direito penal e estrutura social* (comentário sociológico ao Código Criminal de 1830). São Paulo: Ed. Universidade de São Paulo e Saraiva, 1977. p. 74.

53. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Sistema penal e violência sexual contra a mulher: proteção ou duplicação da vitimação feminina. In *Sistema penal máximo* x *cidadania mínima*. Códigos da violência na era da globalização. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

A., V. R. P. de; G., M. D. de O.; A., M. M. Parecer – A nova criminologia e a criminologia feminista: impropriedade, vagueza e ambiguidade conceitual em questão de concurso público para a Polícia Civil do Estado de São Paulo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* vol. 204. ano 32. p. 423-461. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2024.
DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.12628331].

a mulher e o feminino no controle penal, que está na obra *Pelas mãos da criminologia:* o controle penal para além da desilusão[54]. Nesse sentido, ao apresentarmos o objeto do estudo, explicamos que:

> "Trato, pois, do problema da vitimação sexual feminina e, mais especificamente, das complexas relações e da difícil aliança das mulheres com o sistema penal; das dificuldades de compatibilizar as demandas das mulheres com a lógica do sistema penal"[55].

54. Destacamos para chamar a atenção de que em nosso estudo da década de 1990 tratamos do problema da vitimação feminina, alicerce da Criminologia Feminista que procuramos construir. Novamente aqui não é o caso de resenharmos o estudo, mas é essencial frisar que nesta ocasião oferecemos de modo pioneiro ao campo da Criminologia Feminista a noção de "lógica da honestidade", que pode ser vista como uma "sublógica da seletividade", na medida em que se estabelece uma grande linha divisória entre mulheres consideradas *honestas* (do ponto de vista da moral sexual dominante) e vítimas, pelo sistema, e mulheres *desonestas* (das quais a prostituta é o modelo radicalizado), que o sistema abandona porque não se adequam aos padrões da moralidade sexual impostos pelo patriarcado à figura feminina. E assim procuramos mostrar que o julgamento de um crime sexual – inclusive e especialmente o estupro – não é uma arena onde se procede ao reconhecimento de violência e de violação contra a liberdade sexual feminina, tampouco onde se julga um homem pelo seu ato. Trata-se de uma arena onde se julgam simultaneamente, confrontados numa fortíssima correlação de forças, autor e vítima: o seu comportamento, a sua vida pregressa. Nessa arena também está em jogo, para a mulher, a sua inteira "reputação sexual", que é – ao lado do *status* familiar – uma variável tão decisiva para o reconhecimento da vitimização sexual feminina quanto a variável *status* social o é para a criminalização masculina.

55. É imperioso ressaltar, portanto, que propusemos pela primeira vez no Brasil um esforço integrador entre Criminologia Crítica e Criminologia Feminista, cujos resultados constam nos textos já citados. E nessa ocasião discutimos o objeto da Criminologia Feminista e nos manifestamos no sentido de que precisamente o foco desta Criminologia é o estudo da mulher como vítima, vítima de crimes sexuais, especialmente o estupro. Assim nos posicionamos, para que não reste dúvida:

---

54. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Pelas mãos da criminologia.* O controle penal para além da (des)ilusão. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2012.

55. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Sistema penal e sexual contra a mulher: proteção ou duplicação da vitimação feminina. In: *Sistema penal máximo* x *cidadania mínima*. Códigos da violência na era da globalização. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 81.

A., V. R. P. de; G., M. D. de O.; A., M. M. Parecer – A nova criminologia e a criminologia feminista: impropriedade, vagueza e ambiguidade conceitual em questão de concurso público para a Polícia Civil do Estado de São Paulo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* vol. 204. ano 32. p. 423-461. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2024.
DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.12628331].

> "Trata-se de conhecimento focado na figura da vítima e na relação entre autor e vítima, na relação entre criminalização e vitimização pelo sistema penal (aspecto quase inexplorado pela Criminologia crítica), na posição da mulher e do feminino no sistema penal e sua relação com o patriarcado (aspecto explorado pela Criminologia feminista, mas com escassa integração com o acúmulo teórico da Criminologia crítica)"[56].

E ainda: "A indagação sobre como o sistema penal trata a mulher, a mulher como vítima e uma Vitimologia crítica assumem (...) um lugar central no marco das indagações que interpelam o objeto de uma Criminologia feminista"[57].

56. Nesse mesmo contexto trouxemos ao campo da Criminologia Feminista a ideia de "duplicação da vitimação feminina" ou de "revitimização". Vejamos:

> "Ao incidir sobre a vítima mulher, a sua complexa fenomenologia de controle social, que representa, por sua vez, a culminação de um processo de controle que certamente inicia na família, o sistema penal duplica, ao invés de proteger, a vitimação feminina. É que, além da violência sexual representada por diversas condutas masculinas (estupro, atentado violento ao pudor etc.), a mulher se torna vítima da violência institucional plurifacetada do sistema, que expressa e reproduz, por sua vez, dois grandes tipos de violência estrutural da sociedade: a violência das relações sociais capitalistas (a desigualdade de classes) e a violência das relações sociais patriarcais (traduzidas na desigualdade de gênero), recriando os estereótipos inerentes a estas duas formas de desigualdade, o que é particularmente visível no campo da violência sexual"[58].

57. Mostramos então que, num sentido fraco, o sistema penal é ineficaz para proteger as mulheres contra a violência, porque, entre outros argumentos, não previne novas violências, não escuta os distintos interesses das vítimas, não contribui para a compreensão da própria violência sexual e gestão do conflito ou muito menos para a transformação das relações de gênero. E que, num sentido forte, o sistema penal duplica a vitimação feminina porque além de vitimadas pela violência sexual, as mulheres o são pela violência institucional que reproduz a violência estrutural das relações sociais patriarcais e de opressão sexista, sendo submetidas a julgamento e dívidas. Isso porque a passagem da vítima mulher ao longo do controle social formal acionado pelo sistema penal implica, nesta perspectiva, vivenciar

56. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Pelas mãos da criminologia*. O controle penal para além da (des)ilusão. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2012, p. 130.

57. Ibidem, p. 127.

58. Ibidem, p. 131.

toda uma cultura de discriminação, da humilhação e da estereotipia, pois, e este aspecto é fundamental, não há uma ruptura entre relações familiares (pai, padrasto, marido), trabalhistas ou profissionais (chefe) e relações sociais em geral (vizinhos, amigos, estranhos, processos de comunicação social) que violentam e discriminam a mulher e o sistema penal que a protege contra este domínio e opressão, mas um *continuum* e uma interação entre o controle social exercido pelos primeiros e o controle social informal exercido pelo segundo. Num sentido forte, pois, o sistema penal expressa e reproduz, do ponto de vista da moral sexual, a grande linha divisória e discriminatória entre as mulheres tidas por honestas (cidadãs de primeira categoria), que merecem respeito e proteção social e jurídica, e as outras (cidadãs de segunda categoria), que a sociedade abandona na medida em que se afastam dos padrões de comportamentos estritos que o patriarcalismo impõe a mulher. De modo que só as primeiras poderão obter do sistema penal o reconhecimento de sua capacidade de vitimização.

58. Não pode haver dúvida, por conseguinte, de que o alicerce destas Criminologias feministas apontadas, que podem ser consideradas pioneiras no campo criminológico brasileiro, é o estudo da mulher como vítima.

59. Soraia da Rosa Mendes, tendo por referência a obra de Vera Andrade, reconhece que as indagações sobre o tratamento da mulher-vítima pelo sistema de justiça criminal enseja uma "vitimologia crítica que assume um lugar central"[59] na Criminologia Feminista. Diz a autora:

> "A partir do desenvolvimento feminista da Criminologia crítica, são promovidos estudos sobre as diferentes formas que o sistema de justiça criminal atua sobre a mulher, nos marcos da ideologia capitalista e patriarcal. E, como exemplo destes estudos, tem-se a análise teórica e empírica do funcionamento do sistema de justiça criminal relativamente à violência sexual, realizada pela citada autora, Vera Regina Pereira Andrade"[60].

60. Carmen Hein de Campos também comentou nossa preocupação com a vitimização feminina e a tutela penal dos direitos das mulheres. Segundo ela, Vera Andrade, "como criminóloga crítica, questiona a possibilidade de o sistema penal ser um instrumento adequado para a defesa dos direitos das mulheres" e "constrói argumentos para responder negativamente à questão, demonstrando o quanto custa às mulheres a utilização do sistema penal"[61].

---

59. MENDES, Soraia da Rosa. *Criminologia feminista:* novos paradigmas. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 63.

60. Ibidem, p. 63.

61. CAMPOS, Carmen Hein. *Criminologia e feminismo*. Porto Alegre: Sulina, 1999. p. 16.

A., V. R. P. de; G., M. D. de O.; A., M. M. Parecer – A nova criminologia e a criminologia feminista: impropriedade, vagueza e ambiguidade conceitual em questão de concurso público para a Polícia Civil do Estado de São Paulo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* vol. 204. ano 32. p. 423-461. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2024. DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.12628331].

61. Seguiram-se, então, as discussões na Criminologia Feminista sobre a vitimização e a revitimização das mulheres. Tendo em conta o conhecido caso "Mariana Ferrer", Katie Arguelo (professora titular de Criminologia da Universidade Federal do Paraná), Vanessa Prateano e Vitor Romfeld trabalharam a partir da hipótese de que o sistema de justiça criminal "ao apreciar crimes de estupro de mulheres submete as vítimas a novos processos de vitimização"[62]. Analisando a temática, as autoras tratam dos processos de vitimização primária, secundária e terciária sofridos pela mulher,

> "(...) sendo que o primeiro se refere aos danos decorrentes do delito, especialmente emocionais e psíquicos; o segundo corresponde a uma sobrevitimização derivada do 'contato com o sistema de justiça criminal e a inevitável violação de direitos que dele segue' e o terceiro (vitimização terciária) decorre da estigmatização da vítima pela própria comunidade"[63].

E acrescentam:

> "Nesse sentido, Pat Carlen afirma que, mesmo quando a mulher é vítima de crime, a polícia e demais agentes do sistema de justiça criminal a tratam frequentemente como ofensora, de acordo com diferentes estudos em casos de estupros, abuso sexual de garotas adolescentes e violência doméstica.(Carlen, 2003, p. 126) Grupos feministas na década de oitenta também mostraram que a mulher é muitas vezes a "vítima invisível" dos delitos, pois a cifra oculta do delito esconde um número bem maior de delitos contra mulheres (Larrauri, 2009, p. 232)"[64].

62. As autoras estudam em minúcias a sentença do caso Mariana Ferrer, criticando-a desde a perspectiva da Criminologia Feminista como Vitimologia Crítica, aberta no Brasil por Ester Kosovski e Vera Andrade. Demostram que em seu depoimento a vítima foi questionada sobre sua virgindade, sua experiência sexual pregressa e se tinha hábito de consumir bebidas alcoólicas, além de ter descrito detalhadamente a roupa que vestia no dia do fato. Também notam que a vítima sofreu a chamada "injustiça epistêmica", na forma da "injustiça testemunhal", ao ver a sua palavra desacreditada pelos homens que conduziram o processo. Ou seja, comprova-se a hipótese do "julgamento da vítima" e da dupla vitimação feminina, neste caso escancarada pelo vídeo da audiência, que mostrou a humilhação sofrida pela jovem, perpetrada pelo advogado do autor, com a cumplicidade omissiva do juiz

62. ARGUELO, Katie; Prateano, Vanessa; Romfeld, Vitor. Vitimologia e gênero: considerações crítico feministas a partir da sentença do caso Mariana Ferrer. *Revista Captura Criptica:* direito, política, atualidade. Florianópolis, v. 12, n. 2, p. 261.

63. Ibidem, p. 263.

64. Ibidem, p. 264.

A., V. R. P. de; G., M. D. de O.; A., M. M. Parecer – A nova criminologia e a criminologia feminista: impropriedade, vagueza e ambiguidade conceitual em questão de concurso público para a Polícia Civil do Estado de São Paulo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* vol. 204. ano 32. p. 423-461. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2024.
DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.12628331].

e do promotor de justiça, que faltaram ao dever de intervir. Conforme as autoras, o caso revela "a lógica discriminatória que perpassa o funcionamento estrutural do SJC quando se depara com mulheres vítimas de crimes sexuais"[65]. Diante deste quadro, defendem a "assistência qualificada à mulher vítima de violência sexual como instrumento de combate à vitimização de gênero", sobretudo diante das concepções limitadas que as doutrinas majoritárias (masculinas) possuem acerca "dos processos de vitimização secundária da pessoa que busca reportar ter sido vítima de um crime, alvo de violências institucionais, praticadas pelo próprio Estado, desde o momento em que busca comunicar o crime às autoridades policiais"[66]. Entendem, então, que:

> "Após essa primeira virada paradigmática, o desafio da criminologia feminista e da vitimologia crítica consiste em qualificar o debate quanto aos crimes cometidos contra mulheres em decorrência da desigualdade estrutural de gênero que permeia o mundo social, notadamente quanto ao estupro --talvez o crime, ao lado do feminicídio, que exemplifica por excelência o tratamento cruel, degradante, desumano e revitimizador conferido pelo SJC às vítimas mulheres"[67].

63. Fundamental ressaltar que a crítica da Criminologia Feminista ao tratamento da vítima-mulher pelo sistema de justiça criminal, potencializada pela exposição do caso Mariana Ferrer, impulsionou a edição da Lei 14.245/2021, que acrescentou o art. 400-A, no CPP, nos seguintes termos:

> "Na audiência de instrução e julgamento, e, em especial, nas que apurem *crimes contra a dignidade sexual*, todas as partes e demais sujeitos processuais presentes no ato deverão *zelar pela integridade física e psicológica da vítim*a, sob pena de responsabilização civil, penal e administrativa, cabendo ao juiz garantir o cumprimento do disposto neste artigo, vedadas:
> I – a manifestação sobre circunstâncias ou elementos alheios aos fatos objeto de apuração nos autos;
> II – a utilização de linguagem, de informações ou de material que ofendam a *dignidade da vítima* ou de testemunhas." (Grifamos).

64. Em função da mesma problemática, foi elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça o *Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero*, documento elaborado por Grupo de Trabalho em que participaram representantes de todas as esferas jurisdicionais do país e que apresenta diversas orientações para o julgamento de

65. Ibidem, p. 287.

66. Ibidem, p. 277.

67. Ibidem, p. 278.

casos em que tenham ocorrido a vitimação feminina. O Protocolo, "que tem como referência o Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género, concebido pelo Estado do México após determinação da Corte Interamericana de Direitos Humanos", tem o seguinte objetivo:

> "Nesse caminho, o Conselho Nacional de Justiça, ao editar este documento, avança na direção de reconhecer que a influência do patriarcado, do machismo, do sexismo, do racismo e da homofobia são transversais a todas as áreas do direito, não se restringindo à violência doméstica, e produzem efeitos na sua interpretação e aplicação, inclusive, nas áreas de Direito Penal, direito do trabalho, tributário, cível, previdenciário etc."[68].

65. Resta ressaltar, para encerrar este tópico, que a questão do tratamento da mulher que é vítima de delitos pelo sistema de justiça criminal tem sido ainda abordado no campo da Criminologia Feminista a partir de outro ponto de vista, qual seja o da análise das representações sobre a mulher e sobre as relações entre homens e mulheres constante nos escritos dos penalistas (manuais de Direito Penal), que detém o poder simbólico de construir socialmente a visão da "vítima-ideal" ou das vítimas "dignas e indignas", o que reverbera na prática judicial (decisões judiciais, teses de defesa etc.), conforme estamos procurando mostrar. Neste sentido, vale mencionar a análise empreendida por Marcelo Mayora e Mariana Garcia, no artigo As mulheres e os penalistas: representações sobre a moral e os papeis sexuais nos manuais de direito penal, no qual investigam os discursos e as representações sobre o feminino e nos manuais de Direito Penal que circulavam nas décadas de 1960 e 1970[69]. Na mesma linha são os estudos de Ximenes, Mendes e Chia[70] e de Iricherlly Barbosa[71].

66. Diante do exposto, não pode haver dúvida de que a Criminologia feminista alicerçou-se no estudo da mulher como vítima, como consta na assertiva, o que

68. Cf. [https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/protocolo-18-10-2021-final.pdf], p. 08.

69. ALVES, Marcelo Mayora; GARCIA, Mariana Dutra de Oliveira. As mulheres e os penalistas: representações sobre a moral e os papeis sexuais nos manuais de direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 173, ano 28, p. 468, 2020.

70. XIMENES, Julia; MENDES, Soraia da Rosa; CHIA, Rodrigo. E quando a vítima é a mulher? Uma análise crítica do discurso das principais obras de Direito Penal e a violência simbólica no tratamento das mulheres vítimas de crimes contra a dignidade sexual. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 130, ano 25, 2020.

71. BARBOSA, Iricherlly Daiane da Costa. *Das linhas às entrelinhas:* a representação das mulheres nas doutrinas penais na segunda metade do século XX nos crimes contra os costumes. Dissertação de Mestrado. Universidade Católica de Pernambuco, 2021.

ficará ainda mais evidente no próximo tópico, que tratará da reivindicação do recrudescimento punitivo a crimes praticados em razão do gênero pela criminologia feminista, preocupada, novamente, com a vitimização feminina.

b. A reivindicação do recrudescimento punitivo a crimes praticados em razão do gênero

67. No tópico anterior, demonstramos que é correto afirmar que a Criminologia Feminista alicerça-se no estudo da mulher como vítima. Neste tópico demonstraremos que a Criminologia feminista historicamente reivindicou o recrudescimento punitivo a crimes praticados em razão do gênero, tendo sido, em verdade, o movimento social que capitaneou este empreendimento político-criminal, que alterou decisivamente a feição da legislação penal brasileira a partir da virada ao presente século.

68. Conforme Elena Larrauri, a partir dos anos 1980:

> "(...) lo que se observa con desmayo es la facilidad con que los movimientos progresistas recurren al derecho penal. Grupos de derechos humanos, de antirracistas, de ecologistas, de mujeres, de trabajadores, reclamaban la introducción de nuevos tipos penales: *movimientos feministas exigen la introducción de nuevos tipos penales y mayores penas para delitos contra las mujeres;* los ecologistas reivindican la creación de nuevos tipos penales y la aplicación de los existentes para proteger el medio ambiente; los movimientos antirracistas piden que se eleve a la categoría de delito el trato discriminatorio; los sindicatos de trabajadores piden que se penalice la infracción de leyes laborales y los delitos económicos de cuello blanco; las asociaciones contra la tortura, después de criticar las condiciones existentes en las cárceles, reclaman condenas de cárcel más largas para el delito de tortura (grifo nosso)"[72].

69. No trecho colacionado, a criminóloga espanhola estava identificando um problema que desde então vem sendo intensamente debatido, que é o paradoxo que deriva da reivindicação de recrudescimento punitivo por parte de movimentos sociais progressistas, como o feminista, outrora críticos do poder punitivo. Ou seja, a demanda criminalizadora vinha de "las mismas fuerzas opuestas a la criminalización" e movimentos normalmente contestadores do Estado agora solicitavam sua proteção penal[73]. Uma das primeiras análises críticas desta questão foi elaborada pelo criminólogo alemão Sebastian Scheerer, que formulou o conceito de

72. LARRAURI, Elena. *La herencia da la criminologia critica*. Madrid: Siglo Veintiuno, 1991. p. 218.

73. Ibidem, p. 218.

A., V. R. P. de; G., M. D. de O.; A., M. M. Parecer – A nova criminologia e a criminologia feminista: impropriedade, vagueza e ambiguidade conceitual em questão de concurso público para a Polícia Civil do Estado de São Paulo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* vol. 204. ano 32. p. 423-461. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2024. DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.12628331].

"empresários morais atípicos", para identificar a suposta contradição na defesa da tutela penal por parte dos movimentos sociais progressistas[74]. No Brasil, a discussão foi pautada pelo já clássico texto de Maria Lúcia Karam, intitulado A esquerda punitiva, publicado na primeira edição da *Revista Discursos Sediciosos*, do Instituto Carioca de Criminologia, em 1996[75]. O texto foi recentemente revisitado na obra *A esquerda punitiva* – 25 anos depois, publicada em 2021[76]. Também nós estivemos presentes neste debate, defendendo uma posição minimalista-abolicionista, na medida em que entendemos que o sistema penal não apenas é estruturalmente incapaz de oferecer alguma proteção à mulher, como a única resposta que está capacitado a acionar – o castigo – não cumpre as funções intimidatória e simbólica que se lhe atribui[77].

70. Não obstante tais posturas, proveniente de autoras que se situam no campo da Criminologia crítica e/ou da Criminologia feminista, o fato é que outros setores da Criminologia Feminista reivindicam desde então o recrudescimento punitivo para crimes praticados em razão do gênero.

É o que concluiu Andrade, na década de 1990, ao afirmar que:

> "A desocultação feminista da violência, ao ir revelando uma enorme margem de vitimação feminina que permanecia oculta, foi decisiva para que determinados problemas até então considerados privados se convertessem em problemas públicos (devendo merecer a atenção do Estado), ou seja, políticos, e tendessem a se converter, a seguir, em problemas penais (crimes), mediante forte demanda feminista criminalizadora. Este condicionamento histórico conduziu, portanto, o movimento feminista e a Criminologia a ele subjacente não apenas a inscrever o problema da violência contra as mulheres e da impunidade masculina como um dos pontos centrais da agenda feminista como a eleger o controle penal como um mecanismo prioritário para respondê-lo"[78].

71. Segundo Larrauri, as críticas sintetizadas no artigo de Scheerer e na noção de "esquerda punitiva" não passaram despercebidas e deram origem a inúmeras

74. Ibidem, p. 218.

75. KARAM, Maria Lúcia. A esquerda punitiva. *Revista Discursos Sediciosos*, n. 1, v. 1, p. 76-92, 1996.

76. KARAM, Maria Lucia. *A esquerda punitiva* – 25 anos depois. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021.

77. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Sistema penal e cidadania feminina: da mulher como vítima à mulher como sujeito de construção da cidadania. In: *Sistema penal máximo* x *cidadania mínima*. Códigos da violência na era da globalização. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 120.

78. Ibidem, p. 114.

A., V. R. P. de; G., M. D. de O.; A., M. M. Parecer – A nova criminologia e a criminologia feminista: impropriedade, vagueza e ambiguidade conceitual em questão de concurso público para a Polícia Civil do Estado de São Paulo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 204. ano 32. p. 423-461. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2024. DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.12628331].

respostas, que sustentavam, em síntese, que é risível considerar que os setores mais débeis da sociedade, como as mulheres, sejam justamente os que devem renunciar à utilização do Direito Penal existente como meio de proteção[79]. Nesse contexto, os movimentos sociais passaram a defender a função simbólica do Direito Penal, sendo o movimento feminista o que melhor elaborou esta tese: "en mi opinión es el movimiento feminista quien más ha elaborado la necesidad de utilizar el derecho penal de forma simbólica"[80].

72. Elena Larrauri ensina que nos termos dos argumentos de parte das criminólogas feministas, seria absurda a crítica à sua pretensão de utilizar o Direito Penal de forma simbólica, pois a ausência do Direito Penal também gera efeitos simbólicos.

Ademais,

> "(...) al no disponer de un medio de protección, la mujer queda abandonada en manos del más fuerte, normalmente el marido; el Estado así, al renunciar a intervenir, mantiene una relación de poder desigual e implica que, en el seno de la familia, su representación reside en manos del marido (...).
> Por consiguiente, reza el argumento, no hay forma de escapar de la función simbólica, cuando no existe derecho penal entonces aparecen válidas las asunciones de sentido común o sociales imperantes, que acostumbran a ser discriminatorias para la mujer. Por ello precisamente el Estado debe legislar, para invertir la simbología ya existente en la sociedad respecto al poder omnipotente del marido sobre la mujer"[81].

73. Nesse sentido, as criminólogas feministas que reivindicam o recrudescimento punitivo entendem que a punição das condutas que atingem as mulheres constitui uma declaração pública de que estes comportamentos são intoleráveis; e que enquanto existir o Direito Penal as mulheres devem lutar nesta arena e exigir deste instrumento reconhecimento e proteção, "forzándolo a adotar un trato no discriminatório ni devaluador del rol de la mujer"[82]. Para Soraia da Rosa Mendes, o problema está "em encontrar uma resposta que, de um lado, não seja meramente legitimadora do poder punitivo, mas que também não seja, por outro lado, a manutenção do déficit de proteção do qual as mulheres historicamente são vítimas"[83].

---

79. LARRAURI, *Op. cit.*, p. 218.
80. Ibidem, p. 219.
81. Ibidem, p. 220.
82. Ibidem, p. 220.
83. MENDES, Soraia da Rosa. *Criminologia feminista:* novos paradigmas. 2. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2017. p. 177.

74. A noção de "esquerda punitiva" também tem sido objeto de críticas, por estar servindo como categoria de acusação utilizada contra os movimentos sociais, como o feminista, e interditando o debate político-criminal.

Para Camila Prando,

> "A ampla divulgação da tese da esquerda punitiva, apresentada em conjunto com os acúmulos da sociologia da punição, e sua vulgarização, propagaram assertivas nos círculos críticos criminológicos tais como: os movimentos sociais que fazem demandas ao sistema de justiça criminal desconhecem o seu funcionamento; os movimentos não sabem quais são os efeitos nocivos deste mesmo sistema de justiça criminal; ou, no limite, são agrupamentos com demandas histéricas (sic) e conservadoras.
>
> Todos esses dogmas, repetidos com autoridade científica, produzem no campo das Ciências Criminais um interdito para que se discuta a sério os movimentos sociais, e os movimentos de vítimas em particular, e suas articulações com política da justiça criminal. No modo como foi apropriado e disseminado, a tese da "esquerda punitiva" tornou-se um espaço propício para o interdito a este debate e converteu-se em uma bandeira nos círculos criminológicos, retomada sempre que diante de qualquer manifestação acadêmica ou política disposta a compreender ou a se articular de algum modo com o Sistema de Justiça Criminal. Esse interdito se dirige indistintamente a agrupamentos políticos e acadêmicos, sejam eles do campo progressista ou conservador, impedindo o campo criminológico de compreender as várias dimensões e nuances das demandas formuladas por grupos sociais distintos"[84].

75. Carmen Hein de Campos entende que a discussão sobre o uso do sistema penal para proteger as mulheres deu-se em duas vertentes principais:

> "A primeira, relacionada à sua utilização como um instrumento simbolicamente válido para garantir proteção, particularmente contra a violência doméstica e sexual, através de reformas legais. Assim, essa corrente impulsiona a criação de leis de proteção às mulheres, de penas mais duras e do controle da violência masculina. A segunda critica o uso do Direito Penal, pois o entende como um campo negativo para as mulheres, como produtor de maior sofrimento e que descuida também dos homens violentos. Nesse sentido, clama pelo uso minimalista do Direito Penal ou pelo seu abandono (perspectiva abolicionista)"[85].

84. PRANDO, Camila Cardoso de Mello. Os juristas e as políticas da justiça criminal: quem tem medo da esfera pública? *Revista Direito e Práxis*, v. 11, n. 04, p. 2195-2196, 2020.

85. CAMPOS, Carmen Hein de. *Criminologia feminista:* teoria feminista e crítica às criminologias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 178.

A., V. R. P. de; G., M. D. de O.; A., M. M. Parecer – A nova criminologia e a criminologia feminista: impropriedade, vagueza e ambiguidade conceitual em questão de concurso público para a Polícia Civil do Estado de São Paulo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* vol. 204. ano 32. p. 423-461. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2024.
DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.12628331].

76. É inegável, portanto, que existe no campo complexo e plural da Criminologia Feminista uma forte perspectiva político-criminal de recrudescimento do poder punitivo. Na década de 1980 o movimento feminista brasileiro começa a pautar o tema da violência contra a mulher, a partir de dois casos que ganharam notoriedade, quais sejam o espancamento de uma mulher casada com um professor universitário e o assassinato de Ângela Diniz por Doca Street, na Praia dos Ossos, em Búzios/RJ[86]. Segundo Campos, "estes dois episódios originaram manifestações feministas contra a impunidade e contra a tese da legítima defesa da honra"[87].

77. Essa temática permanece na agenda feminista e "no final dos anos oitenta e início dos anos noventa, a política feminista de denunciar a impunidade da violência e o descaso do sistema de justiça dá lugar a posturas propositivas de mudança na legislação"[88], e nesse contexto são apresentadas propostas de mudanças nos crimes de estupro (1991), lei especial contra a violência familiar e de criminalização do assédio sexual (1999)[89].

78. É a luta feminista contra a impunidade, especialmente da violência sexual, doméstica e feminicida, que acaba por impulsionar as mais profundas mudanças na legislação penal brasileira no início do século XXI. Se na década de 1980 já haviam sido criadas as Delegacias das Mulheres (também fruto das demandas feministas), em 2006 surge a chamada Lei Maria da Penha (11.340/2006), que resultou de um anteprojeto de lei "elaborado por um grupo de organizações feministas (Consórcio Nacional)"[90]. Segue-se, em 2001, 2005, 2009 e 2018 as reformas do Código Penal, com a edição das Leis 10.224/2001, 11.106/2005, 12.015/2009 e 13.718/2008, que consagraram inúmeras demandas da Criminologia feminista, a começar pela alteração do Título, que deixa de ser chamado de "Crimes contra os costumes" e passa a ser nominado "Crimes contra a liberdade sexual". Ademais, as leis promoveram diversas outras alterações, como a exclusão da expressão mulher honesta; a exclusão da causa de extinção da punibilidade que resultava do

86. O caso está contado de modo extremamente competente do *Podcast* Praia dos Ossos, produzido pela Rádio Novelo. A pesquisa aborda em detalhes a participação e o desenvolvimento do movimento feminista, ocorrido em torno ao episódio. Cf. aqui: [https://radionovelo.com.br/originais/praiadosossos/].

87. CAMPOS, Carmen Hein de. A contribuição da criminologia feminista ao movimento de mulheres no Brasil. In: ANDRADE, Vera Regina Pereira de (org.). *Verso e reverso do controle penal.* (Des) aprisionando a sociedade da cultura punitiva. Homenagem a Alessandro Baratta. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2002. p. 134.

88. CAMPOS, Carmen Hein de. *Criminologia feminista:* teoria feminista e crítica às criminologias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 201.

89. Ibidem, p. 203.

90. Ibidem, p. 206.

casamento do autor com a vítima; a unificação do estupro e do atentado violento ao pudor (art. 213, CP); o aumento da pena do estupro (art. 213, CP); a tipificação do delito de estupro de vulnerável (art. 217-A, CP); a mudança do regime de ação penal para pública incondicionada (art. 225, CP); a criminalização do assédio sexual (art. 216-A, CP); a criminalização da importunação sexual (art. 215-A, CP); a majoração da pena para os casos de estupro coletivo e de estupro corretivo (art. 226, IV, CP) etc.

79. Nessa passada, foram editados novos tipos penais, cujo móvel político-criminal foi a demanda feminista.

Vale citar:

> – Perseguição: art. 147-A, CP (incluído pela Lei 14.132/2021).
> – Violência psicológica contra a mulher: art. 147-B, CP (incluído pela Lei 14.188/2021).
> – Registro não autorizado da intimidade sexual: art. 216-B (incluído pela Lei 13.722/2018).
> – Divulgação de cena de estupro ou de cena de estupro de vulnerável, de cena de sexo ou de pornografia: art. 218-C (incluído pela Lei 13.718/2018).

80. A discussão foi reeditada e novamente parcela da Criminologia Feminista defendeu uma perspectiva de recrudescimento do poder punitivo por ocasião dos debates sobre o "feminicídio". Como se sabe, a Lei 13.104/2015 incluiu no art. 121, § 2º, do CP, o inc. VI, que nomeou o feminicídio como uma das espécies de homicídio qualificado, que ocorre quando o crime é praticado contra a mulher por razões da condição de sexo feminino. Também nessa ocasião houve divergências no campo da Criminologia Feminista, mas prevaleceu a posição que defende o recrudescimento punitivo, sob o argumento da importância simbólica de dar nome à violência específica. Conforme Campos, o Brasil seguiu a tendência presente na América Latina desde os anos 1990, de reconhecer a especificidade das violências contra a mulher:

> "Assim sendo, nominar juridicamente o feminicídio como a morte por razões de gênero foi uma demanda feminista de reconhecimento da especificidade dessas mortes. Portanto, o nomen juris através da tipificação penal reflete o reconhecimento político-jurídico de uma violência específica que é também uma violação dos direitos humanos das mulheres.
> Consequentemente, conceituar o feminicídio como atos ou condutas misóginas que levam à morte, ou a morte por razões de gênero ou ainda como uma forma extrema da violência baseada no gênero busca proteger um bem jurídico considerado penalmente relevante (a vida). Assim, o feminicídio seria uma adequação típica contraposta à figura do homicídio, visando diferenciar e nominar a

A., V. R. P. de; G., M. D. de O.; A., M. M. Parecer – A nova criminologia e a criminologia feminista: impropriedade, vagueza e ambiguidade conceitual em questão de concurso público para a Polícia Civil do Estado de São Paulo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 204. ano 32. p. 423-461. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2024.
DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.12628331].

> especificidade das mortes de mulheres. Nesse sentido, é legítima a diferenciação legal do feminicídio, pois há o reconhecimento jurídico dessa forma específica de violência baseada no gênero assim como aconteceu com a violência doméstica e familiar contra a mulher (p. 110)"[91].

81. No que toca ao feminicídio, além da conquista da nomeação legal, o movimento feminista ainda logrou obter decisão do Supremo Tribunal Federal que declarou inconstitucional a tese da "legítima defesa da honra", historicamente e até hoje utilizada como tese de defesa e fundamento de absolvições no Tribunal do Júri. Por ocasião do julgamento da ADPF 779/DF, o Min. Dias Toffoli, relator, fundamentou seu voto em literatura criminológico-feminista, citando as contribuições de Danielle Margarita Ramos, no texto Reflexões sobre o processo histórico-discursivo do uso da legítima defesa da honra no Brasil e a construção das mulheres, publicado na *Revista Estudos Feministas*, em 2012, e de Sílvia Pimentel, Valéria Pandiarijian e Juliana Belloque, no artigo Legítima defesa de honra. Ilegítima impunidade de assassinos: um estudo crítico da legislação e jurisprudência da América Latina, que consta na obra *Vida em família:* uma perspectiva comparativa sobre crimes de honra (2006).

82. Dessa forma, a afirmação constante na assertiva "A", da questão 6, padece de vagueza e ambiguidade conceitual, na medida em que não situa o contexto temporal e local relativamente ao que é perguntado. Além disso, questiona sobre temática acerca da qual existe uma significativa controvérsia científica. Por este motivo, a afirmação pode indubitavelmente ser considerada correta, pois no campo plural das Criminologias Feministas existe, sem margem de dúvida, uma significativa demanda por recrudescimento punitivo a crimes praticados em razão do gênero, que foi, inclusive, corresponsável por relevantes modificações promovidas nas duas últimas décadas na legislação penal brasileira.

5. Respostas aos quesitos

83. Diante do exposto, tendo em vista a pesquisa realizada acerca da literatura criminológica que trata do objeto da questão de número 6, eis as respostas deste parecer aos quesitos propostos:

a) A questão de número 6 contém impropriedade, vagueza e ambiguidade conceitual, diante do quadro teórico da Criminologia?

A questão de número 6 contém impropriedade quanto à correlação entre o enunciado e as assertivas constantes nas alíneas. Isso porque nenhuma das "Criminologias" elencadas (Feminista, Clínica, *Queer*, Ambiental e Racial) pode ser

91. CAMPOS, Carmen Hein de. Feminicídio no Brasil: uma análise crítico-feminista. *Revista Sistema Penal e Violência*, Porto Alegre, 2015, p. 110.

considerada subespécie da "Nova Criminologia", corrente específica que se desenvolveu no final dos anos 1960, conforme explicado no parecer.

Ademais, contém vagueza e ambiguidade conceitual na assertiva da alínea "A", pois as duas afirmações postas na frase – (i) "a Criminologia feminista alicerça-se no estudo da mulher como vítima; e (ii) reivindica o recrudescimento punitivo a crimes praticados em razão do gênero – são objeto de debates no campo das plurais Criminologias feministas, de maneira que podem ser consideradas corretas dependendo da perspectiva teórica adotada, bem como do contexto de tempo e espaço, de maneira que não podem, em absoluto, ser consideradas erradas;

b) Na questão de número 6 não há resposta correta, diante do quadro teórica da Criminologia?

Conforme já explicitado, a questão de número 6 apresenta impropriedade relativamente à correlação entre o enunciado e as assertivas constantes nas alíneas, porque nenhuma das "Criminologias" elencadas (Feminista, Clínica, *Queer*, Ambiental e Racial) pode ser considerada subespécie ou ser incluída no conceito historicamente datado e cientificamente delimitado da Nova Criminologia, corrente específica, de base marxista, que se desenvolveu no final dos anos 1960, conforme explicado no parecer. Deste modo, não é correto considerar nenhuma das hipóteses constantes nas alíneas como integrantes da Nova Criminologia, motivo pelo qual não há resposta correta na questão em análise.

c) Na questão de número 6 constam duas respostas corretas, diante do quadro teórico da Criminologia?

Caso superado o primeiro ponto (o que consideramos inviável, pois a impropriedade na correlação entre enunciado e hipóteses é cabal e incontornável), pode-se considerar que a questão de número 6 apresenta duas respostas corretas. Isso porque, verifica-se imprecisão e ambiguidade conceitual na assertiva da alínea "a", pois as duas afirmações postas na frase são objeto de debates no campo das plurais Criminologias Feministas, de maneira que podem ser consideradas corretas dependendo da perspectiva teórica adotada.

d) A questão de número 6 deve ser anulada?

Diante de todo exposto, considerando a impropriedade, a vagueza e a ambiguidade conceitual de que padece a questão; a impropriedade quanto à correlação entre enunciado e assertivas e a consequente inexistência de resposta correta; a imprecisão e a ambiguidade na assertiva "A" e a consequente existência de duas respostas correta, a questão de número 6 não atende aos requisitos mínimos para a validação de uma questão de múltipla escolha, motivo pelo qual se apresenta irremediavelmente comprometida e deve ser anulada, sob pena de macular o certame e gerar flagrante injustiça.

84. É o parecer.

A., V. R. P. de; G., M. D. de O.; A., M. M. Parecer – A nova criminologia e a criminologia feminista: impropriedade, vagueza e ambiguidade conceitual em questão de concurso público para a Polícia Civil do Estado de São Paulo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 204. ano 32. p. 423-461. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2024.
DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.12628331].

6. Referências bibliográficas

ALVES, Marcelo Mayora. Ciências Criminais e Ideologia: sobre três clássicos da sociologia do direito penal. In: PRANDO, Camila et al (org.). *Construindo as criminologias críticas:* a contribuição de Vera Andrade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

ALVES, Marcelo Mayora; GARCIA, Mariana Dutra de Oliveira. As mulheres e os penalistas: representações sobre a moral e os papeis sexuais nos manuais de direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 173, ano 28, 2020.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Criminologia em pedaços: manifesto por uma aliança para a brasilidade. *Boletim do IBCCRIM*, ano 28, n. 328, março de 2020.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Pelas mãos da criminologia.* O controle penal para além da (des)ilusão. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2012.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Sistema penal máximo* x *cidadania mínima*. Códigos da violência na era da globalização. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

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

ANIYAR DE CASTRO, Lola. *Criminologia da reação social*. Trad. Ester Kosovski. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

ARGUELO, Katie; PRATEANO, Vanessa; ROMFELD, Vitor. Vitimologia e gênero: considerações crítico feministas a partir da sentença do caso Mariana Ferrer. *Revista Captura Criptica:* direito, política, atualidade. Florianópolis, v. 12, n. 2.

BARBOSA, Iricherlly Daiane da Costa. *Das linhas às entrelinhas:* a representação das mulheres nas doutrinas penais na segunda metade do século XX nos crimes contra os costumes. Dissertação de Mestrado. Universidade Católica de Pernambuco, 2021.

BARBOSA, Larissa; WEIGERT, Mariana; CARVALHO, Salo de. Quem enxerga a população LGBT encarcerada? (A lgbtfobia institucional sob a perspectiva da criminologia crítica queer). *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 13, n. 3, p. 1982-2008, 2022.

BERGALLI, Roberto; RAMIREZ, Juan Bustos; MIRALLES, Teresa. *El pensamiento criminológic*o. Una análisis critico. Bogota: Editorial Temis Librería, 1983. v. 1.

BERGALLI, Roberto; RAMIREZ, Juan Bustos; MIRALLES, Teresa. *El pensamiento criminológico*. Una análisis critico. Bogota: Editorial Temis Librería, 1983. v. 1.

BUCHWEITZ, Bernardo. Elaboração de questões de múltipla escolha. *Revista de Estudos em Avaliação Educacional* [online]. n. 14, p. 83-104, 1996.

A., V. R. P. de; G., M. D. de O.; A., M. M. Parecer – A nova criminologia e a criminologia feminista: impropriedade, vagueza e ambiguidade conceitual em questão de concurso público para a Polícia Civil do Estado de São Paulo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* vol. 204. ano 32. p. 423-461. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2024.
DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.12628331].

CAMPOS, Carmen Hein. A contribuição da criminologia feminista ao movimento de mulheres no Brasil. In: ANDRADE, Vera Regina Pereira de (org.). *Verso e reverso do controle penal*. (Des) aprisionando a sociedade da cultura punitiva. Homenagem a Alessandro Baratta. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2002.

CAMPOS, Carmen Hein. *Criminologia e feminismo*. Porto Alegre: Sulina, 1999.

CAMPOS, Carmen Hein. *Criminologia feminista:* teoria feminista e crítica às criminologias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

CAMPOS, Carmen Hein. Feminicídio no Brasil: uma análise crítico-feminista. *Revista Sistema Penal e Violência*, Porto Alegre, 2015.

CAMPOS, Carmen Hein. *Teoria crítica feminista e crítica à(s) criminologia(s):* estudo para uma perspectiva feminista em criminologia no Brasil. Tese de doutorado. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2013.

CARDOSO, Helena Schiessl. *O ensino da criminologia dos mestrados em direito das universidades públicas.* Tese de doutorado: PPGD/UFSC, 2017.

CARVALHO, Salo de. Perspectivas metodológicas na criminologia crítica brasileira: diretrizes fundacionais e mapeamento de fontes de referência. *Revista Brasileira de Sociologia do Direito*, v. 8, n. 2, maio/ago. 2021.

CARVALHO, Salo de. Sobre a criminalização da homofobia: perspectivas desde a criminologia *queer*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 99, 2012.

CASTILLO, Adícea. Rosa del Olmo: Los problemas de género en su obra. *Revista Venezolana de estudios de la mujer*, Caracas, v. 13, n. 31, p. 247-257, jul.-dez, 2008.

Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

ELBERT, Carlos Alberto. *Manual básico de criminologia*. Trad. Ney Fayet Jr. Porto Alegre: Lenz, 2003.

FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. *Corpo negro caído no chão*. O sistema penal e o projeto genocida do estado brasileiro. Dissertação de mestrado. Unb, 2006.

FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. O feminicídio e os embates das trincheiras feministas. *Revista Discursos Sediciosos:* Crime, Direito e Sociedade, v. Ano 20, n. 23/24, p. 95-106, 2016.

FREITAS, Felipe. Novas perguntas para a criminologia brasileira: poder, racismo e direito no centro da roda. *Caderno do Ceas*, Salvador, n. 238, p. 494, 2016.

GARCIA, Mariana Dutra de Oliveira. *A criminologia no ensino jurídico no Brasil*. Dissertação de Mestrado: UFSC, 2014.

KARAM, Maria Lucia. *A esquerda punitiva* – 25 anos depois. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021.

KARAM, Maria Lúcia. A esquerda punitiva. *Revista Discursos Sediciosos*, n. 1, v. 1, p. 76-92, 1996.

A., V. R. P. de; G., M. D. de O.; A., M. M. Parecer – A nova criminologia e a criminologia feminista: impropriedade, vagueza e ambiguidade conceitual em questão de concurso público para a Polícia Civil do Estado de São Paulo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* vol. 204. ano 32. p. 423-461. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2024.
DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.12628331].

KOSOVSKI, Ester. *Adultério*. Rio de Janeiro: Codecri, 1983.

KOSOVSKI, Ester. *Vitimologia:* enfoque interdisciplinar. Rio de Janeiro: UFRJ, 1991.

LARRAURI, Elena. *La herencia da la criminologia critica*. Madrid: Siglo Veintiuno, 1991.

MACHADO NETO, Zahidé. *Direito penal e estrutura social* (comentário sociológico ao Código Criminal de 1830). São Paulo: Ed. Universidade de São Paulo e Saraiva, 1977.

MENDES, Soraia da Rosa. *Criminologia feminista:* novos paradigmas. 2. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2017.

MOLINÉ, José Cid; LARRAURI, Elena. *Teorías criminológicas*. Explicación y prevención de la delincuencia. Barcelona: Editorial Bosch, 2001.

PIRES, Thula Rafaela de Oliveira. *Criminalização do racismo:* entre a política de reconhecimento e meio de legitimação do controle social dos não reconhecidos. Tese de Doutorado. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2013.

PRANDO, Camila Cardoso de Mello. Os juristas e as políticas da justiça criminal: quem tem medo da esfera pública? *Revista Direito e Práxis*, v. 11, n. 04, p. 2195-2196, 2020.

TAYLOR, Ian; WALTON, Paul; YOUNG, Jock. *La nueva criminología:* contribuición a una teoria social de la conducta desviada. Trad. Adolfo Crosa. Buenos Aires: Amorrortu Editores, 1977.

TAYLOR, Ian; WALTON, Paul; YOUNG, Jock. *The new criminology:* for a social theory of deviance. London: Routledge, 1973.

WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994. v. I: interpretação da lei: temas para uma reformulação.

WARAT, Luis Alberto. O direito e sua linguagem. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.

A., V. R. P. de; G., M. D. de O.; A., M. M. Parecer – A nova criminologia e a criminologia feminista: impropriedade, vagueza e ambiguidade conceitual em questão de concurso público para a Polícia Civil do Estado de São Paulo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* vol. 204. ano 32. p. 423-461. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2024.
DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.12628331].



PESQUISAS DO EDITORIAL



Áreas do Direito: Administrativo; Penal

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- Criminologia crítica e lei maria da penha: Uma relação (in)conciliável?, de Victor Sugamosto Romfeld – *RBCCrim* 120/379-408;
- Fios e furos nos entrelaçamentos teóricos e metodológicos nas pesquisas criminológicas sobre mulheres, de Luanna Tomaz de Souza, Ana Beatriz Freitas Silva e Yasmim Nagat Yosano – *RBCCrim* 153/243-264;
- O controle social e as mulheres negras: Possibilidades e releituras para a criminologia feminista, de Naila Ingrid Chaves Franklin – *RBCCrim* 135/487-518;
- Perspectivas feministas em criminologia: A interseccionalidade entre gênero, raça e classe na análise do estupro, de Mailô de Menezes Vieira Andrade – *RBCCrim* 146/435-455; e
- Raça, gênero e colonialidade: Críticas marginais para a criminologia feminista e sua epistemologia, de Bruna Stéfanni Soares de Araújo – *RBCCrim* 146/23-56.

A., V. R. P. de; G., M. D. de O.; A., M. M. Parecer – A nova criminologia e a criminologia feminista: impropriedade, vagueza e ambiguidade conceitual em questão de concurso público para a Polícia Civil do Estado de São Paulo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 204. ano 32. p. 423-461. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2024.
DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.12628331].

Índice Alfabético-remissivo

AUTORES

A

ALVES, Marcelo Mayora
– Parecer – A nova criminologia e a criminologia feminista: impropriedade, vagueza e ambiguidade conceitual em questão de concurso público para a Polícia Civil do Estado de São Paulo, p. 423

ANDRADE, Vera Regina Pereira de
– Parecer – A nova criminologia e a criminologia feminista: impropriedade, vagueza e ambiguidade conceitual em questão de concurso público para a Polícia Civil do Estado de São Paulo, p. 423

B

BATISTA, Nilo
– A ação nos crimes ambientais, p. 103

BONACCORSI, Daniela
– A decisão no *Habeas Corpus* 208.240 do Supremo Tribunal Federal a partir de uma análise criminológica, p. 407

BRAGA, Ana Gabriela Mendes
– "O direito é masculino": o gênero nas representações da criminosa em artigos da Revista Brasileira de Ciências Criminais, p. 331

BULL, Ray
– Forensic interviewing of children in Brazil: judges' perceptions after five years of law reform, p. 203

BUONICORE, Bruno Tadeu
– Precedentes internacionais: a sujeição de civis, em tempo de paz, à jurisdição militar, p. 71

C

CARVALHO, Salo de
– Crimes dos poderosos na gestão da saúde pública: uma pesquisa sobre práticas corruptivas e técnicas de neutralização, p. 299

CEPEDA, Ana Isabel Pérez
– Diligencia debida, cadenas de actividad y sostenibilidad, p. 17

CRUZ, Rogério Schietti
– Encontros da polícia com o indivíduo e juízo de fundada suspeita na jurisprudência americana e brasileira: a convergência de Terry *v.* Ohio com o RHC 158.580/BA e o HC 598.051/SP, p. 361

D

DUARTE, Daniel Nascimento
– Prognósticos iniciais para uma concepção contemporânea de processo penal a partir da teoria crítica dos direitos humanos, p. 125

F

FERREIRA, Carolina Cutrupi
– Câmera, gravando: implementação e aspectos legais no uso de câmeras corporais em agentes policiais, p. 165

FERREIRA, Letícia Cardoso
– "O direito é masculino": o gênero nas representações da criminosa em artigos da Revista Brasileira de Ciências Criminais, p. 331

G

GARCIA, Mariana Dutra de Oliveira
– Parecer – A nova criminologia e a criminologia feminista: impropriedade, vagueza e ambiguidade conceitual em questão de concurso público para a Polícia Civil do Estado de São Paulo, p. 423

GUEDES, Mauro Machado
– Precedentes internacionais: a sujeição de civis, em tempo de paz, à jurisdição militar, p. 71

K

KNIJNIK, Danilo
– Encontros da polícia com o indivíduo e juízo de fundada suspeita na jurisprudência americana e brasileira: a convergência de Terry *v.* Ohio com o RHC 158.580/BA e o HC 598.051/SP, p. 361

M

MACHADO, Bruno Amaral
– Segurança pública e governança na visão dos gestores: o Programa Viva Brasília – Nosso Pacto pela Vida, p. 263

MACHADO, Fábio Guedes de Paula
– Ainda há espaço para a imputação de tentativa de evasão de divisas?, p. 43

MILNE, Rebecca
– Forensic interviewing of children in Brazil: judges' perceptions after five years of law reform, p. 203

O

OLIVEIRA, Alice Quintela Lopes
– A visita íntima nas prisões e seu itinerário histórico: desigualdades de gênero e direitos sexuais em disputa, p. 235

S

SANTORO, Antonio Eduardo Ramires
– Prognósticos iniciais para uma concepção contemporânea de processo penal a partir da teoria crítica dos direitos humanos, p. 125

SIQUEIRA, Guilherme Machado
– Crimes dos poderosos na gestão da saúde pública: uma pesquisa sobre práticas corruptivas e técnicas de neutralização, p. 299

STEIN, Lilian Milnitsky
– Forensic interviewing of children in Brazil: judges' perceptions after five years of law reform, p. 203

T

TEIXEIRA, Alessandra
– A visita íntima nas prisões e seu itinerário histórico: desigualdades de gênero e direitos sexuais em disputa, p. 235

TOLEDO, Fabio Lopes
– Câmera, gravando: implementação e aspectos legais no uso de câmeras corporais em agentes policiais, p. 165

Z

ZANATTA, Daniel Dias
– Segurança pública e governança na visão dos gestores: o Programa Viva Brasília – Nosso Pacto pela Vida, p. 263

ZAVATTARO, Mayra dos Santos
– Forensic interviewing of children in Brazil: judges' perceptions after five years of law reform, p. 203

TEMAS

A

Abordagem pessoal

– A decisão no *Habeas Corpus* 208.240 do Supremo Tribunal Federal a partir de uma análise criminológica, p. 407

Ação humana – A ação nos crimes ambientais, p. 103

Aspectos objetivos – A decisão no *Habeas Corpus* 208.240 do Supremo Tribunal Federal a partir de uma análise criminológica, p. 407

C

Câmeras corporais – Câmera, gravando: implementação e aspectos legais no uso de câmeras corporais em agentes policiais, p. 165

Children. Judges – Forensic interviewing of children in Brazil: judges' perceptions after five years of law reform, p. 203

Concurso público – Parecer – A nova criminologia e a criminologia feminista: impropriedade, vagueza e ambiguidade conceitual em questão de concurso público para a Polícia Civil do Estado de São Paulo, p. 423

Constitucionalismo cosmopolita – Precedentes internacionais: a sujeição de civis, em tempo de paz, à jurisdição militar, p. 71

Corrupção – Crimes dos poderosos na gestão da saúde pública: uma pesquisa sobre práticas corruptivas e técnicas de neutralização, p. 299

Crime ambiental – A ação nos crimes ambientais, p. 103

Crime impossível – Ainda há espaço para a imputação de tentativa de evasão de divisas?, p. 43

Crime militar e competência – Precedentes internacionais: a sujeição de civis, em tempo de paz, à jurisdição militar, p. 71

Crime tentado – Ainda há espaço para a imputação de tentativa de evasão de divisas?, p. 43

Crimes contra a saúde pública – Crimes dos poderosos na gestão da saúde pública: uma pesquisa sobre práticas corruptivas e técnicas de neutralização, p. 299

Crimes dos poderosos – Crimes dos poderosos na gestão da saúde pública: uma pesquisa sobre práticas corruptivas e técnicas de neutralização, p. 299

Criminologia feminista – Parecer – A nova criminologia e a criminologia feminista: impropriedade, vagueza e ambiguidade conceitual em questão de concurso público para a Polícia Civil do Estado de São Paulo, p. 423

Criminosa – "O direito é masculino": o gênero nas representações da criminosa em artigos da Revista Brasileira de Ciências Criminais, p. 331

D

Deberes de diligencia – Diligencia debida, cadenas de actividad y sostenibilidad, p. 17

Delito econômico – Ainda há espaço para a imputação de tentativa de evasão de divisas?, p. 43

Derechos humanos – Diligencia debida, cadenas de actividad y sostenibilidad, p. 17

Desenhos processuais desumanizantes – Prognósticos iniciais para uma concepção contemporânea de processo penal a partir da teoria crítica dos direitos humanos, p. 125

Direito penal e processual penal militar – Precedentes internacionais: a sujeição de civis, em tempo de paz, à jurisdição militar, p. 71

Direitos sexuais – A visita íntima nas prisões e seu itinerário histórico: desigualdades de gênero e direitos sexuais em disputa, p. 235

Dispositivo da sexualidade – A visita íntima nas prisões e seu itinerário histórico: desigualdades de gênero e direitos sexuais em disputa, p. 235

Dupla imputação – A ação nos crimes ambientais, p. 103

E

Escolas Criminológicas – A decisão no *Habeas Corpus* 208.240 do Supremo Tribunal Federal a partir de uma análise criminológica, p. 407

Estereótipo do criminoso – A decisão no *Habeas Corpus* 208.240 do Supremo Tribunal Federal a partir de uma análise criminológica, p. 407

Estereótipos de gênero – "O direito é masculino": o gênero nas representações da criminosa em artigos da Revista Brasileira de Ciências Criminais, p. 331

F

Forensic interviewing – Forensic interviewing of children in Brazil: judges' perceptions after five years of law reform, p. 203

Fundada Suspeita

– A decisão no *Habeas Corpus* 208.240 do Supremo Tribunal Federal a partir de uma análise criminológica, p. 407

– Encontros da polícia com o indivíduo e juízo de fundada suspeita na jurisprudência americana e brasileira: a convergência de Terry *v.* Ohio com o RHC 158.580/BA e o HC 598.051/SP, p. 361

G

Gênero – A visita íntima nas prisões e seu itinerário histórico: desigualdades de gênero e direitos sexuais em disputa, p. 235

Gestão diferencial dos ilegalismos – Prognósticos iniciais para uma concepção contemporânea de processo penal a partir da teoria crítica dos direitos humanos, p. 125

Governança – Segurança pública e governança na visão dos gestores: o Programa Viva Brasília – Nosso Pacto pela Vida, p. 263

H

HC 598.051/SP – Encontros da polícia com o indivíduo e juízo de fundada suspeita

na jurisprudência americana e brasileira: a convergência de Terry *v.* Ohio com o RHC 158.580/BA e o HC 598.051/SP, p. 361

I

Imputação – Ainda há espaço para a imputação de tentativa de evasão de divisas?, p. 43

Interação polícia e cidadão – Câmera, gravando: implementação e aspectos legais no uso de câmeras corporais em agentes policiais, p. 165

Inviabilidade fático-jurídica contemporânea – Precedentes internacionais: a sujeição de civis, em tempo de paz, à jurisdição militar, p. 71

Inviolabilidade do domicílio – Encontros da polícia com o indivíduo e juízo de fundada suspeita na jurisprudência americana e brasileira: a convergência de Terry *v.* Ohio com o RHC 158.580/BA e o HC 598.051/SP, p. 361

J

Justa causa – Encontros da polícia com o indivíduo e juízo de fundada suspeita na jurisprudência americana e brasileira: a convergência de Terry *v.* Ohio com o RHC 158.580/BA e o HC 598.051/SP, p. 361

Justiça militar – Precedentes internacionais: a sujeição de civis, em tempo de paz, à jurisdição militar, p. 71

L

Letalidade policial – Câmera, gravando: implementação e aspectos legais no uso de câmeras corporais em agentes policiais, p. 165

M

Método legal feminista – "O direito é masculino": o gênero nas representações da criminosa em artigos da Revista Brasileira de Ciências Criminais, p. 331

N

Nosso Pacto Pela Vida – Segurança pública e governança na visão dos gestores: o Programa Viva Brasília – Nosso Pacto pela Vida, p. 263

Nova criminologia – Parecer – A nova criminologia e a criminologia feminista: impropriedade, vagueza e ambiguidade conceitual em questão de concurso público para a Polícia Civil do Estado de São Paulo, p. 423

Nova crítica criminológica – Crimes dos poderosos na gestão da saúde pública: uma pesquisa sobre práticas corruptivas e técnicas de neutralização, p. 299

P

Plutofilia – Diligencia debida, cadenas de actividad y sostenibilidad, p. 17

Políticas públicas – Segurança pública e governança na visão dos gestores: o Programa Viva Brasília – Nosso Pacto pela Vida, p. 263

Precedentes das cortes internacionais de diretos humanos – Precedentes internacionais: a sujeição de civis, em tempo de paz, à jurisdição militar, p. 71

Prisão – A visita íntima nas prisões e seu itinerário histórico: desigualdades de gênero e direitos sexuais em disputa, p. 235

R

Racial profiling – Encontros da polícia com o indivíduo e juízo de fundada suspeita na jurisprudência americana e brasileira: a convergência de Terry *v.* Ohio com o RHC 158.580/BA e o HC 598.051/SP, p. 361

Responsabilidad de las empresas – Diligencia debida, cadenas de actividad y sostenibilidad, p. 17

Ressignificação teórico-prática do processo penal – Prognósticos iniciais para uma concepção contemporânea de processo penal a partir da teoria crítica dos direitos humanos, p. 125

Revista Brasileira de Ciências Criminais – "O direito é masculino": o gênero nas representações da criminosa em artigos da Revista Brasileira de Ciências Criminais, p. 331

RHC 158.580/BA – Encontros da polícia com o indivíduo e juízo de fundada suspeita na jurisprudência americana e brasileira: a convergência de Terry *v.* Ohio com o RHC 158.580/BA e o HC 598.051/SP, p. 361

S

Segurança pública

– Câmera, gravando: implementação e aspectos legais no uso de câmeras corporais em agentes policiais, p. 165

– Segurança pública e governança na visão dos gestores: o Programa Viva Brasília – Nosso Pacto pela Vida, p. 263

Seletividade – Encontros da polícia com o indivíduo e juízo de fundada suspeita na jurisprudência americana e brasileira: a convergência de Terry *v.* Ohio com o RHC 158.580/BA e o HC 598.051/SP, p. 361

Seletividade processual – Prognósticos iniciais para uma concepção contemporânea de processo penal a partir da teoria crítica dos direitos humanos, p. 125

Stop and Frisk – Encontros da polícia com o indivíduo e juízo de fundada suspeita na jurisprudência americana e brasileira: a convergência de Terry *v.* Ohio com o RHC 158.580/BA e o HC 598.051/SP, p. 361

Sujeição de civis – Precedentes internacionais: a sujeição de civis, em tempo de paz, à jurisdição militar, p. 71

T

Técnicas de neutralização – Crimes dos poderosos na gestão da saúde pública: uma pesquisa sobre práticas corruptivas e técnicas de neutralização, p. 299

Teoria crítica dos direitos humanos – Prognósticos iniciais para uma concepção contemporânea de processo penal a partir da teoria crítica dos direitos humanos, p. 125

Teoria das representações sociais – Segurança pública e governança na visão dos gestores: o Programa Viva Brasília – Nosso Pacto pela Vida, p. 263

Terry stop – Encontros da polícia com o indivíduo e juízo de fundada suspeita na jurisprudência americana e brasileira:

a convergência de Terry *v.* Ohio com o RHC 158.580/BA e o HC 598.051/SP, p. 361

Terry *v.* Ohio – Encontros da polícia com o indivíduo e juízo de fundada suspeita na jurisprudência americana e brasileira: a convergência de Terry *v.* Ohio com o RHC 158.580/BA e o HC 598.051/SP, p. 361

Tipicidade – Ainda há espaço para a imputação de tentativa de evasão de divisas?, p. 43

Tráfico de drogas – "O direito é masculino": o gênero nas representações da criminosa em artigos da Revista Brasileira de Ciências Criminais, p. 331

Training. Brazil's Law Reform – Forensic interviewing of children in Brazil: judges' perceptions after five years of law reform, p. 203

U

Uso da força policial – Câmera, gravando: implementação e aspectos legais no uso de câmeras corporais em agentes policiais, p. 165

V

Visita Íntima – A visita íntima nas prisões e seu itinerário histórico: desigualdades de gênero e direitos sexuais em disputa, p. 235

Viva Brasília – Segurança pública e governança na visão dos gestores: o Programa Viva Brasília – Nosso Pacto pela Vida, p. 263

Normas de Publicação – Revista Brasileira de Ciências Criminais



Política editorial determinada pela equipe editorial em conformidade com o conselho editorial da RBCCRIM, sujeita à revisão periódica.

1. Dados gerais do periódico

- **Nome**: Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCRIM)
- **Responsável**: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM)
- **Formato**: impresso (Editora Thomson Reuters)
- **Ano de criação**: 1992 (sem interrupções)
- **Periodicidade**: bimestral
- **Recebimento de manuscritos**: fluxo contínuo e editais especiais
- **ISSN**: 1415-5400
- ***Qualis***: A1

2. Linha editorial

A Revista Brasileira de Ciências Criminais visa à publicação de **trabalhos científicos** relacionados às **ciências criminais**, essencialmente compreendidas entre as áreas de Direito Penal, Direito Processual Penal e Criminologia, além de seus pontos de transdisciplinaridade com outras esferas do conhecimento, como a psicologia, a medicina, a antropologia, a sociologia etc.

Com o objetivo de abranger tal escopo editorial, o periódico é dividido nas seguintes **seções**:

a) *Direito Penal*: abrangendo Teoria Geral, Parte Especial, Legislação Penal Especial e Direito Penal Econômico;

b) *Processo Penal;*

c) *Crime e Sociedade;*

Ademais, a RBCCRIM, almejando a interlocução entre a estruturação de uma sólida doutrina nas ciências criminais e seu impacto na prática judicial, também publica **comentários críticos a decisões jurisprudenciais**, preferencialmente aquelas emanadas dos tribunais superiores e internacionais. Tais contribuições integram a seção *Direito em Ação* - Comentário Jurisprudencial. Além disso, também são publicados **Pareceres** acerca da aplicação prática de teorias relevantes às ciências criminais.

Por fim, visando à divulgação de importantes trabalhos científicos publicados em âmbito nacional e internacional, especialmente pesquisas acadêmicas, há a seção **Resenhas Críticas,** em que se apresentam breves comentários a tais publicações, ensejando críticas e incentivo ao debate científico. Ocasionalmente, também serão admitidas e publicadas **entrevistas** avaliadas pela coordenação como relevantes à promoção do debate científico concernente ao escopo do periódico.

1. Regras para submissão

O envio dos trabalhos deverá ser feito por meio de cadastramento direto no sistema (OJS): https://publicacoes.ibccrim.org.br/index.php/RBCCRIM/index. Recomenda-se a utilização de processador de texto Microsoft Word (formatos doc.). Caso seja usado outro processador de texto, os arquivos devem ser gravados no formato RTF (de leitura comum a todos os processadores de texto).

1.1. Condições para submissão

a) É exigida **titulação mínima de mestrado (de autores e coautores)** para submissão de artigos ao processo de avaliação.

b) O artigo deve ser inédito; portanto, não publicado em nenhum outro periódico científico e/ou canais de comunicação. Vale ressaltar que ineditismo não deve ser confundido com originalidade, podendo o tema tratado pelo artigo já ter sido abordado por outros autores(as) e/ou publicações;

c) Todos os artigos serão submetidos à inspeção com programa antiplágio. Não são considerados inéditos os textos: divulgados na *internet*; já publicados no exterior (ainda que em outra língua); publicados em anais de eventos científicos. Serão considerados inéditos os artigos que consistam em versões reduzidas de dissertações de mestrado ou teses de doutorado, embora publicados integralmente em bancos de teses de programas de pós-graduação e os publicados anteriormente em anais de eventos científicos, mas que apresentem efetivos aprimoramentos em razão de debates e estudos posteriores (destacar tais modificações à equipe editorial no e-mail da submissão). Alterações não justificadas em trabalhos já publicados, só serão toleradas até o limite de 30% de coincidência de caracteres.

d) Assim, em qualquer das hipóteses acima referidas, quando trabalho idêntico ou substancialmente semelhante tiver sido publicado pelo autor em outro veículo de comunicação, ainda que em outro idioma, esse fato deve ser declarado expressamente no texto e informado ao editor no momento da submissão, **sob pena de proibição de novas submissão pelo período de um ano**.

e) Traduções de artigos também poderão ser submetidas à apreciação do periódico, desde que acompanhadas da autorização de seus respectivos autores e, quando necessário, do periódico que detenha seus direitos de publicação. No entanto, a decisão sobre a sua publicação ou não será prerrogativa da coordenação da Revista.

f) Uma vez submetido um artigo para avaliação, objetivando sua possível publicação, é vedada a submissão simultânea do mesmo trabalho a outro periódico ou publicação, sob pena de impedimento de submissão de novos trabalhos a este periódico pelo período de um ano;

g) Após o recebimento e cadastramento do trabalho, entraremos em contato para acusar a recepção e solicitar eventuais informações faltantes.

2. Elementos formais obrigatórios

a) Os artigos deverão ser precedidos de uma página de apresentação, na qual se fará constar obrigatoriamente: título do trabalho, nome do autor (ou autores), qualificação (situação acadêmica, títulos com ano de obtenção, instituições às quais pertença e a principal atividade exercida), endereço completo para correspondência, telefone, e-mail, link para o currículo LATTES e número do ORCID.

b) Os trabalhos devem ter entre 20 a 40 páginas, com tolerância de duas para mais ou duas para menos; e resenhas críticas (até 15 páginas). Os parágrafos devem ser justificados. Não devem ser usados recuos, deslocamentos, nem espaçamentos antes ou depois.

c) Como fonte, **usar a Times New Roman, corpo 12. Os parágrafos devem ter entrelinha 1,5; as margens superior e inferior 2,0 cm e as laterais 3,0 cm**. A formatação do tamanho do papel deve ser A4.

d) Os parágrafos devem ser justificados. Não devem ser usados deslocamentos, nem espaçamentos antes ou depois de cada tópico; devem ter entrelinha 1,5; as margens superior e inferior 2,0 cm e as laterais 2,5 cm. A formatação do tamanho do papel deve ser A4.

e) Os trabalhos podem ser escritos em português, espanhol, inglês, francês, alemão ou italiano. Em qualquer caso, **deverão ser indicados, no idioma do artigo e em inglês, o título do trabalho, o respectivo resumo (até 200 palavras) e cinco palavras-chave.**

f) Os artigos devem possuir os seguintes elementos em português e inglês: título/*title*; resumo/*abstract*; palavras-chave/*keywords*; sumário (apenas em português ou na língua original do artigo).

g) A numeração do sumário deverá obrigatoriamente ser feita em algarismos arábicos. É vedada a numeração dos itens em algarismos romanos. No sumário deverão constar os itens com até três dígitos. Exemplo:

Sumário: 1. Introdução – 2. Responsabilidade civil ambiental: legislação: 2.1 Normas clássicas; 2.2 Inovações: 2.2.1 Dano ecológico; 2.2.2 Responsabilidade civil objetiva. Considerações finais. Referências.

h) Os artigos deverão conter itens específicos para introdução, considerações finais (conclusões) e referências.

i) A Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim) não se responsabilizará por realizar qualquer complemento nos trabalhos, tais como inserção de sumário, resumo ou palavras-chave, que ficam à elaboração exclusiva do autor do artigo.

j) O título do artigo não deverá ser excessivamente extenso, mas necessariamente precisa apresentar de modo claro a temática e a delimitação de seu objeto.

k) A qualificação/afiliação do(s) autor(es) deve obedecer ao seguinte critério: iniciar com a titulação acadêmica (da última para a primeira); caso exerça o magistério, inserir os dados pertinentes, logo após a titulação; em seguida, completar as informações adicionais (associações ou outras instituições de que seja integrante e seu respectivo estado da federação e a cidade); finalizar com a função ou profissão exercida (que não seja na área acadêmica). Deverá ser indicado e-mail para contato. Exemplo:

   Doutor em Direito Processual Penal pela PUC-SP. Professor em Direito Processual Penal na Faculdade de Direito da USP. Membro do IBDP. Juiz Federal em Londrina. ORCID. E-mail.

l) Solicita-se que o autor informe em nota de rodapé qualquer financiamento ou benefícios recebidos de fontes comerciais (por ex., se o artigo é fruto de parecer contratado), e que declare não haver conflito de interesses que comprometam a cientificidade do trabalho apresentado. Se o trabalho for resultante de pesquisas financiadas por órgãos de fomento (desconsiderar bolsas de iniciação científica, mestrado e doutorado ou de editais destinados aos programas como o PROEX, PROAP, PROSUP e versões semelhantes dos órgãos estaduais de fomento), deverá haver tal informação em nota de rodapé, especificando o edital de que resulta o financiamento.

m) As Referências deverão seguir o padrão da norma NBR 6023/2018 (da Associação Brasileira de Normas Técnicas - ABNT). <u>As referências bibliográficas completas</u> deverão constar <u>apenas</u> da lista de REFERÊNCIAS, ao final do texto. Exemplo: PEREIRA, Frederico V. *Delação premiada*: legitimidade e procedimento. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2016. p. 45. Em notas de rodapé <u>não se inclui</u> referência completa, podendo-se utilizar do modelo autor/data/página. Esse mesmo modelo deverá ser utilizado no corpo do texto, quando de citações de trechos de obras, devendo a informação vir entre parênteses. Exemplos: PEREIRA, 2016, p. 45, quando em notas de rodapé; e (PEREIRA, 2016, p. 45), quando no corpo do texto.

n) Palavras em língua estrangeira devem constar com uso de *itálico*. Jamais deve ser usado negrito ou sublinhado.

o) Citações diretas (transcrição textual de parte da obra de autor consultado) no corpo do texto devem seguir a norma NBR 1052 (ABNT/2002), ou seja:

   – Citações diretas de <u>até três linhas</u> devem estar contidas entre aspas duplas, no corpo do parágrafo a que se referem. Exemplo: Barbour (1971, p. 35) descreve: "O estudo da morfologia dos terrenos [...] ativos[...]". OU: "Não se mova, faça de conta que está morta." (CLARAC; BONNIN, 1985, p. 72)

   – Citações diretas de <u>mais de três linhas</u> devem ser destacadas do texto, com recuo de 4 cm da margem esquerda, com letra menor (corpo 10) que a utilizada no texto corrido, espaçamento simples entre as linhas e sem aspas.

> A teleconferência permite ao indivíduo participar de um encontro nacional ou regional sem a necessidade de deixar seu local de origem. Tipos comuns de teleconferência incluem o uso da televisão, telefone e computador. Através de audioconferência, utilizando a companhia local de telefone, um sinal de áudio pode ser emitido em um salão de qualquer dimensão. (NICHOLS, 1993, p. 181).

p) As referências legislativas ou jurisprudenciais devem conter todos os dados necessários para sua adequada identificação e localização. Em citações de sites de internet deve-se indicar o *link*, introduzido pela expressão "Disponível em:" e a data de acesso, precedida da expressão "Acesso em:". As datas devem seguir o padrão de abreviação universal ABNT. Exemplo: 20 ago. 2012; 15 set. 2018; 22 mar. 2019 etc.

q) Sugere-se que esquemas, organogramas, tabelas e gráficos sejam inseridos no texto por meio de imagens, de modo a evitar distorções na posterior diagramação.

3. Cientificidade

Os artigos deverão apresentar caráter científico, definindo e esclarecendo um (ou mais) problema específico, sumarizando os estudos prévios sobre a temática e informando aos leitores o estado em que se encontra uma determinada área de investigação. Além disso, o trabalho deve buscar identificar relações, contradições, lacunas e inconsistências na literatura e indicar sugestões para a resolução dos problemas identificados.

Preferencialmente, serão publicados artigos que apresentem contribuição inédita e efetiva às ciências criminais, a partir de referências sólidas e/ou pesquisa empírica inédita. Assim, o trabalho deverá ser uma fonte confiável para o leitor conhecer o estado atual de cada área acerca da temática abordada, é necessária a referência a todas as informações nele inseridas e, ainda, precisam ser identificados e justificados os métodos de correção estatística que eventualmente sejam utilizados.

3.1. Pressupostos de Integridade Ética em Pesquisa

a) Autoria: Todas as pessoas que contribuíram para a pesquisa devem ser indicadas. Cada autor deve ter participado suficientemente do trabalho para poder assumir publicamente a responsabilidade pelo seu conteúdo. Sua participação deve incluir: a) a concepção ou delineamento ou ainda análise e interpretação dos dados, ou ambos; b) redação do manuscrito ou sua revisão, quando inclua critica intelectual importante de seu conteúdo; c) aprovação final da versão a ser publicada. A simples participação na coleta de dados não justifica autoria.[1]

1. MONTENEGRO, Mario R. ALVES, Venâncio A. Ferreira. Critérios de autoria e coautoria em trabalhos científicos. Acta boT. bras. 11 (2): 1997. Acesso em: 25 abr. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/abb/v11n2/v11n2a14.pdf.

b) Coautoria: Quando se tratar da publicação de resultados obtidos por meio de pesquisa coletiva, é preciso certificar-se da contribuição intelectual direta e efetiva e do consentimento de todos os colaboradores. A cessão de recursos financeiros e de infraestrutura não é indicação de coautoria.

c) Vedação de Plágio: Quando uma ideia ou uma formulação utilizada no trabalho não sejam evidentemente de domínio público na área de pesquisa em questão, presume-se que se trata de contribuição original. Se não for esse o caso, a ideia ou formulação devem ser expressamente creditadas, sob pena de plágio.

d) Vedação de Autoplágio: Quando trabalho idêntico ou substancialmente semelhante tiver sido publicado em outro veículo de comunicação, ainda que em outro idioma, esse fato deve ser declarado expressamente no texto e informado ao editor no momento da submissão. A falta de menção expressa a esse fato caracterizará o autoplágio.

e) Responsabilidade: O autor ou, quando for o caso, cada um dos autores é responsável pela qualidade do trabalho como um todo, a menos que os limites de sua contribuição sejam indicados de modo expresso e preciso.

f) Termo de consentimento livre e esclarecido (TCLE): Sempre que, em virtude do objeto ou outras circunstâncias de pesquisa, for possível a identificação dos entrevistados, será exigida a apresentação de TCLE dos entrevistados que puderem ser identificados.

g) Conflito de interesses: quando houver possível conflito de interesses, os autores devem informar a equipe editorial no ato da submissão do trabalho. Os editores decidirão sobre a configuração de conflito de interesses avaliando se a cientificidade da obra foi comprometida.

h) Responsabilidade com Dados

- Fontes: Sempre que se faz referência a dados é necessário que seja apontada a sua fonte.
- Termo de Confidencialidade: Sempre que um trabalho fizer uso de dados obtidos através de TC, é preciso que os autores enviem o termo no ato da submissão do trabalho para que se possa apurar sua observância.
- Manipulação: Sempre que se utilizarem métodos de correção estatística, os mesmos devem ser identificados e justificados.

3.2. Responsabilidade editorial

a) O parecer cego deve ser feito com rigor, objetividade, imparcialidade e presteza. O interesse em realizar a melhor avaliação deve prevalecer em face de outros interesses, como o cumprimento estrito de prazos estipulados. As divergências de juízos não devem ser tomadas como razões suficientes para a emissão de parecer desfavorável.

b) O revisor deve tratar com confidencialidade e não fazer uso próprio das informações a que tenha tido acesso no exercício de sua função de avaliador.

c) O revisor deverá abster-se de sua função de avaliador, por potencial conflito de interesse, quando mantiver colaboração científica regular, em atividade de pesquisa, publicação, orientação ou tutoria, ou quando tiver relação familiar ou afetiva com algum dos pesquisadores responsáveis pela proposta submetida à sua avaliação.

d) Todos os casos em que se verificarem violações de natureza ética, serão devidamente apurados pela coordenação da Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim) mediante estudo, debate e encaminhamento das providências cabíveis.

3.3. Política de Privacidade

a) Os nomes e endereços informados nesta revista serão usados exclusivamente para os serviços prestados por esta publicação, não sendo disponibilizados para outras finalidades ou a terceiros.

b) Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim) adota o sistema de controle duplo-cego por pares, de modo que há anonimato entre os avaliadores e autores, respeitando o sigilo sobre os dados do redator do parecer no momento do encaminhamento ao autor.

c) Com relação aos pareceres eventualmente emitidos pelos avaliadores da Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim), embora utilize-se o sistema de controle duplo-cego (em que autor e revisores não têm informações recíprocas no momento da avaliação), após a finalização do processo editorial, a partir do momento da tomada da decisão final pela equipe editorial, não há proibição de publicização do parecer pelo seu autor (parecerista). Por exemplo, autoriza-se (e sugere-se) a publicação do conteúdo das avaliações no sistema PUBLONS. Ou seja, os direitos autorais sobre os pareceres são dos seus respectivos autores (pareceristas). O direito de anonimato em relação à avaliação é disponível ao parecerista, que pode optar por publicar posteriormente o parecer emitido.

d) A partir dessa lógica, deve-se ressaltar que os autores dos artigos submetidos não podem dar publicidade a eventuais pareceres recebidos, salvo em caso de autorização expressa do parecerista.

e) Por fim, ao submeter o artigo para o processo editorial da Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim), o autor está ciente e autoriza eventual divulgação do parecer emitido por qualquer avaliador do periódico, por exemplo, no sistema PUBLONS.

4. Resenhas críticas, pareceres, comentários jurisprudenciais e entrevistas

a) Resenhas de livros: não serão aceitas resenhas meramente descritivas. Serão publicadas somente **resenhas críticas** de livros de interesse jurídico e científico para o escopo editorial do periódico, com a citação de outras referências, e não somente um resumo do trabalho específico. O tamanho do texto deve respeitar os limites e requisitos das informações necessárias para a boa compreensão do texto analisado (Item 2, b).

b) Os comentários jurisprudenciais poderão ser enviados à Revista e serão publicados, respeitando as regras acima, com o limite de páginas reduzido a 20 laudas. Deve haver uma análise crítica do julgado, a partir de referências doutrinárias representativas acerca da temática em estudo.

c) Os pareceres deverão abordar caso relevante e atual de concretização prática acerca de discussão teórica importante às ciências criminais. Deverá ser embasado em referências consistentes e atualizadas. Se houver qualquer tipo de financiamento, isso deve ser exposto em nota de rodapé, de modo a atestar eventuais conflitos de interesse.

d) As entrevistas com pesquisadores de renome poderão ser propostas ou enviadas à revista, com base na avaliação combinada dos seguintes critérios:

- Representa um avanço no conhecimento que merece ser divulgado para a sociedade?
- Contribui para a popularização do conhecimento científico?
- Apresenta inovações significativas?
- Pode ter impacto na sociedade ou na definição de políticas públicas?
- Além do público-alvo (jornalistas), a entrevista poderá ser utilizada também por tomadores de decisão, pesquisadores, estudantes e público em geral?
- Tamanho: deve ser composta por 4 a 10 questões e o texto deve conter o máximo de 15.000 caracteres com espaço;
- Idioma: poderão ser encaminhadas nos idiomas português, inglês ou espanhol;
- Imagem: deverão, obrigatoriamente, ser acompanhadas pela foto do entrevistado que deve ser enviada em arquivo anexo (.jpg ou .gif), com boa resolução (acima de 100 KB) e com autorização prévia do entrevistado. Caso seja de interesse deste, pode ser incluída também uma imagem que complemente o conteúdo da entrevista;
- Dados sobre o entrevistado: breve texto com dados sobre o entrevistado, contendo informação sobre o currículo, incluindo instituição a qual está afiliado, produção científica resumida, formação acadêmica, outros;
- Lead: as entrevistas deverão estar acompanhadas do lead que consiste em um pequeno texto que fornece ao leitor a informação básica sobre o tema. O lead deve conter informação que responda às seguintes questões: "O quê" e/ou "Quem?", "Quando?", "Onde?", "Como?", e "Por quê?".

e) A avaliação das resenhas, comentários jurisprudenciais, pareceres e entrevistas serão realizadas pela equipe editorial da RBCCRIM, a partir da relevância, cientificidade e pertinência do trabalho, além da titulação do autor, sem envio à análise cega por pares.

5. Processo de avaliação e publicação

a) Controle preliminar formal *(desk review):* Recebido o manuscrito, inicialmente haverá um controle preliminar realizado pelos editores (chefe, assistentes, executivos ou

editores associados) do periódico, o que condicionará seu envio para o controle por pares. Em tal momento, a avaliação se limitará aos aspectos formais essenciais do artigo, conforme as regras expostas anteriormente, analisando-se os seguintes aspectos:

1. O trabalho obedece às normas de publicação da Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim)?
2. O trabalho é compatível com a linha editorial do periódico?
3. O trabalho apresenta linguagem adequada e cientifica, sem erros excessivos? (considerar que haverá revisão gramatical e de ortografia se aprovado)
4. O trabalho é inédito?
5. A temática abordada é atual e/ou relevante?
6. O artigo utiliza referências atualizadas e de autores nacionais e estrangeiros representativos na temática abordada?

b) Em caso de rejeição preliminar, o autor será notificado, mediante o envio do parecer emitido com os motivos da recusa. Em tal situação, o artigo poderá ser submetido novamente à avaliação para volume posterior, se mantido o ineditismo e corrigidas as deficiências indicadas.

c) No curso da avaliação por pares, havendo dois pareceres discordantes sobre a publicação ou não do trabalho, este será encaminhado a um terceiro parecerista. Em casos excepcionais, poder-se-á encaminhar o trabalho para um parecerista convidado, desde que a especificidade do tema e o notório conhecimento do parecerista na área assim o justifique. Do mesmo modo, se por inércia dos avaliadores a conclusão da análise restar pendente por prolongado período e por empate de decisões contrárias, a coordenação da Revista poderá desempatar com a elaboração de um parecer de Minerva.

d) Na avaliação do parecerista, os trabalhos poderão ser rejeitados, aprovados ou aprovados com ressalvas (com sugestões para correções necessárias). Nesta última hipótese, o autor será informado acerca das correções sugeridas, podendo corrigi-las ou manter justificadamente seu formato original. Em qualquer situação, a decisão final acerca da publicação do trabalho é da equipe editorial do periódico, que poderá condicionar a sua publicação à realização de mais de uma rodada de correções, caso as justificativas apresentadas para a não adoção das recomendações não pareçam consistentes e satisfatórias.

e) Em todos os casos, os pareceres anônimos (sem identificação do avaliador) ficam à disposição dos autores.

6. Direitos autorais

a) Os direitos autorais dos artigos publicados são do autor, com direitos do periódico sobre a primeira publicação.

Os autores somente poderão utilizar os mesmos resultados em outras publicações indicando claramente este periódico como o meio da publicação original. Se não houver tal indicação, considerar-se-á situação de autoplágio.

Portanto, a reprodução, total ou parcial, dos artigos aqui publicados fica sujeita à expressa menção da procedência de sua publicação neste periódico, citando-se o volume e o número dessa publicação. Para efeitos legais, deve ser consignada a fonte de publicação original.

7. Revisão, diagramação, impressão e publicação

Finalizado o processo editorial de seleção dos artigos, os trabalhos aprovados e selecionados para o respectivo volume são enviados para a revisão e diagramação, realizadas ao encargo do IBCCRIM e da Editora Revista dos Tribunais (RT).

Assim, são realizadas a revisão gramatical e ortográfica, bem como a formatação (diagramação) dos arquivos, que retornam ao IBCCRIM. Em seguida, em data próxima à publicação, haverá novo contato com o autor para a análise das sugestões de correção pós-revisão e verificação da formatação, com prazo de 3 (três) dias para resposta. Em caso de inércia, as correções sugeridas pela revisão serão integralmente aceitas. Nesse momento, solicita-se que o autor se abstenha de realizar alterações profundas no texto, mas somente realize a revisão sugerida e atualizações indispensáveis.

No que tange à revisão de ortografia, o IBCCRIM adota a correção ortográfica (ortografia, acentuação, hifenização etc.) do mais recente Acordo Ortográfico (2009) em vigor (obrigatório desde 01/01/2016), até mesmo para citações de originais anteriores ao Acordo. Exceção é feita a documentos antigos em contextos nos quais a preservação da grafia original tem importância e significado historiográfico e/ou linguístico etc.

Em seguida, os artigos, com as aprovações e rejeições dos autores às sugestões de revisão, são encaminhados para a diagramação final e publicação.

A Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim) adota postura de integral respeito ao autor, de modo a vedar qualquer alteração sem sua aprovação (salvo a falta de resposta no prazo determinado), ainda que aparentem ser "meras correções ortográficas". Qualquer atitude distinta a tal diretriz é repudiada pela equipe editorial do periódico.

8. Critérios de espera e preferência para publicação

a) A publicação dos trabalhos aprovados pelo controle por pares e selecionados pelos editores do periódico segue a ordem cronológica de submissão e aprovação, com exceção de autores convidados. Contudo, em razão das regras impostas pela comissão Qualis/CAPES, existem critérios para avaliação e publicação preferencial, que podem ser atendidos pelos autores visando à maior agilidade na publicação de seu trabalho.

b) Em razão das regras de exogenia, artigos de autores representantes do Estado de São Paulo são limitados a 25% do total de trabalhos publicados por volume, de modo que há uma fila específica para artigos que se enquadrem em tal circunstância;

c) Diante das regras de qualidade impostas, cada volume publicado conterá entre 50 a 60% dos artigos com autor (ao menos um) que possua titulação de doutor, de modo que há limitação à publicação de trabalhos sem autoria de autor com essa titulação;

d) Artigos em coautoria entre professores permanentes de Programas de Instituições de Ensino Superior de diferentes unidades da federação, com filiação devidamente identificada;

e) Artigos originais de profissionais vinculados a Instituições de Ensino Superior estrangeiras;

f) Artigos em inglês ou em outras línguas, ainda que o autor seja brasileiro;

g) Artigos resultantes de pesquisas financiadas por órgãos de fomento (desconsiderar bolsas de iniciação científica, mestrado e doutorado ou de editais destinados aos programas como o PROEX, PROAP, PROSUP e versões semelhantes dos órgãos estaduais de fomento) devidamente identificados no texto (especificar o edital de que resulta o financiamento em nota de rodapé).

h) Além de tais hipóteses, podem ser publicados com preferência trabalhos que abordem temática de iminente atualidade e que possam se tornar obsoletos em razão do decurso da demora para publicação. Tal situação é determinada por decisão da equipe editorial da Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim) e pode ser sugerida pelos pareceristas em sua avaliação.

i) Vale ressaltar, contudo, que os critérios expostos neste tópico determinam a preferência do artigo no processo de avaliação e publicação, mas não são requisitos indispensáveis. Por exemplo, embora textos com autoria de escritor com titulação de doutor tenham preferência, não há impedimento para publicação de artigos sem tal característica. Todos serão submetidos ao controle por pares, que adotará idênticos parâmetros na seleção, visando à produção científica de qualidade no periódico.

8.1. Autores convidados

Conforme decisão de sua equipe editorial, a Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim) poderá convidar autores para publicar artigos sobre temáticas específicas, em razão de sua relevância, atualidade e marcante contribuição crítica às ciências criminais. Em tal situação, excepcionalmente, não haverá controle por pares *(double blind peer review)* e atenção à fila de aprovados para publicação. Conforme regra da Qualis/CAPES, o percentual de artigos de autores convidados fica limitado a 25% por volume.

8.2. Volumes e dossiês especiais

A Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim) poderá publicar volumes especiais ou dossiês específicos em seus volumes ordinários, em razão da relevância e da pertinência da temática, conforme decisão da equipe editorial e de seu conselho editorial. O volume ou dossiê

poderá ficar sob responsabilidade de um editor associado que possua relevante conhecimento sobre o tema. Em tal situação, haverá divulgação de edital contendo as informações necessárias, como regras e prazos para submissão. De todo modo, haverá o controle por pares *(double blind peer review)*.

Diretrizes ao Corpo de Avaliadores – Revista Brasileira de Ciências Criminais



Diretrizes determinadas pela equipe editorial em conformidade com o conselho editorial da RBCCRIM, sujeitas à revisão periódica.

1. Composição do corpo de avaliadores

O corpo de avaliadores da RBCCRIM é composto por mestres, doutorandos e doutores, com distinto conhecimento acerca das ciências criminais. Os **artigos submetidos são avaliados por pareceristas de igual ou superior titulação ao autor de maior titulação**.

Interessados em compor o corpo de pareceristas e contribuir com a RBCCRIM que cumpram os requisitos abaixo (item 2) deverão se cadastrar por meio do seguinte link: https://publicacoes.ibccrim.org.br/index.php/RBCCRIM/index.

Como contraprestação à contribuição realizada pelo parecerista, serão fornecidas, conforme solicitação, **declaração de sua participação no corpo permanente e individuais por parecer emitido** (para fins de preenchimento e comprovação em Lattes nos campos *Revisor de Periódico* e *Produção Técnica – Parecer,* sem divulgação do título do artigo avaliado*).* **As declarações serão emitidas uma vez ao ano (mês de dezembro)**, englobando todos os pareceres emitidos no período, salvo casos de urgência motivada.

Além disso, o parecerista que respeitar integralmente as regras contidas nestas Diretrizes e no documento de Política Editorial da RBCCRIM, especialmente com a atenção aos prazos para resposta, **receberá um código de acesso da versão digital do volume referente à avaliação realizada** (fornecido diretamente pela Editora RT e mediante requisição)**.**

Por fim, a cada quatro (4) pareceres realizados adequadamente e com respeito ao prazo determinado, o avaliador terão direito a **um exemplar impresso da RBCCRIM,** conforme disponibilidade no estoque do IBCCRIM. O exemplar deverá ser retirado pessoalmente (ou por terceiro com autorização por escrito) na sede do IBCCRIM em São Paulo, pois não haverá pagamento de custas e disponibilidade para postagem nos correios.

Na versão impressa da revista será publicada a lista dos avaliadores que efetivamente emitiram pareceres referentes ao respectivo volume/mês.

Para fins de **determinação do volume (mês) em que houve a colaboração do parecerista**, por se tratar de periódico de fluxo contínuo (salvo em caso de dossiês temáticos), serão adotados os seguintes critérios:

a) se, na decisão editorial (após o recebimento de todos os pareceres) o artigo for aprovado, considerar-se-á o volume (mês) em que o artigo for publicado;

b) se, na decisão editorial (após o recebimento de todos os pareceres) o artigo for rejeitado, considerar-se-á o volume (mês) em que o artigo for rejeitado pela decisão final da equipe editorial.

Portanto, por exemplo, embora o parecerista tenha enviado a avaliação em um determinado mês (junho), se houver pareceres divergentes (sendo necessária a redistribuição a novo avaliador) e a rejeição ocorrer em agosto, considerar-se-á que todos os avaliadores contribuíram ao volume da RBCCRIM de agosto.

2. Requisitos para ingresso no corpo de avaliadores

O pesquisador interessado em compor o corpo de pareceristas e contribuir com a RBCCRIM deverá:

a) possuir currículo LATTES atualizado (se brasileiro);

b) Possui número de registro ORCID;

c) possuir a titulação de mestre ou estar cursando doutorado em Direito ou áreas afins;

d) possuir conhecimento específico acerca das ciências criminais, demonstrado a partir de titulação, experiência na pesquisa e docência ou sólida produção bibliográfica, relacionados à área das ciências criminais;

e) atestar disponibilidade para a realização de **dois pareceres por bimestre** com respeito aos prazos e regras da RBCCRIM.

Em razão das regras determinadas pela Qualis/CAPES, haverá preferência a pesquisadores com doutorado finalizado, professores de Programas de Pós-Graduação e não vinculados ao estado de São Paulo (regra de exogenia).

3. Diretrizes para realização da avaliação

Em razão dos prazos exigidos para a publicação da Revista, e a fim de evitar atrasos na resposta aos autores e no próprio encaminhamento dos textos à Editora, o parecer deve ser enviado no **prazo máximo de 15 (quinze) dias**. Caso haja qualquer dificuldade no atendimento do mencionado prazo, deve-se notificar o periódico para que se busque a solução adequada. O envio do parecer deve ser **em formato DOC (WORD), e não em PDF**, pois posteriormente os dados do avaliador precisam ser suprimidos para o envio anônimo ao autor.

Se houver qualquer identificação do autor do artigo ou sua temática apresentar complexidade que deva ser analisada por avaliador específico, tal fato deve ser informado imediatamente, a fim de que se encaminhe o trabalho a outro parecerista. Contudo, deve-se considerar que existem **limites para a quantidade de recusas à avaliação pelo parecerista**, o que pode resultar no afastamento do avaliador do corpo permanente.

Assim, após a leitura do trabalho encaminhado, deve-se **preencher o formulário constante no modelo de parecer**, manifestando a avaliação do artigo. Na confecção da justificativa do parecer, poder-se-á utilizar o espaço necessário. Além disso, também pode ser realizada a avaliação do texto por meio da **ferramenta de revisão do WORD**, com sugestões de alterações e comentários, desde que atente-se à exclusão de qualquer dado que possa identificar o parecerista. Isso não afasta a necessidade de preenchimento e justificação do parecer.

Para a realização da avaliação, impõe-se o conhecimento prévio das regras contidas no documento referente à Política Editorial da RBCCRIM, que pode ser acessado no link: https://www.ibccrim.org.br/rbccrim_normas_publicacao.

Considerando tais diretrizes e os critérios elencados no modelo de parecer, deve-se iniciar a avaliação pelos "critérios de exclusão" (parte 1), que determinam aspectos formais indispensáveis ao artigo científico, sob pena de rejeição preliminar, o que, de qualquer modo, precisa ser motivado no campo de justificação (parte 3). Se considerado apto em tal análise, deve-se realizar a avaliação qualitativa conforme os "critérios de avaliação" (parte 2), determinando-se uma nota ao artigo, e, ao final, motivando-se tal decisão. Por fim, deve-se apontar o parecer final e os demais aspectos acessórios.

A ausência de justificativa ou sua inconsistência acarreta a invalidade do parecer! A mera marcação dos critérios e definição de nota é insuficiente, sendo necessária a motivação específica, onde deve-se descrever brevemente o conteúdo fundamental do trabalho analisado e sua adequação aos critérios determinados.

4. Regras sobre disponibilidade e prazos de resposta

Cada integrante do corpo permanente de avaliadores da RBCCRIM deverá estar disponível para emitir **até dois pareceres por bimestre** no **prazo de 15 dias a partir do recebimento da solicitação**.

Em caso de não realização do parecer em razão da temática específica do artigo enviado necessitar **avaliador *ad hoc***, tal situação deverá ser motivada especificamente no formulário de avaliação.

A cada período de atividade de 12 meses, o avaliador poderá solicitar a **suspensão temporária** de encaminhamento de novos artigos para avaliação pelo prazo de até 3 meses, sem afastamento do corpo de avaliadores permanentes.

Em caso de inatividade por 2 meses (não resposta às solicitações) ou duas negativas injustificadas consecutivas, descumprimento das regras e desrespeito reiterado dos prazos, o avaliador será **imediatamente afastado** do corpo permanente de pareceristas da RBCCRIM, sem prejuízo de posterior reingresso quando atestada a necessária disponibilidade.

5. Pressupostos de integridade ética aos avaliadores

(Versão inspirada nas diretrizes adotadas e sugeridas pela Revista Teoria Jurídica Contemporânea, periódico do PPG em Direito da UFRJ. Disponível em: <https://revistas.ufrj.br/index.php/rjur/about/editorialPolicies>. Acesso em: 16 mar. 2016).

O parecer cego deve ser feito com rigor, objetividade, imparcialidade e presteza. A avaliação deve ser realizada com o objetivo de aprimorar a produção científica do Direito.

O parecerista não deve utilizar critérios distintos daqueles determinados no modelo de parecer da RBCCRIM. Um trabalho não deve ser rejeitado por discordâncias pessoais do avaliador (salvo se o trabalho sustentar posições avessas e incompatíveis às diretrizes regimentais e políticas do IBCCRIM) ou formalidades distintas das requeridas pelo periódico, mas **devem ser considerados somente critérios científicos para o aprimoramento das ciências criminais**.

O revisor deverá abster-se de sua função de avaliador, por potencial **conflito de interesse**, quando manter colaboração cientifica regular, em atividade de pesquisa, publicação, orientação ou tutoria, ou quando tiver relação familiar com algum dos pesquisadores responsáveis pela proposta submetida à sua avaliação. "Há conflito potencial de interesses nas situações em que a coexistência entre o interesse que deve ter o pesquisador de fazer avançar a ciência e interesses de outra natureza, ainda que legítimos, possa ser razoavelmente percebida, por ele próprio ou por outrem, como conflituosa e prejudicial à objetividade e imparcialidade de suas decisões científicas, mesmo independentemente de seu conhecimento e vontade"

6. Princípios para uma boa avaliação[1]

Confidencialidade: é essencial que a confidencialidade do processo de correção do artigo seja respeitada, durante a avaliação e mesmo após a divulgação dos resultados. Por isso, requer-se do(a) avaliador(a) que mantenha o sigilo a respeito dos trabalhos avaliados, evitando-se comentar ou divulgar, verbalmente ou por escrito, qualquer questão relacionada aos artigos avaliados. O anonimato, garantido pelo processo de avaliação cega (*double blind peer review*) deve ser protegido mesmo após a entrega do parecer. O respeito a esse princípio do processo de avaliação é considerado essencial.

Imparcialidade: a produção intelectual na área das ciências sociais aplicadas, como é o direito, é historicamente marcada pela tensão entre a cientificidade e os valores ou preferências, sejam eles políticos, religiosos ou éticos. É um grande desafio, portanto, avaliar um trabalho carregado por tais tensões. Por isso, recomenda-se uma "autovigilância" constante no processo de avaliação, para que preferências como convicções políticas ou outras convicções subjetivas não contaminem a correção do artigo. Isso não implica conceder, no processo de avaliação, que qualquer tipo de trabalho ou argumentação é aceitável, mas apenas a busca por uma aferição imparcial e objetiva da qualidade, rigor e fundamentação dos argumentos apresentados.

Fundamentação: a melhor forma de garantir-se imparcialidade na avaliação do artigo é fundamentando-se, de forma clara e objetiva, as percepções sobre o trabalho e decisões tomadas a partir daí. Para tanto, é fundamental que os(as) avaliadores(as) se familiarizem com a política editorial da RBCCrim e suas diretrizes. É importante que a avaliação ocorra de forma

1. Recomendações adaptadas do Guia de avaliação de TCC do programa de pós-graduação *lato sensu* da FGV Direito SP | GVlaw, disponível online.

fundamentada nestes parâmetros. A avaliação deve, necessariamente, ser exercida a partir das mesmas normas e diretrizes divulgadas ao tempo da submissão do artigo ao processo avaliação.

Respeito aos prazos: o processo de avaliação deve obedecer a prazos para que sejam reunidas as condições mais céleres possíveis de resposta aos(às) autores(as). Atrasos podem gerar graves consequências para os(as) autores(as) e para a RBCCrim como um todo, tais como prejuízos ao cronograma de produtividade acadêmica exigida pelos programas de pós-graduação ou morosidade para a confecção antecipada dos próximos números da revista. Não há impedimento à comunicação de indisponibilidade ou afastamento temporário, sem prejuízo de posterior reingresso quando atestada a necessária disponibilidade.

Feedback Construtivo

A avaliação de um trabalho acadêmico implica em um importante exercício de empatia, colaboração e autoconhecimento. O feedback pode alcançar diferentes resultados, a depender da forma que foi emitido: pode ser encorajador e oferecer uma boa contribuição para o artigo, ou ser destrutivo e desestimular o destinatário, sem oferecer qualquer contribuição científica/acadêmica útil para o trabalho. Portanto sugerimos que, ao dar feedback sobre o trabalho sob sua avaliação, leve em consideração as seguintes sugestões:

(I) **Comece ressaltando os pontos positivos**: iniciar uma avaliação ressaltando os pontos fortes do artigo pode auxiliar o destinatário a receber melhor as críticas colocadas, com a segurança de que outros aspectos foram levados em conta. O feedback deve sempre ser equilibrado e levar em conta a integralidade do artigo. Muitas vezes, o ato de apenas enumerar o que está errado desestimula o receptor que se sente desprestigiado e não favorece uma avaliação justa, tendo em vista que é focada apenas nos erros.

(II) **Seja específico e ofereça alternativas:** é muito importante evitar comentários genéricos, que dificultam a compreensão do que pode ser desenvolvido pelo(a) autor(a). Comentários como "muito bom", "muito ruim", "terrível" etc. costumam não apontar nenhuma direção e não fornecem uma colaboração efetiva. Sugestões objetivas facilitam a compreensão e dão ao(à) autor(a) a oportunidade de corrigir seus erros e aprimorar suas habilidades para as próximas pesquisas. A especificidade também auxilia o receptor da informação a entender os critérios para a sua avaliação e a aceitar isso como uma colaboração, não como uma punição.

(III) **Seja mais descritivo e gentil:** assumir uma postura avaliativa muito assertiva pode prejudicar a forma com que essa informação será recebida pelo(a) autor(a). Não podemos esquecer que, para além da avaliação final, esse momento integra uma relação de troca e crescimento com um(a) autor(a) que não espera de uma instituição acadêmica uma contribuição pouco construtiva e hostil. O anonimato garantido pela "avaliação cega" não pode nos fazer esquecer de que, "do outro lado" do Formulário de Avaliação haverá um autor(a) que receberá os comentários.

(IV) **Evite adjetivos:** Normalmente, uma avaliação bem fundamentada e construtiva se caracteriza por trazer poucos adjetivos. Simplesmente dizer que um determinado

argumento é "ruim" ou "frágil" é diferente de demonstrar, concretamente, a contradição lógica implicada por esse mesmo argumento. A adjetivação, com frequência, fala menos do artigo e mais das preferências do(a) avaliador(a), pouco contribuindo, portanto, para a compreensão, pelo(a) autor(a), sobre as forças e deficiências de seu artigo.

(V) **Ofereça uma contribuição:** cada pessoa possui uma forma de desenvolver seu raciocínio e uma maneira de escrever. Avaliar não significa impor sua forma de desenvolver a pesquisa, mas sim colocar ao(à) pesquisador(a) uma opção de como o estudo poderia ser melhor desenvolvido. Ainda que esse feedback implique apontar um erro, colocar isso como uma sugestão facilita a absorção da informação, pois muitas vezes a crítica direta desperta a resistência do receptor.

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

IBCCRIM

CONDIÇÕES PARA SUBMISSÃO (*CHECK LIST*)

* requisitos básicos que não excluem a necessidade de integral atenção às demais regras da Política Editorial da RBCCRIM (https://www.ibccrim.org.br/rbccrim_normas_publicacao)

- ✓ **O artigo é inédito e livre de plágio? Ele não está sendo avaliado para publicação por outra revista?** Quando um trabalho idêntico ou semelhante tiver sido publicado em meio distinto (ainda que em outro idioma), esse fato deve ser informado ao editor no momento da submissão.
- ✓ O cadastro do artigo no sistema de submissões (OJS) foi preenchido em sua integralidade? https://publicacoes.ibccrim.org.br/index.php/RBCCRIM/index. OBS.: o arquivo precisa estar no formato .doc (word)
- ✓ O trabalho aborda temática relacionada às ciências criminais e é compatível com a linha editorial da RBCCRIM?
- ✓ O texto é precedido de **título, resumo (até 200 palavras) e cinco palavras-chave, todos no idioma do artigo e em inglês, além de sumário (no idioma do artigo)?**
- ✓ O artigo é divido em tópicos e apresenta **itens específicos para introdução, considerações finais (ou conclusões) e referências**?
- ✓ O trabalho tem entre 20 e 40 páginas sem espaçamentos entre os parágrafos, 1.5 de entrelinha, fonte Times New Roman (tamanho 12 no corpo) e margens superior e inferior 2,0 cm e as laterais 3,0 cm?
- ✓ A qualificação do(a)(s) autor(a)(es), número de ORCID e seu e-mail estão indicados?
- ✓ **Os autores e coautores possuem titulação mínima de mestrado?**
- ✓ Se houver financiamento, os dados do edital estão indicados em nota de rodapé?
- ✓ Se houver apresentação de resultados de pesquisa empírica inédita envolvendo seres humanos, há a indicação em nota de rodapé da aprovação por comitê de ética?
- ✓ O artigo utiliza **referências** atualizadas e de autores nacionais e estrangeiros representativos na temática abordada?
- ✓ O trabalho respeita integralmente as demais regras da Política Editorial da RBCCRIM?

A garantia da motivação e o artigo 935 do Código Civil: a inconstitucionalidade da vinculação do juízo cível às sentenças do Tribunal do Júri

Reasoned decisions and the article 935 of the Brazilian Civil Code: unconstitutionality of the binding effects from the jury's decisions to the civil justice

Daniel de Oliveira Pontes
Mestrando em Direito Processual na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Advogado.
danielop@globo.com

Data de recebimento: 01.11.2017
Data de aprovação: 12.11.2017 e 16.11.2017

modelo

Áreas do Direito: Processual; Civil; Penal

Resumo: No presente artigo, destaca-se a problemática dos julgamentos do Tribunal do Júri, em que os jurados decidem por íntima convicção e em sigilo. Diante dessas peculiaridades, pretende-se analisar se as sentenças prolatadas nesse rito especial do processo penal podem repercutir no cível, em especial pela garantia da motivação das decisões jurisdicionais.

Palavras-chave: Motivação – Garantias – Júri – Vinculação – Inconstitucionalidade.

Abstract: The present work seeks to analyze this problem regarding Jury's decisions, because they are confidential and unjustified. Such characters could prevent the application of the article 935 to obey the right of the parts to reasoned decisions.

Keywords: Decisions – Rights – Jury – Binding – Unconstitutionality.

Sumário: 1. Introdução e delimitação do tema. 2. O conteúdo da garantia da motivação em um Direito Processual constitucionalizado. 2.1. O neoconstitucionalismo e seu impacto no Direito Processual. 2.2. O princípio da motivação como garantia estrutural da prestação jurisdicional. 3. O artigo 935 do Código Civil e a influência do juízo penal no cível. 4. Os julgamentos no Tribunal do Júri: a peculiaridade do sigilo do voto e da soberania dos veredictos. 5. A inconstitucionalidade da incidência do artigo 935 do CC nos casos de Tribunal do Júri frente à garantia da motivação. 6. Conclusões. 7. Referências.

1. Introdução e delimitação do tema

Ao longo do tempo, o exercício do poder jurisdicional já comportou relações diversas com a exigência da fundamentação de seus atos: a íntima convicção, a prova tarifada e o livre convencimento motivado. No Código de Processo Civil (CPC) atual, afloram críticas de que não haveria liberdade na formação do convencimento, de modo que nos encaminharíamos para um novo momento histórico, tendo em vista que o direito processual deve servir como mecanismo de controle às decisões judiciais.[1]

Seja como for, é induvidoso que, no atual estado de coisas, a motivação se tornou uma garantia estruturante do processo, que legitima o próprio exercício da jurisdição pelo agente público.

7. Referências

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista de Direito Administrativo*, v. 240, p. 1-42, abr.-jun. 2005.

CALAMANDREI, Piero. *Procedure and Democracy*. Trad. John Clarke Adams e Helen Adams. New York: New York University Press, 1956.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

GALDINO, Flavio. A evolução das ideias de acesso à justiça. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flavio (Org.). *Direitos fundamentais*: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*. São Paulo: Ed. RT, 2015. v. 2.

PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. O novo Código de Processo Civil (CPC) e as inovações hermenêuticas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 52, n. 206, p. 33-51, abr.-jun. 2015.

TIMOTEO, Gabrielle. Normativos internacionais e escravidão. *Revista Hendu,* n. 4, p. 70-83, 2013. Disponível em: [www.periodicos.ufpa.br/index.php/hendu/article/view/1716/2137]. Acesso em: 27.10.2017.

1. STRECK, Lenio Luiz. O novo Código de Processo Civil (CPC) e as inovações hermenêuticas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 52, n. 206, p. 33-51, abr.-jun. 2015.

modelo