

REVISTA BRASILEIRA DE
CIÊNCIAS CRIMINAIS

BRAZILIAN CRIMINAL SCIENCES REVIEW

Ano 29 • vol. 184 • outubro 2021

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 29 • vol. 184 • outubro 2021

Presidência

Marina Pinhão Coelho Araújo

Coordenação

Salo de Carvalho

EQUIPE EDITORIAL DA REVISTA – IBCCRIM

Editor–chefe – Salo de Carvalho

Editores–assistentes – Alessandra Rapassi Mascarenhas Prado, Andre Nicolitt, Antonio Martins, Beatriz Corrêa Camargo, Bruno Buonicore, Elmir Duclerc, Felipe Freitas, Guilherme Ceolin, Junya Barletta, Marcelo Mayora e Marília Montenegro.

Supervisor de Publicações: Willians Meneses

Auxiliar de publicações: Helen Christo

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. (Pontificia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS)
Bernardo del Rosal Blasco (Universidade de Alicante – Espanha)
Carlos Maria Romeo-Casabona (Universidad del País Vasco – Espanha)
Cláudia Maria Cruz Santos (Universidade de Coimbra – Portugal)
Cornelius Prittwitz (Universität Johann Wolfgang Goethe de Frankfurt – Alemanha)
David Baigún (Universidad de Buenos Aires – Argentina)
Edmundo Hendler (Universidad de Buenos Aires – Argentina)
Emilio Garcia Mendez (Universidad de Buenos Aires – Argentina)
Ernesto Calvanese (Università degli Studi di Milano – Itália)
Esther Gimenez-Salinas I Colomer (Universidad Ramon Llull – ESA-DE – Espanha)
Eugenio Raúl Zaffaroni (Universidad de Buenos Aires Argentina)
Fernanda Regina Vilaras (FGV – FGVSP – São Paulo/SP)
Fernando Acosta (University of Ottawa – Canadá)
Fernando Santa Cecilia Garcia (Universidad 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 (Università 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-Maria Silva Sánchez (Universidad Pompeu Fabra – Espanha)
João Pedroso (Universidade de Coimbra – Portugal)
Jorge de Figueiredo Dias (Universidade de Coimbra – Portugal)
José Cerezo Mir (Universidad de Zaragoza – Espanha)
José Francisco de Faria Costa (Universidade de Coimbra – Portugal)
Juan Felix Marteau (Universidad de Buenos Aires – Argentina)
Juan Pablo Montiel (Universidad de San Andrés – Argentina)
Juarez Cirino dos Santos (UFPR – Curitiba/PR)
Juarez Tavares (UERJ – Rio de Janeiro/RJ)
Kai Ambos (Georg-August-Universität Göttingen – Alemanha)
Leandro Ayres França (Pontificia 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 Rodríguez (Universidad 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 (Universidad de Chile – Chile)
Pilar Gomes Pavón (Universidad Complutense de Madrid – Espanha)
Raúl Cervini (Universidad da República do Uruguay – Uruguay)
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 VOLUME – CHAMADA GERAL)

André Vilela Komatsu (Universidade de São Paulo – USP – São Paulo/SP)
Andrei Zenkner Schmidt (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS)
Anna Carolina Canestraro (Universidade de Coimbra – Portugal)
Carlos Henrique Borlido Haddad (Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG – Belo Horizonte/MG)
Carmen Hein de Campos (Uniritter – Porto Alegre/RS)
Christiane Russomano Freire (Universidade Católica de Pelotas – UCPEL – Pelotas/RS)
Claudio Ribeiro Lopes (Universidade Federal de Mato Grosso do Sul – UFMS – Campo Grande/MS)
Clecio Lemos (Instituto Carioca de Criminologia – Rio de Janeiro/RJ)
Cristiane Brandão Augusto (Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ – Rio de Janeiro/RJ)
Daniel Silva Achutti (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS)
David da Silva Pereira (Universidade Tecnológica Federal do Paraná – Londrina/PR)
Felipe Lazzari (RS)
Gabriel Antinolfi Divan (Universidade de Passo Fundo – Passo Fundo/RS)
Ivan Pareta de Oliveira Júnior (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS)
Ivanilson Paulo Raiol (Faculdade de Estudos Avançados do Pará – Belém/PA)
João Guilherme Leal Roorda (Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ – Rio de Janeiro/RJ)

Jorge Coutinho Paschoal (Universidade Cruzeiro do Sul – São Paulo/SP)
Jorge Trindade (Universidade Luterana do Brasil – Canoas/RS)
Juliana Frei Cunha (UNIP – São José dos Campos/SP)
Larissa Urruth Pereira (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS)
Lucas Nogueira do Rêgo Monteiro Villa Lages (Universidade Federal do Piauí – UFPI – Teresina/Piauí)
Ludmila Ribeiro (Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG – Belo Horizonte/MG)
Luiz Antônio Bogo Chies (Universidade Católica de Pelotas – UCPEL – Pelotas/RS)
Maria João Carvalho Vaz (Universidade de Coimbra – Portugal)
Marina Cerqueira (Universidade Federal da Bahia – UFBA – Salvador/BA)
Paulo Vinicius Sporleder de Souza (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS)
Priscilla Placha Sá (PUCPR e UFPR – Curitiba/PR)
Rafael Junior Soares (Pontifícia Universidade Católica – PUCPR – Londrina/PR)
Taysa Matos do Amparo (Universidade Federal da Bahia – UFBA – Salvador/BA)
Thais Lemos Duarte (Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG – Belo Horizonte/MG)
Tiago Oliveira de Castilhos (Faculdade de Desenvolvimento do Rio Grande do Sul – FADERGS – Porto Alegre/RS)
Vinicius Gomes de Vasconcellos (Universidade Estadual de Goiás UEG – Goiânia/GO)
Vitor de Paula Ramos (UFRGS – Porto Alegre/RS)

AUTORES(AS) (DESTE VOLUME)

André Nicolitt (Universidade Federal Fluminense – UFF – Rio de Janeiro/RJ)
André Szesz (Universidade Federal do Paraná – UFPR – Curitiba/PR)
Antonio Saldanha Palheiro (Superior Tribunal de Justiça – STJ – Brasília/DF)
Bruno Amaral Machado (Centro Universitário de Brasília – UniCEUB – Brasília/DF)
Bruno Tadeu Buonicore (Supremo Tribunal Federal – Brasília/DF)
Danilo Knijnik (Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS – Porto Alegre/RS)
Diego Alan Schöfer Albrecht (Universidade Federal do Pampa – Santana do Livramento/RS)
Eduardo Augusto da Silva Dias (Universidade de Fortaleza – UNIFOR – Fortaleza/CE)
Flávia Siqueira (Universidade Presbiteriana Mackenzie – São Paulo/SP)
George Marmelstein Lima (Faculdade 7 de Setembro – UNI7 – Fortaleza/CE)
Günther Jakobs (Universidade de Bonn – Alemanha)
Júlio César Aguiar (Procurador da Fazenda Nacional – Brasília/DF)

Lucas Frederico Viana Azevedo (Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG – Belo Horizonte/MG)
Mário Alves Medeiros (Procurador da República – Brasília/DF)
Marisse Costa de Queiroz (Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR – Curitiba/PR)
Nestor Eduardo Araruna Santiago (Universidade de Fortaleza – UNIFOR – Fortaleza/CE)
Paulo Rogério Santos Giordano (Escola da Magistratura do Distrito Federal – Brasília/DF)
Paulo Vinicius Sporleder de Souza (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS)
Paulo Wunder (Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro – FGV RJ – Rio de Janeiro/RJ)
Ramon Negócio (Universidade 7 de Setembro – UNI7 – Fortaleza/CE)
Taysa Schiocchet (Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR – Curitiba/PR)
Túlio Vianna (Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG – Belo Horizonte/MG)

BASES DE DADOS INDEXADAS:



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

ISSN 1415-5400

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 29 • vol. 184 • outubro 2021

Coordenação (editor-chefe)

SALO DE CARVALHO

Publicação oficial do

Instituto Brasileiro de Ciências Criminais



THOMSON REUTERS

**REVISTA DOS
TRIBUNAIS™**

ISSN 1415-5400

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 29 • vol. 184 • outubro 2021

Presidência

MARINA PINHÃO COELHO ARAÚJO

Coordenação (editor-chefe)

SALO DE CARVALHO

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

© edição e distribuição da

THOMSON REUTERS BRASIL CONTEÚDO E TECNOLOGIA LTDA.

JULIANA MAYUMI ONO

Diretora Responsável

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: sacr@thomsonreuters.com

e-mail para submissão dos originais: aval.artigo@thomsonreuters.com e revista@ibccrim.org.br

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

Acesse o nosso eComm

www.livrariart.com.br

Impresso no Brasil: [10-2021]

Profissional

Fechamento desta edição: [26.08.2021]





Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

Diretoria da Gestão 2021/2022

DIRETORIA EXECUTIVA

PRESIDENTA

Marina Pinhão Coelho Araújo

1º VICE-PRESIDENTE

Alberto Zacharias Toron

2º VICE-PRESIDENTE

Fábio Tofic Simantob

1º SECRETÁRIO

Bruno Salles Pereira Ribeiro

2º SECRETÁRIO

Felipe Cardoso Moreira de Oliveira

3º SECRETÁRIA

Ester Rufino

1º TESOUREIRO

Rafael Serra Oliveira

2º TESOUREIRO

Renato Stanzola Vieira

DIRETOR NACIONAL DAS

COORDENADORIAS REGIONAIS E

ESTADUAIS

1ª Diretora: Maria Carolina de Melo Amorim

2º Diretor: Leonardo Palazzi

3º Diretor: Vinícius Assumpção

Conselho Consultivo

MEMBROS

Ela Wiecko Volkmer de Castilho

Helena Regina Lobo da Costa

Márcio Gaspar Barandier

Thiago Bottino do Amaral

Carla Silene Cardoso Lisboa Bernardo Gomes

OUVIDORA

Cleunice Valentim Bastos Pitombo

Coordenadores–Chefes dos Departamentos

ACESSIBILIDADE - BOLSAS E

CONTRIBUIÇÕES ASSOCIATIVAS

Camila Torres

AMICUS CURIAE

Alberto Zacharias Toron

BIBLIOTECA

Ludmila Bello

BOLETIM

Daniel Zaclis

CONCURSO DE MONOGRAFIAS e MONOGRAFIAS

Ana Cristina Gomes

CONVÊNIOS NACIONAIS

Luan Moyanos

CONVÊNIO INTERNACIONAIS

Eneas Romero

CURSOS

Bruna Angotti e Mariangela Lopes

CURSOS COIMBRA

Marcelo Almeida Ruivo

GRUPOS DE ESTUDOS AVANÇADOS

Debora Motta

INICIAÇÃO CIENTÍFICA – LABORATÓRIOS

Daiane Kassada

JORNAL DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Fernanda Prates

JUSTIÇA PENAL JUVENIL E INFÂNCIA

Mariana Chies Santiago Santos

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Salo de Carvalho

SEMINÁRIO INTERNACIONAL

Marta Saad

SISTEMA PRISIONAL

Guilherme Junqueira

TRABALHOS LEGISLATIVOS

Carolina Costa Ferreira

Equipe do IBCCRIM

NÚCLEO DE ATUAÇÃO POLÍTICA

SUPERVISÃO

Diretoria

EQUIPE

Marília Jahnel

Jonas Santos

Núcleo Administrativo

SUPERVISÃO

Fernanda Barreto

EQUIPE

Alexandre Soledade de Oliveira

Eliane Yanikian

Núcleo Financeiro

SUPERVISÃO

Roberto Seracinskis

EQUIPE

Andrea Pereira dos Santos

Vanessa dos Santos Lima

Victor de Souza Nogueira

Núcleos de Publicações

SUPERVISÃO

Willians Meneses

EQUIPE

Helen Christo

Núcleo da Biblioteca

EQUIPE

Anderson Fernandes Campos

Natalí de Lima Santos

Núcleo de Comunicação

EQUIPE

Adriana Peres Almeida Santos

Rhafaela Resende

Rodrigo Pastore

Núcleo de Educação

SUPERVISÃO

Andreza Martiniano da Silva

EQUIPE

Ana Paula da Silva

Hegle Borges da Silva

Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) | www.ibccrim.org.br

Rua Onze de Agosto, 52, 2º andar, São Paulo, SP. CEP 01018-000

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 29 • vol. 184 • outubro 2021

Diretora de Conteúdo e Operações Editoriais

JULIANA MAYUMI ONO

Gerente de Conteúdo

MILISA CRISTINE ROMERA

Editorial: Aline Marchesi da Silva, Diego Garcia Mendonça, Karolina de Albuquerque Araújo Martino e Quenia Becker

Gerente de Conteúdo Tax: Vanessa Miranda de M. Pereira

Direitos Autorais: Viviane M. C. Carmezim

Assistente de Conteúdo Editorial: Juliana Menezes Drumond

Analista de Operações Editoriais: Alana Fagundes Valério

Analista de Conteúdo Editorial Júnior: Bárbara Baraldi

Estagiárias: Ana Amalia Strojnowski e Mirna Adel Nasser

Produção Editorial

Coordenação

ANDRÉIA R. SCHNEIDER NUNES CARVALHAES

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

Analista de Projetos: Larissa Gonçalves de Moura

Analistas de Operações Editoriais: Caroline Vieira, Damares Regina Felício, Danielle Castro de Moraes, Mariana Plastino Andrade, Mayara Macioni Pinto, Patrícia Melhado Navarra e Vanessa Mafra

Analistas de Qualidade Editorial: Ana Paula Cavalcanti, Fernanda Lessa, Thaís Pereira e Victória Menezes Pereira

Estagiárias: Bianca Satie Abduch, Gabrielly N. C. Saraiva, Maria Carolina Ferreira e Sofia Mattos

Capa: Andréa Cristina Pinto Zanardi

Adaptação capa: Ariel Villalba e Cinthia Riveros

Líder de Inovações de Conteúdo para Print

CAMILLA FUREGATO DA SILVA

Equipe de Conteúdo Digital

Coordenação

MARCELLO ANTONIO MASTROROSA PEDRO

Analistas: Gabriel George Martins, Jonatan Souza, Maria Cristina Lopes Araujo e Rodrigo Araujo

Gerente de Operações e Produção Gráfica

MAURICIO ALVES MONTE

Analistas de Produção Gráfica: Aline Ferrarezi Regis e Jéssica Maria Ferreira Bueno

Assistente de Produção Gráfica: Ana Paula de Araújo Evangelista

SUMÁRIO

DIREITO PENAL

- Clonagem terapêutica e direito penal: fundamentos e limites da tutela do embrião *in vitro*
Therapeutic cloning and criminal law: fundamentals and limits of the human embryo in vitro protection
DIEGO ALAN SCHÖFER ALBRECHT e PAULO VINICIUS SPORLEDER DE SOUZA 17
- Violência na assistência ao parto e (des)respeito à autonomia da mulher: o tratamento penal das intervenções médicas arbitrárias em gestantes e parturientes
Violence in childbirth's assistance and (dis)respect for woman's autonomy: the criminal treatment of arbitrary medical interventions in pregnant and parturient women
FLÁVIA SIQUEIRA 55
- Incorporação do feminicídio pela dogmática penal brasileira: a violência letal contra mulheres entre reconhecimento e naturalização
Incorporation of the femicide by Brazilian criminal dogmatics: lethal violence against women between recognition and naturalization
MARISSE COSTA DE QUEIROZ e TAYSA SCHIOCCHET 101

PROCESSO PENAL

- Prova ilícita, hackeamento, incompetência e suspeição: as subversões de Ferrajoli
Illicit evidence, hacking, incompetence and suspicion: the subversions of Ferrajoli
ANDRÉ NICOLITT 141

A justiça em seu pior e melhor ângulo: vieses cognitivos na análise da prova audiovisual

Worst and best angle of justice: cognitive biases in audiovisual evidence analysis

GEORGE MARMELESTEIN LIMA..... 161

Defensor público de garantias e consenso no processo penal

Public defender of guarantees and consensus in criminal procedure

NESTOR EDUARDO ARARUNA SANTIAGO e EDUARDO AUGUSTO DA SILVA DIAS 183

CRIMINOLOGIA

O discurso de combate à corrupção: análise por uma perspectiva dos estudos de Eugenio Raúl Zaffaroni

On the anti-corruption discourse: analysis from a perspective of the studies of Eugenio Raúl Zaffaroni

ANDRÉ SZESZ 217

O fluxo dos homicídios no sistema de justiça criminal do Distrito Federal

The flux of homicides in the criminal justice system of the federal district

BRUNO AMARAL MACHADO e PAULO ROGÉRIO SANTOS GIORDANO..... 245

A teoria da aprendizagem social do comportamento criminoso

Social learning theory of criminal behavior

JÚLIO CÉSAR AGUIAR e MÁRIO ALVES MEDEIROS..... 277

50 anos do Experimento da Prisão de Stanford: o poder das circunstâncias sobre o comportamento dos agentes disciplinares prisionais

50 years of the Stanford Prison Experiment: the power of circumstances over prisons' disciplinary agents' behavior

LUCAS FREDERICO VIANA AZEVEDO e TÚLIO VIANNA 301

DIREITO POR QUEM O FAZ

Precedentes persuasivos criminais do Superior Tribunal de Justiça:
o caso do *Habeas Corpus* 598.051/SP

*Criminal persuasive precedents of the Superior Court of Justice: the
case of Habeas Corpus 598,051/SP*

ANTONIO SALDANHA PALHEIRO e PAULO WUNDER..... 339

Parecer – busca e apreensão sem mandado e busca e apreensão
incidente à execução de um mandado de prisão

Warrantless search and seizure and search incident to an arrest

DANILO KNIJNIK..... 367

RESENHA CRÍTICA

Resenha de *Freiheit und Schuld als Anerkennung: Die Entwicklung
des strafrechtlichen Schuldbegriffs im demokratischen und sozialen
Rechtsstaat (Culpabilidade, liberdade e reconhecimento: contributo
ao desenvolvimento do conceito de culpabilidade no Estado Social
e Democrático de Direito)*

*Review of Freiheit und Schuld als Anerkennung: Die Entwicklung
des strafrechtlichen Schuldbegriffs im demokratischen und sozialen
Rechtsstaat (Culpability, freedom and recognition: contribution
to the development of the concept of culpability in the Social and
Democratic State of Law)*

GÜNTHER JAKOBS

Traduzido por BRUNO TADEU BUONICORE e RAMON NEGÓCIO..... 387

ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO

AUTORES..... 395

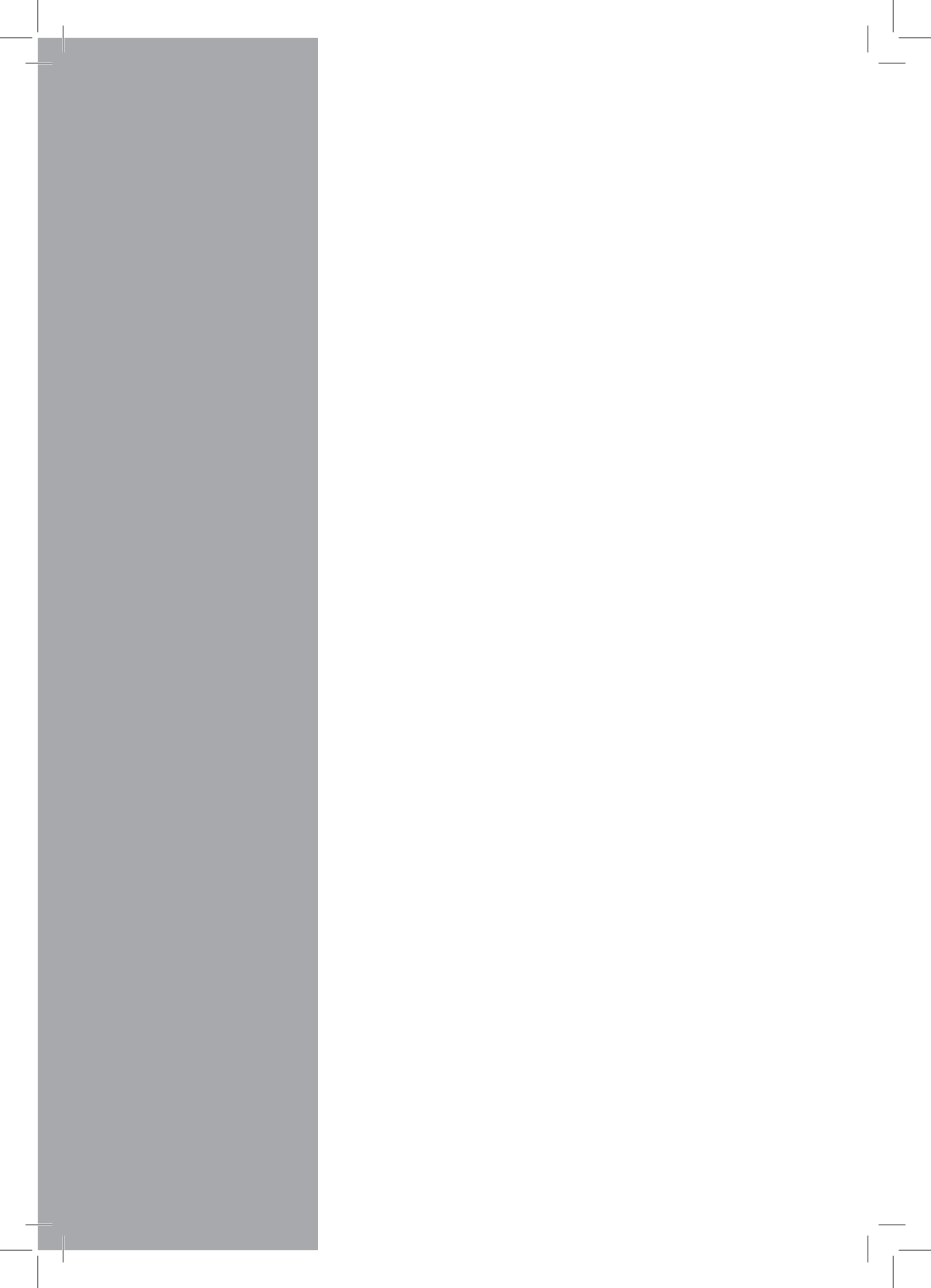
TEMAS..... 397

NORMAS DE PUBLICAÇÃO – REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS..... 401

DIRETRIZES AO CORPO DE AVALIADORES – REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS	413
CONDIÇÕES PARA SUBMISSÃO (<i>CHECK LIST</i>).....	419
EDITAL I – DOSSIÊ “A POSIÇÃO DA VÍTIMA NAS CIÊNCIAS CRIMINAIS”	421
EDITAL II – DOSSIÊ “ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E JUSTIÇA NEGOCIAL”	423
EDITAL III – DOSSIÊ “CRIMINOLOGIA CULTURAL”	425
EDITAL IV – DOSSIÊ “DOSSIÊ JUSTIÇA RESTAURATIVA”	427

The background of the page is a light gray with a complex, abstract pattern. It features several overlapping circles and a dense network of thin, curved lines that create a sense of depth and movement. The pattern is more prominent on the right side of the page, where it appears to be a close-up of a textured surface, and fades out towards the left.

Direito Penal



CLONAGEM TERAPÊUTICA E DIREITO PENAL: FUNDAMENTOS E LIMITES DA TUTELA DO EMBRIÃO *IN VITRO*

THERAPEUTIC CLONING AND CRIMINAL LAW: FUNDAMENTALS AND LIMITS OF THE HUMAN EMBRYO IN VITRO PROTECTION

DIEGO ALAN SCHÖFER ALBRECHT

Doutor (2020) e Mestre (2011) em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. Professor Adjunto A na Universidade Federal do Pampa – Campus Santana do Livramento. Lattes: [<http://lattes.cnpq.br/4634731599262140>]. ORCID: [<https://orcid.org/0000-0002-6151-8685>]. diegoalbrecht@unipampa.edu.br

PAULO VINICIUS SPORLEDER DE SOUZA

Doutor em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Coimbra (2003). Professor titular de Direito Penal na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. Lattes: [<http://lattes.cnpq.br/8959947244274022>]. ORCID: [<http://orcid.org/0000-0002-4522-9592>]. pvss@pucrs.br

Recebido em: 17.05.2021

Aprovado em: 20.07.2021

Última versão dos autores: 23.07.2021

ÁREAS DO DIREITO: Constitucional; Penal; Civil

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo principal demonstrar que a clonagem humana não reprodutiva com fins terapêuticos (clonagem terapêutica) não é uma conduta dotada de dignidade penal. Para alcançar tal desiderato, por meio de um estudo de natureza interdisciplinar, é feita a exposição do conceito e das formas de clonagem humana, bem como a proposição de uma releitura da definição de embrião humano. Posteriormente, com apoio no direito constitucional e na dogmática penal, o artigo busca

ABSTRACT: The main objective of this article is to demonstrate that non-reproductive human cloning for therapeutic purposes (therapeutic cloning) is not a conduct with criminal dignity. To achieve this goal, through an interdisciplinary study, the concept and forms of human cloning are presented, as well as the proposition of a re-reading of the definition of human embryo. Subsequently, based on constitutional law and criminal dogmatics, the article seeks to demonstrate that (i) embryonic human life constitutes

demonstrar que (i) a vida humana embrionária constitui um bem jurídico-penal de natureza supraindividual pessoal e que (ii) a clonagem terapêutica, entendida como a produção de embriões clônicos somáticos para servirem como fonte de células-tronco embrionárias a serem utilizadas em investigação médica e terapia, não constitui conduta dotada de dignidade penal. Com base nisso, propõe-se a modificação da Lei 11.105/2005, para que clonagem humana reprodutiva e não reprodutiva passem a receber tratamento jurídico-penal autônomo, esta última no âmbito do artigo 24, que deverá ser reformado para abranger a produção de embriões humanos com fins distintos da procriação e a sua utilização como material biológico disponível, ressalvada expressamente a possibilidade de clonagem terapêutica, com a respectiva alteração do artigo 5º da referida lei.

PALAVRAS-CHAVE: Clonagem terapêutica – Células-tronco – Vida humana embrionária – Bem jurídico-penal – Embrião *in vitro*.

a personal legal good of a supra-individual nature and that (ii) therapeutic cloning, understood as the production of clonic embryos somatic to serve as a source of embryonic stem cells to be used in medical research and therapy, does not constitute conduct with criminal dignity. Based on this, it is proposed to amend Law 11,105/2005, so that reproductive and non-reproductive human cloning will start to receive autonomous legal and criminal treatment, the latter under article 24, which should be reformed to cover embryo production humans with purposes other than procreation and its use as available biological material, expressly excepting the possibility of therapeutic cloning, with the respective amendment to article 5º of the aforementioned law.

KEYWORDS: Therapeutic cloning – Stem cells – Embryonic human life – Legal good – *In vitro* embryo.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Clonagem humana. 3. O conceito de embrião humano. 4. A tutela penal do embrião *in vitro* na Lei 11.105/2005 (Lei de Biossegurança). 5. A vida humana embrionária como bem jurídico-penal. 6. A clonagem humana terapêutica e a tutela (penal) da vida humana embrionária em relação ao embrião clônico somático. 7. Considerações finais. 8. Referências.

1. INTRODUÇÃO

As experiências sobre a genética humana, notadamente aquelas que criam e alteram a vida na sua estrutura genética, inauguraram novos campos no âmbito das ciências biomédicas e abriram novos horizontes ao discurso ético-jurídico (ESER, 1992, p. 45). As últimas décadas foram especialmente profícuas no que se refere aos avanços científicos, sobretudo no campo da biomedicina e, especificamente, da genética e da reprodução humana. Se por um lado as inovações biotecnológicas representam novas perspectivas preventivas, diagnósticas e terapêuticas, em especial no que diz respeito a doenças genéticas e à reposição de tecidos e órgãos danificados, por outro lado trazem consigo novos riscos relacionados à manipulação do organismo humano em seus diferentes níveis e

com distintas finalidades, com capacidade de afetarem os seres humanos desta e das futuras gerações, ante as repercussões na integridade genética humana e também na vida humana nos seus estágios mais primitivos.

Esse novo cenário, permeado por indagações ético-sociais e jurídicas, provoca a atuação do direito para fornecer, além do reforço da tutela de bens jurídicos tradicionais, a proteção de novos valores até então não reconhecidos como dignos e necessitados de proteção (CARVALHO, 2008, p. 15). Daí o surgimento do problema normativo de saber se aquilo que é cientificamente possível deve ser ética e juridicamente permitido e da consequente necessidade de que sejam estabelecidos limites às intervenções biomédicas, principalmente no âmbito da genética, como forma de proteger os valores mais relevantes da humanidade. Tais limites, contudo, não necessariamente devem ocupar o espaço específico do direito penal, tendo em vista os princípios que regulam este particular ramo do direito. É preciso que a tutela dos valores reconhecidos como dignos e carentes de proteção em face das técnicas genéticas seja pensada de forma escalonada, valendo-se dos diferentes meios de proteção, desde os menos (normas deontológicas e direito administrativo e civil) até o mais invasivo (direito penal), dependendo, a escolha, “dos objetivos que os diferentes tipos de experiências biotécnicas [...] se propõem e das consequências deles decorrentes”. (ESER, 1992, p. 52-53 e 62).

Nesse contexto é que se insere um dos temas atualmente mais controversos no âmbito do direito penal da medicina: a proteção jurídico-penal do embrião humano *in vitro* e as pesquisas com células-tronco embrionárias (HILGENDORF, 2019, p. 117), temática umbilicalmente ligada à clonagem terapêutica, objeto deste escrito. Assumindo uma metodologia dedutiva, parte-se da seguinte premissa: o artigo 26 da Lei 11.105/2005 (Lei de Biossegurança)¹ tipifica tanto a clonagem humana reprodutiva como a não reprodutiva (terapêutica), conferindo a ambas as técnicas o mesmo tratamento jurídico-penal, o que não parece correto, em razão da diferença entre as atividades, que se revela, inclusive, nos possíveis bens jurídicos afetados. Diante dessa constatação, o presente artigo pretende responder as seguintes questões: (I) a clonagem terapêutica, penalmente proibida pelo artigo 26 da Lei de Biossegurança, tutela qual bem jurídico? (II) Essa atividade é digna de tutela penal? Como hipótese, propõe-se o reconhecimento da vida humana embrionária como um bem jurídico-penal supraindividual, que é o objeto de proteção no crime de clonagem terapêutica. Porém, entende-se que a clonagem não reprodutiva com fins terapêuticos não é uma atividade dotada de dignidade penal, notadamente em razão do particular estatuto ético-jurídico que se reconhece ao embrião clônico somático, devendo ser permitida, sob condições, para fins de investigação médica e terapia. Estaria proibida, portanto, a sua criação/utilização em experimentação científica com outras finalidades (cosméticas, industriais, bélicas etc.), ou seja, em desacordo com os requisitos a serem estabelecidos pela legislação, o que conduz, consequentemente, à proposição de algumas sugestões de alteração da Lei de Biossegurança.

1. Art. 26. Realizar clonagem humana: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

2. CLONAGEM HUMANA

Por muito tempo, “a clonagem foi coisa de jardineiros” (ATLAN et. al., 2001, p. 8). Isso porque a expressão designava um modo antigo e simples de multiplicar vegetais, cujo procedimento consiste em tomar um ramo baixo ou uma haste secundária próxima do solo e, sem o separar da planta principal, vergá-lo e introduzi-lo na terra até próximo da metade; em alguns dias ou semanas, o segmento enterrado abunda em raízes, quando então basta separá-lo da planta originária; a partir dali, o novo exemplar, geneticamente idêntico ao antigo que lhe dera origem, desenvolver-se-á de forma autônoma. Daí que, etimologicamente, o termo clone derive do grego *klón* (em grego antigo, κλώνος), que significa retonho, raminho ou broto; em outros termos, os galhos flexíveis outrora usados pelos jardineiros.

Depois de diversos experimentos realizados a partir da década de 1930, eis que, em 1997, uma notícia mudou drasticamente a dimensão dos termos *clonagem* e *clone*: investigadores do Instituto Roslin, chefiados por Ian Wilmut, comunicaram publicamente o nascimento da ovelha Dolly, o primeiro mamífero clonado a partir do núcleo de uma célula não sexual de outra ovelha adulta (WILMUTH et. al., 1997). A notícia gerou enorme perplexidade tanto na comunidade científica, que acreditava não ser possível a reversão biológica do núcleo de uma célula já diferenciada (célula mamária) a uma situação de indiferenciação, quanto na sociedade em geral, ao vislumbrar a possibilidade de futura aplicação da técnica em seres humanos (ROMEO CASABONA, 2001, p. 127). Essa perplexidade materializou-se em reações de diferentes matizes, que variaram do rechaço total à crença de que a nova técnica poderia representar a abertura de novos caminhos à humanidade, dadas as diversas possibilidades de aplicação, ao menos do ponto de vista teórico, inclusive no âmbito médico.

A clonagem pode ser definida como o mecanismo natural (por exemplo, a divisão embrionária que dá origem aos gêmeos monozigóticos) ou artificial de aumento de uma população de células ou organismos vivos, partindo de um único indivíduo e sem que haja reprodução sexuada (ALEXANDRE, 1998, p. 70). Clonar corresponde ao ato de gerar estruturas geneticamente idênticas ou, mais precisamente, o procedimento por meio do qual se obtém uma cópia geneticamente idêntica de um determinado organismo ou de um gene (MARTÍNEZ, 1998, p. 58). Por se tratar de reprodução assexuada, não envolve encontro de gametas e troca de material genético, de modo que os descendentes são criados a partir de um progenitor único ao qual são geneticamente idênticos. Dentre as técnicas de clonagem artificial ou tecnológica, destacam-se a *fissão embrionária*, que reproduz artificialmente o fenômeno ocorrido na formação dos gêmeos monozigóticos, por meio da divisão artificial do embrião pré-implantatário em fase inicial, e a *transfêrência nuclear celular*. Essa última consiste na “transferência do núcleo de células provenientes de indivíduos já nascidos ou adultos a um ovócito do qual previamente se tenha extraído seu próprio núcleo (enucleação)” (ROMEO CASABONA, 2004, p. 80). Nesse caso, utiliza-se o núcleo de células somáticas, ou seja, células já diferenciadas oriundas

de qualquer lugar do organismo, dando origem a um novo ser com o ADN nuclear idêntico ao do doador da célula.²

Ambos os procedimentos abordados compartilham uma característica: o embrião é o principal afetado pela sua utilização, seja porque a intervenção se realiza sobre ele, seja porque o resultado do seu emprego é justamente a criação de um embrião humano, ainda que um embrião biologicamente distinto – *embrião somático*³ – daquele concebido na reprodução sexuada. Daí a discussão ético-jurídica sobre a clonagem centrar-se no equilíbrio entre a necessária tutela do embrião e os interesses da investigação científica e de suas possíveis aplicações terapêuticas.

Do ponto de vista das finalidades, quando a clonagem tiver por objetivo dar continuidade ao processo de desenvolvimento embrionário, a fim de que se obtenha um indivíduo geneticamente idêntico ao exemplar clonado, estar-se-á diante de uma *clonagem humana reprodutiva*. Conquanto a clonagem humana reprodutiva não constitua o objeto do presente escrito, vale advertir que, atualmente, considerando as limitações técnicas existentes, a criação de um ser humano idêntico a outro é uma possibilidade que ainda se restringe ao mundo das ideias (LÓPEZ MORATALLA, 2004).⁴

Noutra perspectiva, a *clonagem humana não reprodutiva* pode ser definida como o emprego da técnica de clonagem por transferência nuclear de células somáticas com o propósito não de produzir um indivíduo clônico vivo, mas de realizar em laboratório cultivos de células e tecidos a partir das células-tronco pluripotentes oriundas do embrião somático obtido. Essa clonagem será *terapêutica* quando tais cultivos forem realizados com “fins de investigação básica ou clínica na reparação de tecidos ou órgãos danificados” (LACADENA, 2004, p. 47), ou seja, quando buscarem potencializar a investigação em prol da compreensão do desenvolvimento humano e da produção e aplicação concreta de terapias que combatam a etiologia das diferentes enfermidades; será *não terapêutica*, por exclusão, quando a investigação tiver finalidade não curativa, por exemplo, a utilização de tais tecidos com fins cosméticos, industriais ou bélicos, isto é, propósitos

2. No experimento que resultou no nascimento da ovelha Dolly, por exemplo, foi utilizado o núcleo de uma célula mamária de uma ovelha adulta.
3. Também denominado *ovonúcleo* (LÓPEZ MORATALLA, 2020) ou *nuclóvulo* (PALACIOS, 2020, p. 31-53).
4. Para além disso, é importante fazer um esclarecimento acerca da expressão *geneticamente idêntico*, fundamental ao conceito de clonagem. Do ponto de vista biológico, os clones criados por meio de transferência nuclear não são idênticos, tendo em vista que possuem dois “antepassados genéticos”, procedentes do núcleo celular doado e do citoplasto (óvulo cujo núcleo foi extraído). Quanto ao último, embora haja a extração do núcleo celular, permanecem em seu interior organelas celulares denominadas mitocôndrias, responsáveis pela produção energética celular e nas quais é encontrada uma pequena quantidade de genes. Posto que insignificante, o fato é que essa reduzida carga genética citoplasmática impede que um clone produzido por transferência nuclear seja geneticamente idêntico ao doador do núcleo celular, a menos que este provenha de uma mulher que também tenha doado o óvulo utilizado na clonagem (ESER, 1998, p. 97).

diversos do desenvolvimento de uma terapia concreta (BENÍTEZ ORTÚZAR, 2002, p. 60). Em suma, a clonagem não reprodutiva envolve a criação de embriões clônicos que serão empregados com fins diversos da reprodução. Especificamente em relação à clonagem terapêutica, foco principal do estudo, o objetivo é produzir células-tronco embrionárias para pesquisa ou uso clínico, ou seja, um uso estritamente laboratorial, no sentido de que não há transferência para o útero humano. O procedimento para obtenção das células-tronco embrionárias consiste em criar um nuclóvulo por meio da técnica de transferência de núcleo celular e aguardar até que atinja a fase de blastocisto (seis a sete dias depois), quando ele é um conglomerado de aproximadamente cem células, parte das quais formará a massa celular interna (MCI) que, caso continuasse a desenvolver, daria origem ao corpo do organismo. Essa massa celular é então retirada e colocada em uma placa com células nutrientes, às quais se une, dando origem a colônias de células-tronco, que se caracterizam pela capacidade de se transformarem em qualquer tecido (MINAHIM, 2009, p. 77). Tendo em vista que essas células-tronco possuem a mesma carga genética do indivíduo que doa o núcleo celular utilizado na clonagem, o grande potencial da técnica reside no desenvolvimento de tecidos e órgãos a serem por ele utilizados com reduzida possibilidade de rejeição (ROSLIN INSTITUTE, s.d.). Contudo, o maior problema do seu emprego é que ela implica a destruição do embrião, do que decorre toda a discussão acerca da legitimidade da clonagem terapêutica (BERIAIN, 2004, p. 280), o que será abordado nos próximos tópicos. A depender do estatuto que se reconheça a esse embrião, pode-se estar diante de uma circunstância que tornaria o procedimento ilegítimo e, portanto, impediria sua utilização.

3. O CONCEITO DE EMBRIÃO HUMANO

Antes de avançarmos no estudo do estatuto do embrião, parece-nos imprescindível conceituar o objeto de que estamos tratando. Tradicionalmente, o embrião é definido como a célula ou grupo de células resultante da fecundação; esta, por sua vez, é entendida como o “processo pelo qual duas células sexuais (gametas) se fundem para criar um novo indivíduo com potenciais genéticos derivados de dois genitores.” (GILBERT, 2003, p. 121). Esse sempre foi o ponto de partida para a discussão ontológica acerca do estatuto da concepção humana, que se confinava à pessoalidade/personalidade do embrião a partir de perspectivas biológicas e filosóficas, comumente orientada pela compreensão de pessoa como *substância individual de natureza racional* desenvolvida por Boécio (RODRIGUES, 2012, p. 3-20).

Contudo, o nascimento da ovelha Dolly e a possibilidade de se reproduzir a experiência com seres humanos despertaram, além de problemas éticos, a necessidade de se repensar os fundamentos e a própria regulação jurídica do início da vida humana (BERIAIN, 2008a, p. 45-64). Isso porque tais fatos inseriram uma nova variável na equação ontológica: o produto da transferência de núcleo celular somático a um óvulo

previamente enucleado, cuja natureza – embrionária ou não – deveria ser determinada. Evidentemente, à luz da definição tradicional, a resposta não poderia ser senão negativa; resposta que, todavia, parece insuficiente, por fechar os olhos para a nova realidade.

Então, desse novo cenário, inaugurado pelas descobertas biotecnológicas, surgiu a necessidade de readequar o conceito de embrião, tendo em vista, basicamente, dois aspectos: (i) a possibilidade, ao menos teórica, de criação de um ser humano por outras vias além da fecundação e (ii) a sua excessiva amplitude, uma vez que a concepção humana pode originar entes dificilmente enquadráveis na noção de embrião, a exemplo da mola hidatiforme⁵.

No mundo pós-Dolly, portanto, há duas posturas a serem assumidas: ou se mantém a antiga definição de embrião como produto de uma fecundação, ou se constrói uma nova em função da potencialidade do ente biológico (BERIAIN, 2008, p. 113-6). Ambas as definições apresentarão vantagens e desvantagens, assim como terão consequências jurídicas distintas. Neste trabalho, adota-se a segunda via, ou seja, a alternativa que se apresenta consiste em construir uma definição de embrião partindo não mais do método de obtenção, mas da potencialidade do ente biológico para se tornar pessoa. Trata-se de opção já realizada, em certa medida⁶, por países como Alemanha⁷, Holanda⁸ e Bélgica⁹.

Mais especificamente, propomos uma mudança de perspectiva sobre a regulação do início da vida humana, em prol de uma nova abordagem que reconheça a predominância

5. De acordo com Gilbert (2003, p. 154), a mola hidatiforme é um tumor humano semelhante ao tecido placentário, que se desenvolve de um espermatozoide haploide fertilizando um óvulo no qual o pronúcleo feminino está ausente. Depois de penetrar no óvulo, os cromossomos do gameta masculino se duplicam, restaurando seu núcleo diploide, de modo que todo o genótipo passa a ser derivado do espermatozoide. Nesse caso, as células sobrevivem, dividem-se e têm um número normal de cromossomos, contudo, apresentam um desenvolvimento anormal, tendo em vista que o zigoto, em vez de evoluir para um embrião, forma uma massa de células placento-símbles. Não parece fazer sentido, portanto, afirmar que toda fecundação humana gera um embrião.
6. Em certa medida porque tais legislações, embora se valham da ideia de potencialidade, não têm como referencial a noção de pessoa, mas de *indivíduo humano*, *ser humano* ou apenas *humano*, o que pode criar dificuldades oriundas da polissemia assumida por estes termos, as quais, contudo, podem ser contornadas pela adoção do critério que exporemos na sequência.
7. O § 3, apartado 4, da *Lei de garantia da proteção do embrião em relação com a importação e a utilização de células-tronco embrionárias de origem humana (Lei de células-tronco)*, em vigor desde 1º de julho de 2002, define o embrião como “toda célula totipotente humana que tenha a capacidade de se dividir e de dar lugar a um indivíduo humano sempre que se deem as condições necessárias requeridas para isso.” (SIMON, 2002, p. 215-220).
8. O artigo 1º, alínea ‘c’, da *Embryowet* (Lei de Embriões) holandesa, de 20 de junho de 2002, define o embrião como “célula ou conjunto coeso de células com capacidade de se transformar em humano” (“cel of samenhangend geheel van cellen met het vermogen uit te groeien tot een mens”).
9. O artigo 2º, parágrafo 1º, da *Lei relativa à pesquisa com embriões in vitro* belga, de 11 de maio de 2003, adota definição idêntica à holandesa (“embryo: cel of samenhangend geheel van cellen met het vermogen uit te groeien tot een mens”).

do jurídico sobre o biológico, sem, todavia, ignorar os aportes fornecidos por este último segmento. Mais especificamente, referimo-nos à necessidade de redefinir o conceito de embrião a ponto de torná-lo ao mesmo tempo consistente e flexível aos contínuos avanços da biotecnologia.

O grande déficit das propostas atuais fica a dever-se ao seu excessivo afastamento de uma categoria central do sistema jurídico ocidental: o conceito jurídico de pessoa (pessoa natural). Trata-se de uma categoria cujo alcance nossos sistemas jurídicos tomaram para si o encargo de definir, sem a preocupação de fazê-lo coincidir, necessariamente, com o conceito de ser humano/pessoa construído a partir de perspectivas puramente biológicas ou filosóficas. Porém, não é difícil perceber que, ao mesmo tempo em que se mostrou extremamente zeloso de sua própria independência ao delimitar a ideia de pessoa, o sistema jurídico foi omissivo ao não adotar postura semelhante em relação à definição de embrião, aceitando passivamente os aportes estritamente biológicos que lhe foram oferecidos – o embrião como produto de toda concepção –, do que resultou um natural afastamento entre ambas as categorias (BERIAIN, 2008a, p. 52-3).

Cabe-nos, então, aproximar as noções de embrião e pessoa no sentido jurídico, para que a primeira possa ser definida em função da segunda, por meio de uma leitura interessada que torne o novo conceito juridicamente funcional. Com isso, partindo de uma das suas qualidades internas, é possível definir o embrião como o ente biológico dotado de potencialidade para dar origem a uma pessoa no sentido jurídico que lhe é atribuído pela legislação civil. No espaço de juridicidade brasileiro, o artigo 2º do Código Civil prescreve que “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida”. Isso significa que, quanto a nós, embrião é o ente biológico dotado de potencialidade para dar origem a um ser humano nascido com vida.

Uma tal definição de embrião, de natureza eminentemente jurídica, apresenta vantagens e desvantagens, embora, a nosso juízo, os pontos positivos superem os negativos. A primeira vantagem, como sugerimos há pouco, reside no incremento da congruência sistêmica que se obtém ao atrelar as noções de embrião e de pessoa, uma vez que, no campo jurídico, existe um conceito de pessoa dotado de certa universalidade – o ser humano nascido vivo –, o que torna desnecessário, neste ponto, o enfrentamento das discussões sobre a construção de uma definição autônoma desde uma perspectiva filosófica (BERIAIN, 2008, p. 189).

A segunda vantagem está na simplificação do paradigma jurídico. Com efeito, se a potencialidade deixa de ser uma qualidade acessória para se tornar uma condição de existência do embrião, perdem sentido, do ponto de vista jurídico, distinções como a que divide os embriões em viáveis e inviáveis. Isso porque somente será considerado embrião o ente biológico dotado de potencialidade/viabilidade para dar origem a uma pessoa. O que até o momento chamamos de embrião não viável será, em realidade, um não-embrião ou, se se preferir, um (corpo) embrioide, dotado de estatuto jurídico próprio e, naturalmente, distinto do conferido ao embrião (BERIAIN, 2008a, p. 60-1).

Uma terceira vantagem, também já indicada anteriormente, é que, diferentemente da definição tradicional – embrião como produto da fecundação dos gametas –, ela é a única que permite, de forma coerente, a punição da clonagem de um ser humano adulto, a menos que se esteja disposto a negar o caráter de pessoa ao clone ou a aceitar que existirão pessoas que nunca passarão pelo estágio de embrião, o que, quanto a nós, é inaceitável.

Uma vez exposta a definição de embrião que entendemos mais adequada à nova realidade desvelada pelas descobertas biotecnológicas, podemos agora avançar à análise da tutela jurídico-penal atualmente conferida ao embrião *in vitro* pela Lei 11.105/2005, a fim de que, na sequência, seja possível identificar a possibilidade/necessidade de se dispensar tratamento distinto aos embriões gamético e somático.

4. A TUTELA PENAL DO EMBRIÃO *IN VITRO* NA LEI 11.105/2005 (LEI DE BIOSSEGURANÇA)

Os avanços científicos, notadamente no campo da biotecnologia, conferem ao ser humano o domínio crescente sobre o ambiente e as condições de vida, tornando-o capaz de manipular as mais elementares características dos seres vivos. Os riscos oriundos dessas novas possibilidades cobram, desde algum tempo, a intervenção do direito, inclusive do direito penal, a fim de tutelar, entre outros aspectos, o patrimônio genético humano. No plano interno, com os influxos da Constituição Federal de 1988 (artigo 225, especialmente o § 1º, incisos II, IV e V), duas leis foram promulgadas para regulamentar a matéria: inicialmente, a Lei 8.974/1995, posteriormente substituída pela atual Lei 11.105/2005 (Lei de Biossegurança), de abrangência ampla, a ponto de integrar temas tão distintos como a utilização de células-tronco embrionárias e os organismos transgênicos. No que se refere ao objeto da presente pesquisa, os artigos 24 (*utilização ilegal de embriões humanos*) e 26 (*clonagem humana*) tratam de infrações penais que afetam, em diferentes medidas, a vida/integridade do embrião humano *in vitro* e/ou seu patrimônio genético.

Com o avanço da biotecnologia, o embrião humano *in vitro* passou a constituir material de pesquisa altamente apreciado pelos cientistas, que desperta interesse tanto pela facilidade com que pode ser acessado quanto pelos potenciais que apresenta para investigações movidas por diferentes finalidades (HILGENDORF, 2019, p. 117). Isso o expõe a diversos tipos de intervenções biomédicas, algumas das quais dirigidas ao seu benefício, mas que figuram ao lado de muitas outras dotadas de potencialidade para lhe causarem danos e, com isso, ofenderem novos e/ou já tradicionais bens jurídico-penais, de natureza individual e supraindividual.

Tradicionalmente, a tutela penal da vida humana tem início a partir da implantação do embrião no útero materno (nidação). A proteção penal da vida intrauterina, concretizada por meio do crime de aborto, estende-se desse momento até o início do processo de nascimento, quando começam os trabalhos de parto, seja ele normal ou artificial. A partir daí, havendo nascimento com vida, o ser humano adquire a qualidade de pessoa,

de modo que a sua eliminação poderá configurar os crimes de homicídio ou infanticídio (SOUZA, 2007, p. 15-6).

Embora consista numa forma específica de vida humana, o embrião *in vitro*, enquanto não é transferido ao aparelho reprodutivo feminino, não se beneficia da tutela penal conferida pela tipificação do aborto e, com maior razão, do infanticídio ou do homicídio (CUERDA RIEZU, 1998, p. 426). Essas circunstâncias põem em evidência a necessidade de se conferir uma adequada tutela jurídica, inclusive penal, a essa entidade humana, em virtude do estatuto moral de que desfruta (SOUZA, 2007, p. 16).

Nesse sentido, a Lei 11.105/2005 incriminou a *utilização ilegal de embrião humano*, do que já à primeira vista se extrai que passaram a existir hipóteses de utilização legítima desse material biológico. Assim, o artigo 24 inaugura o rol de infrações penais previstas na Lei de Biossegurança, tipificando a conduta consistente em “utilizar embrião humano em desacordo com o disposto no artigo 5º” dessa mesma lei, à qual comina pena de detenção de 1 (um) a 3 (três anos) e multa. Trata-se de lei penal em branco, recurso legislativo de que o legislador tem se valido com muita frequência, sobretudo em âmbitos caracterizados por especificidades técnicas e/ou sujeitos a constantes avanços e modificações, de que a genética humana é um bom exemplo.

O comportamento proibido consiste em *utilizar* – que significa *fazer uso, empregar utilmente, servir-se de, auferir proveito* (PRIBERAM, 2020) – embrião humano em desacordo com o disposto no artigo 5º da Lei de Biossegurança. Por outras palavras, a Lei 11.105/2005 permitiu a utilização de embriões humanos, desde que satisfeitos os requisitos dispostos no referido artigo 5º. A expressão *em desacordo* constitui, portanto, um elemento normativo jurídico do ilícito-típico, reportando-se à ausência de uma causa de justificação que, uma vez presente, torna o comportamento atípico e lícito (PRADO, 2009, p. 352).

O artigo 5º da Lei 11.105/2005 autoriza a utilização, exclusivamente para fins de pesquisa e terapia, de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados nos respectivos procedimentos de reprodução assistida, nas seguintes situações *alternativas*: (i) sejam embriões inviáveis; (ii) sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação da Lei, isto é, em 28 de março de 2005; (iii) sejam embriões que, já estando congelados na data da publicação da Lei (28.03.2005), depois de completarem 3 (três) anos, contados da data de congelamento. A Lei determina que, em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores (§ 1º), exigindo ainda que as instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas submetam seus projetos à aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa.

No primeiro caso (*embriões inviáveis*), a legislação permite a utilização de embriões que não apresentem potencialidade de desenvolvimento.¹⁰ Tem-se, portanto, uma defi-

10. O artigo 3º, inciso XIII, do Decreto 5.591/2005, que regulamenta a Lei 11.105/2005, define os embriões inviáveis como sendo “aqueles com alterações genéticas comprovadas por diagnóstico

nição biológica de inviabilidade, baseada na incapacidade de o embrião se desenvolver até se transformar em um ser humano nascido. A permissão nos parece correta, embora seja necessário frisar que a ausência de potencialidade de desenvolvimento equivale a dizer que se trata, em verdade, de um *não-embrião* ou, se se preferir, de um *corpo embriode*, que não goza do estatuto próprio dos embriões humanos *in vitro*.

As demais hipóteses (ii e iii) referem-se aos denominados *embriões sobranes*, ou seja, aqueles embriões biologicamente viáveis que, tendo sido produzidos no contexto das técnicas de reprodução assistida, por alguma razão¹¹ não foram utilizados nos respectivos procedimentos, sendo, então, submetidos à criopreservação. Fala-se, nesse caso, de uma inviabilidade *funcional* (CARVALHO e CARVALHO, 2007, p. 194) ou *normativa* (MINAHIM, 2005, p. 163), que justificaria a permissão de utilização desses embriões sobranes para fins de pesquisa e terapia, uma vez que já não mais estão integrados a um projeto parental. Caso negada a alternativa legalmente prevista, restar-lhes-iam apenas destinos menos nobres, como a criopreservação por tempo indeterminado ou a simples destruição. Essa permissão assentar-se-ia, fundamentalmente, em dois critérios: (i) os diferentes graus de proteção jurídica do embrião humano, que seria menor em relação aos embriões *in vitro* sobranes¹², quando comparado aos embriões *in utero* ou destinados à reprodução assistida; (ii) uma ponderação de interesses envolvendo, de um lado, a vida do embrião *in vitro* sobranes, e, do outro, a saúde ou até a vida de seres humanos já nascidos, que poderiam ser beneficiados pelo uso terapêutico desses embriões, conflito que o legislador teria acertadamente resolvido em favor do segundo grupo de interesses (CARVALHO e CARVALHO, 2007, p. 194).

Entretanto, no que se refere especificamente aos embriões *in vitro* sobranes, conquanto não seja nossa pretensão aprofundar, no momento, a correção da solução legislativa em si, o fato é que, a nosso juízo, essa opção do legislador não parece tão clara. Isso porque a autorização concedida, no sentido do uso dos embriões sobranes para fins de pesquisa e terapia, não foi uma solução permanente, mas sim temporária. Em verdade, mais parece ter se tratado de uma solução de compromisso, de natureza política (BARBOZA, 2007, p. 205), visando a dar um destino aos muitos embriões que já se encontravam congelados no momento da publicação. Porém, percebe-se que, de acordo com o artigo 5º da Lei de Biossegurança, não é possível utilizar, para qualquer finalidade que não a reprodutiva, embriões *in vitro* que tenham sido congelados após o dia 28 de março

pré-implantacional, conforme normas específicas estabelecidas pelo Ministério da Saúde, que tiveram seu desenvolvimento interrompido por ausência espontânea de clivagem após período superior a vinte e quatro horas a partir da fertilização *in vitro*, ou com alterações morfológicas que comprometam o pleno desenvolvimento do embrião.”

11. Por restrição do número de embriões a serem transferidos em um mesmo ciclo, pelo sucesso na obtenção de gravidez na primeira tentativa procedimental, por terem sido preteridos em favor de embriões de “melhor qualidade” etc.
12. E, logicamente, aos “embriões” inviáveis.

de 2005 (data da publicação da lei).¹³ Portanto, é apenas parcialmente verdadeiro que, no hipotético conflito entre a vida do embrião *in vitro* sobrando e a saúde e a vida de pessoas nascidas, o legislador tenha decidido em favor destes últimos, pois, desde a publicação da Lei 11.105/2005, a opção legislativa parece caminhar no sentido inverso. A nosso juízo, a questão da criação dos embriões sobrando está ligada a um outro problema: a inexistência de regulamentação acerca do número máximo de embriões que podem ser fecundados e transferidos dentro de um mesmo ciclo. Note-se que a regulamentação administrativa se limita a proibir a fecundação de ovócitos com fins distintos da procriação humana¹⁴ e a limitar o número de embriões a serem transferidos em cada ciclo¹⁵, o que não resolve o problema da criação de embriões sobrando.

Em relação ao bem jurídico-penal tutelado no presente crime, prepondera que se trata da vida e/ou a integridade física do embrião *in vitro* (CARVALHO, 2008, p. 225) ou, por outras palavras, a *vida humana embrionária* (SOUZA, 2004, p. 216), que seria instrumentalizada pela ciência, ao ser sacrificada em benefício da saúde e da vida de terceiros, e pelo mercado, por meio de eventual comercialização dos embriões *in vitro* produzidos mas não destinados à procriação.

Noutra perspectiva, visando a dirimir as discussões relacionadas à suposta falta de criminalização expressa pela Lei 8.974/95 (FRANCO, 1996, n. p.), o legislador de 2005 tipificou, no artigo 26 da Lei de Biossegurança, a clonagem humana, cominando-lhe pena de reclusão, de dois a cinco anos, e multa. Trata-se do crime – ou, talvez melhor, dos crimes – de clonagem humana. Dizemo-lo no plural, pois, como esclareceremos a seguir, duas são as espécies de clonagem proibidas.

O tipo penal em análise incrimina o ato de “realizar clonagem humana”. Realizar significa tornar real ou concreto, materializar, efetivar, executar. Já *clonagem* constitui um elemento normativo jurídico do tipo, que a própria lei tratou de conceituar como o “processo de reprodução assexuada, produzida artificialmente, baseada em um único patrimônio genético, com ou sem utilização de técnicas de engenharia genética” (artigo 3º, inciso VIII). Como dissemos, duas são as espécies de clonagem proibidas pela Lei de Biossegurança: a *clonagem para fins reprodutivos* ou simplesmente *reprodutiva* e a *clonagem não reprodutiva (terapêutica)* (SOUZA, 2007, p. 30).¹⁶

13. Nesse sentido, o artigo 3º, inciso XIV, do Decreto 5.591/2005 define *embriões congelados disponíveis* como sendo “aqueles congelados até o dia 28 de março de 2005, depois de completados três anos contados a partir da data do seu congelamento.”

14. Item I.6 da Resolução 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina.

15. De acordo com o Item II.7 da Resolução 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina, o número máximo de embriões que pode ser transferido varia de acordo com a idade da receptora, não podendo, em nenhuma hipótese, ser superior a quatro: a) mulheres até 35 anos: até 2 embriões; b) mulheres entre 36 e 39 anos: até 3 embriões; c) mulheres com 40 anos ou mais: até 4 embriões.

16. Em sentido diverso, Minahim (2005, p. 139-141) entende que a clonagem terapêutica não está proibida pela Lei 11.105/2005.

A *clonagem para fins reprodutivos* é a “clonagem com a finalidade de obtenção de um indivíduo” (artigo 3º, inciso IX). Com a sua incriminação, sobre a qual parece existir um consenso mundial (BELLVER CAPELLA, 1999, p. 43-63), visa-se à tutela dos bens jurídicos *identidade genética* e *dotação genética dupla* ou *diferenciada* da humanidade (SOUZA, 2007, p. 31). De forma semelhante, Romeo Casabona (2012, p. 156) sustenta que o objeto de tutela é a *identidade* e *irrepetibilidade* do ser humano nascido clônico de outro, assim como, em alguns casos, a *dupla progênie biológica*, bens jurídicos de natureza individual. Prado (2009, p. 356), a seu turno, afirma que se protege, de forma direta, a *identidade* e *irrepetibilidade* do ser humano (bem de natureza individual), embora, de forma indireta, também se tutele a *inalterabilidade do patrimônio genético da humanidade*. Mendiguri Peralta (2007, p. 93) também fala, na dimensão coletiva, na proteção do “natural desenvolvimento evolutivo da espécie humana.”

A *clonagem terapêutica*, por sua vez, é a “clonagem com a finalidade de produção de células-tronco embrionárias para utilização terapêutica” (artigo 3º, inciso X). Por outras palavras, a clonagem terapêutica visa à obtenção de células-tronco embrionárias, a fim de que sejam utilizadas na investigação básica ou clínica, para a reparação de tecidos e órgãos lesionados. Não se trata, portanto, de promover o nascimento de um novo ser humano clônico, mas da produção de embriões que possuem a mesma carga genética do sujeito enfermo, para que as células-tronco dele extraídas possam ser utilizadas com fins investigativos e terapêuticos, neste último caso sem o (mesmo) risco de rejeição que geralmente acompanha o transplante de órgãos. Daí por que o tratamento jurídico da clonagem terapêutica ser muito mais polêmico e não alcançar o mesmo consenso proibitivo existente em relação à clonagem reprodutiva (LAURENZO COPELLO, 2004, p. 126).

A legitimidade da clonagem terapêutica envolve o intrincado tema da experimentação humana (embrionária) e está diretamente ligada ao estatuto atribuído ao embrião clônico somático – sobre o qual falaremos mais à frente –, uma vez que a obtenção das células-tronco presentes na massa celular interna do blastocisto acarreta sua destruição. Apesar disso, parece-nos que a Lei de Biossegurança, que tentou ser minuciosa ao expor conceitos técnicos, pecou ao não adotar expressamente uma definição de embrião. Isso porque, ao conceituar células-tronco embrionárias como as células *de embrião* que apresentam a capacidade de se transformar em células de qualquer tecido de um organismo (artigo 3º, inciso XI), deixou margem, pelo menos, para a sua obtenção a partir de entidades biológicas não embrionárias.

Nesse sentido, mesmo numa perspectiva de *lege lata*, a obtenção de células-tronco embrionárias extraídas de nuclóvulos não embrionários, isto é, de entes biológicos sem potencialidade de se desenvolverem até dar origem a um ser humano nascido com vida, encontra-se fora do alcance proibitivo do tipo penal em questão. Evidentemente, essa conclusão só é possível na medida em que o conceito de embrião adotado esteja vinculado à noção de potencialidade para originar uma pessoa.

Em que pese a controvérsia existente quanto à sua dignidade penal, a doutrina costuma apontar que o bem jurídico tutelado no crime de clonagem terapêutica é a *vida*

humana do embrião clônico especialmente concebido com fins terapêuticos (CARVALHO e CARVALHO, 2007, p. 206-8). Souza (2007, p. 34) afirma que a clonagem terapêutica afeta negativamente a dignidade humana, com a ofensa à *vida humana embrionária*, que seria objeto de instrumentalização. Mais especificamente, a conduta ofenderia a *dignidade reprodutiva humana*, em razão da degradação do estatuto da reprodução humana, decorrente do “desrespeito em relação à destinação do seu produto, representado pelo embrião.” O autor acrescenta que, indiretamente, tutela-se a *dotação genética dupla* e a *identidade genética* da humanidade, “pois, se a clonagem terapêutica fosse amplamente permitida, estaríamos a um passo de manipulações mais audazes, como a clonagem reprodutiva ou mesmo outras manipulações genéticas extremamente reprováveis.”

Ainda que se trate de procedimentos muito semelhantes¹⁷, é bastante criticável a equiparação sancionatória realizada pela Lei de Biossegurança entre as clonagens reprodutiva e terapêutica, comportamentos que visam a fins completamente distintos. Isso fica claro quando se constata que, na clonagem terapêutica, uma vez que não há transferência do embrião clônico para o aparelho reprodutor feminino, não existe qualquer risco para a irrepetibilidade do genótipo pessoal, tampouco para a diversidade genética da humanidade (CRUZ BLANCA, 2005, p. 215). Por isso pensamos ser necessário conferir tratamento diverso a tais comportamentos, a recomendar, a nosso juízo, que eventual tutela penal seja regulada em tipos penais distintos.¹⁸

Como o título da presente seção sugere, nossa pretensão, neste momento, era apresentar o tratamento jurídico-penal conferido ao embrião *in vitro* segundo a legislação atualmente vigente, ou seja, numa perspectiva de *lege lata*. Portanto, deixaremos para analisar a legitimidade da incriminação da clonagem não reprodutiva com fins terapêuticos na sequência, quando abordarmos a tutela jurídica da vida humana embrionária em relação ao embrião clônico somático.

5. A VIDA HUMANA EMBRIONÁRIA COMO BEM JURÍDICO-PENAL

Nosso intuito, nesse momento, é demonstrar a dignidade penal do bem jurídico *vida humana embrionária*. A correta compreensão da extensão e a demonstração da dignidade

17. Muito semelhantes, mas não idênticos. Embora o procedimento de transferência nuclear seja igual nos dois casos, há uma diferença fundamental: na clonagem reprodutiva, o embrião deve ser implantado no útero ao atingir o estágio de mórula, enquanto que na clonagem terapêutica, não há transferência ao aparelho reprodutivo feminino, devendo-se aguardar o estágio de blastocisto para que sejam extraídas as células-tronco da massa celular interna do embrião clônico (MINAHIM, 2005, p. 141).

18. Alguns autores, como Beriain, sugerem a substituição do termo *clonagem*, dado o simbolismo que carrega, para se referir à criação de embriões clônicos com fins experimentais e terapêuticos, sugerindo que a adoção do nome da técnica utilizada, ou seja, *transferência de núcleo celular* (BERIAIN, 2008, p. 60-1).

da *vida humana embrionária* como bem jurídico-penal exige-nos a abordagem interessada de dois pontos fundamentais: o direito à vida e a dignidade da pessoa humana, especialmente em virtude de que “o conteúdo em dignidade da pessoa humana acaba por ser identificado como constituindo o núcleo essencial dos direitos fundamentais” (SARLET, 2010, p. 136).

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 1º, inciso III, prevê a dignidade da pessoa humana como fundamento da República e, assim, confere posição proeminente ao ser humano em detrimento do Estado, seguindo a tradição já expressada na Declaração da Virgínia (1776) e na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789). Como conceito pertencente à teoria do direito, porém, a dignidade humana é um conceito relativamente novo, que passou a figurar expressamente nos textos internacionais do segundo pós-guerra (Declaração Universal dos Direitos do Homem (1949), Convenção relativa aos direitos da criança (1959), Pacto Internacional relativo aos direitos civis e políticos (1966), Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos (1997) (BARRETO, 2013, p. 64).

Entretanto, a expressão *dignidade da pessoa humana* pouco diz acerca do seu conteúdo, do que é prova o intenso desacordo existente na doutrina quanto à sua definição (STARCK, 2005, p. 490). Sem ignorarmos a importância da reconstrução histórica do conceito e das suas diferentes concepções (SARLET, 2010, p. 31-46), partimos do pressuposto de que a dignidade humana constitui uma categoria axiológica aberta. Disso decorre que a noção de dignidade que alimenta o Direito não é alheia aos contributos de outras áreas do saber, de modo que, para que se funde como axioma, tem de “passar a dura prova do relativismo cultural.” (FERREIRA, 2014, p. 1.025).

É preciso, então, buscar elementos mínimos que permitam conferir unidade e objetividade à sua interpretação e aplicação prática (BARROSO, 2010, p. 18-9). Nesse sentido, seguimos o caminho indicado por Sarlet, segundo o qual há uma dupla perspectiva conceitual da dignidade, negativa e positiva. A primeira delas (negativa), assumindo a abertura e plasticidade da noção, busca definir a dignidade pela sua falta, de modo que “onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação do poder”, ou seja, onde não houver reconhecimento mínimo da liberdade, da autonomia, da igualdade e dos direitos fundamentais, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana (SARLET, 2009, p. 34-35). A segunda delas (positiva), por outro lado, busca estabelecer elementos mínimos para a dignidade. Apesar de extensa, seja-nos permitido transcrever a definição, segundo a qual a dignidade da pessoa humana é

“a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e

co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida". (SARLET, 2010, p. 70, destaque no original).

Especificamente em relação ao embrião humano *in vitro*, ainda que não se trate de pessoa plena e, portanto, não possamos falar, a rigor, em dignidade da *pessoa* humana, não se deve desprezar o fato de que se está diante de um ente humano dotado de potencialidade (passiva) para dar origem a um novo ser humano (BARROSO, 2007, p. 254). Sendo assim, se admitirmos que o produto da fecundação de um óvulo de uma mulher com o sêmen de um homem constitui uma forma específica de vida humana, "não se pode negar a este 'sujeito potencial' – independentemente da discussão sobre a sua 'individualidade' ou 'personalidade' – um estatuto moral, no sentido de uma dignidade de tutela básica." (ESER, 1992, p. 63).

Uma vez apresentadas as considerações necessárias acerca da dignidade da pessoa humana, pensamos ser possível avançar na análise do direito à vida, abordando a sua estrutura e titularidade, para, em seguida, tratarmos da defesa da vida humana embrionária como bem jurídico digno de tutela penal, detalhando a sua estrutura.

Já dissemos que o embrião *in vitro* constitui uma específica forma de vida humana, no seu estágio inicial, mas que detém todas as informações do programa genético que, em condições adequadas, levará ao nascimento de uma nova pessoa (ROXIN, 2002, n.p.). Essa estrutura biológica, somada ao fato de que o embrião (gamético) encarna a origem do processo vital, sugere a necessidade de proteção jurídica desse ente.

De imposição evidente e contornos aparentemente claros, a ponto de muitas Constituições sequer o preverem expressamente, o direito fundamental à vida sofreu várias fissuras ao longo do século XX. As guerras e o incontável número de mortes, as políticas de desvalorização e desqualificação de vidas humanas com base em determinadas características (físicas, mentais, raciais, étnicas, sexuais etc.) puseram em xeque aquele que parecia ser o mais seguro dos direitos fundamentais. Paralelamente, surgiram as discussões sobre as dimensões vertical e horizontal desse direito (RAMOS, 2010, p. 223), ao passo que os avanços biotecnológicos na área da medicina trouxeram a reboque o debate sobre a sacralidade e a qualidade da vida (SCHRAMM, 2009, p. 377-389).

Mais tarde, uma nova ordem de questões, diretamente ligada ao objeto do nosso estudo, emergiu: saber a partir de quando a vida humana deve ser protegida pelo direito e, com isso, qual o estatuto jurídico dos embriões *in vitro*. Em síntese, "as biotecnologias abriram uma miríade de perquirições quanto à dimensão vertical do direito fundamental à vida." (MARTEL, 2015, p. 671). Cabe-nos, agora, aprofundar a análise do direito à vida e verificar se – e, em caso afirmativo, em que medida – ele beneficia o embrião *in vitro*.

É a partir do segundo pós-guerra, principalmente pelas atrocidades praticadas, que o direito à vida passou a figurar expressamente nas constituições ocidentais e nos documentos internacionais, recebendo, assim, um incremento protetivo a denotar sua particular relevância jurídico-social. Trata-se de um direito fundamental de primeira

geração/dimensão, compreendido entre os direitos de liberdade, que se caracterizam como faculdades ou atributos da pessoa, ostentando uma subjetividade que é seu traço característico (BONAVIDES, 2004, p. 563-564). Para além da sua destacada relevância, que se traduz na sua intensa proteção e promoção, a contemplar tanto as posições subjetivas quanto a perspectiva objetiva, o direito à vida possui uma especial natureza instrumental, já que dele dependem a própria titularidade dos direitos fundamentais e da dignidade humana (MARTEL, 2015, p. 671). Para a análise da estrutura do direito à vida, assumimos aqui, no seguimento de Feinberg, uma concepção estrita, que propõe a existência de duas posições subjetivas: (i) o direito de não ser morto e (ii) o direito de ser salvo da morte iminente (FEINBERG, 1978, p. 94).

A partir dessa delimitação, passamos ao enfrentamento de um ponto fundamental ao presente estudo: a titularidade do direito à vida, questão que assume relevância notadamente em face da vida pré-natal (embriões e fetos). Mas por que se trata de um ponto fundamental? No nosso preciso recorte, porque, sendo os embriões *in vitro* titulares de direito à vida, não haverá dificuldades em se justificar a tutela penal da vida humana embrionária, cujo titular será o próprio embrião; por outro lado, negando-se tal titularidade, a demonstração da dignidade do referido bem jurídico-penal exigirá uma via argumentativa alternativa, cabendo-nos o ônus argumentativo.

À luz do ordenamento jurídico brasileiro, o reconhecimento de que um ente vivo é titular de direito fundamental – nesse caso, à vida – significa atribuir-lhe o *status* de pessoa ou, ainda que de forma parcial, reconhecer a sua personalidade. A vida humana, como processo contínuo que é, tem início na fecundação, de modo que o seu produto – o embrião humano – é já um indivíduo humano, que possui toda a informação apta a conduzir o processo vital até o nascimento de um novo ser humano, desde que colocado em condições adequadas, isto é, no útero materno. Contudo, admitir que o embrião é um indivíduo humano e, como tal, uma forma específica de vida humana não é suficiente para reconhecer-lhe o *status* de pessoa (JUNQUERA DE ESTÉFANI, 2000, p. 31-46) e, conseqüentemente, a titularidade do direito à vida, na medida em que “não há correspondência direta entre os preceitos de ramos das ciências biológicas e da saúde [...] e o sistema jurídico, que tem sua validação na democracia e nos direitos fundamentais.” (MARTEL, 2015, p. 674-5, nota 13).

Sabe-se que a determinação do conceito de pessoa e seu reconhecimento é algo histórico e normativo, para o que o decisivo não são os dados biológicos de forma bruta, mas seu significado intersubjetivo num determinado contexto social (BARRETO, 2013, p. 63). Daí a necessidade de nos voltarmos para a interpretação dos enunciados normativos vigentes no ordenamento jurídico brasileiro, a fim de que possamos identificar o conceito de pessoa e, assim, resolver a questão da titularidade do direito à vida.

Partindo da Constituição Federal, se nela existe um conceito de pessoa, ele está previsto no seu artigo 5º, *caput*, segundo o qual todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantida a inviolabilidade do direito à vida. Todavia, o termo *todos* pouco nos ajuda a esclarecer a questão. Como assentado pelo Supremo Tribunal Federal

na ementa do acórdão que julgou a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.510, há, em relação ao conceito de pessoa, um “mutismo constitucional hermenêuticamente significativo de transpasse de poder normativo para a legislação ordinária” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2010, p. 3), de modo que nos resta avançar na análise da legislação infraconstitucional, a fim de obtermos o conceito de pessoa e, com isso, definirmos quem pode ser titular de direitos fundamentais – no nosso preciso cenário, do direito à vida.

Nesse sentido, a resposta parece estar no Código Civil, que dispõe que “toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil” (artigo 1º), ao passo que “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro” (artigo 2º). Percebe-se, pois, que o ordenamento jurídico brasileiro, embora resguarde, desde a concepção, alguns direitos do nascituro, adota a teoria natalista da personalidade, de modo que considera pessoa o ser humano nascido com vida.¹⁹ Com isso, a possibilidade de titularizar direitos se dá a partir do nascimento com vida, de modo que o embrião *in vitro* e o nascituro não são sujeitos de direitos, mas destinatários de proteção jurídica, o que, todavia, não significa que essa proteção se dê exclusivamente do ponto de vista infraconstitucional (SARLET, MARINONI e MITIDIERO, 2018, n.p.).

Diante desse cenário, é de se questionar se o fato de os embriões *in vitro* não serem sujeitos de direitos, mas destinatários de proteção jurídica, implica que não possam ser tutelados penalmente. Por outras palavras, e aproximando a questão ao nosso recorte, é possível identificar algum bem jurídico digno de proteção e, com isso, cumprir a primeira etapa de justificação de uma eventual tutela penal dos embriões *in vitro*? A nosso juízo, a resposta é positiva.

Inicialmente, é preciso esclarecer que negar a um indivíduo humano (no caso, ao embrião *in vitro*) a condição de pessoa e considerá-lo “mero” destinatário de proteção

19. Não ignoramos a ávida discussão travada entre os civilistas acerca de qual é a teoria adotada pelo Código Civil em relação ao início da personalidade. A polêmica se deve à confusa redação do artigo 2º, ao prescrever que a personalidade civil da pessoa começa com o nascimento com vida, ao mesmo tempo em que assegura direitos ao nascituro desde a concepção. Para parte da doutrina, ao conferir direitos ao nascituro, a legislação teria adotado não a teoria natalista, mas a concepcionista, uma vez que não é possível que existam direitos sem um respectivo titular. Se o nascituro tem direitos, é porque é sujeito de direitos e, portanto, é pessoa dotada de personalidade (FARIAS e ROSENVALD, 2012). A despeito dessa discussão, ainda que reconheçamos a força dos argumentos dos que sustentam a adoção da teoria concepcionista, filiamo-nos à ideia de que a legislação optou pela teoria natalista, conferindo alguns direitos ao nascituro, cuja titularidade, excepcionalmente, não depende da personalidade. A concessão de direitos e obrigações a entes despersonalizados não seria, aliás, exclusividade do nascituro, porquanto há outros em situação semelhante, como o condomínio e a massa falida. Alternativamente, poder-se-ia assumir, em parte, a proposta de Diniz, para quem o nascituro, ou seja, o embrião ou feto intrauterino tem *personalidade jurídica formal*, que o torna titular de direitos da personalidade, passando a ter *personalidade jurídica material* a partir do nascimento com vida, quando então poderia titularizar também direitos patrimoniais e obrigacionais (DINIZ, 2012, p. 222).

jurídica não significa que essa tutela não possa ser intensa, assumindo, inclusive, a natureza penal. Com efeito, ser destinatário de proteção “é muito significativo e, em certas circunstâncias, é elemento que justifica a restrição de direitos alheios.” (MARTEL, 2015, p. 684).

A resolução do problema, contudo, não passa pela titularidade de direitos subjetivos individuais, mas pelo reconhecimento de uma perspectiva jurídico-objetiva dos direitos fundamentais, terreno fértil para novas construções e que permite “o desenvolvimento de novos conteúdos, que, independentemente de uma eventual possibilidade de subjetivação, assumem papel de alta relevância na construção de um sistema eficaz e racional para sua (dos direitos fundamentais) efetivação.” (SARLET, 2012, p. 151).

O esboço de uma dimensão objetiva dos direitos fundamentais surgiu na doutrina constitucional do primeiro pós-guerra, mas o impulso definitivo foi dado pela Lei Fundamental alemã de 1949, cujos influxos determinaram a paradigmática decisão proferida pela Corte Federal Constitucional, em 1958, no caso *Lüth*. Com ela, reconheceu-se que os direitos fundamentais, para além de consistirem em direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra atos do poder público, representam decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, cuja eficácia alcança todo o ordenamento jurídico, que fornecem orientações para todos os poderes (SARLET, 2012, p. 143). Assim, “os direitos fundamentais deixaram de ser meros limites ao exercício do poder político, ou seja, garantias negativas dos interesses individuais, para se tornarem um conjunto de valores ou fins diretivos da ação positiva dos poderes públicos”, apresentando-se na normativa constitucional como um “conjunto de valores objetivos básicos.” (PEREZ LUÑO, 2005, p. 20-1).

Da existência de uma dimensão objetiva deriva uma função autônoma das normas que preveem direitos subjetivos, que transcende a perspectiva subjetiva e acarreta o reconhecimento de novos conteúdos normativos e funções distintas dos direitos fundamentais. Os direitos fundamentais, para além de assegurarem posições individuais, funcionam como filtros dos valores básicos da sociedade política, que se irradiam por todo o ordenamento jurídico, fazendo com que os bens por eles tutelados sejam percebidos como valores em si, a serem preservados e fomentados (MENDES e BRANCO, 2019, p. 168). No que interessa aqui, isso se materializa no “reforço da juridicidade das normas de direitos fundamentais” (SARLET, MARINONI e MITIDIERO, 2018, n. p.), constituindo uma espécie de *mais-valia jurídica* (SARLET, 2012, p. 144), que acarreta um dever de proteção dos direitos fundamentais pelo Estado.

Esse dever de proteção assume particular relevância quando associado ao direito à vida, o que exige do Estado a adoção de medidas de proteção efetivas, inclusive de natureza penal, que contemplem todas as fases do processo vital. Nesse aspecto, é conhecida a posição do Tribunal Constitucional alemão, segundo o qual “ao Estado é vedado não somente intervir sobre a vida em formação, como se lhe impõe a obrigação de proteger essa vida, inclusive valendo-se de normas de direito penal, não existindo outro meio eficiente para preservar o bem tutelado.” (MENDES e BRANCO, 2019, p. 169).

Pela clareza, transcrevemos a lição de Gomes Canotilho:

“A Constituição não garante apenas o direito à vida, enquanto direito fundamental das pessoas. Protege igualmente a própria vida humana, independentemente dos seus titulares, como valor ou bem objectivo. [...] Enquanto bem ou valor constitucionalmente protegido, o conceito constitucional de vida humana parece abranger não apenas a vida das pessoas, mas também a vida pré-natal, ainda não investida numa pessoa”. (GOMES CANOTILHO, 1985, p. 175).

É a partir dessa construção que identificamos a *vida humana embrionária* como um bem jurídico-penal, cuja dignidade assenta no fato de se tratar de um valor socialmente reconhecido apto a satisfazer as necessidades humanas e que respeita a necessária analogia material com os valores consagrados na Constituição Federal. Com efeito, para além do já mencionado artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal, que assegura a inviolabilidade do direito à vida, também o artigo 4º da Convenção Americana de Direitos Humanos dispõe que “toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida”, bem como que “esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção”, o que, se não implica o reconhecimento de uma pessoa como titular de direitos, ao menos indica um dever de proteção da vida humana ainda não nascida (SARLET, MARINONI e MITIDIERO, 2018, n.p.).

Uma sociedade que outorga à vida humana o mais alto estatuto entre os todos os bens jurídicos, a ponto de punir sua destruição com as mais duras penas admissíveis, não pode negar a qualquer de suas formas, por princípio, uma efetiva proteção, sob pena de colocar em risco o seu sistema de valores (MARTÍNEZ, 1994, p. 26). Nesse sentido, o embrião *in vitro*, conquanto não se trate de pessoa, deve, a nosso juízo, nos limites delineados, ser tratado *como* pessoa (SÈVE, 1997, p. 106).

Isso significa que, ainda que não estejamos diante de uma vida pessoal, assegurada por meio de um direito subjetivo, mas de uma tutela objetivamente derivada, é possível reconhecer a indisponibilidade da vida humana embrionária (FERNANDES GODINHO, 2009, n.p.). Fazemo-lo a partir uma aproximação – aproximação, frise-se, não identificação – com as ideias de Habermas, que conduzem à distinção entre a condição de indivíduo (dignidade da vida humana) e a de pessoa (dignidade da pessoa humana).

Habermas (2004, p. 23-4) inicia pela constatação de que o encontro da medicina reprodutiva e da técnica genética gerou, por meio da possibilidade de emprego das células-tronco, expectativas para a produção de órgãos e intervenções genéticas com finalidade terapêutica. Todavia, entende que, na medida em que a produção e o uso de embriões para fins de investigação na área médica se proliferam e normalizam, “ocorre uma mudança na percepção cultural da vida humana pré-natal e, por conseguinte, uma perda da sensibilidade moral para os limites dos cálculos do custo-benefício”, o que revelaria “insensibilidade em relação aos fundamentos normativos e naturais da vida.” A pesquisa sobre células-tronco partiria, assim, da autoinstrumentalização dos fundamentos

biológicos da humanidade, o que afetaria a “*intangibilidade* da pessoa, ordenada moralmente e garantida juridicamente, e a *indisponibilidade* do modo natural de sua representação corporal.” (HABERMAS, 2004, p. 29). O autor alemão reconhece que “os avanços espetaculares da genética molecular conduzem aquilo que somos ‘por natureza’ cada vez mais ao campo das intervenções biotécnicas”, razão pela qual defende a necessidade de regulamentação da técnica genética, pela ameaça que representa à indisponibilidade dos fundamentos genéticos da nossa existência física para a própria conduta de vida e sobre nossa autocompreensão como seres morais (HABERMAS, 2004, p. 33), reputando ser possível uma tal posição se entendermos a *moralização da natureza humana*

“no sentido da autoafirmação de uma autocompreensão ética da espécie, da qual depende o fato de ainda continuarmos a nos compreender como únicos atores de nossa história de vida e podermos nos reconhecer mutuamente como pessoas que agem com autonomia.”

Isso em vista de que a manipulação genética poderia alterar nossa autocompreensão como seres da espécie de tal modo que, “com o ataque às representações do direito e da moral, os fundamentos normativos e incontornáveis da integração social poderiam ser atingidos.” (HABERMAS, 2004, p. 36-7). Ao tratar do tema da dignidade no âmbito da genética, Habermas desenvolveu uma teoria apta a assegurar a indisponibilidade do embrião *in vitro* (pré-implantatório) sem a necessidade de enfrentar a questão relativa a ele ser ou não titular de direitos, isto é, a *inviolabilidade*. Assim, entende que algo pode ser considerado *indisponível* ainda que não receba o *status* jurídico de pessoa, portadora por excelência dos direitos fundamentais inalienáveis previstos na constituição. Segundo ele,

“‘indisponível’ não é apenas aquilo que a dignidade humana tem. Nossa disponibilidade pode ser privada de alguma coisa por bons motivos morais, sem por isso ser ‘intangível’ no sentido dos direitos fundamentais em vigor de forma irrestrita e absoluta.” (HABERMAS, 2004, p. 44).

A partir dessa proposição, o mencionado autor, mesmo sem tomar posição acerca das diversas teorias sobre o início da vida humana, encontra um caminho argumentativo para negar a licitude da instrumentalização do embrião com objetivos que não lhe beneficiem diretamente. Assim, Habermas defende que o uso do embrião seja proibido não porque constitui uma ofensa à dignidade de um sujeito de direito individualmente determinado, mas em razão de que prejudica a autocompreensão de todo o gênero humano, com o que afirma a necessidade de distinguir entre a dignidade da vida humana em geral – fundamento para a tutela do embrião *in vitro* – e a dignidade humana que é juridicamente garantida a cada pessoa (HABERMAS, 2004, p. 51).

Não se pode esquecer que a fecundação de óvulos nos procedimentos de reprodução assistida é orientada finalisticamente, no sentido de que não é lícita a fertilização *in vitro* com finalidades distintas da procriação.²⁰ A vocação natural, ou seja, a razão única pela qual os embriões *in vitro* podem e devem ser criados é a implantação no útero, destinados que estão a darem origem a uma nova pessoa (HERNÁNDEZ PLASENCIA, 2001, p. 115).

Aqui identificamos os dois fundamentos que justificam a indisponibilidade da vida humana embrionária que o embrião *in vitro* (gamético) encarna e que, ademais, permitem compreender o significado desse bem jurídico: *de um lado*, o fato de já estarmos diante de uma forma específica de vida humana, que carrega consigo todo o programa de desenvolvimento vital do indivíduo (STARCK, 2009, p. 213) e que, portanto, é detentora de um valor próprio (MEIRELLES, 2000, p. 176-7), revelador de uma espécie de dignidade não da pessoa, mas da vida humana (HILGENDORF, 2019, p. 128); *de outro lado*, o fato de que o embrião representa a origem desse processo vital, ou seja, o elemento germinal da vida humana pessoal, uma *conditio sine qua non* de todo futuro ser humano, de modo que não se pode conceber a existência de uma nova pessoa sem a presença prévia de um embrião humano que lhe dê origem, o que, projetado a uma perspectiva que transcende a esfera individual, conduz ao reconhecimento do embrião como pedra angular do processo de continuidade/sobrevivência da espécie humana (MARTÍNEZ, 1994, p. 92-3).

Não há dúvida que a natureza contínua do processo de desenvolvimento vital evidencia a proximidade entre o embrião – nesse caso, *in vitro* – e as pessoas nascidas, havendo, portanto, uma “similitude originária de todos os seres humanos nascidos.” (MEIRELLES, 2003, p. 92). É fundamental reconhecermos que “todas as pessoas humanas nascidas foram já embriões (e, em futuro não muito distante, número bem significativo delas talvez poderão ter sido embriões *in vitro*)” (MEIRELLES, 2000, p. 219), do que se extrai o relevante valor simbólico que a vida humana embrionária possui para a humanidade, uma vez que os embriões hoje artificialmente produzidos e eventualmente mantidos em laboratório podem ser os seres humanos que nascerão amanhã (SILVA SÁNCHEZ, 2004, p. 145, nota 22), não podendo ser objeto de instrumentalização.

Note-se que a própria Lei de Biossegurança autoriza essa interpretação. Com efeito, a lei não abriu a possibilidade de utilização de embriões viáveis sobranes das técnicas de reprodução assistida, para fins de pesquisa e terapia, de forma indeterminada. Fê-lo, na verdade, de forma muito pontual e limitada no tempo, permitindo apenas o uso dos inviáveis e daqueles que, na data da publicação da lei, estivessem congelados há pelo menos três anos, ou daqueles que, já estando congelados naquela data, assim que atingissem o mesmo prazo de criopreservação. Por outras palavras, não é legítima a utilização de

20. Nesse sentido, o item 1.6 da Resolução 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina dispõe que “é proibida a fecundação de oócitos humanos com qualquer outra finalidade que não a procriação humana”. (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2017).

embriões *in vitro* que tenham sido congelados após o dia 28 de março de 2005, pois a vida deles encontra-se tutelada penalmente pelo artigo 24 da Lei 11.105/2005.

Resta demonstrada, assim, a dignidade penal do bem jurídico *vida humana embrionária*. Cumpre-nos, agora, analisar a sua natureza, com o que estamos a nos referir a quem é o titular/portador do bem jurídico e, portanto, pode figurar como sujeito passivo dos delitos que o ofendam.

Dando sequência ao raciocínio que desenvolvíamos, podemos afirmar que a vida humana pré-natal “em todos os seus momentos, ainda que não se refira a um sujeito de direito, é dotada de relevância jurídica, visto que o interesse pela sua intangibilidade [...] constituiria bem pertencente a toda a humanidade.” (TIGANO, 2010, p. 1.747-8). É nesse preciso horizonte que Gomes Canotilho (2003, p. 1.256) alude à *fundamentação objetiva* das normas de direitos fundamentais, “quando se tem em vista o seu significado para a colectividade, para o interesse público, para a vida comunitária.”

Nesse contexto, a vida humana embrionária assume a forma não de um bem jurídico-penal individual, cujo titular seria o próprio embrião *in vitro* ou os doadores dos gametas, mas de um bem de natureza supraindividual, derivado da ideia de que “a sociedade valora positivamente a vida do concebido, na medida em que a vida embrionária e fetal constitui o pressuposto da vida plena, da vida das pessoas.” (PUIGPELAT MARTÍ, 2003, p. 53-4).

Assumimos aqui o arranjo classificatório formulado por Souza, que, inspirado em Tiedemann, adota uma teoria dualista, admitindo que os bens jurídico-penais possuem natureza tanto individual como supraindividual, podendo ter como titulares o indivíduo (individual), a coletividade, o Estado e a humanidade (supraindividual) (SOUZA, 2004, p. 284). Mais especificamente, trata-se de um *bem jurídico supraindividual pessoal*, entendido como aqueles que, “embora sejam bens jurídicos ligados à esfera essencial do ser humano e, portanto, dela decorrentes, dizem respeito ao ser humano como um todo indivisível, isto é, considerando-o de forma coletiva e comunitária”, a exemplo da saúde pública, da tranquilidade pública e da qualidade de vida, e, no âmbito do direito internacional, da vida (individual ou coletiva), nos crimes contra a humanidade de homicídio e extermínio (SOUZA, 2004, p. 317).

A titularidade do bem jurídico *vida humana embrionária*, cujo objeto material é o embrião *in vitro*, cabe à humanidade, entendida como todo o gênero humano, atual e futuro, que é interessada na tutela efetiva e plena do elemento germinal do processo de continuidade da espécie (embrião humano – no caso, *in vitro*), a fim de evitar sua manipulação indiscriminada e consequente instrumentalização (TIGANO, 2010, p. 1.759-1.760).

Em virtude da semelhança entre os seres embrionários e as pessoas nascidas, as atitudes que interfiram negativamente no pleno desenvolvimento dos embriões *in vitro* afrontam a vida de todo o conjunto humano, daí a atribuição da titularidade desse bem jurídico à humanidade. Há um interesse da sociedade pela integridade atual e futura dos seus componentes, assim como pela continuidade da espécie. Logo, “pela via da similitude, o embrião que hoje sofre os efeitos danosos de experimentações científicas, ou que

é sumariamente eliminado, representa o ser humano pertencente às gerações futuras.” (MEIRELLES, 2000, p. 208). A propósito, é particularmente precisa a observação de Donini, segundo o qual “estamos testemunhando o nascimento de uma nova tipologia de bens jurídicos universais: a proteção do gênero (humano) não contra agressões ‘clássicas’ como os crimes de guerra ou contra a humanidade, mas contra o potencial da técnica de uso cotidiano” (DONINI, 2004, p. 20), ante sua capacidade de instrumentalizar o ser humano e, com isso, no léxico habermasiano, afetar a autocompreensão ética do gênero humano (TIGANO, 2010, p. 1.755-6).

Com isso, pensamos ter demonstrado a dignidade penal e a natureza do bem jurídico *vida humana embrionária*. Nosso próximo passo será analisar como deve se dar a tutela desse bem jurídico em relação ao denominado embrião clônico somático (nuclóvulo embrionário), para que possamos aferir a dignidade penal da clonagem terapêutica e, assim, respondermos ao segundo problema apresentado anteriormente.

6. A CLONAGEM HUMANA TERAPÊUTICA E A TUTELA (PENAL) DA VIDA HUMANA EMBRIONÁRIA EM RELAÇÃO AO EMBRIÃO CLÔNICO SOMÁTICO

Antes de avançarmos, é necessário esclarecer que, neste trabalho, parte-se da premissa de que um dos pressupostos de legitimidade da intervenção penal é a dignidade penal, como critério político-criminal, a qual abrange dois aspectos: (i) a dignidade penal do bem jurídico e (ii) a danosidade social da conduta contra ele dirigida (dignidade penal da conduta) (COSTA ANDRADE, 1992, p. 184-5). No tópico anterior, tratamos de demonstrar o primeiro dos aspectos, isto é, a dignidade penal do bem jurídico *vida humana embrionária*.

Agora, é chegada a hora de analisar a dignidade penal/danosidade social de uma específica conduta que, em tese, atenta contra aquele objeto jurídico: a clonagem não reprodutiva com fins terapêuticos ou, por outras palavras, a produção de embriões clônicos por meio da técnica de transferência do núcleo de uma célula somática a um óvulo previamente enucleado, com posterior ativação do ovócito para iniciar o desenvolvimento celular, a fim de extrair-lhe as células-tronco embrionárias para uso investigativo-terapêutico, o que inevitavelmente causará sua destruição. Por outras palavras, os problemas que se apresentam, agora, podem ser resumidos na seguinte questão: qual é o tratamento jurídico-penal a ser dispensado à vida humana embrionária do embrião clônico somático?

Antes de respondermos à indagação, convém fazermos referência a uma questão terminológica cuja importância, no entanto, transcende a dimensão nominal e repercute diretamente na resolução do problema: falamos da utilização equivocadamente indistinta da expressão embrião clônico somático, o que nos obriga a responder a uma questão prejudicial àquela, relativa à natureza embrionária ou não do ente gerado.

Com efeito, existem diversas variantes da técnica de transferência de núcleo celular somático a um ovócito enucleado, cujo produto é o *nuclóvulo*. Uma vez que concebemos o embrião humano como todo ente biológico dotado de potencialidade para dar origem a um ser humano nascido com vida, temos de reconhecer que, a depender da técnica empregada, nem todo nuclóvulo terá natureza embrionária, em razão da inexistência da referida potencialidade. Por isso, diante de um nuclóvulo, uma primeira pergunta deve ser respondida: trata-se de um embrião humano? Em caso negativo, estaríamos diante mero corpo embrioide (*nuclóvulo não embrionário*), com potencialidade para se desenvolver parcialmente e, com isso, servir de fonte de células-tronco embrionárias, mas não para dar origem a um ser humano, não havendo maiores restrições – pelo menos do ponto de vista da tutela da vida humana *embrionária* – à sua utilização como material terapêutico ou de investigação (BERIAIN, 2008, p. 128).

Nesse sentido, já numa perspectiva de *lege lata*, entendemos que a obtenção de células-tronco embrionárias extraídas de nuclóvulos não embrionários, com a sua consequente destruição, encontra-se fora do alcance proibitivo do tipo penal previsto no artigo 26 da Lei 11.105/2005 (“realizar clonagem humana”). Isso porque o artigo 3º, inciso X, da Lei de Biossegurança define a clonagem terapêutica como a “clonagem com a finalidade de produção de células-tronco embrionárias para utilização terapêutica”, ao mesmo tempo em que o inciso XI do mesmo dispositivo conceitua células-tronco embrionárias como “células de *embrião* que apresentam a capacidade de se transformar em células de qualquer tecido de um organismo.” Ora, se, para a lei, células-tronco embrionárias são apenas as *células de embrião*, a sua obtenção de entes biológicos que não se enquadrem na definição de embrião não pode ser considerada conduta abrangida pelo mencionado tipo penal, com o que uma primeira questão fica resolvida.

Por outro lado, caso a resposta quanto à natureza embrionária do ente biológico seja afirmativa, estaremos diante de um verdadeiro embrião clônico somático (*nuclóvulo embrionário*). Apenas nessa última hipótese é que se faz necessário avançar à segunda questão, atinente ao tratamento jurídico-penal a ser conferido à vida humana embrionária desse ente embrionário. Por outras palavras, o que se pretende responder a partir de agora é se o embrião somático goza ou não da indisponibilidade que afirmamos em apartado anterior. E, a nosso juízo, como lá deixamos antever, a resposta é negativa.

Não parece haver dúvida de que existem repercussões jurídicas, inclusive no plano penal, em razão da destruição de embriões clônicos para obtenção de células-tronco. Todavia, afastamo-nos daqueles que repudiam de forma absoluta a clonagem não reprodutiva, sob o argumento de que a reprodução assexuada, dirigida exclusivamente a finalidades terapêutico-experimentais, equivale a uma fertilização normal, destinada a criar uma nova pessoa, de modo que deveria receber idêntico tratamento jurídico-penal. Trata-se de uma linha de pensamento que vislumbra um suposto direito de todos os embriões extrauterinos a serem transferidos a um útero (GRACIA, 1998, p. 105), que se sobreporia aos direitos a uma melhor qualidade de vida, à saúde e mesmo à vida das pessoas

enfermas, o que não nos parece adequado, pelo menos em relação aos embriões clônicos, em virtude do rechaço ético e jurídico à clonagem reprodutiva (MARTÍNEZ, 2005, 176).

Ao defendermos a *vida humana embrionária* como um bem jurídico dotado de dignidade penal, dissemos que a sua indisponibilidade assenta em duas premissas: a *primeira*, consubstanciada no fato de que o embrião humano consiste em uma específica forma de vida humana, detentora de todo o programa de desenvolvimento vital do indivíduo e, por tal razão, dotada de valor intrínseco; a *segunda*, ligada ao fato de que o embrião representa a origem desse processo vital, o elemento germinal da vida humana pessoal e, portanto, o ente que assegura o processo de continuidade/sobrevivência da espécie humana.

Esse segundo ponto representa um importante aspecto distintivo entre os embriões gaméticos e somáticos. É que, se por um lado o embrião gamético constitui a pedra angular do processo de perpetuação da espécie humana, vislumbrando-se como seu destino natural e único assegurar essa continuidade por meio da sua implantação no aparelho reprodutor feminino, o embrião somático representa o seu exato oposto.

Uma vez que a clonagem humana reprodutiva constitui comportamento reprovável tanto ética quanto juridicamente, o embrião clônico somático não é nem pode ser utilizado com fins reprodutivos, de modo que, a despeito de apresentar *potencialidade de pessoa*, não pode ser considerado uma *pessoa potencial*, visto que jamais poderá ser transferido ao útero materno. Isso significa, por outras palavras, que a clonagem só pode ser admitida se estiver afastada de qualquer pretensão reprodutiva.

É importante notar que não se trata de uma simples diferença de finalidade, que, como tal, poderia ser convenientemente alterada. Trata-se, antes, de uma vinculação à origem, que reconhece que embriões gaméticos somente podem ser criados para fins reprodutivos, diversamente do que ocorre com embriões somáticos, que só podem ser produzidos – reiteramos – se ausente qualquer intenção reprodutiva. Logo, diferentemente do embrião gamético, o embrião somático não faz nem pode fazer parte do processo que assegura a continuidade da espécie humana, razão pela qual sua tutela funda-se exclusivamente na primeira das premissas antes apontadas.

Portanto, não é possível equiparar um embrião humano gamético, fruto da união de um espermatozoide e de um óvulo, com o produto da transferência de núcleo celular somático (embrião clônico somático ou nuclóvulo embrionário) criado sem qualquer pretensão reprodutiva ou, talvez melhor, criado com a única finalidade de se obter células-tronco para pesquisa e terapia. Aliás, é também porque o embrião clônico jamais será transferido ao útero humano que entendemos que a clonagem terapêutica é admissível. Logo, “não resulta correto, nem ética nem juridicamente, equiparar uma *criação de laboratório* (que não é o mesmo que uma *procriação em laboratório*) com um zigoto destinado à reprodução”, pois a primeira não imita a natureza, já que seu procedimento afasta o valioso processo de recombinação genética inerente à reprodução humana sexuada (MARTÍNEZ, 2005, p. 179).

Assim, se a vida humana do embrião gamético pode ser considerada indisponível em virtude das duas premissas antes expostas, a ponto de sua destruição reclamar, com alta

probabilidade, a intervenção do direito penal, a do embrião somático, a nosso juízo, pode ser excepcionalmente flexibilizada, quando em conflito com outros direitos ou bens jurídicos dotados de relevância e por razões igualmente justificáveis, como parecem ser a pesquisa visando ao incremento do conhecimento sobre o desenvolvimento embrionário ou sobre enfermidades e seus possíveis tratamentos, ou para tratamento de pacientes concretos. Nesse aspecto, estamos de acordo com Martínez (2003, p. 446), para quem, ainda que a produção de embriões somáticos com fins investigativo-terapêuticos implique a criação de uma vida humana, “resulta eticamente mais aceitável gerar clones que destruir embriões criopreservados.”

Como Roxin (2002, n.p.) alerta,

“temos de chegar à conclusão de que, por um lado, a vida do embrião [no nosso caso, somático] não é disponível por qualquer motivo, mas, de que, por outro lado, ela se mostra passível de uma ponderação com outros valores jurídicos de alta hierarquia.”

Nesse sentido é que compreendemos que, na clonagem terapêutica, entendida como a produção, dentro de rigorosos critérios, de embriões para fins de pesquisa e terapia, a vida do embrião clônico deve ceder diante da proeminência dos direitos à liberdade científica e à saúde (BARBOZA, 2007, p. 197) e do princípio constitucional da solidariedade (MARTINS e SCHLINK, 2014, prefácio).

É preciso reconhecer, pois, que “as novas técnicas genéticas respondem a uma aspiração legítima que encontra reconhecimento nos direitos humanos.” (CUERDA RIEZU, 1998, p. 420). Afigura-se necessário, aqui, encontrar um ponto de equilíbrio entre valores contraditórios, como o são, de um lado, o devido respeito à vida humana embrionária e, de outro, o avanço da medicina regenerativa e, conseqüentemente, a melhoria dos tratamentos ofertados às pessoas, que se materializam nos direitos à liberdade científica e à saúde. Esse ponto de equilíbrio resultará da correta ponderação dos direitos/princípios envolvidos, tendo-se como referência o valor máximo do ordenamento jurídico: a pessoa humana (BARBOZA, 2007, p. 198).

Como adiantamos, a vida humana do embrião clônico – que, digamo-lo uma vez mais, não está vinculada à origem reprodutiva e, conseqüentemente, ao processo de continuidade da espécie (SANDEL, 2013, p. 123-4), de modo que seu estatuto deriva exclusivamente do fato de representar uma específica forma de vida humana, ainda que em seus momentos mais primevos (primeira premissa antes apontada) – pode ser *aprioristicamente*²¹ ponderada com os direitos fundamentais/princípio há pouco elencados, desde que seja preservado o seu núcleo essencial (BARONI, 2019).

Sem nos esquecermos de que a proteção da vida humana embrionária não se dá com base em posições subjetivas próprias do direito fundamental à vida, mas a partir de sua

21. Ponderação apriorística, isto é, independentemente do contexto concreto, em virtude da solução dogmática que apresentaremos a seguir para a clonagem não reprodutiva com fins terapêuticos.

dimensão objetiva, é também preciso lembrar que o núcleo essencial dos direitos fundamentais – entre eles, obviamente, o direito à vida – remete à dignidade da pessoa humana, pois “o conteúdo em dignidade da pessoa humana acaba por ser identificado como constituindo o núcleo essencial dos direitos fundamentais.” (SARLET, 2010, p. 136).

Nesse aspecto, estamos de acordo com Neumann, para quem “a lesão à dignidade humana não se encontra na intervenção genética enquanto tal, mas no estabelecimento de certos fins que possam estar vinculados a essa intervenção”, de tal modo que quando “realizada com o objetivo de poupar as gerações futuras de doenças e sofrimentos jamais pode representar uma lesão à dignidade humana.” (NEUMANN, 2009, p. 235).

Dessa constatação decorre que a clonagem não reprodutiva deve ser admitida, por não implicar lesão à dignidade humana e, conseqüentemente, ao núcleo essencial do direito à vida (JUNQUERA DE ESTÉFANI, 2011, p. 357-8 e 363), quando movida por fins terapêuticos, que, num sentido amplo aqui adotado, compreendem a pesquisa visando ao incremento do conhecimento sobre o desenvolvimento embrionário ou sobre enfermidades e seus possíveis tratamentos, ou para tratamento de pacientes concretos (NYS, 1998, p. 239). Numa palavra: pensamos que a clonagem não reprodutiva com fins terapêuticos (clonagem terapêutica) deve ser admitida pelo ordenamento jurídico brasileiro, dentro de rigorosos limites, superados os quais estaria aberta a possibilidade de responsabilização, inclusive penal. Por outro lado, a clonagem não reprodutiva com fins não terapêuticos – por exemplo, com finalidades bélicas, cosméticas, industriais etc. –, isto é, a clonagem não reprodutiva com fins reprováveis deve ser proibida, inclusive penalmente, por violar a vida humana embrionária que o embrião somático encarna e que é injustificadamente instrumentalizada.

Em semelhante abordagem, Atlan (2001, p. 29-30) critica o que chama de definições simplistas, que conferem a uma célula isolada propriedades que somente são produzidas por interações múltiplas entre os seus elementos e os ambientes sucessivos. Assim, embora reconheça no embrião somático potencialidades de embrião de clone, esclarece que “potencialidades de pessoa humana é algo bem diferente de pessoa potencial e mais diferente ainda de pessoa real”, pelo que conclui ser perfeitamente coerente considerar, por um lado, que um ser humano clônico nascido é uma pessoa plena e, por isso, proibir esta prática; e, por outro lado, “é igualmente válido considerar que a instrumentalização terapêutica de uma célula totipotente produzida por transferência de núcleo não é uma instrumentalização do embrião.”

Assim, mesmo que a clonagem terapêutica implique criar uma “entidade vivente geneticamente humana, semelhante a um embrião, resulta eticamente aceitável e juridicamente inobjeto gerar clones somáticos com exclusiva finalidade terapêutica.” (MARTÍNEZ, 2005, p. 183). É importante notar que, mesmo entre aqueles que defendem que o embrião (gamético) *in vitro* já se equipara a um ser humano nascido, não é pacífica a conclusão de que o embrião somático goza de igual estatuto, compartilhando a mesma proteção da dignidade humana e do direito à vida (HILGENDORF, 2019, p. 119). Coincidente na conclusão, mas por caminho diverso, Souza (2005, p. 153) entende que

a clonagem terapêutica por transferência nuclear não violaria eventual proibição de criação de embriões *humanos* com fins de investigação, pois os embriões eventualmente produzidos “não seriam humanos por não derivarem de uma reprodução humana legítima, ao contrário do que ocorre com a clonagem terapêutica por divisão embrionária, que, a nosso ver, estaria proibida”.

A produção de embriões clônicos a partir do núcleo celular de uma pessoa enferma tem grande potencial experimental (estudar as enfermidades humanas e as consequências de determinados tratamentos médicos) e terapêutico (obtenção de células-tronco embrionárias para reparação de tecidos e órgãos danificados). A identidade genética existente entre o paciente e o material clonado reduziria quase por completo a possibilidade de rejeição imunológica (HILGENDORF, 2019, p. 118). Como Petterle (2007, p. 178) bem observa, é preciso refletir até que ponto a clonagem não reprodutiva “deixa de ser um problema para transformar-se, talvez, em solução para a continuidade das pesquisas científicas com células-tronco de embriões humanos clonados (imunologicamente idênticos ao paciente).” Como forma de conciliar os interesses em jogo e contornar prováveis tentativas de burlar uma eventual proibição absoluta, parece-nos mais adequado assumir um panorama de controle de riscos (LACADENA, 1999, p. 152), regulamentando-se rigidamente as possibilidades de utilização de embriões clônicos somáticos para fins de pesquisa e terapia (o que corresponde à definição de *clonagem terapêutica em sentido amplo* aqui defendido), evitando-se, assim, o uso indiscriminado desse importante material biológico, em observância ao princípio da precaução.

Retomando o que dissemos anteriormente, a dignidade penal contempla um duplo enfoque: a valoração do bem jurídico tutelado e a danosidade social da conduta, aspecto este que, como alertamos, forneceria a chave para a resolução do problema proposto. No seguimento do pensamento de D’Ávila (2016, p. 121), a dignidade da conduta corresponde, a nosso juízo, ao “conteúdo objetivo de desvalor do fato”, que abrange, além do desvalor de resultado, os “referenciais objetivos de desvalor da conduta”, compreendendo “o desvalor objetivo da conduta em si”, o que, por sua vez, significa abrir-se a “referenciais ético-sociais de grande relevo para a constituição do ilícito-típico.”

Com isso, pensamos ter respondido às duas questões que deram origem ao presente estudo: o bem jurídico-penal tutelado na clonagem humana terapêutica, tipificada no artigo 26 da Lei 11.105/2005, é a *vida humana embrionária* (bem jurídico de natureza supraindividual pessoal); contudo, à luz de tudo que expusemos, não se trata de uma conduta que apresenta danosidade social e, portanto, não é dotada de dignidade penal, razão pela qual deve ser permitida, dentro de rígidos parâmetros autorizativos e de controle extrapenal. A título exemplificativo, podemos citar: a limitação das investigações a determinados fins científicos considerados especialmente importantes; que o número de embriões se limite ao estritamente necessário; que se realizem estudos prévios em laboratório e com animais; que os embriões utilizados para investigação não sejam destinados à reprodução humana; que a investigação proposta seja aprovada, supervisionada

e controlada por um comitê interdisciplinar independente, entre outras (ROMEO CASABONA, 2002, p. 116).

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente escrito teve como objetivos (i) identificar o bem jurídico-penal tutelado na incriminação da clonagem não reprodutiva com fins terapêuticos, tipificada no artigo 26 da Lei 11.105/2005, bem como (ii) analisar se se trata de atividade dotada de dignidade penal. Em resposta, foi possível concluir que o bem jurídico-penal protegido é a *vida humana embrionária*, que ostenta natureza supraindividual pessoal, e que, no entanto, não se trata de atividade dotada de dignidade penal.

Ademais, é possível também avançar algumas outras conclusões propositivas relacionadas. Antes, porém, é preciso ter em mente que a atividade legislativa referente a matérias que afetam a ciência e a tecnologia, especialmente a biotecnologia humana, possui características muito peculiares. Isso porque, por um lado, trata-se de um âmbito sujeito a constantes e muitas vezes imparáveis avanços científicos, de modo que a respectiva regulamentação, não raramente, possui vida curta e deve ser periodicamente submetida a revisões; por outro lado, o legislador deve sempre procurar construir marcos reguladores amplos e abertos a possíveis desenvolvimentos científicos futuros, de forma a não obstar linhas de investigação que se apresentem como promissoras segundo a perspectiva da sociedade (ROMEO CASABONA, 2006, p. 120).

Como decorrência de todo o exposto até aqui, pensamos ser oportuno apontar alguns caminhos no sentido de aprimorar a legislação de regência, principalmente no que diz respeito à tutela do embrião *in vitro*, seja ele gamético ou somático, de modo a adequadamente proteger o bem jurídico *vida humana embrionária* anteriormente proposto.

Inicialmente, diante dos avanços da biotecnologia e da possibilidade – ainda que hoje remota – de se produzirem seres humanos a partir de fontes distintas da fecundação de um óvulo por um espermatozoide, seja ela natural ou artificial, é recomendável que a Lei 11.105/2005 adote uma definição expressa de *embrião humano*, que assente na potencialidade do ente biológico para dar origem a uma pessoa, e a inclua no rol do artigo 3º. Isso permitiria avançar numa segunda proposta de alteração: o tratamento autônomo das clonagens reprodutiva e não reprodutiva (terapêutica), hoje incoerentemente tipificadas no mesmo artigo 26 da Lei 11.105/2005 e, conseqüentemente, punidas com idênticas sanções, não obstante a diferença entre as atividades. Nesse sentido, o artigo 26 poderia ser reservado para tratar, com exclusividade, da clonagem reprodutiva, comportamento de maior gravidade e que atenta contra relevantes bens jurídicos, tanto de natureza individual como supraindividual. De suma importância seria, ainda, que a lei esclarecesse o que se entende por clone, uma vez que a técnica de transferência de núcleo celular não produz um indivíduo idêntico, em virtude do DNA mitocondrial presente no citoplasma

do óvulo. Portanto, sugerimos a indicação de que o clone seja caracterizado como aquele que reproduz o DNA nuclear de outro ser humano nascido.

Por outro lado, a clonagem terapêutica poderia ser penalmente regulamentada no mesmo dispositivo que trata da tutela do embrião *in vitro* em face de manipulações estranhas aos procedimentos reprodutivos. Assim, considerando a indisponibilidade do embrião gamético *in vitro* e a relativa disponibilidade do embrião somático, que, como vimos, pode ser utilizado para fins de pesquisa médica e terapia, o artigo 24 da Lei 11.105/2005 seria reformulado da seguinte forma: *Produzir embrião humano com finalidade distinta da procriação humana ou utilizá-lo em desacordo com o disposto no artigo 5º desta Lei.* O artigo 5º, por sua vez, deveria ser também reformulado para permitir a clonagem terapêutica, entendida como *a produção de embriões, por transferência nuclear, e a respectiva obtenção de células-tronco embrionárias, desde que aprovada pelos órgãos competentes, com o objetivo de investigação que vise ao incremento do conhecimento sobre o desenvolvimento embrionário ou sobre enfermidades e seus possíveis tratamentos ou uso terapêutico em paciente concreto.* Com isso, ficaria criminalizada tanto a clonagem não reprodutiva com fins não terapêuticos (por exemplo, com fins comerciais, industriais, bélicos, cosméticos etc.) como a produção de embriões clônicos, ainda que com finalidade terapêutica em sentido amplo, em desacordo com os requisitos normativos, notadamente a prévia aprovação pelos órgãos competentes.

8. REFERÊNCIAS

- ALEXANDRE, Henri. Clonagem. In: HOTTOIS, Gilbert; PARIZEAU, Marie-Hélène. *Dicionário da Bioética*. Trad. Maria de Carvalho. Lisboa: Piaget, 1998.
- ATLAN, Henri et. al. *Clonagem humana*. Trad. Sandro Patrício Gama Nóbrega. Coimbra: Quarteto, 2001.
- BARBOZA, Heloisa Helena. Clonagem humana: uma questão em aberto. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (Org.). *Nos limites da vida: aborto, clonagem humana, e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- BARONI, Mariana Souza. A utilização das células-tronco embrionárias na prática da clonagem humana terapêutica: uma leitura à luz da Constituição Federal e da Lei de Biossegurança (Lei 11.105/2005). *Revista de Direito e Medicina*, v. 3, jul.-set. 2019.
- BARRETO, Vicente de Paulo. *O fetiche dos direitos humanos e outros temas*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- BARROSO, Luís Roberto. Em defesa da vida digna: constitucionalidade e legitimidade das pesquisas com células-tronco embrionárias. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (Org.). *Nos limites da vida: aborto, clonagem humana,*

- e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação*. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dez. 2010. Disponível em: [www.luistrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf]. Acesso em: 25.07.2020.
- BELLVER CAPELLA, Vicente. Consideraciones filosófico jurídicas en torno a la clonación para la reproducción humana. *Revista Derecho y Genoma Humano*, Bilbao, n. 10, p. 43-63, 1999.
- BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio Francisco. Aspectos jurídicos de la clonación humana. In: BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio Francisco. *Genética humana en el tercer milenio: aspectos éticos y jurídicos*. Madrid, Akal, 2002.
- BERIAIN, Iñigo de Miguel. *La clonación, diez años después*. Granada: Comares, 2008.
- BERIAIN, Iñigo de Miguel. El embrión humano después de Dolly: nuevas pautas para nuevos tiempos. *Revista Derecho y Genoma Humano*, Bilbao, n. 29, p. 45-64, jul.-dez. 2008a.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- CARVALHO, Gisele Mendes de. *Patrimônio genético & direito penal: de acordo com a Lei 11.105/05*. Curitiba: Juruá, 2008.
- CARVALHO, Gisele Mendes de; CARVALHO, Érika Mendes de. A Lei de Biossegurança (Lei 11.105/2005) e os novos crimes contra o patrimônio genético humano. *Revista de Ciências Penais*, São Paulo, v. 4, n. 7, p. 182-211, jul.-dez. 2007.
- CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução 2.168/2017*. Disponível em: [https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes /BR/2017/2168]. Acesso em: 24.04.2020.
- COSTA ANDRADE, Manuel da. A “dignidade penal” e a “carência de tutela penal” como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 2, fasc. 1, p. 173-205, jan./mar. 1992.
- CRUZ BLANCA, María José. Delitos conexos a las técnicas de reproducción asistida: fecundación con fines no reproductivos, creación de seres humanos por clonación y otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza. In: RIERA, Jaime Miguels Peris (Coord.). *Estudios jurídico-penales sobre genética y biomedicina: libro homenaje al Prof. Ferrando Mantovani*. Madrid: Dykinson, 2005.
- CUERDA RIEZU, Antonio. Límites juridicopenales de las nuevas técnicas genéticas. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. 41, f. 1, p. 413-429, ene./abr. 1998.

- D'AVILA, Fabio Roberto. Tipo, ilícito e valor. Notas conceituais e sistemáticas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 121, p. 99-126, 2016.
- DICIONÁRIO PRIBERAM. Utilizar. Disponível em: [<https://dicionario.priberam.org/utilizar>]. Acesso em: 24.07.2020.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil*. 29 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- DONINI, Massimo. *Il volto attuale dell'illecito penale: la democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*. Milano: Giuffrè, 2004.
- ESER, Albin et al. La clonación humana. Fundamentos biológicos y valoración ético-jurídica. *Revista Derecho y Genoma Humano*, Bilbao, n. 9, p. 91-110, 1998.
- ESER, Albin. Genética humana: aspectos jurídicos e sócio-políticos. Tradução de Pedro Caeiro. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n. 2, p. 45-72, 1992.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: parte geral* e LINDB, v. 1. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2012.
- FEINBERG, Joel. Voluntary euthanasia and the inalienable right to life. *Philosophy & Public Affairs*, v. 7, n. 2, p. 93-123, 1978. Disponível em: [www.jstor.org/stable/pdf/2264987.pdf]. Acesso em: 02.08.2020.
- FERNANDES GODINHO, Inês. Problemas jurídico-penais em torno da vida humana. 2009. Disponível em: [www.uc.pt/fduc/projectos_investigacao/PT-DC_CPJ_JUR_111289_2009/pdf/Problemas_vida_humana.pdf]. Acesso em: 10.08.2020.
- FERREIRA, Ana Elisabete. A vulnerabilidade humana e a pessoa para o direito – breves notas. *Revista do Instituto Brasileiro de Direito*, ano 3, n. 2, p. 1.023-1.053, 2014. Disponível em: [www.cidp.pt/revistas/ri-db/2014/02/2014_02_01023_01053.pdf]. Acesso em: 24.07.2020.
- FRANCO, Alberto Silva. Genética humana e direito. *Revista Bioética*, v. 4, n. 1, 1996. Disponível em: [http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/393/356]. Acesso em: 20.04.2020.
- GILBERT, Scott F. *Biologia do desenvolvimento*. Tradução e revisão de Adolfo Max Rothschild e outros. 5. ed. Ribeirão Preto: FUNPEC, 2003.
- GOMES CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. 2. ed., v. 1. Coimbra: Almedina, 1985.
- GOMES CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- GRACIA, Diego. El estatuto del embrión. *Procreación humana asistida: aspectos técnicos, éticos y legales*. Javier Gafo (ed.). Madrid: Universidad Pontificia Comillas, 1998.
- HABERMAS, Jürgen. *O futuro da natureza humana: a caminho de uma eugenia liberal?* Trad. Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

- HERNÁNDEZ PLASENCIA, José Ulises. La protección penal del embrión preimplantatorio. In: ROMEO CASABONA, Carlos María (Org.). *Genética y derecho penal: previsiones en el código penal español de 1995*. Granada: Comares, 2001.
- HILGENDORF, Eric. *Introdução ao direito penal da medicina*. Tradução e notas de Orlandino Gleizer. São Paulo: Marcial Pons, 2019.
- JUNQUERA DE ESTÉFANI, Rafael. Clonación no reproductiva. In: ROMEO CASABONA, Carlos María (Dir.). *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*. Granada: Comares, 2011. t. I.
- JUNQUERA DE ESTÉFANI, Rafael. El embrión humano: una realidade necesitada de protección. *Revista Derecho y Genoma humano*, Bilbao, n. 12, p. 31-46, 2000.
- LACADENA, Juan Ramón. Clonación terapêutica humana en el horizonte científico. *Monografias Humanitas*, Barcelona, v. 4, p. 43-54, 2004.
- LACADENA, Juan Ramón. Una lectura genética de la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el recurso de la inconstitucionalidad contra la Ley 35/1988 sobre Técnicas de Reproducción Asistida. *Revista Derecho y Genoma Humano*, n. 11, p. 145-152, 1999.
- LAURENZO COPELLO, Patricia. Clonación no reproductiva y protección jurídica del embrión: respuestas desde el ordenamiento punitivo. *Revista Penal*, Madrid, v. 13, p. 125-137, 2004.
- LÓPEZ MORATALLA, Natalia. Clonación terapêutica. *Persona y Bioética*, [s.d.], n. 22-23, 2004. Disponível em: [<https://personaybioetica.unisabana.edu.co/index.php/personaybioetica/article/view/89>]. Acesso em: 23.04.2020.
- LÓPEZ MORATALLA, Natalia. El ensayo coreano no ha clonado um verdadeiro embrión humano. *Bio.etica Web*. Disponível em: [www.bioeticaweb.com/natalia-laspez-moratalla-qel-ensayo-coreano-no-ha-clonado-un-verdadero-embrión-humano/]. Acesso em: 25.05.2020.
- MARTEL, Leticia de Campos Velho. Dilemas constitucionais sobre o início e o final da vida: um panorama do estado da arte no direito brasileiro. *Espaço Jurídico Journal of Law*, Joaçaba, v. 16, n. 2, p. 669-708, jul.-dez. 2015. Disponível em: [<http://dx.doi.org/10.18593/ejll.v16i2.6556>]. Acesso em: 02.08.2020.
- MARTÍNEZ, Stella Maris. *Manipulación genética y derecho penal*. Buenos Aires: Universidad, 1994.
- MARTÍNEZ, Stella Maris. Clonación: dos concepciones bioéticas en conflicto. *Cuadernos de bioética*, Buenos Aires, v. 3, 2-3, p. 57-68, dez. 1998.
- MARTÍNEZ, Stella Maris. ¿Calidad de vida vs. derecho a la vida: el debate acerca de las células estaminales. *Escritos em homenagem a Alberto Silva Franco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- MARTÍNEZ, Stella Maris. Clonación terapêutica. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 53, p. 159-184, 2005.

- MARTINS, Leonardo; SCHLINK, Bernhard. *Bioética à luz da liberdade científica*. São Paulo: Atlas, 2014.
- MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. *A vida humana embrionária e sua proteção jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. Os embriões mantidos em laboratório e a proteção da pessoa: o novo código civil brasileiro e o texto constitucional. In: BARBOZA, Heloisa Helena; MEIRELLES, Jussara Maria Leal de; BARRETO, Vicente de Paulo. *Novos temas de biodireito e bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
- MENDIGURI PERALTA, David Rosario. El delito de manipulación genética con fines de clonar seres humanos. Una contribución al estudio jurídico-dogmático del nuevo artículo 324 del Código Penal Peruano (Parte II). *Revista Derecho y Genoma Humano*, Bilbao, n. 26, p. 91-119, jan.-jun. 2007.
- MINAHIM, Maria Auxiliadora. *Direito penal e biotecnologia*. São Paulo: RT, 2005.
- MINAHIM, Maria Auxiliadora. Clonación: reflexiones necesarias sobre lo imaginario. *Revista Derecho y Genoma Humano*, Bilbao, n. 30, p. 63-92, jan.-jun. 2009.
- NEUMANN, Ulfried. A dignidade humana como fardo humano – ou como utilizar um direito contra o respectivo titular. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- NYS, Herman. Investigación con embriones. *Biotecnología y Derecho: perspectivas en derecho comparado*. Carlos María Romeo Casabona (ed.). Granada: Comares, 1998.
- PALACIOS, Marcelo. Consideraciones sobre la clonación. In: ORTÚZAR, Ignacio Francisco Benitez (Coord.). *Genética em el tercer milenio: aspectos éticos y jurídicos*. Madrid: Akal, 2020.
- PEREZ LUÑO, Antonio E. *Los derechos fundamentales*. 8. ed. Madrid: Tecnos, 2005.
- PETTERLE, Selma Rodrigues. *O direito fundamental à identidade genética na constituição brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- PRADO, Luiz Regis. *Direito penal do ambiente*. 2. ed. São Paulo: RT, 2009.
- PUIGPELAT MARTÍ, Francesca. Clonación, dignidad humana y constitución. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 42, p. 37-65, jan.-mar. 2003.
- RAMOS, André de Carvalho. *Manual prático de direitos humanos internacionais*. Sven Peterke (Org.). Brasília: ESMPU, 2010. Disponível em: [http://escola.mpu.mp.br/publicacoes/obras-avulsas/e-books-esmpu/manual-pratico-de-direitos-humanos-internacionais]. Acesso em: 03.08.2020.

- RODRIGUES, Ricardo Antonio. Severino Boécio e a invenção filosófica da dignidade humana. *Revista Seara Filosófica*, v. 5, p. 3-20, 2012. Disponível em: [https://periodicos.ufpel.edu.br/ojs2/index.php/searafilosofica/article/view/1915/1747]. Acesso em: 19.06.2020.
- ROMEO CASABONA, Carlos María. La clonación humana: presupuestos para una intervención jurídico-penal. In: ROMEO CASABONA, Carlos María (Ed.). *Genética y derecho penal: previsiones en el código penal español de 1995*. Granada: Comares, 2001.
- ROMEO CASABONA, Carlos María. Investigación y terapia con células madre embrionarias: hacia un marco jurídico para Europa. *Iter criminis: Revista de Ciencias Penales*, México, n. 2, p. 101-124, mar. 2002.
- ROMEO CASABONA, Carlos María. A clonagem humana: pressupostos para uma intervenção jurídico-penal. *Ciências penais: Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*, São Paulo, v. 1, n. 0, p. 79-117, jan.-jun. 2004.
- ROMEO CASABONA, Carlos María. La cuestión jurídica de la obtención de células troncales embrionarias humanas con fines de investigación biomédica: consideraciones de política legislativa. *Revista Derecho y Genoma Humano*, Bilbao, n. 24, p. 75-125, jan.-jul. 2006.
- ROMEO CASABONA, Carlos María. *Genética, biotecnología e ciências penais*. Salvador: JusPodivm, 2012.
- ROSLIN INSTITUTE. *Some frequently asked questions on the topic of cloning*. Disponível em: [www.ed.ac.uk/roslin/about/dolly/facts/cloning]. Acesso em: 27.04.2020.
- ROXIN, Claus. A proteção da vida humana através do direito penal. A proteção da vida humana através do Direito Penal. Conferência realizada no dia 07 de março de 2002, no encerramento do *Congresso de Direito Penal em Homenagem a Claus Roxin*, Rio de Janeiro. Disponível em: [www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/25456-25458-1-PB.pdf]. Acesso em: 22.07.2020.
- SANDEL, Michael J. *Contra a perfeição: ética na era da engenharia genética*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.
- SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

- SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, paginação irregular. Epub.
- SCHRAMM, Fermin Roland. O uso problemático do conceito ‘vida’ em bioética e suas interfaces com a *práxis* biopolítica e os dispositivos de biopoder. *Revista Bioética*, v. 17, n. 3, p. 377-389, 2009.
- SÈVE, Lucien. *Para uma crítica da razão bioética*. Trad. Maria José Figueiredo. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Sobre el llamado “diagnóstico de preimplantación”. Una aproximación a la valoración jurídica de la generación de embriones *in vitro* con la decisión *condicionada* de no implantarlos en el útero. *Cuadernos de Derecho Judicial*, n. VI, p. 137-166, 2004.
- SIMON, Jürgen. La Ley de células troncales alemana: contenido y crítica. *Revista Derecho y Genoma Humano*, Bilbao, n. 17, p. 215-220, 2002.
- SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de. *Bem jurídico-penal e engenharia genética humana: contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais*. São Paulo: RT, 2004.
- SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de. Clonagem terapêutica: aspectos jurídico-penais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 13, n. 53, p. 142-158, mar.-abr. 2005.
- SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. *Direito penal genético e a lei de biossegurança*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- STARCK, Christian. Introducción a la dignidade humana en el derecho alemán. *Anuario Iberoamericano de Justicia Criminal*, Madrid, n. 9, p. 489-497, 2005. Disponível em: [<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1986435.pdf>]. Acesso em: 28.07.2020.
- STARCK, Christian. Dignidade humana como garantia constitucional: o exemplo da lei Fundamental alemã. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 3510*. Rel. Min. Carlos Ayres Britto. Julgado em 29.05.2008, Plenário, DJE de 28.05.2010.
- TIGANO, Vincenzo. Tutela della dignità umana e illecita produzione di embrioni per fini di ricerca. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, v. 53, n. 4, p. 1.747-1.786, 2010.
- WILMUTH, Ian et al. Viable offspring derived from fetal and adult mammalian cells. *Nature*, v. 385, 27 de fev. 1997, p. 810-813. Disponível em: [www-nature.ez94.periodicos.capes.gov.br/articles/385810a0.pdf]. Acesso em: 20.04.2020.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- A reprodução medicamente assistida e a legislação penal – uma análise a partir do ordenamento jurídico português, de Arthur Levy Brandão Kullok – *RBCCrim* 150/309-366;
- A utilização das células-tronco embrionárias na prática da clonagem humana terapêutica: uma leitura à luz da Constituição Federal e da Lei de Biossegurança (Lei 11.105/2005), de Mariana Souza Baroni – *RDM* 3;
- Limites éticos e jurídicos da pesquisa em células-tronco de embriões excedentes prevista pela Lei de Biossegurança, de Fernanda Leopoldo e Silva Abdalla e Leticia Walder Antoneli – *RDCI* 111/211-231;
- Modulação gênica em embriões humanos, de Graziella Trindade Clemente – *RDM* 3; e
- O início da vida: aspectos civis e bioéticos do embrião e do nascituro e sua relação com institutos do Direito Civil, de João Paulo de Andrade Ferreira – *RDPriv* 98/33-54.

Veja também Jurisprudência relacionada ao tema

- TJSP ApCiv 1080806-06.2017.8.26.0100; TJRJApCiv 0159668-38.2019.8.19.0001 e TJMG AgIn 1.0000.19.048470-9/001.

Veja também legislações relacionadas ao tema

- Arts. 24 e 26 da Lei 11.105/2005; e
- Art. 2º do CC.

VIOLÊNCIA NA ASSISTÊNCIA AO PARTO E (DES)RESPEITO À AUTONOMIA DA MULHER: O TRATAMENTO PENAL DAS INTERVENÇÕES MÉDICAS ARBITRÁRIAS EM GESTANTES E PARTURIENTES

*VIOLENCE IN CHILDBIRTH'S ASSISTANCE AND (DIS)RESPECT FOR
WOMAN'S AUTONOMY: THE CRIMINAL TREATMENT OF ARBITRARY
MEDICAL INTERVENTIONS IN PREGNANT AND PARTURIENT WOMEN*



Assista agora aos
comentários da autora
para este artigo

FLÁVIA SIQUEIRA

Pós-doutorado pela UFMG (2021). Doutora em Direito Penal pela UFMG (2019), com período sanduíche na Universität Augsburg e estâncias de pesquisa na Humboldt-Universität zu Berlin. Professora de Direito Penal na Universidade Presbiteriana Mackenzie CCT/SP.

Lattes: [<http://lattes.cnpq.br/3814597617574827>].

ORCID: [<https://orcid.org/0000-0002-2527-3270>].

flaviasiqueiracosta@gmail.com

Recebido em: 07.06.2021

Aprovado em: 20.07.2021

Última versão da autora: 28.07.2021

ÁREAS DO DIREITO: Constitucional; Penal

RESUMO: Este trabalho visa a analisar a responsabilidade penal dos profissionais de saúde no que se refere às intervenções médicas realizadas na assistência ao parto, em especial aquelas realizadas sem o consentimento válido ou contra a vontade da gestante. Considerando o contexto das chamadas violências obstétricas e o movimento pela humanização do parto, objetiva-se investigar os fundamentos que atribuem legitimidade às intervenções obstétricas, para posteriormente determinar, sobretudo, o tratamento penal das intervenções médicas arbitrárias realizadas na assistência ao parto. Para tanto, parte-se de casos concretos extraídos principalmente da jurisprudência brasileira, os

ABSTRACT: This paper aims to analyze the criminal liability of health professionals with regard to medical interventions performed in childbirth assistance, especially those performed without valid consent or against the will of the pregnant woman. Considering the context of the so-called obstetric violence and the movement for the humanization of childbirth, the objective is to investigate the foundations that give legitimacy to obstetric interventions in order to determine the criminal treatment of arbitrary medical interventions performed in childbirth assistance. To do so, the research is oriented by concrete cases extracted mainly from the Brazilian jurisprudence, which are solved in the end according

quais são solucionados ao final segundo as premissas firmadas no trabalho. Assim, constata-se que a violência no parto consiste no desrespeito à autonomia da gestante durante o parto ou nos momentos que o precedem, o que pode ocorrer tanto por meio da afetação da sua liberdade e da realização de procedimentos sem o seu consentimento válido ou contra a sua vontade, como também por meio de outros comportamentos que afetam indiretamente a autonomia. Isso permite concluir que é o consentimento livre e esclarecido, e não a decisão do médico ou a indicação, que legitima as intervenções realizadas na assistência ao parto, tornando puníveis as intervenções arbitrárias como lesões corporais ou constrangimento ilegal, apesar da existência de determinadas lacunas de punibilidade.

PALAVRAS-CHAVE: Violência obstétrica – Autonomia – Gestantes – Assistência ao parto – Intervenções médicas arbitrárias.

to the premises established in the paper. Thus, it is verified that violence in childbirth consists in disrespect for the pregnant woman's autonomy during childbirth or in the moments that precede it, which can occur both through limitation of her freedom and execution of procedures without her valid consent or against her will, as well as through other behaviors that indirectly affect her autonomy. This allows us to conclude that it is the free and informed consent, and not the physician's decision or the indication, that legitimizes the interventions carried out in childbirth care, making the arbitrary interventions punishable as bodily injury or constraint, despite the existence of certain gaps in punishability.

KEYWORDS: Obstetric violence – Autonomy – Pregnant women – Childbirth assistance – Arbitrary medical interventions.

“Toda mulher merece parir em liberdade (...) Toda mulher merece poder escolher, dentre uma gama de opções, onde, como e com quem ela quer dar à luz; toda mulher merece ser bem informada a respeito das capacidades do seu corpo durante a gestação, e como utilizar a obstetria como apoio da melhor maneira possível, se e quando precisar” (Janet Balaskas)¹.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O panorama atual da assistência médica ao parto. 2.1. O contexto da investigação: violências obstétricas e humanização do parto. 2.2. O estado atual da questão no Brasil e as controvérsias em torno da assistência ao parto. 2.2.1. O direito da gestante à recusa e escolha de intervenções médicas. 2.2.2. O respeito à vontade da gestante e os planos de parto. 2.2.3. A polêmica em torno da lei das cesáreas. 2.2.4. A jurisprudência brasileira. 2.3. Os casos. 3. Fundamentos de legitimidade das intervenções médicas em gestantes. 3.1. Ponto de partida: o respeito à autonomia da gestante. 3.1.1. A superação do paternalismo médico. 3.1.2. A autonomia como fundamento de legitimidade das intervenções médicas. 3.1.3. Implicações para a relação obstetra-gestante. 3.2. A possível tensão entre o respeito à autodeterminação da gestante sobre seu próprio corpo e o interesse, pretensão ou direito do feto. 4. O tratamento penal das intervenções médicas na assistência ao parto. 4.1. A responsabilidade penal do profissional de saúde por práticas de violência no parto segundo a legislação brasileira atual. 4.2. Necessidade de criação de novo(s) tipo(s) penal(is)? 5. Solução dos casos propostos. 6. Considerações finais. 7. Referências. Legislação.

1. BALASKAS, 2015, p. 25.

1. INTRODUÇÃO

As² violências sofridas pelas gestantes e parturientes na assistência ao parto têm sido objeto de candentes debates e ganhado cada vez mais visibilidade no cenário brasileiro. Esse problema surge em um cenário de hipermedicalização do processo natural do parto, inerente ao modelo hospitalar de assistência hegemônico, em que procedimentos excepcionais se tornam práticas rotineiras e as mulheres são recorrentemente submetidas a intervenções desnecessárias, dolorosas e, na maioria das vezes, não informadas ou consentidas. Nesse contexto, as mulheres são relegadas a uma posição de mera passividade, sendo afastadas do seu papel natural de protagonistas do parto. Diante disso, são crescentes as demandas pela *humanização do parto* e pelo *resgate do respeito à autonomia e à fisiologia feminina*, que se vinculam não apenas à revisão sistemática das evidências científicas que fundamentam a indicação de determinadas práticas obstétricas, mas também à necessidade de se atribuir poderes decisórios à mulher no que se refere à realização de procedimentos médicos no parto. É de extrema relevância, portanto, a discussão desse tema sob a perspectiva jurídica e a delimitação concreta da consequente responsabilidade penal do profissional de saúde que realiza essas práticas obstétricas questionadas pelos defensores da “humanização”.

Assim, o objetivo da presente pesquisa consiste na delimitação da responsabilidade penal dos médicos e profissionais de saúde que desrespeitam a autonomia da gestante no contexto da assistência ao parto, especialmente no que se refere às intervenções e procedimentos realizados contra a vontade ou sem o consentimento válido da mulher.

Para analisar essa questão, traçarei inicialmente um panorama geral acerca do cenário atual das violências sofridas por mulheres na assistência médica ao parto, expondo também as principais controvérsias de cunho jurídico que têm sido desenvolvidas em torno da temática (infra 2). Após, examinarei os fundamentos que servirão de substrato para responder à questão colocada, tendo como ponto de partida o respeito à autonomia da gestante (infra 3). Em seguida, delinerei o tratamento penal dos casos de violação da autodeterminação da gestante no contexto da violência na assistência ao parto, analisando-os, sobretudo – mas não apenas – de *lege lata*, no que se refere aos crimes de lesão corporal (art. 129, CP) e constrangimento ilegal (art. 146, CP) (infra 4), e, por fim, solucionarei os casos apresentados e debatidos no transcorrer do texto com base na proposta desenvolvida (infra 5).

-
2. O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) – Código de Financiamento 001 – em pesquisa pós-doutoral financiada pelo programa CAPES PrInt e desenvolvida no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), com estância de pesquisa na *Humboldt-Universität zu Berlin*.

2. O PANORAMA ATUAL DA ASSISTÊNCIA MÉDICA AO PARTO

2.1. O contexto da investigação: violências obstétricas e humanização do parto

A *violência no parto* é uma das possíveis formas de *violência obstétrica*³, concepção mais ampla que vem ganhando cada vez mais visibilidade no contexto brasileiro, em especial diante da crescente divulgação dos inúmeros e recorrentes casos nos quais gestantes, parturientes e puérperas sofrem abusos por parte da equipe médica e têm violados, principalmente, seus direitos à autodeterminação e à integridade física.

As práticas médicas abusivas realizadas durante a gestação, o parto e o pós-parto são um problema de peculiar magnitude na América Latina, tendo ensejado a criação de leis que, além de cunhar a expressão “violência obstétrica”, a concebem como uma forma específica de violência contra a mulher, como ocorreu pioneiramente na Venezuela⁴, na Argentina⁵ e, mais recentemente, no Uruguai⁶. A nível internacional, no documento “Prevenção e eliminação de abusos, desrespeito e maus-tratos durante o parto em instituições de saúde”⁷, publicado em 2014, a Organização Mundial de Saúde (= OMS) reconhece que a violência física e verbal contra a mulher durante o parto constitui um problema de saúde pública e de violação de direitos humanos. Conforme constatado, “um crescente volume de pesquisas sobre as experiências das mulheres durante a gravidez, e em particular no parto, descreve um quadro perturbador”⁸.

Apesar de ganhar cada vez mais espaço no debate público, a *violência obstétrica* é uma expressão de difícil conceituação. Isso não apenas porque seus contornos ainda não são tão precisos e concretamente delimitados, mas também por haver uma considerável resistência, em especial por parte da classe médica, à utilização dessa expressão. De saída, portanto, é possível notar uma controvérsia no que se refere à própria adoção

3. É possível encontrar na literatura diferentes expressões que se referem a esse fenômeno, v.g. *violência estrutural ou institucional na atenção ao parto, violência de gênero no parto e aborto, abuso obstétrico e assistência desumanizada*. Internacionalmente, fala-se principalmente em desrespeito e abuso durante o parto (*disrespect and abuse during childbirth*). A respeito, cf. DINIZ; SALVAGO; ANDREZZO; CARVALHO, 2015. p. 379 e ss.; LANSKY; SOUZA; PEIXOTO; OLIVEIRA, 2019. p. 2812.
4. Cf. art. 51 da lei venezuelana. VENEZUELA. “Ley Orgánica sobre los derechos de las mujeres a una vida libre de violencia”. Caracas, 2007. Disponível em: [https://venezuela.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/Ley_mujer%20%281%29_0.pdf]. Acesso em: 30.03.2021.
5. Cf. art. 6, “e”, da lei argentina. ARGENTINA. Ley 26.485/2009: *Ley de Protección Integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales*. Buenos Aires, 2009. Disponível em: [https://siteal.iiep.unesco.org/sites/default/files/sit_accion_files/siteal_argentina_0859.pdf]. Acesso em: 30.03.2021.
6. Cf. art. 6, “h”, da lei uruguaia. URUGUAI. Ley 19580: *ley de violencia hacia las mujeres basada en género*. Disponível em: [www.imo.com.uy/bases/leyes/19580-2017]. Acesso em: 30.03.2021.
7. ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, 2014.
8. ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE, 2014. p. 1.

da expressão para designar essas situações de violência contra a mulher, o que é explicitado pelo repúdio realizado tanto pelo Parecer CFM 32/2018⁹ quanto pelo Despacho do Ministério da Saúde de maio/2019¹⁰, que recebeu o apoio público de entidades da classe médica como a Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia (= FEBRASGO)¹¹. A *humanização da assistência ao parto*, concepção intimamente ligada à violência obstétrica, acaba sendo utilizada por muitos como uma forma mais amena de dialogar com os médicos sobre o problema¹². Herring ressalta ainda que muitos passaram a falar em “maus tratos obstétricos” para evitar o emprego da palavra “violência”, a qual torna problemático o debate com os profissionais da saúde.¹³ Por mais que, como dito, a concepção de violência obstétrica tenha adquirido contornos amplos, referindo-se a situações que podem ocorrer durante todo o ciclo gravídico-puerperal – que abrange gestação, parto, pós-parto e até mesmo o acolhimento ao abortamento –, focarei aqui principalmente nas práticas de *assistência ao parto*, que ocorrem em um momento de especial vulnerabilidade da mulher.

9. De acordo com o Parecer n. 32/2018, “a expressão ‘violência obstétrica’ é uma agressão contra a medicina e especialidade de ginecologia e obstetrícia, contrariando conhecimentos científicos consagrados, reduzindo a segurança e a eficiência de uma boa prática assistencial e ética”. Segundo consta no documento, os “médicos entendem que a autonomia da mulher deve ter limites, principalmente quando existem fatores que possam colocar tanto a mãe quanto a criança em risco se o parto vaginal for escolhido, e em local que não seja o hospital”. Cf. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Parecer 32/2018. Disponível em: [\[https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/pareceres/BR/2018/32\]](https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/pareceres/BR/2018/32). Acesso em: 30.03.2021.
10. “O posicionamento oficial do Ministério da Saúde é que o termo ‘violência obstétrica’ tem conotação inadequada, não agrega valor e prejudica a busca do cuidado humanizado no *continuum* gestação-parto-puerpério.” BRASIL. Ministério da Saúde. Despacho DAPES/SAS/MS de 03 de maio de 2019. Disponível em: [\[https://sei.saude.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&codigo_verificador=9087621&codigo_crc=1A6F34C4&hash_download=c4c-55cd95ede706d0b729845a5d6481d07e735f33d87d40984dd1b39a32d870fe89dcf1014bc76a32d2a28d8f0a2c5ab928ff165c67d8219e35beb1a0adb3258&visualizacao=1&id_orgao_acesso_externo=0\]](https://sei.saude.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&codigo_verificador=9087621&codigo_crc=1A6F34C4&hash_download=c4c-55cd95ede706d0b729845a5d6481d07e735f33d87d40984dd1b39a32d870fe89dcf1014bc76a32d2a28d8f0a2c5ab928ff165c67d8219e35beb1a0adb3258&visualizacao=1&id_orgao_acesso_externo=0). Acesso em: 29.03.2021. Posteriormente, após o envio de uma recomendação por parte do MPF, o Ministério da Saúde reconheceu o direito das mulheres de usar o termo, mas manteve a postura de não usar a expressão para promover políticas públicas e editar normas sobre o tema.
11. FEDERAÇÃO BRASILEIRA DAS ASSOCIAÇÕES DE GINECOLOGIA E OBSTETRÍCIA. *Nota de apoio da FEBRASGO ao despacho do ministério da saúde sobre a utilização da expressão “violência obstétrica”*. Disponível em: [\[www.febrasgo.org.br/pt/noticias/item/799-nota-de-apoio-da-febrasgo-ao-despacho-do-ministerio-da-saude-sobre-a-utilizacao-da-expressao-violencia-obstetrica\]](http://www.febrasgo.org.br/pt/noticias/item/799-nota-de-apoio-da-febrasgo-ao-despacho-do-ministerio-da-saude-sobre-a-utilizacao-da-expressao-violencia-obstetrica). Acesso em: 29.03.2021.
12. Segundo Diniz, a “humanização é também um termo estratégico, menos acusatório, para dialogar com os profissionais de saúde sobre a violência institucional” DINIZ, 2005. p. 635.
13. HERRING, 2020B. p. 68.

De fato, muitos são os conceitos de violência obstétrica que podem ser encontrados na literatura¹⁴. O mais recorrente deles toma emprestadas as palavras utilizadas pelo legislador venezuelano, que a define como

“a apropriação do corpo e processos reprodutivos das mulheres pelos profissionais de saúde, que se expressa em um tratamento desumanizador, em um abuso de medicação e patologização dos processos naturais, trazendo consigo perda da autonomia e de capacidade de decidir livremente sobre seus corpos e sexualidade.”¹⁵

É importante mencionar também a concepção desenvolvida por Bowser e Hill, segundo a qual o desrespeito e abuso na assistência ao parto ocorre por meio de abuso físico, cuidado não consentido, cuidado não confidencial, cuidado indigno, discriminação baseada em atributos específicos da paciente, abandono de cuidado e detenção no hospital.¹⁶ Parece haver uma preocupação geral com o respeito à autonomia da mulher sobre o próprio corpo, em especial no momento do parto – nesse âmbito, inserem-se diferentes formas de lesões praticadas pelos profissionais de saúde, considerando-se violentas, inclusive e principalmente, as intervenções realizadas sem consentimento ou com consentimento fundado em informações parciais ou distorcidas (e, portanto, inválido). Além disso, a concepção de violência obstétrica abrange também outras práticas, como as ofensas verbais durante o parto, a violação da confidencialidade e da privacidade da gestante, a omissão médica na assistência ao parto etc.

Controversa, no entanto, é a questão do *abuso de medicalização e patologização de processos naturais*, que, para muitos¹⁷, caracteriza por si só uma prática violenta na assistência ao parto, principalmente porque os excessos decorrentes das intervenções médicas desnecessárias são tidos como um dos fatores que contribui para o alto índice de mortalidade materna no Brasil.¹⁸ Essa consideração, no entanto, pode dar a entender que a utilização de medicamentos e/ou a realização de intervenções desnecessárias (por

14. Para um estudo sobre as diferentes definições encontradas na literatura, cf. sobretudo NIY; ALONSO; MORENO; DINIZ, 2020. p. 91-121. Conforme esclarece Herring, não há como negar que o conceito ainda não é concreto. HERRING, 2020B. p. 69.

15. VENEZUELA, Ley Orgánica sobre los derechos de las mujeres a una vida libre de violencia, art. 15, n. 13 (tradução livre). A lei uruguaia, por sua vez, a conceitua como “toda ação, omissão e padrão de conduta do pessoal de saúde nos processos reprodutivos de uma mulher que afete sua autonomia para decidir livremente sobre seu corpo ou abuso de técnicas e procedimentos invasivos” URUGUAI, Ley 19580, art. 6, “h”.

16. BOWSER; HILL, 2010, p. 9 e ss.

17. Na literatura, podemos encontrar diferentes estudos que concebem como violência no parto a simples realização de cesarianas desnecessárias e atribuem legitimidade geral aos procedimentos realizados com indicação médica. Cf. por exemplo COSTA; OLIVEIRA; CERQUEIRA, 2019, p. 257-258.

18. DINIZ, 2005, p. 629.

exemplo, uma cesariana a pedido) seriam, por si sós, consideradas violentas. Para os médicos, por sua vez, a assistência obstétrica raramente será violenta, porquanto, remetendo ao conceito da OMS, apenas o uso intencional de força física ou poder mereceria essa designação¹⁹, e os médicos, na verdade, não agiriam com o propósito de causar danos às pacientes. Como se pode perceber, ainda persistem dúvidas quanto àquilo que pode ou não ser considerado “violento” no contexto do parto. Na minha visão, é importante explicitar, primeiro, o contexto em que esse problema surge, para que seja possível identificar as práticas obstétricas que dele fazem parte.

A irrisignação em relação às violências sofridas pelas mulheres na assistência ao parto surge em um contexto de *sobremedicalização do processo natural do parto*²⁰. A medicina obstétrica do século XX promoveu a consagração de um modelo hospitalar de assistência, muitas vezes concebendo o parto como uma patologia e a assistência médica como algo superior e mais seguro do que a própria fisiologia feminina.²¹ O principal problema é que a parturiente passou a ocupar um papel meramente passivo²² em relação aos médicos e, com isso, procedimentos excepcionais tornaram-se práticas rotineiras, sendo as mulheres constantemente submetidas à utilização desmedida e infundada da tecnologia, o que acaba culminando em uma “cascata de procedimentos” dolorosos.²³

Nesse modelo, as mulheres são, em geral, obrigadas a parir praticamente imobilizadas, em posição de litotomia (deitada, com as pernas abertas e para cima), além de serem submetidas habitualmente a técnicas de aceleração do parto – como a que envolve o uso de ocitocina sintética ou, ainda, a ruptura artificial da bolsa amniótica (amniotomia) – e a intervenções como a episiotomia e a episiorrafia, que consistem, respectivamente, em um corte feito na vagina e na vulva²⁴ para ampliar o canal de parto e na sutura desse corte. Em alguns casos, utilizam-se técnicas que são expressamente prescritas pelos órgãos de saúde, como a manobra de Kristeller,²⁵ por meio da qual o profissional de saúde pressiona o útero da mulher com o pretenso objetivo de facilitar a saída

19. Conforme argumenta-se, por exemplo, no supracitado documento do Ministério da Saúde (Despacho DAPES/SAS/MS de 03 de maio de 2019).

20. Como constata MONTIEL, 2017, p. 79.

21. DINIZ, 2005, p. 628. Até o início do Século XX, a maioria das mulheres paria em sua casa, com o auxílio das parteiras. O parto era um evento feminino, realizado e presenciado por mulheres. Com o processo de hospitalização do parto e, enfim, com a hegemonia do modelo hospitalar, ocorrida principalmente a partir da metade do Século XX, o parto deixa de ser preponderantemente domiciliar ou realizado em casas de parto, de modo que em muitos países “a obstetrícia não médica, leiga ou culta, foi ilegalizada, assim como o parto não hospitalizado” DINIZ, 2005, p. 629.

22. CECHIN, 2002, p. 445.

23. DINIZ, 2005, p. 629.

24. DINIZ; DUARTE, 2004, p. 47.

25. BRASIL. Ministério da Saúde, 2017, p. 26.

do bebê. Como esclarece *Diniz*, a dor do parto é em grande parte iatrogênica²⁶ e, portanto, vincula-se à utilização desnecessária de tecnologia, de modo que, para fugir desse cenário, muitas mulheres acabam optando, quando possível, por uma cesárea, ainda que sem indicação médica. De fato, a opção pela cesárea acabou se tornando algo cultural, o que, no entanto, parte na realidade muito mais dos médicos do que das mulheres, já que elas não costumam ser informadas durante o pré-natal sobre os riscos, vantagens e desvantagens da cirurgia cesariana e do parto normal.²⁷

Diante desse contexto, surgiram os movimentos e demandas pela *humanização do parto*.²⁸ Esse modelo é pautado principalmente pelo *resgate do respeito à fisiologia feminina*, pela revisão das *evidências científicas que de fato fundamentam a indicação de determinadas práticas* e pela concessão de *poder decisório à mulher*. No primeiro âmbito, compreende-se que o corpo feminino, na grande maioria das vezes, está “apto a dar à luz”²⁹ sem intervenções, cabendo ao médico obstetra, portanto, apenas estar ao lado da parturiente (conforme indica a própria etimologia do termo “obstetrícia”, derivado de *obstetrix* e do verbo *obstare*, que significa ficar ao lado ou em face de³⁰), para acompanhar a evolução do parto e intervir quando necessário. Defende-se, portanto, a utilização da tecnologia apenas em casos indicados e não mais como rotina. No segundo âmbito, toma peculiar importância a *medicina baseada em evidências*, que questiona as práticas obstétricas usuais e aponta as contradições entre esses procedimentos e as evidências científicas, vinculando-se em especial à efetividade e segurança das intervenções médicas na assistência ao parto.³¹ Além disso, em um terceiro âmbito, pleiteia-se a liberdade das mulheres para tomar decisões sobre onde, como e com quem desejam realizar o parto. Nesse contexto, a mulher, e não o médico, deve ser a verdadeira *protagonista do parto*, podendo definir, após o devido esclarecimento, se aceita ou não determinadas intervenções.

Muitos médicos, no entanto, ainda resistem a esse modelo, e, com fundamento na sua “superioridade técnica”, desejam “assumir o parto e dispor do corpo da mulher como

26. DINIZ, 2005, p. 635.

27. CHAVES, 2020, p. 71. Esse cenário contribui para o que alguns estudiosos nomeiam de “epidemia de cesáreas”. Conforme esclarecem *Diniz* e *Duarte*, o Brasil não possui uma tradição de consentimento informado em saúde, tampouco de escolha ou recusa informada. Muitas das vezes o profissional de saúde, quando esclarece a paciente sobre a intervenção, costuma pautar-se na sua experiência pessoal ou em uma concepção enviesada, e não necessariamente em evidências científicas. DINIZ; DUARTE, 2004, p. 42. A respeito, cf. PEREIRA; BRASILEIRO, 2021, p. 196.

28. Para um panorama sobre os diferentes movimentos que pleitearam mudanças nas práticas obstétricas em todo o mundo, cf. DINIZ, 2005, p. 629.

29. DINIZ, 2005, p. 630.

30. KNOBEL; RADÜNZ; CARRARO, 2005, p. 235.

31. Por exemplo, *Diniz* e *Duarte* relatam que a utilização do fórceps em primíparas era (e, em alguns lugares do Brasil, ainda é) uma prática comum, que, no entanto, não possui respaldo científico. O mesmo ocorre com a realização corriqueira de episiotomia. Sobre a medicina baseada em evidências, cf. DINIZ; DUARTE, 2004, p. 12 e ss.

se fosse próprio”.³² Além disso, muitas dessas intervenções desnecessárias e não consentidas acabam sendo realizadas, na prática, sob o pretexto de preservar ou promover a saúde e a vida do futuro bebê e/ou da mãe, ou então, como dito, pelo simples fato de que estão acostumados a realizá-las.

Por mais que a reformulação daquilo que se concebe como boa prática obstétrica e essa (nova) forma de compreender o ato de partejar sejam fatores determinantes para emancipar as mulheres e possibilitar que exerçam verdadeiramente a sua autonomia, é questionável, como afirmei acima, se a mera realização de uma intervenção não indicada seria, em qualquer caso, ilegítima, assim como, ao revés, se a simples indicação médica da intervenção a tornaria legítima. Esse ponto será retomado mais adiante neste trabalho (cf. capítulo 3). Antes de explorar os fundamentos que legitimam as intervenções médicas na assistência ao parto, pretendo expor um breve panorama sobre o tratamento desse problema no Brasil (infra 2.2) e apresentar alguns casos (infra 2.3) que servirão como ponto de partida para as reflexões que tecerei em seguida.

2.2. *O estado atual da questão no Brasil e as controvérsias em torno da assistência ao parto*

Há, no Brasil, recorrentes relatos sobre práticas de violência no parto. Em geral, ainda prevalece no setor público (SUS) um modelo hospitalar repleto de procedimentos de rotina, na maioria das vezes sem real indicação e realizados segundo a conveniência médica. Já no âmbito privado, a maioria das gestantes acaba sendo submetida a uma cesariana a pedido ou baseada em falsas ou discutíveis indicações.³³ Por mais que haja uma demanda cada vez maior pelos direitos das gestantes, estamos atualmente, no Brasil, em uma fase ainda embrionária de transição entre o modelo hospitalar tecnocrático e o modelo de respeito à autonomia da mulher.

Segundo as recomendações da OMS, em média 10-15% dos nascimentos possuem indicação médica para serem realizados por via cirúrgica.³⁴ Além disso, existem evidências científicas que demonstram que o parto normal é mais vantajoso para a saúde da mãe e do bebê. Para citar algumas delas: a passagem do bebê pela compressão do canal vaginal promove o amadurecimento dos pulmões, sendo que a cesariana “aumenta em 120 vezes a probabilidade de problemas respiratórios para o recém-nascido”³⁵; durante o parto normal, a mulher libera ocitocina, hormônio que traz benefícios para o bebê;³⁶ para a mãe, a cesariana, por ser uma cirurgia de grande porte, triplica o risco de morte e

32. MONTIEL, 2017, p. 83.

33. DINIZ, 2005, p. 629.

34. ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, 1985, p. 436-437.

35. BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS). *Parto é normal*. Disponível em: [www.ans.gov.br/parto-e-normal]. Acesso em: 02.04.2021.

36. RUSSO; NUCCI, 2020, p. 7.

cria o risco de complicações, v.g. perda de maior volume de sangue, infecções puerperais e efeitos da anestesia.³⁷

Não obstante, segundo os dados mais recentes do DATASUS, cerca de 56% dos nascimentos ocorridos em 2019 foram realizados por meio cirúrgico cesariano (1.604.189 dos 2.849.149 bebês nascidos vivos).³⁸ Conforme os resultados da pesquisa “Nascer no Brasil”, realizada pela Fundação Oswaldo Cruz entre 2011 e 2012, 52% dos nascimentos realizados no Brasil ocorreram por meio de cirurgia cesariana, sendo que, no setor privado, o percentual foi de 88%. Constatou-se, ainda, que apenas 5% das mulheres tiveram parto vaginal sem qualquer intervenção, sendo que a grande maioria daquelas que tiveram um parto normal foi submetida a procedimentos dolorosos e desnecessários. A pesquisa identificou também que quase 70% das mulheres desejavam um parto vaginal no início da gestação, sendo que um terço daquelas que optaram desde o início por uma cesariana apontaram que o medo da dor do parto era a principal razão para essa escolha.³⁹ Para além desses números, o que se nota é que, em termos gerais, a mulher é afastada das decisões relativas ao parto e tratada como um mero objeto de intervenção.

A despeito dessa realidade, não há uma lei federal específica que trate sobre os direitos da mulher ou defina políticas públicas na assistência ao parto. Há apenas a Lei 11.108/05, que garante às parturientes o direito à presença de um acompanhante durante o trabalho de parto, parto e pós-parto imediato no sistema público de saúde, e a Lei 11.634/07, que dispõe do direito da gestante ao conhecimento e à vinculação à maternidade do SUS em que será atendida. Diferentes projetos de lei (= PL), ainda não aprovados, buscam regulamentar algumas questões relativas à assistência ao parto, como o PL 7633/14 e o PL 878/19, que tratam sobre a humanização da assistência à mulher e ao neonato durante o ciclo gravídico-puerperal; o PL 7867/17, que dispõe sobre medidas de proteção contra a violência obstétrica e divulgação de boas práticas obstétricas; e o PL 2693/19, que institui a Política Nacional de Atendimento à Gestante. Sob a perspectiva penal, o que mais chama a atenção é o PL 8219/17, que busca criminalizar, com o emprego de questionável técnica legislativa, diversos comportamentos referentes à assistência obstétrica violenta.⁴⁰

37. BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS). *Parto é normal*.

38. Cf. BRASIL. Ministério da Saúde. Sistema de Informação sobre Nascidos Vivos. Brasília. Disponível em: [http://tabnet.datasus.gov.br/cgi/deftohtm.exe?sinasc/cnv/nvuf.def]. Acesso em 3.04.2021.

39. FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ, 2021, p. 3-4.

40. Cf. trecho do PL 8219/17: “Art. 3. Constitui violência obstétrica praticada por médicos e/ou profissionais da saúde contra mulheres em trabalho de parto ou logo após: I – negar atendimento à mulher ou impor dificuldades ao atendimento em postos de saúde onde são realizados o acompanhamento pré-natal; II – proferir comentários constrangedores à mulher, por sua cor, raça, etnia, idade, escolaridade, religião ou crença, condição socioeconômica, estado civil ou situação conjugal, orientação sexual, número de filhos, etc.; III – ofender, humilhar, xingar, insultar ou debochar da mulher ou sua família; IV – negligenciar o atendimento de qualidade; V – impedir a presença de um acompanhante de sua escolha durante todo o período de duração do trabalho de parto, parto e pós parto; VI – submeter a cesariana sem indicação clínica e sem consentimento da

De fato, a maioria das questões relativas à assistência ao parto são disciplinadas por normas do Ministério da Saúde ou, mais recentemente, pelas legislações estaduais e municipais. Em São Paulo, a Lei estadual 15.759/15 e a Lei municipal 15.984/13 tratam sobre o parto humanizado e foram pioneiras em garantir às mulheres o acesso a procedimentos que possuam respaldo científico e o direito de optar por procedimentos eletivos, como a anestesia, “resguardada a segurança do parto”. Posteriormente, foram editadas leis específicas que tratam sobre o tema em estados como Santa Catarina (Lei 17.097/17) Goiás (Lei 19.790/17), Rondônia (Lei 4.173/17), Minas Gerais (Lei 23.175/18), Mato Grosso do Sul (Lei 5.217/18), Paraná (Lei 19/701/18), Amazonas (Lei 4.848/19), Tocantins (Lei 3.674/20) etc. Apesar de ser salutar a estipulação de políticas públicas a nível estadual para que a realidade aqui relatada possa de fato ser modificada, o alcance dessas leis é, por óbvio, limitado, não produzindo efeitos para o tratamento penal das intervenções médicas arbitrárias em gestantes.

Considerando que, também no Brasil, existe ainda uma forte resistência dos médicos em conceder à gestante amplos direitos de escolha no parto, para apresentar o estado atual do debate é importante explorar algumas controvérsias inerentes, principalmente, às orientações dos Conselhos de Medicina, como a mais recente Resolução do CFM quanto à recusa de intervenções por parte de gestantes (infra 2.2.1) e a oposição geral de boa parte dos médicos ao plano de parto (infra 2.2.2). Outra relevante polêmica quanto à assistência ao parto no plano normativo vincula-se à chamada “lei das cesáreas”, que visa a garantir o acesso das mulheres às cesarianas a pedido e à analgesia nos partos normais, mas encontra forte oposição (infra 2.2.3). Por fim, convém comentar sobre os julgados encontrados na jurisprudência brasileira que tratam sobre casos de violência na assistência ao parto (infra 2.2.4).

2.2.1. O direito da gestante à recusa e escolha de intervenções médicas

A cultura jurídica brasileira no contexto médico é, em termos gerais, paternalista⁴¹ – e, no caso das gestantes, isso se agrava ainda mais, pois, considerando que o obstetra lida

mulher; VII – impedir ou retardar o contato do bebê com a mulher logo após o parto, impedir o alojamento conjunto mãe e bebê, levando o recém-nascido para berçários sem nenhuma necessidade médica, apenas por conveniência da instituição; VIII – impedir ou dificultar o aleitamento materno (impedindo amamentação na primeira hora de vida, afastando o recém-nascido de sua mãe, deixando-o em berçários onde são introduzidas mamadeiras e chupetas etc.). IX – Realizar procedimento cirúrgico sem o conhecimento e consentimento da mulher. Pena – detenção, de seis meses a dois anos, e multa Art. 3. O procedimento médico denominado episiotomia é inadequado e violento, devendo ser praticado, exclusivamente, nos casos de sofrimento do bebê ou complicação no parto que coloque em risco a vida e a saúde da mãe e do bebê, devendo ser motivada no prontuário médico da mulher. Pena – detenção, de um ano a dois anos, e multa”.

41. Como já constatei em SIQUEIRA, 2019. “O paternalista é aquele que, na certeza de que sabe mais sobre o bem-estar de um terceiro do que ele próprio, impõe-lhe, de alguma forma, um padrão

SIQUEIRA, Flávia; Violência na assistência ao parto e (des)respeito à autonomia da mulher: o tratamento penal das intervenções médicas arbitrárias em gestantes e parturientes. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 184. ano 29. p. 55-99. São Paulo: Ed. RT, outubro 2021.

com bens jurídicos tanto da mãe quanto do bebê, há, para além do argumento paternalista, também um forte argumento de proteção de terceiros – a futura criança –, o que intensifica ainda mais o cenário de desrespeito à autonomia da paciente.

Isso fica bem claro na Resolução CFM 2.232/2019, que estipula, em seu art. 5º, § 2º, que “a recusa terapêutica manifestada por gestante deve ser analisada na perspectiva do binômio mãe/feto, podendo o ato de vontade da mãe caracterizar abuso de direito dela em relação ao feto”, situações nas quais poderia o médico se sobrepor à vontade da mulher e realizar a intervenção, ainda que sem o seu consentimento ou contra a sua vontade. A Resolução deixa a solução dessas situações *totalmente em aberto* e não define os critérios a serem observados para que o médico possa se sobrepor à vontade da gestante, limitando-se a dizer que poderá desconsiderar a recusa de tratamento quando ela caracterizar “abuso de direito” sob a “perspectiva do binômio mãe/feto”. Isso, na prática, constitui um perigoso subterfúgio para que o médico decida no lugar da gestante sempre que considerar que as vontades da mulher não correspondem ao seu melhor interesse ou ao do futuro bebê.

Em razão da polêmica em torno dessa Resolução, as Defensorias Públicas da União e do estado de SP propuseram a Ação Civil Pública (=ACP) 5010468-48.2020.4.03.6100 (Defensoria Pública da União e do estado de SP), com o objetivo de alcançar a sua suspensão integral em razão do excesso de poder regulamentar do CFM, tendo sido determinado, além da suspensão parcial de diferentes dispositivos da Resolução, que “somente o risco efetivo à vida ou saúde do paciente deve ser considerada (sic) como justificativa legal para afastar a recusa ou escolha terapêutica do paciente.” Também o Ministério Público Federal (=MPF) ajuizou uma Ação Civil Pública (5021263-50.2019.4.03.6100) especificamente em relação à assistência e atendimento ao parto, tendo obtido decisão com efeito muito similar: a suspensão parcial dos dispositivos que tratam da assistência ao parto e a determinação de que “somente o risco efetivo à vida ou saúde da gestante e/ou do feto deverá ser considerado como justificativa legal para afastar a escolha terapêutica da gestante em relação ao parto.”

Por mais que essas decisões tentem limitar o âmbito excessivo da autorização instituída pela Resolução CFM 2232/19, o resultado dos julgamentos não é necessariamente positivo, porquanto ainda subsiste a possibilidade de que a gestante seja submetida a procedimentos sem o seu consentimento ou contra a sua vontade, contanto que haja um risco iminente para a *saúde* ou a *vida* da mãe ou do bebê. Ou seja, o que o Poder Judiciário deixou claro é que o médico, na verdade, está de fato autorizado a realizar intervenções arbitrárias nos corpos das gestantes, desde que exista um verdadeiro risco. O

de conduta baseado em certos valores, de modo a ‘promover o seu bem’ mesmo que contra a sua vontade. Ou seja, age como se fosse um pai atuando no melhor interesse de uma criança” (p. 47). Assim, “uma intervenção paternalista (rígida) é aquela que, visando à promoção do bem-estar subjetivo do sujeito afetado e ignorando a sua vontade livre e informada, impõe-lhe coercitivamente um padrão de conduta, limitando a sua liberdade” (p. 83).

fundamento para essa conclusão, no entanto, não é esclarecido, já que ela extrapola até mesmo o em si questionável art. 146, par. 3º, do CP⁴², que autoriza intervenções não consentidas em casos de risco para a vida, apenas.

2.2.2. O respeito à vontade da gestante e os planos de parto

Outro ponto que tem sido objeto de intensas discussões refere-se à figura do *plano de parto*, documento em que ficam registradas, de antemão, as preferências da mulher quanto às práticas a que deseja ou não ser submetida, desde a sua admissão no hospital até a alta. Considerando que o trabalho de parto consiste em um momento de acentuada vulnerabilidade, muitas mulheres preferem registrar previamente a sua vontade por meio desse documento para buscar garantir que sua autonomia seja respeitada pelo médico, ainda que, no momento do parto, não esteja em condições fáticas de consentir ou recusar determinadas intervenções. Trata-se, como esclarece Dadalto, de uma modalidade específica de *diretiva antecipada de vontade*.⁴³

No entanto, o crescente recurso aos planos de parto desagradou muitos médicos, de modo que o Conselho Regional de Medicina do Rio de Janeiro⁴⁴ (Resolução CREMERJ 293/2019) chegou até mesmo a proibir que os médicos respeitassem os planos de parto, sob a alegação de que esses documentos restringem “a autonomia médica na adoção de medidas de salvaguarda do bem-estar e da saúde para o binômio materno-fetal”. Essa Resolução também foi objeto de ação judicial, tendo sido posteriormente anulada, em 2020, no bojo da ACP 5061750-79.2019.4.02.5101/RJ, ajuizada pelo MPF e pela Defensoria Pública da União. Não obstante, ainda persistem dúvidas sobre a legitimidade e os limites aplicáveis às disposições dos planos de parto.

2.2.3. A polêmica em torno da lei das cesáreas

Também a chamada “lei das cesáreas” tem sido objeto de pungentes polêmicas. A Lei 17.137/19 do estado de São Paulo, proposta pela Deputada Estadual Janaína Paschoal, foi pioneira em tratar sobre a questão da ampliação do acesso à cesárea e objetivava garantir à gestante, no setor público, “a possibilidade de optar pelo parto cesariano, a partir da trigésima nona semana de gestação, bem como a analgesia, mesmo quando escolhido

42. “Art. 146 – Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda: Pena – detenção, de três meses a um ano, ou multa. § 3º – Não se compreendem na disposição deste artigo: I – a intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida.”

43. DADALTO, 2020, p. 48.

44. Esse mesmo órgão da classe médica também proibiu, por meio das Resoluções 265 e 266/12, que médicos pudessem prestar assistência em partos domiciliares.

o parto normal”. Essa lei, no entanto, foi alvo de muitas críticas por parte dos defensores da humanização do parto e profissionais de saúde. A despeito disso, ela foi replicada em outros estados (v.g., Lei 9.016/20 do Pará) e inspirou um projeto de lei federal (PL 4021/19) que, apesar de possuir contornos diversos, institui o direito da mulher de, após ter recebido todas as informações pertinentes, “fazer prevalecer sua escolha entre o parto normal ou cesariana, desde que o procedimento seja realizado após a 37ª semana de gravidez.” Ademais, a Resolução CFM 2.144/2016 autoriza a realização de cesáreas a pedido da paciente a partir da 39ª semana de gestação.

Por mais que a Lei 17.137/19/SP tenha sido, posteriormente, declarada inconstitucional pelo Tribunal de Justiça de São Paulo (ADI 2188866-94.2019.8.26.0000), isso ocorreu não em razão de seu conteúdo, mas por questões de cunho formal. No que se refere às questões materiais, as críticas dirigidas à lei paulista dirigiam-se não apenas aos dados que pretensamente a fundamentaram, que eram distorcidos e que não condiziam com a realidade obstétrica no Brasil⁴⁵, mas, sobretudo, ao questionamento sobre o potencial da lei de, de fato, *melhorar* essa realidade, já que a sua consequência prática é justamente o aumento das já elevadas taxas de cesárea. Na época em que ainda era um projeto, a Associação de Obstetrícia e Ginecologia do Estado de São Paulo (SOGESP) posicionou-se contra a aprovação da lei por diferentes razões, como a confusão conceitual dos termos nela empregados, a falta de embasamento científico dos dados apresentados e, em especial, a falta de avaliação sobre o impacto do aumento das taxas de cesáreas e o potencial incremento da mortalidade materna, que, no estado de São Paulo, tem as hemorragias como segunda principal causa.⁴⁶ Além disso, no bojo da ADI proposta perante o TJSP, argumentou-se que a lei promovia o incentivo de uma intervenção que deveria ser a exceção – e não a regra.

Por mais que essas críticas sejam pertinentes, sendo inegável que é responsabilidade do Estado fomentar políticas públicas para a obtenção de índices minimamente aceitáveis de promoção da saúde na assistência ao parto e ao nascimento, tolher a opção das mulheres pela cesárea, ou pela anestesia, também não parece ser o melhor caminho para a solução do problema.

2.2.4. *A jurisprudência brasileira*

É possível notar nos últimos anos um aumento considerável dos julgados que tratam sobre a questão da violência na assistência ao parto e ao nascimento, ainda que quase que

45. A respeito, cf. PEREIRA; BRASILEIRO, 2021, p. 212.

46. ASSOCIAÇÃO DE OBSTETRÍCIA E GINECOLOGIA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Posicionamento da SOGESP em relação ao PL 435/2019. Disponível em: [www.sogesp.com.br/noticias/posicionamento-da-sogesp-em-relacao-ao-pl-4352019/]. Acesso em: 03.04.2021.

exclusivamente na seara cível⁴⁷. Em pesquisa jurisprudencial realizada no repositório *on-line* dos tribunais brasileiros com as palavras-chave “violência” e “obstétrica”, foram encontradas inúmeras decisões que tratam de casos de violência no parto, principalmente nos tribunais estaduais da Região Sul, de São Paulo e do Distrito Federal⁴⁸.

No entanto, há, em termos gerais, uma confusão entre violência obstétrica e erro médico, já que boa parte dos casos vincula a condenação dos médicos à violação dos deveres de cuidado inerentes à arte médica na realização de intervenções obstétricas. Além disso, a grande maioria das decisões foca apenas na discussão referente à *indicação* ou conveniência médica da realização da intervenção, de modo que as questões referentes ao consentimento, ao dever de informação e ao respeito à autonomia da gestante são, em geral, ignoradas. Até mesmo nos julgados que reconhecem a violência na assistência ao parto, costuma haver uma ressalva referente à promoção da vida e da saúde da parturiente ou do bebê, circunstância que, segundo consta, seria capaz de legitimar as condutas realizadas pelo médico⁴⁹. Diante disso, fica evidente que, também no âmbito do Poder Judiciário, a competência para a tomada de decisões relativas ao parto acaba recaindo mais sobre o médico, sendo as intervenções realizadas nesse contexto legitimadas, via de regra, pela indicação da intervenção e pela execução conforme a *lex artis*⁵⁰.

47. As primeiras decisões judiciais sobre casos de violência obstétrica surgiram em 2003 no TJSP, sendo possível notar um aumento expressivo de decisões sobre o tema nos últimos anos.

48. Em pesquisa realizada no mês de abril de 2021, foram encontradas 2 decisões monocráticas no STF e 17 no STJ, das quais apenas 5 continham a expressão “violência obstétrica”. Nos Tribunais Regionais Federais, somente no TRF4 houve um resultado significativo (9 acórdãos e 2 decisões monocráticas, mas apenas 4 decisões continham a expressão). Nos tribunais estaduais da Região Norte, encontrei decisões relevantes apenas no TJAM (5 acórdãos) e no TJTO (1 acórdão) e, nos tribunais da Região Nordeste, apenas uma, no TJBA. Na Região Centro-Oeste, obtive resultados no TJMS, onde foram encontradas 3 decisões que continham a expressão, e, por instabilidade no sítio da web, não foi possível realizar a pesquisa no TJGO. No TJDFT encontrou-se um resultado expressivo: um total de 28 decisões, sendo que 20 delas continham a expressão pesquisada. Nos tribunais da Região Sudeste, não houve resultados apenas no TJES. Foram obtidas 3 decisões relevantes no TJMG e 1 no TJRJ. No TJSP, do resultado de 109 decisões, 52 delas mencionavam a expressão “violência obstétrica”. Por fim, nos tribunais da Região Sul, obtive os seguintes resultados: 36 decisões no TJPR, das quais 7 mencionavam a expressão pesquisada; 11 decisões no TJRS, das quais 9 tratavam sobre o tema; e 20 decisões no TJSC, sendo 9 delas relevantes para a pesquisa.

49. Nesse sentido, por exemplo, no Recurso Inominado 71009886094/2021, do TJRS, argumenta-se que a “violência obstétrica constatada não pode ser relevada em nome da salvação da criança e da parturiente, mas no caso foi meio que impingiu extrema e desnecessária dor e sofrimento aos demandantes”. Ou seja, caso houvesse uma hipótese de “salvação” da criança ou da parturiente, seria possível “relevar” a violência.

50. Por exemplo, na Apelação Cível TJDFT 0038430-39.2016.8.07.0018, apesar de a gestante alegar ter sido submetida sem consentimento à aplicação de ocitocina sintética para acelerar o parto, a decisão discute apenas acerca da indicação da intervenção, sem ao menos mencionar a relevância da ausência de consentimento. Já na Apelação Cível TJSP

2.3. Os casos

Com o objetivo de explicitar a relevância teórica e prática do problema aqui colocado, tomarei como ponto de partida os casos expostos a seguir, solucionando-os, ao final, segundo as conclusões obtidas:

*Caso 1*⁵¹. A gestante G está com aproximadamente 42 semanas de gestação e se dirige ao hospital público para uma consulta, já que realizou todo o seu pré-natal pelo Sistema Único de Saúde (SUS). Após examiná-la, a médica M indica a realização de uma cesariana, sob o argumento de que G já havia sido submetida a duas cesarianas anteriores, fato que aumenta o risco de ruptura do útero durante o parto. G conhece e compreende os riscos apontados pela médica, mas ainda assim se recusa a consentir na cirurgia, pois deseja dar à luz naturalmente e sabe que ainda não se encontra em trabalho de parto, o que pode ocorrer espontaneamente até a 42ª semana de gestação. A despeito da recusa, M interna a gestante sem obter o seu consentimento e, após aplicar sedativos, realiza a cesariana. O bebê nasce saudável e ambos recebem alta 48 horas após a cirurgia.

Varição 1. A gestante G, com 39 semanas de gestação, comparece à consulta periódica no consultório do obstetra O, que, após submetê-la a exame de toque consentido, constata que o colo do útero ainda não está dilatado e que G não exprime quaisquer sinais de preparação para o trabalho de parto. Em razão disso, O alega que, por mais que G deseje o parto normal, existe indicação para realização de uma cesariana no caso dela, pois, se o bebê ultrapassar 40 semanas no útero, passará a correr intensos riscos, sendo a cesariana a única opção nesse caso. G, que no final das contas quer apenas que seu bebê nasça com saúde, acredita na recomendação dada por O e se submete à cesariana 5 dias depois,

1003347-49.2014.8.26.0320 (que posteriormente originou o AREsp 1747648 no STJ), a autora alega que havia sido submetida a uma cesariana *contra a sua vontade*, tendo-lhe sido também negado o direito ao acompanhante. Nesse caso, apesar de a apelação abranger apenas o direito ao acompanhante, consta que a primeira alegação da autora não teria procedência, pois se trataria de um parto de “emergência” realizado em razão de “quadro de oligodrâmnio (perda importante de líquido amniótico), o qual oferecia risco até mesmo de óbito ao bebê”. Ou seja: a vontade da mulher não parece ter muita relevância para a determinação da legitimidade da intervenção médica. Ainda, em um julgado do TJRS, a gestante alega o médico “não forneceu informações claras e compreensíveis”. No entanto, esse fato é ignorado, focando a decisão apenas na indicação do fórceps e ausência de indicação de cesariana no caso. Cf. TJRS Apelação Cível 70075723924/2017.

51. Inspirado no “caso Adelir”, ocorrido no Rio Grande do Sul. No caso real, depois de assinar um termo de responsabilidade, a gestante havia voltado para casa. No entanto, foi ajuizada uma ação judicial, na qual determinou-se que ela “fosse levada para o hospital, com o apoio da polícia, se necessário”. A gestante estava em trabalho de parto em sua casa quando foi surpreendida pela polícia e levada ao hospital, onde a cesárea foi de fato realizada contra a sua vontade. A respeito do caso, cf. BALOGH, 2014.

com 39,5 semanas de gestação. Posteriormente, G descobre que essa circunstância, na verdade, não constitui uma verdadeira indicação para a realização da cirurgia.⁵²

Caso 2. A gestante G chega ao hospital público HP na fase latente do trabalho de parto. Após algumas horas, G não mais suporta a dor e requer ao médico M a ministração de anestesia epidural, o que lhe é negado. Horas depois, G alega sentir dores insuportáveis e solicita ao médico que seja realizada uma cesariana. O médico se nega a realizá-la, em razão da ausência de indicação médica. A despeito do sofrimento e das intensas dores, a mulher acaba tendo um parto natural, sem intervenções médicas, e o bebê nasce saudável.

*Caso 3*⁵³. A paciente P foi submetida, durante o parto, a uma episiotomia sem consentimento e sem real indicação médica. O médico M argumentou apenas que esse seria um procedimento de rotina, que deveria ser realizado em todos os partos⁵⁴. No entanto, após ter estudado sobre o assunto, a paciente havia, em seu plano de parto, negado categoricamente a possibilidade de realização do procedimento e, perguntada pelo médico no momento do corte, manteve seu posicionamento e recusou a intervenção. P disse preferir correr os riscos da não realização do procedimento a se submeter a ele. A despeito da recusa, o médico M realizou a episiotomia e, posteriormente, a episiorrafia (sutura do corte).

*Variação 1*⁵⁵. A episiotomia era, de fato, indicada, em razão de uma lesão iminente, de 3º grau, no períneo⁵⁶. A paciente, ainda assim, negou-se a se submeter ao procedimento. Mesmo diante dos protestos de P, M realizou a episiotomia e, posteriormente, a episiorrafia. No caso, a não realização da episiotomia teria certamente implicado lacerações ainda mais severas do períneo.

52. Diniz e Duarte esclarecem que atingir 40 semanas de gestação não quer dizer nada, já que uma gestação humana normal pode durar de 37 a 42 semanas. Após as 40 semanas, pode haver um monitoramento obstétrico mais frequente e, caso as condições não sejam mais adequadas, o medicamento indicado é a realização da indução do parto e não a cesariana. DINIZ; DUARTE, 2004, p. 123.

53. Caso já analisado no artigo SIQUEIRA, 2020, p. 20.

54. Não raramente a episiotomia é “indicada” por médicos com fundamento genérico, sem que haja uma situação concreta que explicita sua necessidade médica.

55. Caso inspirado na Apelação Cível 1014301-14.2016.8.26.0053 julgada pelo TJSP. No caso, a gestante alega que a episiotomia, assim como outros procedimentos médicos, foram realizados sem o seu consentimento. No julgado, no entanto, o dever de indenizar foi afastado sob o argumento genérico de que o procedimento era indicado e necessário para a “prevenção de complicações materno-fetais”, não sendo sequer enfrentada a questão da ausência de consentimento. Na Variação 1, parto do pressuposto de que a episiotomia era de fato indicada, o que definitivamente não está claro no caso real.

56. Apesar de questionada por alguns especialistas, essa indicação para a episiotomia faz parte das recomendações da Organização Mundial de Saúde. A respeito, cf. CARVALHO; SOUZA; MORAES FILHO, 2010.

3. FUNDAMENTOS DE LEGITIMIDADE DAS INTERVENÇÕES MÉDICAS EM GESTANTES

Para solucionar os problemas aqui debatidos, deve-se, antes, determinar o fundamento que atribui legitimidade às intervenções médicas nos corpos das gestantes e das parturientes. Possui o médico, nesses casos, um *direito* profissional de tratar a mulher e o feto? Ou a sua atuação dependerá sempre do *consentimento* da gestante? A definição dessa questão é de especial importância, porquanto não raras vezes as intervenções não consentidas ou contrárias à vontade das gestantes são realizadas sob o pretexto de *preservar ou promover a saúde ou a vida do futuro bebê ou da própria mulher* – o que é autorizado não apenas pela supramencionada Resolução CFM 2.232/2019, mas até mesmo pelas decisões encontradas na jurisprudência brasileira.⁵⁷ Resta investigar, contudo, se há boas razões para que a mulher, pelo simples fato de ser gestante ou parturiente, seja submetida às decisões tomadas pelo médico ou, antes, se apenas ela poderá definir, após o esclarecimento devido, a quais intervenções deseja ou não se submeter.

3.1. Ponto de partida: o respeito à autonomia da gestante

3.1.1. A superação do paternalismo médico

O debate em torno da legitimidade das intervenções médicas realizadas em gestantes e parturientes vincula-se, inicialmente, a um questionamento mais amplo referente às intervenções médicas em geral, as quais via de regra podem se amoldar tanto ao tipo de lesão corporal (art. 129, CP) quanto ao de constrangimento ilegal (art. 146, CP).⁵⁸ Segundo boa parte da doutrina brasileira, é o *exercício regular do direito* de profissão do médico (art. 23, III, CP) que afasta o injusto das intervenções médicas realizadas nos corpos dos pacientes.⁵⁹ Nas hipóteses em que houver risco para a vida do paciente, poderia o médico, ainda segundo essa doutrina, recorrer ao estado de necessidade (art. 24, CP) para salvá-lo, ainda que sem o seu consentimento,⁶⁰ tendo como base, em especial, a autorização contida no art. 146, par. 3º, do CP.

No entanto, essa postura tradicional parte de premissas e chega a conclusões essencialmente *paternalistas*, porquanto acaba atribuindo ao médico, em última instância, a competência para tomar decisões acerca da saúde e da vida do paciente, cuja vontade pode até mesmo ser ignorada para “promover o seu próprio bem”. Assim, o médico paternalista, na certeza de que sabe mais sobre o bem-estar do paciente do que ele próprio, poderia se sobrepor à vontade do indivíduo a ser tratado ou deixar de informá-lo acerca do tratamento, contanto que orientado por um propósito “benéfico” (*bonum facere*).

57. A respeito, cf. item 2.2.1.

58. Mais detidamente sobre esse ponto, cf. capítulo 4.

59. Cf., por todos, BRUNO, 1967, p. 11. Para críticas a essa tese, cf. SIQUEIRA, 2019. p. 131 e ss.

60. Nesse sentido, cf. BITENCOURT, 2008, p. 326. PIERANGELI, 2001, p. 215. PRADO, 2012, p. 452. TOLEDO, 2002, p. 215.

Por mais que muitos defendam a relevância da *vontade* do paciente nesse âmbito, exigindo a obtenção do “consentimento informado”, não veem qualquer problema em desconsiderá-la nos casos em que entra em “conflito” com o ideal de promoção da vida e da saúde, o que conduz a conclusões muito similares às daqueles que ignoram a vontade do paciente desde o início. É isso o que se pode depreender da Resolução CFM 2.232/2019.

Conforme já tive a oportunidade de ressaltar em trabalho anterior,⁶¹ em um modelo que leva a sério a *autonomia* do paciente, a *vontade* do sujeito passivo do tratamento passa a assumir o papel central na análise da legitimidade das intervenções médicas. Por mais que ainda não tenha sido editada no Brasil uma lei que defina os exatos contornos dos direitos dos pacientes no contexto médico, e a despeito dos dispositivos paternalistas (de legitimidade duvidosa) que podem ser encontrados em nossa legislação penal, a solução da problemática aqui colocada deve partir dos valores consagrados em abstrato na Constituição da República de 1988.

3.1.2. *A autonomia como fundamento de legitimidade das intervenções médicas*

De fato, a *autonomia*, derivada da *dignidade humana* (art. 1º, III, CF) e da *liberdade* (art. 5º, caput, CF), constitui o cerne da personalidade do indivíduo, garantindo a ele o “direito de viver segundo a própria concepção de uma vida boa”.⁶² Respeitá-la significa reconhecer, na “esfera nuclear da vida privada, limites dentro dos quais somente o próprio indivíduo poderá tomar decisões, sem a interferência de terceiros”.⁶³ É a autonomia que concede ao paciente o *domínio soberano sobre o território do próprio corpo*, atribuindo a ele o direito de tomar suas próprias decisões médicas⁶⁴. Nesse sentido, “o corpo é o templo do indivíduo, isto é, é o âmbito inviolável que apenas ele próprio pode controlar”.⁶⁵ O paciente, portanto, possui não apenas o direito de escolher a quais intervenções deseja se submeter, como também o de optar por não ser submetido a tratamentos médicos sem o seu consentimento livre e esclarecido ou contra a sua vontade. Daí se nota o quão problemático é o modelo paternalista que, ao relegar os pacientes a uma posição de passividade, acaba tratando-os como meros objetos de intervenção.

Essa minha concepção vincula-se a uma *noção política* de autonomia, que atribui aos indivíduos o poder de decidir por si próprios, permitindo que cada um determine seus valores e suas concepções de vida, de modo que a discussão sobre a valoração dessa decisão – ou seja, se ela é boa ou ruim – é, nessa perspectiva, irrelevante. Nesse sentido, para Rawls, a autonomia plena é *política* e refere-se à “afirmação dos princípios políticos de justiça” e ao usufruto da “proteção de direitos e liberdades básicos” pelos cidadãos na

61. SIQUEIRA, 2019, p. 169 e ss.

62. GRECO; SIQUEIRA, 2017, p. 649.

63. SIQUEIRA, 2019, p. 71.

64. SIQUEIRA, 2018, p. 154.

65. SIQUEIRA; SOARES, 2021.

esfera pública,⁶⁶ assegurando-lhes independência e integridade⁶⁷. De fato, diante do pluralismo, a coexistência de indivíduos que orientam suas condutas a partir de diferentes concepções em uma mesma sociedade só se torna possível com a separação entre o domínio político e o pessoal, familiar ou associativo.⁶⁸ A autonomia política, portanto, torna-se essencial para a manutenção de uma sociedade estável e composta por indivíduos que, apesar de divergirem em razão de seus diferentes pensamentos religiosos, filosóficos e morais⁶⁹, são verdadeiramente livres para seguir suas próprias doutrinas.⁷⁰ Esse raciocínio aplica-se não apenas à relação genérica Estado-indivíduo ou entre cidadãos, mas também à relação médico-paciente: independentemente do conteúdo das decisões do paciente, cabe ao médico respeitá-las, ainda que elas divirjam da escolha que o próprio médico faria para si caso estivesse na mesma situação.

Há, no entanto, outras formas de enxergar a autonomia. Essa concepção *liberal* de autonomia recebe críticas que partem, em especial, do *comunitarismo* e de vertentes do *feminismo*, que argumentam, a partir de diferentes percepções, que o modelo liberal

“assume uma concepção de identidade humana, valor e comprometimento que é cega em relação ao enraizamento da nossa autoconcepção, à natureza fundamentalmente relacional de nossas motivações e, em geral, ao caráter social da nossa existência”.⁷¹

Não é meu objetivo neste texto esgotar essa extensa e difícil discussão, mas, considerando que a autonomia é um conceito central para o Direito Penal da Medicina, em especial nos casos aqui debatidos, pretendo apenas apresentar o debate e pontuar as razões pelas quais entendo que uma concepção liberal de autonomia enquanto *direito* é adequada e suficiente para fundamentar a legitimidade das intervenções médicas em geral e, em certa medida, na assistência ao parto.

Tanto comunitaristas quanto feministas desenvolveram concepções que partem da constatação de que os indivíduos são *socialmente determinados*.⁷² Nesse sentido, a ideia de autonomia deveria ser reconfigurada para, diante do reconhecimento das contribuições sociais para a sua concretização, conceber os indivíduos a partir da sua constituição

66. RAWLS, 2005, p. 77.

67. RAWLS, 1997, p. 778.

68. RAWLS, 2005, p. 137.

69. RAWLS, 2005, p. 47.

70. SIQUEIRA, 2019, p. 69. A autonomia *moral*, por sua vez, apesar de relevante, deve se limitar ao domínio do privado. Cf. a respeito RAWLS, 2005, p. 78.

71. CHRISTMAN, 2004, p. 143 (nossa tradução). A partir de uma ótica similar, *Shabot* argumenta que o conceito liberal de autonomia não seria suficiente para explicar o problema da violência obstétrica, que, mais do que a autonomia individual, afetaria o caráter intersubjetivo e comunitário do parto. SHABOT, 2020, p. 10.

72. BARCLAY, 2000, p. 66.

socialmente situada.⁷³ Especialmente no contexto do feminismo, argumenta-se que, reconhecendo-se a denominada *autonomia relacional*, seria possível coadunar duas dimensões da autonomia: a liberdade individual de se autogovernar e a vinculação do indivíduo à sua constituição social, que muito possivelmente define seus valores a partir de suas “relações pessoais e dependências mútuas”.⁷⁴ Essas concepções enfatizam o papel das dinâmicas sociais e estruturas de poder no efetivo desenvolvimento da autonomia⁷⁵ e buscam analisar as implicações das dimensões sociais e intersubjetivas que compõem a individualidade e a identidade dos sujeitos para (re)conceituar a autonomia⁷⁶. As escolhas individuais, portanto, não partiriam exclusivamente do próprio indivíduo, mas seriam determinadas pelo contexto social em que ele está inserido, de modo que “a verdadeira autonomia [seria] encontrada dentro dos relacionamentos.”⁷⁷

No entanto, se para os comunitaristas essa constatação serve para a defesa da proteção de valores compartilhados ou do bem comum, ainda que em detrimento da autonomia,⁷⁸ para as feministas o reconhecimento de que nossas identidades são socialmente determinadas seria apenas o primeiro passo para colocar em xeque as estruturas sociais existentes e libertar as mulheres do papel que lhes é tradicionalmente atribuído, que pode ser considerado opressivo.⁷⁹ É esse caráter opressivo que afetaria o concreto exercício da autonomia das mulheres, que têm diminuídas as suas opções verdadeiramente disponíveis e, em alguns casos, até mesmo o desenvolvimento das capacidades necessárias para decidir autonomamente.⁸⁰ As conclusões a que comunitaristas e feministas chegam, portanto, são, em geral, opostas.

Parece-me claro que não exercemos nossa autonomia sozinhos, porquanto as decisões que tomamos em nosso dia a dia, desde as mais triviais até as mais sérias, são na maioria das vezes influenciadas pelo contexto em que vivemos e, é claro, pelas pessoas com as quais convivemos. No entanto, esse fato, a meu ver, não enfraquece a concepção política de autonomia individual enquanto *direito* ou *barreira deontológica* a ser respeitada, tanto pelo Estado quanto por terceiros.

Em relação à crítica comunitarista, devo, aqui, fazer dois comentários. Em primeiro lugar, não é equivocada a afirmação de que em algumas hipóteses a autonomia individual

73. A respeito, cf. SCOTT, 2002, p. 11 e ss.

74. Sobre esse conceito, cf. CHRISTMAN, 2004, p. 143.

75. CHRISTMAN, 2004, p. 143.

76. MACKENZIE; STOLJAR, 2000, p. 3. Esse mesmo texto pode ser consultado para mais informações sobre as críticas feministas à noção de autonomia. Segundo as autoras, apesar dos diferentes sentidos da autonomia individual, ela está comumente atrelada a uma “caricatura” exemplificada pelo “autossuficiente, individualista e masculino maximizador racional da teoria libertária” (p. 5).

77. HERRING, 2020A, p. 18.

78. Cf. principalmente SANDEL, 1998.

79. Nesse sentido, cf. BARCLAY, 2000, p. 66-67. A respeito, cf. SCOTT, 2002, p. 12.

80. MACKENZIE; STOLJAR, 2000, p. 22.

terá que ceder para proteger outros interesses externos ao sujeito: a autonomia, de fato, somente deve ser respeitada na medida em que não causa danos diretos a terceiros ou à coletividade. Um médico não poderia, por exemplo, recorrer à “autonomia médica” para interferir indevidamente na esfera corporal de um paciente. Nesse sentido, em uma possível leitura da máxima kantiana da universalização,⁸¹ a dignidade moral – e, com isso, a autonomia dos demais sujeitos, assim como a do próprio indivíduo – deve ser respeitada, e, por essa razão, autônoma seria aquela conduta que, firmada pelo próprio sujeito que atua, não afeta a autonomia de outras pessoas. O direito à autonomia abrange, destarte, apenas *decisões autorreferenciais*, que afetam, em última instância, apenas o próprio sujeito que decide.

No entanto, e em segundo lugar, isso não quer dizer que seja possível coletivizar bens que são individuais ou estipular para os indivíduos um *dever de viver ou de manter seu corpo incólume* em prol da sociedade. Dentro da concepção de respeito à dignidade e à autonomia também está a proibição de instrumentalização e da objetificação dos indivíduos, mesmo que diante de uma justificativa fundada numa perspectiva coletiva, porquanto as pessoas não podem ser meios para atingimentos de fins diversos dos seus. Assim, a compreensão comunitarista acaba desconectando os bens individuais de seus próprios titulares e valorando-os enquanto entidades abstratas não mais pertencentes ao sujeito, mas sim à sociedade. Isso, a meu ver, é quase o mesmo que negar a autonomia.

Quanto às críticas feministas, é claro que é relevante refletir sobre a autonomia enquanto ideal de um “agente livre e racional” e sobre as condições que são necessárias para que as mulheres possam, de fato, tomar decisões livres e exercer da melhor forma a sua autonomia. No entanto, é importante frisar que a *autonomia* é um termo polissêmico, que possui diferentes dimensões ou sentidos, e deve ser concretizado a partir da finalidade do seu emprego. Assim, por mais que realmente as condições internas e externas que qualificam a conduta autônoma (a autonomia como condição *de fato* e como *ideal*, utilizando a nomenclatura feinberguiana⁸²) possam ser essenciais para determinar, ao menos como modelo a ser seguido, as qualidades (e fragilidades) da autonomia no plano fático, isso não afasta a compreensão da autonomia enquanto *direito*, que é o foco deste trabalho. Vincular o efetivo respeito à autonomia a um ideal de perfeição traz consigo o perigo de legitimar o paternalismo,⁸³ que é justamente o que a concepção de autonomia visa a evitar.

Uma determinação externa, ou seja, uma imposição de valores à gestante ou parturiente tornaria a sua “decisão” heterônoma, já que ela não seria verdadeiramente sua. Contudo, escutar conselhos, seguir dogmas religiosos ou até mesmo percepções culturais arraigadas na sociedade, por exemplo, faz parte do processo decisório do ser autônomo. Assim, a influência externa, a princípio, não compromete o caráter autônomo da

81. A respeito, cf. SIQUEIRA, 2019, p. 68.

82. FEINBERG, 1986, p. 31-47.

83. CHRISTMAN, 2004, p. 158.

decisão, já que, no final das contas, quem determinará suas próprias “leis” e fará o papel de legislador moral é, de fato, o próprio indivíduo, que pode ou não acatar as opiniões dadas pelos médicos e/ou por seus familiares, seguir os preceitos da religião que professa ou os costumes do meio em que vive.⁸⁴ Nesse sentido, a autonomia perfaz o direito de fixar para si suas próprias regras, de ser o seu *próprio legislador*. O respeito a essas regras, no entanto, não deve depender do conteúdo delas, mas sim do simples fato de serem genuínas e expressarem a verdadeira vontade de seu titular.⁸⁵

Ademais, é também contestável a compreensão, anteriormente mencionada⁸⁶, daqueles que submetem a autonomia a um juízo de ponderação,⁸⁷ geralmente reportando-se à proteção da saúde ou da vida. Isso porque ponderar a autonomia significa determiná-la de fora para dentro, de acordo com uma perspectiva externa (de terceiros ou do Estado), ou seja, é o mesmo que transformá-la em heteronomia, o que culmina, necessariamente, numa falsificação do seu conteúdo.

A meu ver, o reconhecimento constitucional da autonomia impede que o Estado defina *prima facie* uma relação de preponderância ou proceda a uma “ponderação” entre a saúde ou a vida e a liberdade ou a dignidade, porquanto *apenas o indivíduo poderá proceder à hierarquização de seus próprios valores e direitos individuais*, isto é, somente ele poderá dizer, no caso concreto, se é a saúde, a vida ou qualquer outro valor que deve prevalecer. Essa hierarquização, portanto, não lhe pode ser imposta a partir de uma perspectiva externa e, conseqüentemente, dos valores que o Estado ou que terceiros têm para si como mais relevantes. E é justamente por isso, que compreendo a autonomia como um “meta-valor”⁸⁸, situado em um plano diferente dos demais: *a autonomia confere ao indivíduo justamente o direito de hierarquizar os seus próprios valores e direitos*. Isso não quer dizer que o direito à saúde e à vida não sejam relevantes, mas apenas que não podem ser promovidos contra a vontade de seu titular – e é a partir desse raciocínio que a dignidade e a autonomia atingem a compreensão desses direitos. Não se trata de relativizar o conteúdo da saúde ou da vida, mas sim de reconhecer que a autonomia atribui ao sujeito o direito de não colocar esses dois valores sempre em primeiro plano.⁸⁹

Diante do exposto, conclui-se que é a *autonomia* enquanto *direito* que fundamenta a interferência dos médicos nos corpos dos pacientes, o que, em termos práticos, faz com que a legitimidade dessas intervenções dependa, via de regra, da obtenção prévia do

84. SIQUEIRA, 2019, p. 67.

85. Quanto a essa questão, Mackenzie e Stoljar diferenciam o que denominam de *teorias substantivas* de autonomia, que são neutras quanto ao conteúdo, que *teorias procedimentais*, que se vinculam ao conteúdo da decisão. A respeito, cf. MACKENZIE, STOLJAR, 2000, p. 13 e ss.

86. Cf. itens 2.2.1 e 3.1.1.

87. Cf., por exemplo, SARMENTO, 2005, p. 185.

88. GRECO; SIQUEIRA, 2017, p. 655.

89. SIQUEIRA, 2019, p. 81.

consentimento livre e informado do paciente, para que seja possível afastar o injusto, principalmente, dos crimes de lesão corporal e constrangimento ilegal.

Não obstante, a mera anuência não é suficiente para a regularidade da conduta do médico, cuja legitimidade depende do cumprimento de uma série de pressupostos que visam primordialmente a garantir que a decisão tomada pelo paciente é verdadeiramente livre e autônoma. Afinal, se o consentimento é expressão da autonomia, seus pressupostos de validade devem necessariamente dela derivar. Em especial, a validade do consentimento dependerá da *capacidade para consentir* e da *liberdade* da formação da vontade e da tomada de decisão, a qual vincula-se à inexistência de *vícios de consentimento* (como erro, engano ou coação) e, especialmente no caso das intervenções médicas, do cumprimento do *dever de esclarecimento*, que impõe ao médico a obrigação de informar ao paciente todos os aspectos referentes ao diagnóstico, às alternativas, à evolução e aos riscos do tratamento. Nas hipóteses em que não houver condições fáticas para colher o consentimento ou informar suficientemente o paciente, poderá o médico recorrer ao *consentimento presumido* para legitimar sua atuação, sempre orientando-se pela vontade presumida do paciente.

3.1.3. *Implicações para a relação obstetra-gestante*

O raciocínio anteriormente desenvolvido se aplica como ponto de partida para a análise da legitimidade de intervenções médicas em gestantes. De fato, o modelo hospitalar hegemônico permite intervenções paternalistas e, em termos gerais, a apropriação do corpo da mulher “para o seu próprio bem”. Nesse contexto pautado pelo excesso de medicalização e em que mulheres têm seus corpos objetificados e controlados por profissionais da saúde, respeitar a autonomia das gestantes e muni-las das informações necessárias para a tomada de decisões no parto é o primeiro passo para realmente libertá-las do jugo médico. Assim sendo, de acordo com a concepção aqui defendida, o fundamento que atribui legitimidade às intervenções obstétricas e que orienta o que pode ser concebido como violência no parto é o *respeito à autonomia da gestante*.

A gestante, assim como qualquer outra pessoa, tem o direito de decidir sobre aquilo que afeta o seu corpo, de modo que, *prima facie*, as intervenções obstétricas somente poderão ser legitimadas pelo seu consentimento válido. No entanto, por mais que qualquer paciente possa ter a sua autonomia desrespeitada por intervenções médicas paternalistas, as gestantes, em termos gerais, encontram-se em uma situação de especial *vulnerabilidade*, principalmente no momento do parto, em que seus movimentos podem ser limitados, além de sentirem fortes dores e estarem submetidas aos riscos gerais inerentes à gestação e ao nascimento.⁹⁰ No entanto, isso não pode ser uma razão para desconsiderar a autonomia das mulheres e tratá-las como incapazes de decidir por si – a não ser,

90. PICKLES; HERRING, 2020, p. 7. Para Brennan, a mulher gestante se encontra em uma situação de especial vulnerabilidade, mais do que por questões inerentes ao parto, em razão do patriarcado e

SIQUEIRA, Flávia; Violência na assistência ao parto e (des)respeito à autonomia da mulher: o tratamento penal das intervenções médicas arbitrárias em gestantes e parturientes. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 184. ano 29. p. 55-99. São Paulo: Ed. RT, outubro 2021.

é claro, que esteja em uma excepcional e peculiar situação em que, de fato, não possua capacidade de juízo e compreensão. A meu ver, é precisamente essa vulnerabilidade que justifica a especial reafirmação do direito das gestantes à autodeterminação sobre o próprio corpo.

Conforme relatei anteriormente⁹¹, um dos pontos mais problemáticos na prática das intervenções médicas no parto refere-se à recorrente inobservância do *direito da gestante à informação*, o qual se vincula a um correlato descumprimento do *dever de esclarecimento* por parte do médico. Por mais que o médico tenha em torno de nove meses para informar e preparar a mulher para o parto durante o pré-natal, muitas vezes as gestantes são privadas das informações mais essenciais referentes às suas opções, assim como dos verdadeiros riscos e benefícios tanto da cesárea quanto do parto normal. Não são incommuns os casos em que médicos recorrem a falsas ou duvidosas indicações para realizar uma cesariana, tais como gestação que passa de 40 semanas⁹², baixa estatura materna, bacia “muito estreita”, entre tantas outras, de modo que o recurso desnecessário a essa cirurgia certamente contribui para as elevadas taxas de cesárea no Brasil.⁹³ Até mesmo algumas indicações questionáveis de cesárea, como ocorre no caso 1, são tratadas por médicos como se absolutas fossem.⁹⁴ Além disso, alega-se, como no debate em torno da “lei das cesáreas”⁹⁵, que são as próprias gestantes que “preferem” a cesariana. No entanto, essa “opção” é recorrentemente feita em um contexto de desinformação, sem que elas conheçam, de fato, os riscos inerentes à cirurgia e os verdadeiros benefícios do parto normal, além de se pautarem em medos e angústias fundados em informações equivocadas. Assim, essas decisões tomadas com base em informações falsas, incorretas ou, simplesmente, insuficientes, não podem ser consideradas autônomas e livres.⁹⁶

De fato, a validade do consentimento pressupõe a informação. Em razão da proibição de interferência não consentida na esfera privada e no corpo da gestante, o médico possui o dever de informar e fornecer a ela toda o substrato necessário para tornar possível a tomada de uma decisão genuinamente autônoma e livre. Afinal, a gestante é, na

do papel que é atribuído às mulheres pela sociedade, que faz com que sejam ainda mais suscetíveis a violações da sua autonomia. BRENNAN, 2020, p. 231.

91. Cf. capítulo 2.

92. DINIZ; DUARTE, 2004, p. 123.

93. A respeito, cf. SOUZA; AMORIM; PORTO, 2010, p. 505-516.

94. Conforme ressaltam Diniz e Duarte, não são comuns as hipóteses em que há indicação absoluta de cesárea, como em casos de placenta prévia ou de bebê em situação transversa. Por sua vez, quando há indicações “discutíveis”, como nas situações em que a mulher já teve uma ou mais cesáreas anteriores ou em que o bebê está pélvico, os riscos do parto normal são frequentemente superestimados pelos médicos, o que acaba induzindo a mulher a optar pela cesárea. DINIZ; DUARTE, 2004, p. 119-121.

95. Cf. item 2.2.3.

96. A respeito, cf. FORSBURG, 2020, p. 161-177.

maioria das vezes, medicamente leiga e não possui informações suficientes para fazer escolhas referentes à gestação e ao parto. Caso essas informações não sejam fornecidas à mulher, o consentimento concedido por ela será considerado inválido, porquanto viciado, tornando punível a conduta do médico. Nota-se, portanto, que a concretização da autonomia da mulher nesse âmbito perpassa, necessariamente, o fortalecimento do seu direito informacional.

Há, no entanto, um ponto consideravelmente controverso no que se refere ao conteúdo do dever de esclarecimento médico no contexto que antecede o parto: será que, diante de uma gestação de risco habitual, que muito provavelmente poderá ter como desfecho um parto normal ou natural, possui o médico o dever de informar a gestante sobre a opção de realização, com ou sem indicação, de uma cesariana ou da possibilidade e riscos da opção pela analgesia farmacológica?⁹⁷ Em um modelo orientado pelo respeito à autonomia da gestante, a resposta deve ser afirmativa. É claro que o médico não possui o dever de informar a gestante sobre *todas* as indicações de cesariana intraparto imagináveis, por exemplo, mas deverá esclarecê-la de maneira geral sobre o processo do parto, além de informá-la sobre suas opções e possíveis intercorrências, para que a mulher possa formar previamente a sua opinião sobre cada uma das intervenções que se façam eventualmente necessárias. Com isso, não estou ignorando a realidade de muitas brasileiras que realizam o pré-natal com um médico, mas têm o parto assistido por outro no plantão. No entanto, uma delimitação dos deveres informacionais durante o pré-natal seria desejável e, de qualquer forma, caso a parturiente chegue ao plantão completamente desprovida de informações, caberá ao médico informá-la, na medida do possível diante da situação fática.

No que se refere à *indicação* da intervenção, por mais que não constitua necessariamente um pressuposto de validade do consentimento, ela afeta principalmente a *intensidade do dever de esclarecimento*, de modo que quanto menos indicada for a intervenção, mais intensa é a obrigação do médico de informar e esclarecer sobre todos possíveis riscos e efeitos lesivos, para que a gestante realmente possa conhecer e decidir livremente sobre ela.⁹⁸ Importante frisar também que a indicação da intervenção e, portanto, a informação a ser fornecida à gestante deve se basear em índices e dados científicos e não apenas na opinião pessoal, muitas vezes enviesada, do próprio médico⁹⁹. Diante disso, a ausência de indicação de cesariana, por exemplo, não invalida o consentimento

97. Na jurisprudência alemã, por exemplo, há diferentes julgados no sentido de que o médico não possui o dever de informar previamente a mulher sobre a cesárea como alternativa de parto, sem que ela seja necessária, nem mesmo sobre os riscos e vantagens da anestesia epidural. Cf. por exemplo BGH NJW, 1989, 1538 (p. 1539); BGH, NJW-RR 2019, 17. Diante disso, conforme constata Zimmermann, os standards de informação exigidos parecem ser consideravelmente baixos. ZIMMERMANN, 2017, p. 68 e ss.

98. Cf. SIQUEIRA, 2019, p. 279-280.

99. Nesse sentido, cf. DINIZ; DUARTE, 2004, p. 42.

concedido pela mulher, mas apenas acentua o dever de esclarecimento do médico. Isso quer dizer que o respeito à autonomia da mulher concede a ela também o *direito de optar por intervenções não indicadas*, já que é perfeitamente possível que a gestante, mesmo ciente dos benefícios do parto normal e dos riscos inerentes à cesariana, ainda assim prefira esta segunda opção. Isso independe da razão pela qual a mulher faz essa escolha, contanto que tenha sido devidamente informada pelo médico. Na minha visão, portanto, a realização de uma cesariana não indicada a pedido da mulher, precedida do seu consentimento livre e esclarecido, não pode ser considerada como violência obstétrica, pois não constitui uma violação, senão o exercício concreto da autonomia. As mulheres devem ser munidas das informações necessárias para que possam tomar as decisões que melhor se coadunam com a sua concepção de vida boa, mas não se pode obrigá-las a escolher apenas o que é medicamente indicado ou partir do pressuposto de que toda vez que a sua escolha não corresponder à indicação científica, não haverá autonomia. Esse tipo de decisão é personalíssima e cabe a cada mulher ponderar os riscos e benefícios de cada uma de suas opções. A meu ver, as altas taxas de cesárea não podem servir de argumento para impedir o acesso informado das gestantes à cirurgia, como muitos defenderam por ocasião da polêmica da lei das cesáreas, pois esse é um problema de saúde pública que se resolve por meio de políticas públicas e de informação, e não com o sacrifício dos direitos individuais das mulheres.

Por sua vez, é importante frisar que o fato de uma determinada intervenção ser indicada não atribui ao médico, por óbvio, um “passe livre” para atuar como bem entender. Em um modelo de respeito à autonomia da gestante, o médico definitivamente não está autorizado a submetê-la a intervenções não validamente consentidas com fundamento exclusivo na indicação da intervenção, principalmente quando referir-se apenas à promoção da saúde da própria mulher, como ocorre em muitos dos casos de episiotomia – como o caso 4. Nessas situações, *a decisão, em última instância, deve ser sempre da gestante*. É inegável, portanto, a inconstitucionalidade da Resolução 2.232/19 do CFM no que se refere à possibilidade de desconsiderar a recusa de tratamento por parte da gestante para promover o seu próprio bem. A autonomia concede à gestante o direito de escolher e de recusar tratamentos, sendo a promoção da sua própria vida ou saúde, a despeito da sua vontade livre, uma razão paternalista e, portanto, ilegítima para fundamentar uma intervenção arbitrária do médico.¹⁰⁰

100. No que se refere à proteção paternalista da vida em casos de recusa de tratamentos, devo ressaltar que não é possível, a meu ver, recorrer ao art. 146, par. 3º, do CP para justificar o tratamento contrário à vontade da gestante que o recusa. Esse dispositivo afasta do âmbito do constrangimento ilegal as intervenções médicas realizadas “sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida”. De acordo com a interpretação que proponho, única compatível com a proteção constitucional da dignidade, da liberdade e, em última instância, da autonomia, esse dispositivo autoriza apenas a realização de intervenções sem o consentimento nas hipóteses de urgência, devendo o médico se pautar, sempre, no consentimento presumido para realizar a intervenção. Em casos de recusa expressa, portanto, o dispositivo não

Por fim, devo ressaltar a importância dos *planos de parto* para a concretização do respeito à autonomia da mulher na assistência ao parto. Conforme identifiquei acima, o parto pode, de fato, colocar a mulher em uma situação de maior vulnerabilidade, em que não esteja em condições de refletir com o cuidado devido sobre determinadas intervenções, por vezes complexas e urgentes, mas que se tornam necessárias apenas no seu transcorrer. Aliás, essa é uma das características dos partos: são imprevisíveis. No entanto, por mais que a necessidade de realização das intervenções geralmente dependa das circunstâncias concretas, a maioria delas, ou ao menos as mais comuns, pode ser adiantada pelo médico e explicada previamente à gestante. Por isso, é muito importante que todas as questões relativas ao parto sejam de fato conversadas entre médico e gestante durante o pré-natal, para que ela possa não apenas formar sua opinião e refletir sobre como deseja que o parto aconteça, mas principalmente para evitar que seja surpreendida pela necessidade de tomar uma decisão difícil em um curto espaço de tempo.

A elaboração de um plano de parto minucioso faz com que as gestantes tomem o tempo necessário para pensar sobre todas essas questões e deixar registradas as suas vontades, para a eventualidade de não haver condições físicas ou tempo hábil para informar e colher o seu consentimento no momento da intervenção, com todo o rigor que esse ato exige. O plano de parto é uma espécie de diretiva antecipada de vontade, a qual constitui ato unilateral da gestante, de modo que não cabe ao médico decidir se irá ou não respeitá-lo. É claro, no entanto, que a gestante não pode exigir o cumprimento de *toda e qualquer* demanda nesse documento, estando limitada àquilo que a lei não proíbe: por exemplo, não poderia exigir que o médico realizasse uma esterilização eletiva após o parto, já que isso é vedado pela lei de planejamento familiar (art. 10, par. 2º, Lei 9.263/96). Ademais, caso a mulher capaz, durante o parto, mude de ideia e altere a vontade exarada em seu plano, deverá o médico observar a vontade *atual* da gestante, já que o consentimento (mesmo que presumido) é revogável a qualquer tempo.

3.2. *A possível tensão entre o respeito à autodeterminação da gestante sobre seu próprio corpo e o interesse, pretensão ou direito do feto*

Apesar da conclusão de que a promoção da saúde ou da vida da própria mulher não é uma razão suficiente para a realização de uma intervenção obstétrica sem o seu consentimento válido ou contra a sua vontade, há ainda uma constelação de casos mais complexa no contexto da assistência ao parto que pode colocar em xeque os pressupostos da ideia de respeito à autonomia, anteriormente delineados. Trata-se de situações limítrofes em que há um *conflito materno-fetal*, isto é, em que o respeito à autodeterminação da gestante pode conduzir à lesão de interesses *da futura criança*. É possível, por exemplo, que uma intervenção médica urgente seja necessária para preservar a vida do feto – como

autoriza a realização de intervenções contra a vontade da gestante, ou de qualquer paciente capaz que toma uma decisão livre. A respeito dessa tese, cf. SIQUEIRA, 2019, p. 358 e ss.

SIQUEIRA, Flávia; Violência na assistência ao parto e (des)respeito à autonomia da mulher: o tratamento penal das intervenções médicas arbitrárias em gestantes e parturientes. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 184. ano 29. p. 55-99. São Paulo: Ed. RT, outubro 2021.

uma cesariana de urgência, que é uma cirurgia de grande porte e altamente invasiva –, mas não seja consentida pela parturiente, que pode desejar, a despeito da ausência de indicação médica, ter um parto normal. Noutras situações, mesmo diante de uma gestação avançada, a mulher pode recusar uma intervenção vital ou imprescindível para a preservação da integridade física do feto, como o uso do fórceps, a realização de terapia para incremento do seu bem-estar ou de transfusão de sangue, especialmente nos casos de gestantes adeptas aos preceitos religiosos das testemunhas de Jeová.

De fato, conforme afirmei anteriormente¹⁰¹, o respeito à autonomia, no contexto médico, abrange *prima facie* apenas *decisões autorreferenciais*, isto é, que afetam, em última instância, somente o próprio sujeito que decide, de modo que o concreto exercício da autonomia está limitado à não afetação da autonomia de terceiros. Diante disso, a peculiaridade desses casos reside justamente no fato de que o respeito à vontade da mulher grávida não envolve unicamente a disposição dos seus próprios interesses, como sua liberdade, sua integridade física ou até mesmo sua vida, mas tem como decorrência possível a afetação dos interesses de um terceiro – no caso, do feto, que, ainda no útero, pode possuir determinados direitos ou pretensões¹⁰². Nesse sentido, a relação gestante-feto torna a solução desse possível conflito *ainda mais difícil e singular*, pois não se trata de um caso comum de não afetação de terceiros (como a proibição geral de causar ativamente uma lesão corporal em alguém), mas sim de uma situação em que a realização desse possível direito ou pretensão do terceiro envolve, necessariamente, uma intervenção invasiva na integridade física da mulher, tendo em vista que, durante a gestação, o feto e a mãe estão invariavelmente conectados. Em nenhuma outra situação existe uma vinculação tão intensa do corpo de alguém em prol de um terceiro. Diante disso, é questionável até que ponto a mulher possui um dever de sacrificar sua integridade física e autonomia, de ceder a sua soberania sobre o próprio território corporal, em prol da futura criança. O médico, nessas situações, pode se encontrar, portanto, em uma situação de colisão entre o dever de salvar o feto e o de não interferir na esfera corporal da gestante sem o seu consentimento válido. A meu ver, a solução desse conflito está vinculada, em última instância, à definição concreta dos deveres da mulher em relação ao seu bebê durante a gestação¹⁰³.

Assim, a pergunta que eu gostaria de colocar é a seguinte: se a futura criança possui algum interesse, pretensão ou direito à vida¹⁰⁴, isso significa que a gestante possui um *dever positivo* de ajudá-lo a viver ou apenas um *dever negativo* de não lhe causar danos? Essa questão acaba diferenciando-se da do aborto no sentido de que a mãe que recusa um tratamento médico não está ativamente matando o feto (violando um dever negativo), mas, na verdade, está deixando de melhorar ou de fazer algo em favor do feto (violando

101. Cf. item 3.1.2.

102. Cf. a respeito BLEILER, 2010, p. 197 e ss.

103. No mesmo sentido, cf. SCOTT, 2002, p. 61.

104. Essa premissa, por si só, já é suficientemente complexa e problemática a ponto de ensejar um trabalho específico.

um pretenso dever positivo). Intuitivamente, acredito que a mãe não possui um dever negativo no que se refere a potenciais danos diferentes da morte (por exemplo, não fumar ou consumir drogas, que são condutas ativas potencialmente danosas ao feto). Ela pode, talvez, ter um dever negativo em relação à vida da futura criança, após o marco da sentença. A existência, no entanto, de um dever positivo (muitas vezes extraordinário) de sacrificar seu corpo em prol do feto¹⁰⁵ é mais questionável e difícil de ser apreendida, de modo que o fato de que ele se encontra *dentro* do corpo da mãe exige uma *intensa razão* para justificar a preponderância de um eventual interesse do feto em detrimento dos direitos da mãe à integridade física e à autodeterminação.

Acredito que a solução dessa difícil questão merece uma investigação específica, já que a definição dos concretos deveres da gestante em relação ao feto exigiria muito mais do que o espaço de que aqui disponho para tratar sobre os seus direitos na assistência ao parto. Tenho, no entanto, algumas percepções e conclusões preliminares, a partir do que analisei no tópico anterior.

Em primeiro lugar, parece-me claro que a existência de um direito, interesse ou pretensão do feto não nega o fundamento geral da legitimidade das intervenções médicas na assistência ao parto, que é o *respeito à autonomia da mulher*. Há, a meu ver, ao menos *duas situações em que esse fundamento definitivamente não pode ser afastado*: quando a intervenção diz respeito *apenas* ao corpo, à saúde ou à vida da *mulher*, como a realização de uma episiotomia para evitar laceração do períneo, ou em casos de *indicações relativas de intervenções em prol do bebê*, nos quais a decisão por uma ou outra via de parto, por exemplo, deve ser tomada considerando-se os diferentes graus de risco, como nas hipóteses em que a realização de uma cesárea pode ser uma alternativa viável diante do perigo específico inerente a um parto normal para um bebê em apresentação pélvica¹⁰⁶. Nesses casos, a decisão caberá *sempre* à gestante capaz, porquanto pertencente ao núcleo intangível da sua esfera de liberdade e autodeterminação, ao qual ninguém, nem mesmo o médico, poderá se sobrepor. Apenas o consentimento real ou presumido da gestante poderá legitimar essas intervenções.

Diante disso, *somente* nos casos em que houver um risco iminente de morte ou de lesão com potencial de afetar gravemente a qualidade de vida extrauterina do feto (como uma lesão cerebral grave), com indicação absoluta de intervenção em seu benefício, é que

105. De fato, a gravidez implica um sacrifício corporal por parte da mulher como em nenhuma outra situação. No entanto, como constata Scott, esse sacrifício costuma ser visto com mais naturalidade do que o de um pai que resolve doar um rim para seu filho, por exemplo. Facilmente encontramos argumentos que impõem à mulher grávida deveres positivos extraordinários, o que não acontece quando se fala em um dever do pai de doar seus órgãos para o filho que deles necessita. SCOTT, 2002, p. 431-432.

106. Nas hipóteses em que o bebê está em apresentação pélvica, isto é, com a cabeça para cima e os pés para baixo, é possível realizar o parto normal, que, no entanto, acaba sendo acrescido de riscos. Assim, apesar de ser uma situação controversa, há uma indicação relativa de cesariana nesses casos. A respeito, cf. SOUZA; AMORIM; PORTO, 2010, p. 515.

seria possível cogitar a sobreposição à decisão da mulher, muito possivelmente recorrendo-se à justificação a partir de determinados critérios. Acredito que nesses casos a mulher poderá manter o seu direito de recusar intervenções, mas talvez diante de determinadas circunstâncias e condições, que merecem ser melhor esmiuçadas, como o estágio de desenvolvimento fetal e o tipo de dano, de um lado, e um ônus da mulher de demonstrar suas razões ou motivações para exercer esse direito, de outro.¹⁰⁷

4. O TRATAMENTO PENAL DAS INTERVENÇÕES MÉDICAS NA ASSISTÊNCIA AO PARTO

Com base nos fundamentos expostos, a *violência no parto*, na minha concepção, consiste no *desrespeito à autodeterminação da gestante durante o parto ou nos momentos que o precedem*, o que pode ocorrer tanto por meio da *afetação da sua liberdade e da realização de procedimentos sem o seu consentimento válido ou contra a sua vontade*, como também por meio de outros comportamentos que afetam indiretamente a autonomia, como as *ofensas morais*. Ao contrário do que a jurisprudência brasileira parece conceber¹⁰⁸, os comportamentos que constituem violência no parto *não se confundem com a negligência médica* (muito conhecida pela expressão “erro médico”), pois não se trata de crimes culposos nos quais o médico deixa de observar deveres de cuidado inerentes à *lex artis* na execução desses procedimentos, mas sim de ações ou omissões *dolosas* de desrespeito à autonomia da mulher. O excesso de medicalização e a realização de intervenções não indicadas, por si só, não constitui violência obstétrica, mas faz parte do contexto geral em que ela surge. Importante, nesses casos, é aferir se a gestante foi devidamente informada sobre os riscos e benefícios dos procedimentos a que foi submetida e, assim, se o consentimento foi, de fato, livre e esclarecido. A gestante possui, portanto, o direito de optar por um parto normal com mais intervenções ou até mesmo por uma cesárea não indicada a pedido, contanto que essas decisões sejam expressão da sua autonomia.

Na concepção aqui desenvolvida, a vítima da violência é sempre a *gestante*¹⁰⁹. A futura criança, é claro, também pode sofrer lesões em razão da conduta médica, mas, na minha visão, esses problemas vinculam-se via de regra a um outro tipo de discussão, referente aos critérios de imputação em casos de negligência médica ou até mesmo à violência

107. Assim, via de regra não seria legítima, por exemplo, a realização de intervenções arbitrárias para promover um benefício ao feto ou evitar danos menos sérios ou curáveis, observadas as razões esboçadas pela gestante quanto às suas preferências subjetivas. Para algumas propostas, cf. SCOTT, 2002, p. 56. Por mais que eu já tenha em outra sede me posicionado no sentido de que a racionalidade ou razoabilidade da decisão não pode ser um fundamento para ignorá-la, possuindo o paciente um direito à irracionalidade (cf. SIQUEIRA, 2019, p. 101-102), acredito que nessa constelação especial de casos seja possível recorrer a esse critério para aferir a legitimidade da intervenção médica.

108. Cf. item 2.2.4.

109. Em sentido contrário, cf. COSTA; OLIVEIRA; CERQUEIRA, 2019, p. 257.

neonatal. Com isso, não estou dizendo que o bebê não pode sofrer, direta ou indiretamente, com as consequências das violações sofridas pela mãe – como casos em que as violências por ela sofridas acabam ensejando o óbito ou lesões à criança – mas apenas que esse não é o problema central da discussão específica inerente à violência no parto a que aqui me refiro. Na minha visão, é importante separar essas situações, até para que a solução dos casos não parta do grave equívoco, recorrentemente encontrado em nossos tribunais, de que a violência no parto punível estaria adstrita àquelas situações em que o bebê sofre lesões.

Portanto, o tratamento dogmático a ser atribuído às hipóteses de violência no parto deve ser orientado pelo *respeito à autonomia da gestante*. Por mais que outras situações, como as ofensas morais, também possam caracterizar violência no parto¹¹⁰, meu objeto de análise, aqui, serão as situações que afetam diretamente o direito à autodeterminação da gestante: as chamadas *intervenções médicas arbitrárias*, realizadas sem o consentimento válido ou contra a vontade da gestante, além de outras violações da sua *liberdade individual*. Farei, nesta sede, duas análises referentes ao tratamento penal desses casos: uma de *lege lata*, levando em conta principalmente a subsunção das situações de violência no parto aos crimes de lesão corporal (art. 129, CPB) e constrangimento ilegal (art. 146, CPB) (supra 4.1), e outra de *lege ferenda*, analisando as possibilidades de alteração legislativa destinadas a tratar sobre essas questões de maneira mais específica e suprir determinadas lacunas (infra 4.2).

4.1. A responsabilidade penal do profissional de saúde por práticas de violência no parto segundo a legislação brasileira atual

Em termos gerais, as intervenções médicas realizadas no contexto do parto podem atingir, ao menos, dois valores da gestante: sua *liberdade* e seu *corpo*. Por um lado, a decisão de se submeter (ou não) a uma intervenção é fruto do real e pleno exercício da liberdade e da autodeterminação individual. Por outro lado, essas intervenções podem afetar a sua substância corporal, independentemente do resultado a que se chega ou da vontade do médico de promover o bem-estar da gestante. Conforme concluí, somente o consentimento livre e esclarecido ou, em situações excepcionais, o consentimento presumido, são capazes de legitimar essas intervenções. Isso quer dizer que a intervenção obstétrica

110. São recorrentes os relatos de humilhações e ofensas verbais durante o parto, o que, a meu ver, também caracteriza uma afetação da autonomia da mulher, estando essas situações abrangidas pelo conceito de violência no parto aqui delineado. Há, nesses casos, uma verdadeira lacuna de punibilidade na nossa legislação, já que apenas haverá crime quando a agressão verbal proferida pelo médico caracterizar ameaça (art. 147, CP), difamação (art. 139, CP) ou injúria (art. 140, CP). Assim, se o médico determina que a mulher pare de gritar ou fique calada, por exemplo, não há subsunção a quaisquer desses crimes. É importante, portanto, refletir sobre a conveniência de promover uma alteração legislativa para tratar dessas situações.

não validamente consentida poderá caracterizar tanto uma lesão corporal quanto, a depender das circunstâncias, um constrangimento ilegal.

A lesão corporal (art. 129, CP) refere-se à ofensa “à integridade corporal ou à saúde” da gestante e poderá ocorrer nos casos em que a intervenção não validamente consentida afetar a sua *substância corporal*. Isso porque a realização de procedimentos no corpo da gestante sem consentimento ou baseados em um consentimento viciado, como nas situações em que ela é enganada ou não é devidamente informada sobre todos os fatos e riscos relevantes inerentes à intervenção, constitui uma invasão indevida na sua esfera corporal. De acordo com a concepção aqui defendida, com base em uma compreensão liberal dos *bens jurídicos individuais*, fundada no respeito à autonomia, a integridade física abrange não somente a tutela do corpo ou da saúde, isoladamente considerados, mas também a autodeterminação sobre eles, adotando-se, portanto, uma noção *bidimensional*¹¹¹ desse bem jurídico. O corpo, na verdade, é apenas o componente objetivo da integridade física – o objeto sobre o qual recai a conduta. Além dele, no entanto, também um segundo componente, referente à liberdade de disposição do seu titular, é objeto de tutela do crime de lesões corporais.¹¹²

A consecução do tipo do art. 129 do CP, portanto, não exige uma piora geral do estado de saúde, mas “a alteração, anatômica ou funcional, interna ou externa, do corpo humano”¹¹³, o que abrange tanto afetações físicas quanto psíquicas provocadas, segundo a concepção aqui defendida, sem o consentimento válido do titular do bem jurídico¹¹⁴. Isso ocorre, por exemplo, nas hipóteses em que o médico realiza uma episiotomia ou administra ocitocina sintética para intensificar as contrações sem o consentimento da gestante, independentemente de haver ou não indicação.

Importante frisar que a lesão corporal pode ser praticada tanto por ação quanto por omissão, nas situações em que o médico ocupar a posição de garante por assunção da relação de cuidado com a gestante (art. 13, par. 2º, “b”, CP). Assim, nos casos em que a mulher sofre intensas dores no trabalho de parto e solicita a analgesia ao médico, que lhe nega a droga, haverá uma lesão corporal por omissão.

Em algumas hipóteses, no entanto, pode não ser tão clara a violação da integridade física, ainda que a intervenção seja realizada contra a vontade da mulher, como a execução de enemas e da manobra de Kristeller. Ambos são procedimentos que não possuem indicação médica, de acordo com as mais recentes evidências científicas, a despeito de serem práticas rotineiras em algumas maternidades. Os enemas consistem em um tipo de lavagem intestinal por meio da introdução de líquido no reto para provocar a evacuação da gestante. A meu ver, é possível a caracterização da lesão corporal em casos de enemas

111. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, 2017, p. 29.

112. Para uma análise mais aprofundada sobre essa tese, cf. SIQUEIRA, 2019, p. 191 e ss.

113. BITENCOURT, 2016, p. 213–214.

114. Para uma análise pormenorizada dos fundamentos dessa concepção do crime de lesões corporais, cf. SIQUEIRA, 2019, p. 348 e ss.

não consentidos, pois a introdução de um líquido no reto é, de fato, uma invasão indevida do corpo da mulher, que provoca alterações no funcionamento regular do sistema digestório, assim como a ingestão de um medicamento que altera alguma outra função corporal também seria considerada, sem muitos problemas, como lesão corporal. Por sua vez, no caso da manobra de Kristeller, em que o profissional de saúde realiza uma intensa pressão contra o útero da mulher, apesar de não haver sempre uma invasão da substância do corpo, como ocorre nos casos em que a execução da manobra resulta em lesões internas, o simples emprego de força física não consentida contra o corpo da gestante nesses casos já é suficiente para caracterizar a lesão corporal.

Para que não restem dúvidas, friso que o afastamento do injusto da lesão corporal em casos de intervenções obstétricas dependerá sempre do consentimento *válido* da gestante, o que quer dizer que em casos em que a gestante é enganada, v.g., por falsas indicações de intervenções, ou, em termos gerais, não é devidamente esclarecida sobre o procedimento, *ainda assim a conduta médica é prima facie punível pelas lesões corporais causadas*. Ao contrário do que pode ser encontrado na jurisprudência e até mesmo na literatura específica sobre violência obstétrica¹¹⁵, a caracterização da lesão corporal *independe da indicação da intervenção*, já que essa circunstância afeta apenas a intensidade do esclarecimento, conforme delineei anteriormente. Assim, *ainda que a intervenção seja indicada*, caso o médico a realize sem o consentimento válido ou contra a vontade da gestante, seu comportamento poderá ser punível a título de lesão corporal.

Em determinadas situações, contudo, a conduta médica violadora da autonomia da gestante não constituirá lesão corporal, por não recair diretamente sobre a substância corporal, podendo constituir, no máximo, um constrangimento ilegal (art. 146, CP)¹¹⁶. Esse tipo penal proíbe a conduta de “constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda”. O recurso a ele, no entanto, possui alguns problemas, como a exigência típica de violência física, grave ameaça ou redução da capacidade de resistência, pois nem sempre será necessário empregar força física para realizar a intervenção, como nos casos em que a gestante não oferece qualquer resistência ou mesmo naqueles em que o médico simplesmente não colhe o seu consentimento.

115. Cf. por exemplo, COSTA; OLIVEIRA; CERQUEIRA, 2019, p. 257-258. Segundo os autores, “quando houver indicação clínica para os atos adotados pelos profissionais de saúde, não há que se falar em crime”.

116. Em muitos casos, as intervenções arbitrárias poderão se amoldar tanto ao tipo de lesão corporal quanto de constrangimento ilegal, já que a invasão indevida da esfera corporal da gestante constitui uma afetação da autodeterminação corporal e da liberdade individual. No entanto, haja vista que o tipo da lesão corporal, na concepção aqui defendida, é mais abrangente, esse concurso (aparente) de leis será resolvido, por força da consunção, no sentido da punição exclusiva da lesão corporal, sendo o constrangimento ilegal por ela absorvido.

Há casos em que o constrangimento ilegal é evidente, como naqueles em que a gestante é amarrada à cama para que não se movimente durante o parto – aqui, o médico utiliza violência para constranger a mulher a não fazer algo que a lei permite. Contudo, nas situações em que a mulher é constrangida ou obrigada a parir em posição de litotomia, ou qualquer outra que não deseje, nem sempre haverá o que tradicionalmente se concebe como “grave ameaça”, que é a promessa de mal grave¹¹⁷. Ainda que se compreenda a ameaça como qualquer violência moral destinada a perturbar a liberdade psíquica e a tranquilidade da vítima, isso nem sempre ocorrerá nos casos de violência no parto. O mesmo ocorre nas hipóteses em que a gestante é proibida pela equipe médica de se movimentar, de ter um acompanhante ou até mesmo de comer durante o parto: faltará, muitas das vezes, a elementar típica referente à violência ou à grave ameaça. As hipóteses em que o consentimento da gestante está viciado, por exemplo quando ela “consente” em parir sem se movimentar por ter sido enganada pelo médico, que a informou que essa seria a única forma segura de realizar o parto, também não se amoldariam ao tipo de constrangimento ilegal. Nota-se, portanto, que a aplicabilidade do art. 146 CPB aos casos de violência no parto acaba sendo consideravelmente restrita, apesar de possível em alguns casos.

4.2. *Necessidade de criação de novo(s) tipo(s) penal(is)?*

Há, de fato, situações de violência no parto violadoras da autonomia da gestante que não se amoldam aos tipos de lesão corporal ou de constrangimento ilegal, como aquelas que envolvem condutas que, apesar de não afetarem a substância corporal da mulher, violam a sua liberdade, ainda que para isso o profissional de saúde não tenha que recorrer à ameaça ou à violência. Além disso, os casos de intervenções arbitrárias em gestantes também se vinculam a um debate mais amplo referente à necessidade de criação de um tipo penal que tutele específica e expressamente o direito à autodeterminação do paciente na relação médica, principalmente porque o tratamento desses casos no contexto da lesão corporal é, de fato, controverso.¹¹⁸

Para além dessas questões mais gerais, a meu ver, a principal lacuna de punibilidade nos casos de violência no parto refere-se justamente ao dever de esclarecimento médico: em um parto sem intervenções, que é um acontecimento natural e biológico, poder-se-ia argumentar que o médico não teria o dever de informar a gestante sobre o processo do parto, assim como sobre as possíveis intervenções e riscos inerentes a elas. Isso porque a concepção traçada vincula o dever de esclarecimento médico à validade do consentimento para a ingerência na esfera corporal da mulher, tornando-o relevante

117. MARTINELLI; DE BEM, 2021, p. 747-748.

118. A respeito da conveniência de criação de um tipo penal específico referente às intervenções médicas arbitrárias, como já existe, por exemplo, nas legislações de Portugal e da Áustria, cf. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, 2017, p. 1-59.

especialmente para o tipo de lesão corporal – ou seja, o dever de informação está atrelado à realização de uma conduta típica de lesão. Se, no caso, nenhuma intervenção será realizada, por lógica não haveria necessidade de que o parto fosse precedido de esclarecimento, porquanto o dever de informação só surgiria nos casos em que o médico de fato interferisse na substância corporal da mulher. Isso cria um considerável problema, pois o dever de informar surgiria apenas no momento em que a intervenção se tornasse necessária, o que muito provavelmente ocorreria apenas durante o parto, quando a mulher, na melhor das hipóteses, possui menos condições de refletir sobre suas opções. Diante disso, o direito da mulher à informação para exercício da sua autodeterminação, cuja importância tanto ressaltei, restaria fragilizado.¹¹⁹

Assim, acredito que há boas razões para fundamentar, *de lege ferenda*, a criação de tipos penais que tratem de maneira mais específica das intervenções arbitrárias, também aplicáveis ao contexto do parto: um derivado do crime de lesão corporal e outro específico referente à proteção do direito à autodeterminação na relação médico-paciente¹²⁰. Nos casos em que a integridade física for afetada, a realização de uma intervenção não validamente consentida ou contrária à vontade do sujeito afetado caracterizaria uma modalidade de lesão corporal qualificada. Já nos casos em que não houver afetação da substância corporal, mas apenas uma violação do dever de esclarecimento ou limitação geral da liberdade do paciente, independentemente da existência de violência ou ameaça, haveria um crime contra a liberdade. As nuances mais gerais referentes ao conteúdo do dever de esclarecimento e pressupostos de validade do consentimento seriam, então, delimitados nos próprios tipos penais, trazendo mais segurança jurídica e previsibilidade, tanto para os médicos quanto para os pacientes, além de encerrar a polêmica sobre o amoldamento típico dessas intervenções. Assim, por mais que o tipo de lesões corporais forneça substrato para a punição do médico que intervém contra a vontade ou sem o consentimento da gestante na grande maioria dos casos, a delimitação específica de todas as nuances referentes ao problema das intervenções médicas, com efeitos diretos para o tratamento penal de comportamentos violadores da autonomia das mulheres no parto, é, na minha concepção, pertinente e necessária.

5. SOLUÇÃO DOS CASOS PROPOSTOS

Por fim, para testar as conclusões aqui traçadas, retomo os casos apresentados no primeiro capítulo:

119. Também constata esses problemas: ZIMMERMANN, 2017, p. 51.

120. Por mais que isso não esteja no escopo do presente trabalho, também acredito que há bons fundamentos para a criação de um terceiro tipo aplicável à violência no parto no contexto dos crimes contra a honra, para abarcar situações de humilhações e agressões verbais.

No caso 1, há duas indicações discutíveis de cesárea: a gestação prolongada¹²¹ e a existência de duas cesarianas prévias¹²². No entanto, mesmo tendo sido devidamente informada e compreendendo os riscos explicados pela médica, a gestante não consente na realização da cirurgia e deseja ter um parto natural. Trata-se de um caso em que o parto normal pode envolver riscos mais elevados do que o habitual, mas, por se tratar de indicações discutíveis, não necessariamente a realização de uma cesárea implicaria menos riscos para a mulher e o bebê. Não há, portanto, razões fundadas no risco iminente para a vida ou a integridade física do bebê e na indicação absoluta da intervenção para que se cogitasse uma eventual supressão da decisão da mulher, de sorte que apenas o consentimento válido da gestante poderia legitimar a realização da cesariana. Afinal, nesse caso caberia somente à paciente ponderar os diferentes riscos das possíveis vias de parto para optar por uma delas. Considerando que o médico realizou o procedimento contra a vontade da mulher, seu comportamento é punível a título de lesão corporal (art. 129, CP), não havendo causas que afastem o injusto.

Já na variação 1 do caso 1, a suposta indicação de cesariana apresentada pelo médico é, na verdade, *falsa*, haja vista que o parto normal pode ocorrer até, pelo menos, 42 semanas. Ademais, caso fosse a vontade da paciente não esperar até que o trabalho de parto se iniciasse naturalmente, a indicação médica seria de internação para indução do parto e não a cesariana¹²³. É claro que, conforme defendi, a indicação da intervenção não atesta a sua legitimidade, mas afeta apenas a intensidade do dever de esclarecimento do médico. Para que o consentimento da gestante nesse caso fosse válido, a opção pela cesariana deveria ter sido livre, de modo que, caso ela tivesse sido devidamente informada sobre as suas opções e riscos, nada a impediria de optar autonomamente pela cesariana, mesmo que não houvesse indicação médica. No entanto, o consentimento concedido pela gestante nesse caso foi *inválido*, porquanto fundado em um *vício de vontade* decorrente de engano. De fato, a gestante foi levada a crer que essa era a sua única opção, tendo o médico a ludibriado e, com isso, violado o seu dever de esclarecimento sobre a verdadeira indicação e sobre as alternativas de parto. A conduta médica, portanto, torna-se punível a título de lesão corporal (art. 129, CP), não havendo causas que afastem o injusto.

No caso 2, a gestante teve negado o seu direito à analgesia, tendo o médico alegado apenas que não havia indicação médica para a prática desse ato. No entanto, a indicação da analgesia existe a partir do momento em que ela é solicitada pela gestante, não dependendo de um juízo médico acerca da intensidade da dor. A dor é um sintoma natural e esperado das alterações corporais sofridas pela mulher no momento do parto, sendo

121. Em casos de gestações superiores a 41 semanas, há indicação de indução do parto ou de expectação com monitorização regular do bem-estar fetal. SOUZA; AMORIM; PORTO, 2010, p. 512.

122. Segundo *Diniz e Duarte*, “apesar dos riscos de ruptura, os estudos falharam em comparar partos sem intervenções e cesáreas eletivas para mulheres que já fizeram mais de uma cesárea prévia”. DINIZ; DUARTE, 2004, p. 121.

123. DINIZ; DUARTE, 2004, p. 123.

função do médico manejá-la adequadamente. Assim, há nesse caso uma lesão corporal por omissão (art. 129 c/c art. 13, par. 2º, CP), pois o médico, ocupando a posição de garante em razão da assunção fática dos cuidados obstétricos da gestante, deixou de agir para evitar o resultado, que decorre das intensas dores sofridas pela mulher durante o parto.

Por fim, no caso 3, ao realizar o corte da episiotomia contra a vontade da paciente, o médico praticou uma conduta que se amolda, segundo os pressupostos acima traçados, ao tipo de lesão corporal (art. 129, CP): ele ofendeu a integridade corporal da paciente, tendo afetado indevidamente seu corpo e sua autodeterminação. A ausência de indicação reforça a minha conclusão, haja vista que a realização da episiotomia nesse caso só seria legítima caso a gestante de fato consentisse na intervenção após o médico ter esclarecido sobre a ausência de indicação e a necessidade, segundo a sua opinião pessoal, de realizar a intervenção de modo rotineiro. Ademais, a minha conclusão permanece inalterada na variação 1, já que a indicação da intervenção em benefício da mulher não modifica a solução do caso, devendo o médico, ainda assim, colher o consentimento da paciente antes de realizar o procedimento. Afinal, reconhecendo-se a autonomia da gestante, cabe somente a ela – e não ao médico – a decisão acerca dos tratamentos a que deseja ou não ser submetida, o que torna ilegítima qualquer interferência não consentida em sua esfera corporal. Assim, a ausência de consentimento permite a punição da conduta do médico em razão da lesão corporal causada.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

1. O debate em torno da *violência no parto* faz parte de uma discussão mais ampla referente à *violência obstétrica*, expressão que, apesar de encontrar resistência de médicos e profissionais da saúde, tem sido cada vez mais utilizada para designar os casos de violação da autonomia das mulheres e apropriação de seus corpos e processos reprodutivos por profissionais da saúde durante o ciclo gravídico-puerperal (gestação, parto, pós-parto e até mesmo acolhimento ao abortamento). Em um contexto de sobremedicalização e patologização da assistência ao parto, o movimento de humanização surge como uma alternativa em defesa do resgate da autonomia e do protagonismo da gestante e, ao chamar atenção para os problemas inerentes ao modelo hospitalar de assistência, dá ensejo a discussões que possuem reflexos jurídico-penais.

2. O modelo hospitalar hegemônico permite intervenções paternalistas e, em termos gerais, a apropriação do corpo da mulher “para o seu próprio bem”. Nesse contexto pautado pelo excesso de medicalização e em que mulheres têm seus corpos objetificados e controlados por médicos, respeitar a autonomia das gestantes e fornecer as informações necessárias para a tomada de decisões referentes à assistência ao parto é o primeiro passo para realmente libertá-las do jugo médico. Assim, de acordo com a concepção aqui defendida, o fundamento que atribui legitimidade às intervenções obstétricas e que orienta

a definição de violência no parto é o *respeito à autonomia da gestante*. A autonomia atribui à mulher o direito de viver segundo a sua própria concepção de vida boa, conferindo a ela o domínio soberano sobre o território do próprio corpo. Isso quer dizer que, em um modelo de respeito à autonomia da gestante, apenas o seu consentimento real ou presumido poderá legitimar as intervenções realizadas por profissionais de saúde na assistência ao parto.

3. Há ao menos duas situações em que a autonomia da gestante definitivamente não pode ser desrespeitada: quando a intervenção diz respeito *apenas* ao corpo, à saúde ou à vida da *mulher* ou em casos de *indicações relativas de intervenções em prol do bebê*. Nesses casos, a decisão caberá *sempre* à gestante capaz, porquanto pertencente ao núcleo intangível da sua esfera de liberdade e autodeterminação, ao qual ninguém, nem mesmo o médico, poderá se sobrepor. *Somente* nos casos em que houver um *risco iminente de morte ou de lesão com potencial de afetar gravemente a qualidade de vida extrauterina do feto* (como uma lesão cerebral grave), com indicação *absoluta* de intervenção em seu benefício, é que seria possível *cogitar* a sobreposição à decisão da mulher, muito possivelmente recorrendo-se à justificação a partir de determinados critérios.

4. A intervenção obstétrica não validamente consentida poderá caracterizar, a depender das circunstâncias, tanto uma lesão corporal quanto um constrangimento ilegal. A lesão corporal estará caracterizada quando o profissional de saúde interferir na substância corporal da gestante sem o seu consentimento válido ou contra a sua vontade. Essa conclusão independe da existência ou não de indicação médica, já que essa circunstância afeta apenas a intensidade do dever de esclarecimento do médico, mas não a legitimidade da intervenção. Assim, ainda que a intervenção que recai sobre a substância corporal da mulher seja indicada, ela continuará constituindo uma lesão corporal punível caso seja realizada sem o seu consentimento válido. No entanto, em algumas situações a conduta médica violadora da autonomia da gestante, por não recair diretamente sobre a substância corporal, não caracterizará lesão corporal, mas, caso afete a liberdade da gestante, poderá constituir, no máximo, um constrangimento ilegal. Por fim, diante das lacunas de punibilidade encontradas na legislação brasileira atual, é desejável a criação de tipos penais específicos referentes à proteção da integridade física e da autodeterminação individual no contexto das intervenções médicas.

7. REFERÊNCIAS

ARGENTINA. *Ley 26.485/2009: Ley de Protección Integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales*. Buenos Aires, 2009. Disponível em: [https://siteal.iiep.unesco.org/sites/default/files/sit_accion_files/siteal_argentina_0859.pdf]. Acesso em: 30.03.2021.

- ASSOCIAÇÃO DE OBSTETRÍCIA E GINECOLOGIA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Posicionamento da SOGESP em relação ao PL 435/2019. Disponível em: [www.sogesp.com.br/noticias/posicionamento-da-sogesp-em-relacao-ao-pl-4352019/]. Acesso em: 03.04.2021.
- BALASKAS, Janet. *Parto ativo: guia prático para o parto natural (a história e a filosofia de uma revolução)*. Trad. Adailton Salvatore e Talia Gevaerd de Souza. 3. ed. São Paulo: Ground, 2015.
- BALOGH, Giovanna. Justiça do RS manda grávida fazer cesariana contra sua vontade. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 02.04.2014. Disponível em: [www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2014/04/1434570-justica-do-rs-manda-gravida-fazer-cesariana-contra-sua-vontade.shtml?cmpid=menupe]. Acesso em: 28.02.2021.
- BARCLAY, Linda. Autonomy and the social self. In.: MACKENZIE, Catriona; STOLJAR, Natalie. *Relational autonomy: Feminist Perspectives on Autonomy, Agency, and the Social Self*. Oxford: Oxford University Press, 2000.
- BITENCOURT, Cesar. *Tratado de direito penal: parte geral*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 1.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial*. São Paulo: Saraiva, 2016. v. 2.
- BLEILER, Lisa-Maria. *Strafbarkeitsrisiken des Arztes bei religiös motiviertem Behandlungsveto*. Heidelberg: Springer, 2010.
- BOWSER, Diana; HILL, Kathleen. *Exploring Evidence for Disrespect and Abuse in Facility-Based Childbirth: Report of a Landscape Analysis*. Boston: Harvard School of Public Health – University Research Co., 2010.
- BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS). *Parto é normal*. Disponível em: [www.ans.gov.br/parto-e-normal]. Acesso em: 02.04.2021.
- BRASIL. Ministério da Saúde. Sistema de Informação sobre Nascidos Vivos. Brasília. Disponível em: [http://tabnet.datasus.gov.br/cgi/deftohtm.exe?sinasc/cnv/nvuf.def]. Acesso em: 03.04.2021.
- BRASIL. Ministério da Saúde. Despacho DAPES/SAS/MS de 03 de maio de 2019. Disponível em: [https://sei.saude.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&codigo_verificador=9087621&codigo_crc=1A6F34C4&hash_download=c4c55cd95ede706d0b729845a-5d6481d07e735f33d87d40984dd1b39a32d870fe89dcf1014bc76a32d2a28d8f0a2c5ab928ff165c67d8219e35beb1a0adb3258&visualizacao=1&id_orgao_acesso_externo=0]. Acesso em: 29.03.2021.
- BRENNAN, Karen. Reflections on criminalizing obstetric violence. In.: PICKLES, Camilla; HERRING, Jonathan (Org.). *Childbirth, Vulnerability and Law: exploring issues of violence and control*. London: Routledge, 2020.
- BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1967. t. II

- CARVALHO, Cynthia Coelho Medeiros de; SOUZA, Alex Sandro Rolland; MORAES FILHO, Olímpio Barbosa. Episiotomia seletiva: avanços baseados em evidências. *Femina*, v. 38, n. 5, maio 2010.
- CECHIN, Petrolina Libana. Reflexões sobre o resgate do parto natural na era da tecnologia. *Revista Brasileira de Enfermagem*, Brasília, v. 55, n. 4, p. 444-448, jul.-ago. 2002.
- CHAVES, Ricardo L. Violência obstétrica, cuidado neonatal e desafios para a humanização da assistência ao parto. In.: CASTRO, Thamís Dalsenter Viveiros de. *Violência obstétrica em debate: diálogos interdisciplinares*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 61-72.
- CHRISTMAN, John. Relational Autonomy, Liberal Individualism, and the Social Constitution of Selves. *Philosophical Studies: An International Journal for Philosophy in the Analytic Tradition*, v. 117, n. 1/2, p. 143-164, 2004.
- COSTA, Rodrigo de Souza; OLIVEIRA, Adriana Vidal de; CERQUEIRA, Consuelo Alcon Fadul. A responsabilidade penal nas hipóteses de violência obstétrica. In.: THAMIS, Thamís Dalsenter Viveiros de. *Violência obstétrica em debate*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 249-260.
- DADALTO, Luciana. *Testamento vital*. 5. ed. Indaiatuba: Foco, 2020.
- DINIZ, Simone Grilo; DUARTE, Ana Cristina. *Parto normal ou cesárea?* São Paulo: UNESP, 2004.
- DINIZ, Carmem Simone Grilo. Humanização da assistência ao parto no Brasil: os muitos sentidos de um movimento. *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 10, n. 3, 2005, p. 635.
- DINIZ, Simone Grilo; SALVAGO, Heloisa de Oliveira; ANDREZZO, Halana Faria de Aguiar; CARVALHO, Paula Galdino Cardin de; CARVALHO, Priscila Cavalcanti Albuquerque; AGUIAR, Cláudia de Azevedo; NIY, Denise Yoshie. Abuse and disrespect in childbirth care as a public health issue in Brazil: Origins, definitions, impacts on maternal health, and proposals for its prevention. *Journal of Human Growth and Development*, v. 25, p. 377-376, 2015.
- FEDERAÇÃO BRASILEIRA DAS ASSOCIAÇÕES DE GINECOLOGIA E OBSTETRÍCIA. *Nota de apoio da FEBRASGO ao despacho do ministério da saúde sobre a utilização da expressão “violência obstétrica”*. Disponível em: [www.febrasgo.org.br/pt/noticias/item/799-nota-de-apoio-da-febrasgo-ao-despacho-do-ministerio-da-saude-sobre-a-utilizacao-da-expressao-violencia-obstetrica]. Acesso em: 29.03.2021.
- FEINBERG, Joel. *Harm to Self. The moral limits of Criminal Law*. New York: Oxford University Press, 1986. v. 3.
- FORSBERG, Lisa. Childbirth, consent, and information about options and risks. In.: PICKLES, Camilla; HERRING, Jonathan (Org.). *Childbirth, Vulnerability and Law: exploring issues of violence and control*. London: Routledge, 2020.

- FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ. Nascer no Brasil. *Inquérito nacional sobre parto e nascimento*. Disponível em: [www.ensp.fiocruz.br/portal-ensp/informe/site/arquivos/anexos/nascerweb.pdf]. Acesso em: 1.04.2021.
- GRECO, Luís; SIQUEIRA, Flávia. Promoção da saúde ou respeito à autonomia? Intervenção cirúrgica, exercício de direito e consentimento no direito penal médico. *Studia Juridica*, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade (v. 1), v. 108, 2017. p. 649.
- HERRING, J. *Law and the Relational Self*. Cambridge: Cambridge University Press, 2020.
- HERRING, Jonathan. Identifying the wrong in obstetric violence: lessons from domestic abuse. In.: PICKLES, Camilla; HERRING, Jonathan (Org.). *Child-birth, Vulnerability and Law: exploring issues of violence and control*. London: Routledge, 2020.
- KNOBEL, Roxana; RADÜNZ, Vera; CARRARO, Telma Elisa. Utilização de estimulação elétrica transcutânea para alívio da dor no trabalho de parto: um modo possível para o cuidado à parturiente. *Texto & Contexto – Enfermagem*, Florianópolis, v. 14, n. 2, p. 229-236, 2005.
- LANSKY, Sônia; SOUZA, Kleyde Ventura de; PEIXOTO, Eliane Rezende de Moraes; OLIVEIRA, Bernardo Jefferson; DINIZ, Carmen Simone Grilo; VIEIRA, Nayara Figueiredo; CUNHA, Rosiane de Oliveira; FRICHE, Amélia Augusta de Lima. Violência obstétrica: influência da Exposição Sentidos do Nascer na vivência das gestantes. *Ciencia & Saude Coletiva*, v. 24, p. 2811-2823, 2019.
- MACKENZIE, Catriona; STOLJAR, Natalie. Introduction: Autonomy refigured. In.: MACKENZIE, Catriona; STOLJAR, Natalie. *Relational autonomy: Feminist Perspectives on Autonomy, Agency, and the Social Self*. Oxford: Oxford University Press, 2000. p. 3-31.
- MARTINELLI, João Paulo; DE BEM, Leonardo Schmitt. *Direito penal lições fundamentais: parte especial, crimes contra a pessoa*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021.
- MONTIEL, Juan Pablo. "Geburtshilfliche Gewalt" als eigenmächtige Verfügung über die Körpersphäre der Schwangeren. In: KUDLICH, Hans; JÄGER, Christian; MONTIEL, Juan Pablo. *Aktuelle Fragen des Medizinstrafrechts*, Baden-Baden: Nomos, 2017. p. 79-110.
- NIY, Denise Yoshie; ALONSO, Bruna Dias; MORENO, Bruna Silveira; DINIZ, Carmen Simone Grilo. Violência obstétrica nos estudos brasileiros sobre assistência ao parto: definições em construção. In.: CASTRO, Thamis Dalsenter Viveiros de. *Violência obstétrica em debate: diálogos interdisciplinares*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.
- ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. Prevenção e eliminação de abusos, desrespeito e maus-tratos durante o parto em instituições de saúde. Genebra: Departamento de Saúde Reprodutiva e Pesquisa/OMS, 2014.

- Disponível em: [https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/134588/WHO_RHR_14.23_por.pdf;jsessionid=0CD9E63B82CAED0DC45EA-1FAEEFA0240?sequence=3]. Acesso em: 11.01.2021.
- ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. Appropriate Technology for Birth. *The Lancet*, v. 326, n. 8452, p. 436-437, 1985.
- PEREIRA, Fernanda Araújo; BRASILEIRO, Ana Clara Matias. Cesarianas eletivas no Brasil: exercício ou negação da autonomia das pacientes? *Revista do Instituto de Ciências Penais*, v. 6, n. 1, 2021, p. 185-221.
- PICKLES, Camilla; HERRING, Jonathan. Introduction. In.: PICKLES, Camilla; HERRING, Jonathan (Org.). *Childbirth, Vulnerability and Law: exploring issues of violence and control*. London: Routledge, 2020.
- PIERANGELI, José Henrique. *O consentimento do ofendido na teoria do delito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- PRADO, Luis Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. 11. ed. São Paulo: Ed. RT, 2012. v. 1.
- RAWLS, John. *Political Liberalism*. Expanded. New York: Columbia University Press, 2005.
- RAWLS, John. The Idea of Public Reason Revisited. *The University of Chicago Law Review*, v. 64, n. 3, p. 765-807, 1997.
- RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, Virgilio. El delito de tratamiento médico arbitrario: una propuesta de lege ferenda. *RECPC*, v. 19-03, p. 1-59, 2017.
- RUSSO, Jane A.; NUCCI, Marina Fisher. Parindo no paraíso: parto humanizado, ocitocina e a produção corporal de uma nova maternidade. *Interface*, n. 24, p. 1-14, 2020.
- SANDEL, Michael J. *Liberalism and the Limits of Justice*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.
- SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada, *Boletim Científico ESMPU*, v. 14, 2005, p. 185.
- SCOTT, Rosamund. *Rights, Duties and the Body: Law and Ethics of the Maternal-Fetal Conflict*. Oxford: Hart publishing, 2002.
- SHABOT, Sara Cohen. We birth with others: Towards a Beauvoirian understanding of obstetric violence. *European Journal of Women's Studies*, p. 1-16, 2020.
- SIQUEIRA, Flávia. O paradigma de respeito à autonomia do paciente e suas implicações no Direito Penal da Medicina: em especial sobre a ilegitimidade das intervenções médicas arbitrárias. In.: SIQUEIRA, Flávia; ESTELLITA, Heloísa. *Direito penal da medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2020.
- SIQUEIRA, Flávia. Gesundheitsschädigende Patientenaufklärung: Grund und Grenzen einer Entbehrlichkeit der Aufklärungen vor Heileingriffen. *Medstra*, v. 3, p. 153-159, 2018.
- SIQUEIRA, Flávia. *Autonomia, consentimento e direito penal da medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

- SIQUEIRA, Flávia; SOARES, Hugo. Vacinação compulsória? Sobre os limites da atuação do Estado no combate à COVID-19. *Revista de Estudos Criminais*, n. 81, 2021 (no prelo).
- SOUZA, Alex Sandro Rolland; AMORIM, Melania Maria Ramos; PORTO, Ana Maria Feitosa. Condições frequentemente associadas com cesariana, sem respaldo científico. *Femina*, v. 38, n. 10, p. 505-516, 2010.
- TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos do direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- URUGUAI. Ley 19580: ley de violencia hacia las mujeres basada en género. Disponível em: [www.impo.com.uy/bases/leões/19580-2017]. Acesso em: 30.03.2021.
- VENEZUELA. “Ley Orgánica sobre los derechos de las mujeres a una vida libre de violencia”. Caracas, 2007. Disponível em: [https://venezuela.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/Ley_mujer%20%281%29_0.pdf]. Acesso em: 30.03.2021.
- ZIMMERMANN, Frank. Strafbare Geburtshilfe? Schutz und Grenzen des Selbstbestimmungsrechts der Schwangeren bei der Geburt. In: KUDLICH, Hans; JÄGER, Christian; MONTIEL, Juan Pablo. *Aktuelle Fragen des Medizinstrafrechts*, Baden-Baden: Nomos, 2017.

Legislação

- BRASIL. Ministério da Saúde. *Diretrizes nacionais de assistência ao parto normal: versão resumida*. Brasília: Ministério da Saúde, 2017.
- CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Parecer n. 32/2018. Disponível em: [https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/pareceres/BR/2018/32]. Acesso em: 30.03.2021.

PESQUISAS DO EDITORIAL**Veja também Doutrinas relacionadas ao tema**

- O enquadramento da violência obstétrica como espécie de violência de gênero, de Edson Luz Knippel e Isabella de Antonio Dias – *RDM* 3;
- Os sentidos da liberdade: aborto, uma decisão igualitária perante a lei, de Maria Garcia – *RDCI* 106/49-61; e
- A tipificação de interrupção, provocada ou consentida, de gravidez: o caso de transgêneros com alteração de prenome e sexo, de Maria Cristina Nieves Rangel – *RT* 1004/171-186.

Veja também Jurisprudência relacionada ao tema

- *RT* 934/379 TJSP RSE 0090499-67.2005.8.26.0224; e
- TJAP Ap 0000547-49.2009.8.03.0007.

Veja também legislações relacionadas ao tema

- Arts. 24, 146 do CP;
- Art. 5º, § 2º, da Resolução 2.232/2019; e
- Arts. 1º, III, e 5º, *caput*, da CF.

INCORPORAÇÃO DO FEMINICÍDIO PELA DOGMÁTICA PENAL BRASILEIRA: A VIOLÊNCIA LETAL CONTRA MULHERES ENTRE RECONHECIMENTO E NATURALIZAÇÃO

*INCORPORATION OF THE FEMINICIDE BY BRAZILIAN CRIMINAL DOGMATICS: LETHAL
VIOLENCE AGAINST WOMEN BETWEEN RECOGNITION AND NATURALIZATION*

MARISSE COSTA DE QUEIROZ

Doutoranda em Direito pela Universidade Federal do Paraná (2019). Mestre em Filosofia e Teoria do Direito pela UFSC (2003). Professora Adjunta do Curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR), *Campus* Londrina. Pesquisadora associada da Clínica de Direitos Humanos da UFPR. Advogada.

ORCID: [<https://orcid.org/0000-0003-3574-0415>].

Lattes: [<http://lattes.cnpq.br/7136338984483285>].

marisse.queiroz@pucpr.br

TAYSA SCHIOCCHET

Doutorado em Direito (2010), com período de estudos doutorais na *Université Paris I* e na FLACSO, Buenos Aires. Pós-doutorado pela *Universidad Autónoma de Madrid* (UAM). Professora Adjunta da Faculdade de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPR. Professora visitante da *Université Paris X*. Advogada. Coordenadora da Clínica de Direitos Humanos da UFPR.

ORCID: [<http://orcid.org/0000-0002-6703-9036>].

Lattes: [<http://lattes.cnpq.br/4551065746013148>].

taysa_sc@hotmail.com

Recebido em: 26.01.2021

Aprovado em: 20.07.2021

Última versão das autoras: 08.08.2021

ÁREAS DO DIREITO: Penal; Direitos Humanos

RESUMO: Baseando-se na teoria feminista do direito e no conceito de justiça de gênero pela perspectiva do reconhecimento (Fraser) e de domesticação (Severi), o objetivo da pesquisa é analisar como a dogmática penal interpreta o feminicídio e incorpora a perspectiva de gênero.

ABSTRACT: Based on the feminist theory of law and the concept of gender justice from the perspective of recognition (Fraser) and domestication (Severi), this article discusses the way in which criminal doctrine interprets feminicide and incorporates the gender. Through qualitative

Por meio de pesquisa qualitativa e descritiva, utilizamos a técnica de análise de conteúdos em sete manuais de Direito Penal. A síntese dos resultados é que todas as obras fazem menção à legislação conexa. Na maioria delas, machismo, sexismo, patriarcado e misoginia são discutidos em alguma medida. Em menor número, há indicação de literatura feminista especializada. Contudo, em todas as obras a discussão do sujeito passivo (mulher) é naturalizada ou sequer comentada. Além disso, nenhuma obra menciona documentos em perspectiva de gênero para políticas públicas e apenas uma cita a CPML da violência contra a mulher. Diante disso, concluímos que a recepção da perspectiva de gênero na interpretação do feminicídio pela dogmática penal existe, mas é parcial. A maior parte dos textos analisados criam espaços argumentativos de reconhecimento do feminicídio como consequência de estruturas socialmente construídas. Contudo, essa incorporação é limitada por estratégias de naturalização e domesticação, em razão da evidente falta de familiaridade dos autores analisados com os estudos de gênero.

PALAVRAS-CHAVE: Feminicídio – Justiça de gênero – Dogmática penal – Reconhecimento – Domesticação.

and descriptive research, we used the technique of content analysis in seven Criminal Law handbooks. The summary of the results is that all handbooks refer to related legislation. In most of them, sexism, patriarchy and misogyny are discussed to some extent. In a smaller number, there is an indication of specialized feminist literature. However, in all the handbooks the discussion of the passive subject (woman) is naturalized or not even commented upon. Furthermore, none handbooks make mention documents from a gender perspective for public policies and only one mention the CPML on violence against women. Therefore, we conclude that the reception of the gender perspective in the interpretation of femicide by penal dogmatics exists, but it's partial. Most of the analyzed texts create argumentative spaces for the recognition of femicide as consequence of socially constructed structures. However, this incorporation is limited by naturalization and domestication strategies, due to the evident lack of familiarity of the analyzed authors with gender studies.

KEYWORDS: Femicide – Gender justice – Criminal dogmatics – Recognition – Domestication.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Os sentidos e o reconhecimento das demandas por direitos das mulheres a partir da tipificação do feminicídio. 2.1. Feminicídio: percursos de um conceito. 2.2. Regimes de gênero, feminicídio e lutas por reconhecimento. 3. Concessões legais, discurso jurídico e seus limites: análise da interpretação do feminicídio pela dogmática penal. 3.1. Delimitação do *corpus* e coleta dos dados empíricos. 3.2. Análise dos resultados. 4. Conclusão. 5. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A morte violenta é experimentada nos corpos. Suas causas são diversas e geralmente estão relacionadas a histórias pessoais, contextos de vida e desigualdades sociais. A violência letal é, ainda, um problema de saúde e de segurança públicas que pode ser analisada segundo suas próprias especificidades e características, como, por exemplo, quando as vítimas são mulheres. Saber quais mulheres morrem, onde morrem e como morrem

(ÁVILA et al., 2021), pode ser particularmente revelador e inquietante, abrindo portas para novas formas de compreender esse fenômeno e para novos conceitos a serem incorporados pelo direito.

Por isso, atualmente, o assassinato de mulheres em razão do gênero é denominado feminicídio pela legislação penal brasileira. A tipificação penal do feminicídio tem história, pois é parte de um processo sociopolítico que possui eco nas demandas de mulheres ativas e nos movimentos organizados representativos delas na luta pelo reconhecimento das especificidades das violências que afetam mulheres e meninas. A articulação de movimentos de mulheres em torno de ações de *advocacy*¹ com foco na judicialização da violência de gênero criou conhecimentos especializados no âmbito das ciências jurídicas. A alteração do Código Penal Brasileiro (Decreto-Lei 2.848/1940) após a promulgação da Lei 13.104/2015, que incluiu o feminicídio como uma qualificadora do tipo genérico homicídio (C.P, art. 121, § 2º, VI) com agravantes (C.P, art. 121, § 7º e incisos), é resultado de discussões teóricas e articulações políticas oriundas do campo dos estudos de gênero com reflexos no direito.

Essas modificações legislativas com foco nas relações de gênero tensionam o direito e suas estruturas formais e relacionais. A demanda por definir feminicídio a partir de um tipo penal justifica-se num contexto em que, tendencialmente, essas mortes podem ser destituídas de suas características específicas (mortes evitáveis, geralmente precedidas de outras violências e resultantes de relações de subalternização das mulheres).

Ao mesmo tempo, o fenômeno de judicialização das relações sociais é objeto de análise em muitos estudos, com conclusões diversas sobre sua eficácia para o acesso à justiça e para o reconhecimento dos direitos humanos das mulheres. O apelo à judicialização das relações de gênero pelos movimentos feministas, principalmente quando envolve reformas legislativas penais, tem gerado debates profícuos. Ao analisar a literatura jurídica atual sobre o tema, é possível identificar estudos críticos diversos. Há os que analisam as contradições e paradoxos dos discursos jurídicos na aplicação de normas protetivas para mulheres em situação de violência (BRAGAGNOLO; LAGO; RIFIOTIS, 2015; RIFIOTIS, 2008); alguns fazem análises sobre os sentidos de violência de gênero e sua recepção e modificação pelo sistema de justiça (DEBERT; GREGORI, 2008); outros analisam os paradoxos e limites do direito pela domesticação das demandas feministas (SEVERI, 2018); há estudos sobre a dimensão simbólica e política do direito na visibilidade e reconhecimento da justiça de gênero (AUGUSTO et al., 2019; CASTILHO; CAMPOS, 2018; GUMIERI; COSTA; DINIZ, 2015; SEVERI, 2016); encontramos, também, análises que rechaçam as demandas feministas por judicialização (KARAM, 2006; NIELSSON;

1. Expressão utilizada para denominar o conjunto amplo e diversificado de ações políticas dos movimentos feministas que tem o objetivo de pautar o debate público e mobilizar os atores e as mais diversas instituições para gerar transformações, principalmente, nas políticas públicas e nas legislações, conforme a agenda de demandas e interesses das mulheres e segundo uma perspectiva feminista (LIBARDONI, 2000).

PINTO, 2016), e aquelas que problematizam num nível mais complexo as apostas das feministas no direito penal (POSSAS, 2018; PRANDO, 2016, 2020; RODRIGUEZ, 2015).

A incorporação dos debates sobre o reconhecimento dos direitos humanos das mulheres, de justiça de gênero, das teorias feministas do direito, da criminologia feminista e das especificidades da violência contra as mulheres, evidencia a complexidade das discussões sobre a temática em torno do feminicídio. Contudo, a criação de um novo tipo penal descortinou novos espaços discursivos na dogmática ainda pouco explorados pela literatura jurídica como objeto de análise em perspectiva feminista. Eis a lacuna teórica a partir da qual mobilizamos a presente pesquisa. Diante disso, questionamos: em que medida a ciência jurídica, por meio da doutrina penal, tem demonstrado a capacidade de incorporar os sentidos do tipo feminicídio e das pautas feministas nele incluídas quando da sua interpretação e comentário?

O presente estudo se justifica num contexto em que a produção acadêmica de perspectiva teórica feminista de juristas e pesquisadoras da área do direito é expressiva, porém ainda marginal na dogmática penal *mainstream* ou convencional. O modo como tal dogmática interpreta a qualificadora do feminicídio revela o potencial transformador do direito quando produz conhecimento sobre essa imputação penal. Por isso, mapear a compreensão dos juristas sobre as desigualdades de gênero é importante para descrever os limites e o potencial de abertura do sistema jurídico em mobilizar o reconhecimento dos direitos das mulheres, considerando suas especificidades e diferenças.

Há muitos estudos com análises de discursos e de conteúdo sobre legislação e decisões judiciais, bem como etnografias sobre os sujeitos implicados na violência de gênero (agentes públicos, operadores do direito, vítimas e agressores), mas quase não encontramos análises como a proposta neste trabalho. Desponta, nesse sentido, a publicação pioneira de Augusto et al. (2019) que apresenta análise descritiva do sistema de justiça e da dogmática penal sobre o feminicídio com intersecções e análises semelhantes a esta pesquisa. Fazendo avançar a literatura sobre o tema, a contribuição teórico-metodológica deste trabalho reside em estabelecer parâmetros previamente definidos e sistematizados, com categorias de análise delimitadas e, portanto, achados documentais próprios, capazes de corroborar, divergir ou mesmo inovar em relação à produção teórica existente que, frisamos, é ainda incipiente na literatura jurídica nacional.

Assim, pretende-se analisar se essa produção feminista possui receptividade pela dogmática, materializada em livros e manuais de direito penal e se contribui para a construção e ressignificação de saberes jurídicos considerando seus níveis de influência na formação e na atuação dos operadores do direito que irão aplicar essas regras aos casos concretos. Neste trabalho, essa questão é analisada delimitando-se como *corpus* a formação discursiva da doutrina jurídica penal após inclusão do feminicídio na legislação penal brasileira. Parte-se da premissa de que descrever a compreensão dos juristas sobre as desigualdades de gênero implica em conhecer os limites e avanços do sistema jurídico na efetividade do direito das mulheres bem como o alcance da aposta do movimento feminista no reconhecimento de suas demandas pelo direito penal.

Levando-se em consideração os delineamentos anteriores, o objetivo da pesquisa consiste em analisar como a doutrina penal interpreta o feminicídio e descrever, a partir de seis parâmetros previamente definidos, em que medida os discursos jurídicos dessa área e sua linguagem própria são capazes de incorporar as contribuições teóricas dos estudos de gênero no seu campo. Utilizando os conceitos de domesticação das demandas das mulheres por emancipação, desenvolvida por Severi (2018) e de justiça bidimensional e procedimental, de Fraser (2002, 2006a), os resultados dessa pesquisa nos permitirão avaliar o potencial de desnaturalização das categorias e instituições jurídicas pela dogmática penal.

Metodologicamente apresentamos pesquisa qualitativa, de natureza descritiva, que toma como pressuposto o recurso à pesquisa bibliográfica e utiliza a análise de conteúdo (BARDIN, 2011) para a pesquisa documental dos manuais e livros de direito penal selecionados, que compõem o objeto de análise (*corpus*). Para tanto, foram definidas três questões centrais, consubstanciadas em: 1) categorias de análise dos estudos de gênero, 2) contexto sociojurídico e 3) literatura feminista especializada. A partir de tais questões foram estabelecidos seis parâmetros de análise para orientar a coleta, análise e sistematização dos achados. A finalidade da investigação é articular o objeto com as condições sociais de sua produção e as regras que o regem, considerando os sujeitos, a linguagem e os sentidos presentes na construção teórico-doutrinária sobre o tipo penal feminicídio.

A primeira parte do artigo apresenta uma revisão teórica do feminicídio como um conceito operacional do direito e uma categoria dos estudos sobre violência de gênero. Problematicamos ainda a relação do feminicídio com os regimes de gênero como permanência de estruturas relacionais que criam subalternidade para as mulheres enquanto grupo, com base nos aportes teóricos que tensionam igualdade e diferença. Na segunda parte do trabalho, apresentamos os achados da análise documental. O percurso teórico-metodológico que levou à discussão do *corpus* desta pesquisa tomou como ponto de partida os planos de ensino dos principais cursos de direito representativos das cinco regiões brasileiras. Buscou-se construir uma análise capaz de demonstrar de modo objetivo – por meio de parâmetros previamente definidos – em que medida as demandas feministas por reconhecimento foram absorvidas pela dogmática penal.

2. OS SENTIDOS E O RECONHECIMENTO DAS DEMANDAS POR DIREITOS DAS MULHERES A PARTIR DA TIPIFICAÇÃO DO FEMINICÍDIO

Antes de ser um tipo penal, ou seja, ser definido como conduta delitiva² pela legislação, feminicídio foi um termo utilizado por pesquisadoras e militantes dos movimentos

-
2. O Código Penal define feminicídio como aquele “cometido contra a mulher por razões do sexo feminino”. Essas “razões” são caracterizadas como homicídio decorrente de violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher. Na estrutura da legislação

feministas e de mulheres para marcar as especificidades e carga sociopolítica³ que o assassinato de mulheres carrega. Assim, feminicídio, segundo Villa (2014), abrange a ação intencional de destruição da vida de uma pessoa do gênero feminino motivada por relações de poder que privilegiam a hegemonia masculina. Para Gumieri, Campos, Diniz (2015) o ato feminicida atinge corpos feminizados (marcados pela sexagem) num regime político próprio (regime de gênero) que se constrói numa estrutura de poder que lhe dá sustentação (patriarcado).

Isso quer dizer que grande parte da morte violenta de mulheres tem contexto próprio. Ser mulher ou existir num corpo feminizado é fator de risco numa sociedade estruturada em diversas desigualdades, dentre estas a desigualdade de gênero⁴. Relatórios com publicações que analisam dados de violência contra as mulheres em âmbito nacional (IPEA, 2019; Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2019, 2020) e internacional (UN Women, 2019; UNODC, 2018), e estudos acadêmicos (GUMIERI; COSTA; DINIZ, 2015; LAGARDE, 2008; SEGATO, 2005; VILLA; MACHADO, 2018), demonstram que o assassinato de mulheres obedece a dinâmicas e relações sociais distintas de outras causas de

penal, é uma das formas graves de homicídio (homicídio qualificado). A lei penal também define quatro situações que envolvem aumento de pena (agravantes): a) vítima gestante ou puérpera; b) vítima menor de 14 (catorze) anos, maior de 60 (sessenta) anos, com deficiência ou portadora de doenças degenerativas que acarretem condição limitante ou de vulnerabilidade física ou mental; c) quando o crime foi praticado na presença física ou virtual de descendente ou de ascendente da vítima; e d) quando o crime praticado em descumprimento das medidas protetivas de urgência, previstas na Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006). As agravantes b, c e d, foram incluídas ao Código Penal pela Lei 13.771/2018 em outra reforma legislativa recente. A tipificação penal é sempre precedida de um processo legislativo com trâmites próprios que leva à modificação ou criação de uma lei. Investigar a recepção legislativa das demandas dos movimentos de mulheres por direitos, tanto no âmbito teórico e como operativo do sistema jurídico, é um campo rico, que pode esclarecer sobre a prevalência dos regimes de gênero no sistema patriarcal do qual o direito é parte integrante.

3. As diversas epistemologias feministas problematizam a violência contra a mulher como um fenômeno complexo, estrutural e interseccional. Esses estudos tensionam a suposta neutralidade do direito e explicitam as permanências das desigualdades de gênero, mesmo após a conquista de direitos civis pelas mulheres, representada pela igualdade perante a lei (igualdade formal). Afirmar que o assassinato de mulheres carrega uma carga sociopolítica significa dizer que suas causas não são individuais e restrita a relações disfuncionais. Há uma construção social complexa das relações de gênero envolvendo as perspectivas de masculinidade e feminilidade e seus entrelaçamentos imaginários, as composições familiares, as instituições sociais e jurídicas, as percepções sobre raça, geração e classe social, dentre outros fatores, que contribuem direta ou indiretamente para a ocorrência desses atos letais. Sobre isso ver IPEA, 2015; Castilho; Campos, 2018; Augusto et al., 2019.
4. No contexto dessa pesquisa, procura-se incluir a categoria gênero como intrinsecamente imbricada na ordem do patriarcado, nos termos trabalhados por Guillaumin (2012), Delphy (2009), Mathieu (2009) e Diniz (2014, 2015), conforme será desenvolvido na seção 1.1.

QUEIROZ, Marisse Costa de; SCHIOCCHET, Taysa. Incorporação do feminicídio pela dogmática penal brasileira: a violência letal contra mulheres entre reconhecimento e naturalização.

Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 184. ano 29. p. 101-138. São Paulo: Ed. RT, outubro 2021.

violência⁵, nos quais marcadores de gênero estruturados em relações de poder, muitas vezes, invisíveis e permanentes, funcionam com linguagem própria. Incluir a perspectiva de gênero⁶ para classificar essas mortes é, portanto, uma questão fundamental, que definiu o percurso teórico e de mobilizações políticas que levou à modificação da legislação brasileira. Demarcar esse contexto de produção teórica e de mobilização em torno das ações de *advocacy* feminista é importante para entendermos os processos sociais que buscam efetivar uma justiça de gênero (SEVERI, 2016; SILVA; WRIGHT, 2016) e seus fundamentos para uma teoria de justiça que abarque a complexidade de

5. Em 2015, ano de promulgação da Lei 13.104, o Brasil apresentou uma taxa de 4,8 homicídios por 100 mil mulheres, ocupando a 5ª posição no ranking de países perigosos para mulheres viverem, num grupo de 83 países analisados (WAISELFZ, 2015, p. 25). Nos últimos anos esses números aumentaram. Segundo o Ipea, que analisa dados das notificações do Ministério da Saúde, em 2017 morreram 4.936 mulheres por causa violenta. O Fórum Brasileiro de Segurança Pública (2020) contabilizou, em 2019, 3.730 mortes de mulheres assassinadas (610 a menos que 2018), sendo que, desse total, 1.326 foram classificados como feminicídio, demonstrando um aumento de 7,1% em relação a 2018 que teve 1.206 feminicídios registrados. Todos os dados compilados apresentam aumento de assassinato de mulheres nos últimos 10 anos, principalmente entre as mulheres negras. Segundo o Anuário, 89,9% dessas mortes é praticada por parceiro ou ex-parceiro, 66,6% das vítimas são mulheres negras, 58,9% morrem em suas casas e 63,2% têm entre 15 e 39 anos. No universo total de mortes violentas intencionais ocorridas em 2019 (47.773), o assassinato de mulheres representa 8,8% e aproximadamente 2,8% é feminicídio. Quantitativamente mulheres são muito menos acometidas pela violência letal do que os homens. Contudo, esses números não podem ser subestimados e nem banalizados. Primeiro porque as mulheres não são autoras de atos violentos letais na mesma proporção em que são vítimas, situação que demonstra desigualdade social e relacional no exercício do poder, ainda que num contexto de criminalidade. Há também uma proporção imensa de vítimas que não acessaram previamente o sistema de justiça para proteção e muitas das que acessam continuam sendo assassinadas. Assim, a inoperância ou ineficácia dos mecanismos de segurança e de acesso à justiça demonstram que essas mortes são evitáveis e atingem mais as mulheres marcadas por outras desigualdades estruturais. Especificamente sobre interseccionalidade entre violência, gênero, raça e classe, ver Couto (2018).
6. A perspectiva de gênero é um modo de analisar determinados fenômenos sociais que afetam a existência das mulheres. É um instrumento de análise, de proposição de ações e de interpretação das situações que reproduzem e naturalizam desigualdades históricas que afetam mulheres e meninas. A perspectiva de gênero pode ser utilizada em muitos contextos e orienta a construção e proposição de políticas públicas e mudança legislativas específicas. No caso do feminicídio, a perspectiva de gênero é uma abordagem que permite: a) conceber a violência contra as mulheres como fenômeno social que se manifesta numa cultura de subalternização e dominação das mulheres; b) reconhecer que essas mortes são evitáveis, sendo os principais fatores de risco o gênero ou sexagem da vítima e o peso sociocultural da desigualdade construída em razão dessa condição; c) a violência baseada no gênero é um problema social e se conecta a outras violações de direitos (racismo; LGBTfobia, pobreza, etc.) que afetam o desenvolvimento livre e saudável de meninas e mulheres (ONU, 2014; BRASIL, 2016). Sobre um estudo abrangente que analisa a perspectiva de gênero e o sistema de justiça criminal articulado com as legislações internacionais ver Castilho; Campos (2018). Para uma análise do conceito, ver Bandeira; Almeida (2013).

seus pressupostos (FRASER, 2002) e dê efetividade a normas protetivas e instrumentos de enfrentamento às práticas que operam a domesticação das demandas feministas pelo sistema jurídico (SEVERI, 2018).

2.1. *Feminicídio: percursos de um conceito*

A origem do termo feminicídio remonta ao ano de 1976 e é atribuído à Diana Russel, que o utilizou em seu depoimento perante o Tribunal Internacional de Crimes contra Mulheres, em Bruxelas, como femicídio (em inglês, *femicide*) (GUMIERI; COSTA; DINIZ, 2015; PASINATO, 2011). Em 1994, uma publicação coletiva organizada pela mesma autora, marcou o campo teórico sobre o tema (RANDFORD; RUSSEL, 1994). Nessa obra, o termo feminicídio é utilizado de modo amplíssimo⁷, incluindo nele todas as ações violentas que resultassem na morte de mulheres em razão de atos sucessivos e contínuos relacionados ao desprezo ou ódio à condição feminina. Outro marco nesse percurso foi a utilização do termo para descrever e mobilizar politicamente a responsabilização do Estado pelos assassinatos de mulheres ocorridos no México, na Ciudad Juarez, entre 1993 e 2003 (LAGARDE, 2006, 2008; SEGATO, 2006). Nesse contexto, as produções acadêmicas em torno das mortes violentas com vítimas mulheres passaram a ganhar teorizações especializadas nos anos 1990 e se intensificaram a partir dos anos 2000, principalmente na América Latina, cuja expansão foi significativa e ganhou novos dados e contornos. Cabañas; Rodriguez (2002) trouxeram os argumentos que caracterizavam a morte das mulheres por razões de gênero como *femicídio*; Lagarde (2006) lançou a discussão sobre a responsabilidade estatal e a convivência dos sistemas de justiça, a partir de atos deliberados de impunidade, omissão e negligência, como um fator demonstrativo de que o feminicídio poderia também ser considerado um crime de Estado, problematizando o elemento político do conceito, caracterizado como violência institucional. Em outro estudo, Carcedo (2010) descreveu as características relacionais do feminicídio, dividindo-o em três categorias segundo o tipo de relação entre autor do ato violento e a vítima⁸. O reflexo desses estudos resultou na modificação da legislação penal ou na criação

7. Para Randford; Russel (1994, p. 15), femicídio não está reduzido apenas ao ato homicida, mas inclui qualquer morte de mulheres decorrente das relações ou imposições de papéis de gênero desiguais. O conceito das autoras remete, por exemplo, à morte decorrente de ações individuais dirigidas às mulheres (violência doméstica, violência sexual anônima, tráfico humano, exploração sexual, assédio sexual, etc.), como também a mortes decorrentes de atos discriminatórios às mulheres reproduzidos e legitimados em estruturas sociais e jurídicas (morte em razão de aborto clandestino devido à criminalização, mortes decorrentes de mutilação genital, de mortalidade materna, de maternidade e casamento forçados etc.).
8. A autora define *feminicídio íntimo* como aquele em que a vítima tem relação familiar, convívio e intimidade como o autor do crime. *Feminicídio não íntimo*, os casos em que se apresenta características de crime de ódio à condição feminina, incluindo tortura e/ou violência sexual, sem que o autor tenha vínculo prévio com a vítima. *Feminicídio por conexão* os crimes no qual a vítima

de leis protetivas especiais em vários países latino-americanos, como mostra a pesquisa de Munévar (2012). No Brasil as discussões sobre o tema também prosperaram em diversas áreas, sendo que o uso do termo feminicídio em trabalhos acadêmicos publicados foi catalogado na década de 1990⁹ (PASINATO, 2011), num momento em que os estudos sobre violência contra as mulheres se complexificaram com novas categorias de análise, próprias dos estudos de gênero (CAMPOS, SEVERI, 2019; SEVERI, 2018). Esses estudos repercutiram e ganharam eco com a implementação de políticas públicas especializadas¹⁰. Nesse contexto, a promulgação da Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) foi um marco resultante das discussões acadêmicas e das ações de *advocacy* propositivas de mudanças legislativas, após recomendações da Organização dos Estados Americanos (OEA) ao Estado Brasileiro (SEVERI, 2018). Essa nova legislação impulsionou um tratamento jurídico mais especializado e direcionado ao enfrentamento da violência de gênero pelo sistema de justiça brasileiro¹¹, além de incluir em seu texto legal o conceito de gênero como categoria de análise jurídica (CAMPOS, 2012; CAMPOS; SEVERI, 2019; SEVERI, 2018). Com isso, a produção acadêmica sobre violência de gênero no âmbito do direito se intensifica após 2006, garantindo “maior visibilidade à bibliografia sobre história do feminismo e sobre as críticas feministas ao direito [...], bem como à vasta produção sobre gênero e feminismo em outras áreas das ciências humanas e sociais” (CAMPOS; SEVERI, 2019, p. 980). Estudos acadêmicos sobre o tema, relatórios com dados sobre violência, tratados e recomendações dos organismos internacionais (ONU

não é o alvo, mas, ao intervir em situações violentas que envolvem outras mulheres, acaba sendo vitimada.

9. Segundo Pasinato (2011) a primeira vez que o termo “femicídio” foi utilizado em trabalho acadêmico no Brasil foi em uma publicação em coautoria entre as sociólogas Helieth Saffioti e Suely Almeida na obra *Violência de gênero: poder e impotência*, publicado em 1995 pela editora Revinter, no qual as autoras refletiam sobre a morte de mulheres no contexto conjugal. No entanto, desde a década de 1980 pesquisadoras como Ardaillon; Debert (1987) e Côrrea (1983), bem como a própria Saffioti (1987), já discutiam de modo pioneiro a questão da violência de gênero no contexto brasileiro, incluindo os assassinatos de mulheres em nome da “legítima defesa da honra” como crimes “passionais” sem, no entanto, utilizar o termo feminicídio ou feminicídio.
10. Para mais detalhes dos processos históricos sociais que resultaram na criação das Delegacias Especializadas (DEAMS) e outros organismos governamentais de atendimento a mulheres em situação de violência, tais como Casas Abrigo e Centros de Referência com serviços multiprofissionais e sua relação com o movimento feminista consultar Campos; Severi (2019).
11. A criação de uma lei em formato de microsistema legislativo, além de definir conceitos e institutos jurídicos inovadores, reforçam também a necessidade expressa do Estado brasileiro garantir a efetividade, por meio de ações governamentais e políticas públicas, de vários direitos humanos das mulheres previstos em tratados internacionais que estavam sendo negligenciados. Sobre esses documentos, consultar a Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher. Adotada pela Resolução 34/180 da Assembleia Geral das Nações Unidas em 18 de dezembro de 1979 e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra as Mulheres, adotada em Belém do Pará, Brasil, em 9 de junho de 1994, no XXIV Período de Sessões da Assembleia Geral da OEA.

e OEA), a promulgação de uma legislação especial operando (Lei Maria da Penha) e a mobilização dos movimentos feministas junto ao Poder Legislativo nacional, levaram à criação da CPMI de Violência Contra a Mulher, presidida por uma comissão parlamentar mista, cujo relatório final (BRASIL, 2013) embasou o Projeto de Lei 292, culminando na aprovação da Lei 13.104/2015.

É importante destacar que as disputas de sentido sobre a percepção do que é violência contra as mulheres, como ela deve ser definida e quais termos devem ser usados, esteve no processo de tipificação do feminicídio. Na tramitação da lei no Congresso, o texto original sofreu alterações, incluindo o aumento de pena e a supressão do termo “gênero”¹², que foi substituído pela palavra “sexo”, permanecendo no texto final a definição de feminicídio “aquele praticado contra a mulher por razões da condição do sexo feminino”. Nessa disputa de sentido, prevaleceu a linha de pensamento que nega e desqualifica¹³ os estudos de gênero e as demandas feministas, ao mesmo tempo que trabalha com a lógica punitivista de aumento da pena¹⁴. A substituição do termo gênero por sexo também é considerada limitadora do alcance do tipo penal e reduz a condição das mulheres a seu destino biológico, excluindo de seu contexto as mulheres transexuais¹⁵ e as travestis, por exemplo (CAMPOS, 2015). Mesmo com alguns recuos, a tipificação do assassinato de mulheres por razão de gênero está contemplada na legislação brasileira desde 2015.

12. O texto original do projeto definia como feminicídio aquele praticado “contra a mulher por razões de gênero”.
13. Importante destacar a ofensiva de segmentos conservadores às conquistas de direitos por minorias, tais como mulheres, grupos étnicos-raciais e pessoas LGBTQI+. Esses grupos conservadores, que possuem porta-vozes e representantes no Congresso Nacional e no Executivo das diversas esferas federativas, denominam pejorativamente os estudos de gênero como uma “ideologia”, articulada pelos movimentos de esquerda para destruir a família e doutrinar as crianças. Há uma grande produção midiática em torno da narrativa sobre a existência de uma “ideologia de gênero” que é utilizada para atacar reconhecimento de direitos humanos de minorias sociais. Sobre isso, veja os trabalhos de Cornejo-Valle e Pichardo (2017), Machado (2018) e Miguel (2016). Especificamente sobre as discussões no trâmite legislativo da Lei 13.840/2015 ver Campos (2015), Possas (2018) e Souza e Ferraz (2018).
14. No projeto de lei original o aumento da pena não estava previsto, já que o objetivo do movimento feminista e das deputadas que encabeçaram a CPMI da Violência contra as mulheres era utilizar a reforma legal para dar visibilidade à violência letal que acomete mulheres e criar dados de qualidade para seu enfrentamento (AUGUSTO et al., 2019; POSSA; 2018).
15. A utilização do termo “gênero” é mais abrangente que o termo “sexo”. Assim, é totalmente aceitável que uma pessoa travesti ou transgênero ocupe o polo passivo no feminicídio, considerando que a identidade de gênero não necessariamente reflete o sexo biológico. Com base nisso, o Conselho Nacional de Procuradores-Gerais através da Comissão Permanente de Combate à Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (COPEVID) emitiu o Enunciado 30 (001/2016), determinando que “a Lei Maria da Penha pode ser aplicada a mulheres transexuais e/ou travestis, independentemente de cirurgia de transgenitalização, alteração do nome ou sexo no documento civil”. Mais adiante, analisaremos se a doutrina penal absorve essas questões quando interpreta o feminicídio.

Considerando esse dado, investigar a produção teórica em torno do tipo penal pela perspectiva das abordagens crítico-feministas do direito descortina novas possibilidades de se analisar os fenômenos jurídicos, pois a violência de gênero, dentre elas o feminicídio, é resultado de desigualdades e subalternidades socialmente construídas e estruturadas em regimes de poder bem específicos, conforme passamos a discutir.

2.2. Regimes de gênero, feminicídio e lutas por reconhecimento

Desde o seu início, o movimento de mulheres coloca a questão da igualdade como um critério de justiça. Numa primeira fase, essas demandas foram subsumidas na luta por direitos civis como sinônimo de emancipação das mulheres. Prevalcia a ideia geral de que a igualdade nos espaços públicos e privados, materializadas no direito ao voto, ao trabalho, à educação e à organização conjugal igualitária, daria conta das desigualdades. Numa segunda fase, os movimentos feministas (de certo modo fortalecido pelas conquistas da primeira fase) trouxeram à discussão as persistentes desigualdades, naturalizadas nas diferenças próprias da condição de existir num corpo feminizado, sejam elas reais ou simbólicas¹⁶. O problema da violência contra as mulheres foi um dos fenômenos que marcaram as reivindicações das feministas (ativistas e teóricas) na discussão sobre justiça a partir do reconhecimento da diferença. Como explica Fraser (2002), as demandas das mulheres hoje não se restringem às desigualdades econômicas. Trazer para o debate valores culturais que atravessam a existência das mulheres, expande a compreensão do que é justiça de gênero, pois “engloba questões de representação, identidade e diferença” (FRASER, 2002, p. 62). Assim, na luta por reconhecimento a questão central é o *status* social, que, diferentemente das políticas exclusivamente identitárias, exige a ressignificação de padrões culturais e seus efeitos em relação às mulheres. Essas questões vão entrar na pauta das especificidades de diversas violências que as mulheres sofrem.

Portanto, definir o homicídio de mulheres decorrentes de razões de gênero como feminicídio cria uma potência de denúncia da precarização engendrada pela sexagem¹⁷

16. O objetivo deste trabalho não comporta discutir as fases ou ondas dos feminismos e suas particularidades. Sabemos que o movimento, desde o seu nascimento, é diverso e complexo, do mesmo modo que é marcado pelos acontecimentos sociais e históricos do momento em que se desenvolveu. Sobre as fases do feminismo no Brasil, ver Pinto (2003). Para um panorama abrangente sobre os estudos de gênero, as ondas dos feminismos e suas intersecções com o direito, ver Pimentel (2017).

17. O termo “sexagem” é utilizado para descrever como as diferenças biofisiológicas e psíquicas entre homens e mulheres subjazem e são construídas por relações hierárquicas e desiguais de poder (MATHIEU, 2009, p. 226). O termo difere de sexismo, já que este se refere a um comportamento ou atitude determinada, e aquele relaciona-se com a construção de sistemas sociais que justificam e naturalizam a “apropriação” das mulheres (GUILLAUMIN, 2012) ou que cria uma ilusão naturalista, em que as marcas do sexo (sexagem) ressignificam a ordem política das relações de gênero para não as problematizar ao torná-las essencialistas (DINIZ, 2014).

inserida no âmbito do poder patriarcal (DINIZ, 2014; SEGATO, 2006, 2014). Como descritor de uma desigualdade específica, o feminicídio tem um papel de escancarar a pseudoneutralidade presente no conjunto geral de homicídios existentes e contabilizados na nossa sociedade¹⁸. Por isso, é importante entender que o feminicídio inclui-se num contexto estrutural que resulta num modo letal de governança dos corpos das mulheres. A estrutura de poder denomina-se *patriarcado* e o regime político de governo da vida é definido pelo *gênero* (DINIZ, 2014; GUMIERI; COSTA; DINIZ, 2015). Nesse regime, há uma tecnologia moral, engendrada em signos construídos em torno da reprodução e do cuidado, que regula o poder soberano sobre os corpos das mulheres nas esferas públicas e privadas. Essas pedagogias de gênero estruturam relações de poder que também se inscrevem nas instituições e nas leis. Assim, “a encarnação do gênero é desde sempre agressiva e nos torna isso que somos – superfícies naturalizadas pela ilusão ontológica do binarismo sexual com finalidades reprodutivas” (DINIZ, 2014, p. 12). Por isso, quando se nomeia “a sexagem da vítima e do agressor e as precarizações de corpos sexados como femininos, denuncia-se o patriarcado como regime de poder” (GUMIERI; COSTA; DINIZ, 2015, p. 227). Guillaumin (2012) explica que os meios de dominação das mulheres têm um efeito material (relações de poder) e um efeito ideológico (valores e símbolos presentes nas instituições e na linguagem). Nessa lógica, a apropriação das mulheres como objeto é considerado natural e baseia-se numa ordem aparentemente desconectada das relações materiais que as fazem existir. A forma ideologizada do patriarcado naturaliza as relações sociais desiguais e afeta as representações discursivas, mentais e relacionais dos sujeitos sexados. Portanto, mulheres são coisa no pensamento e no discurso, o que legitima, em muitos contextos, a apropriação de seus corpos, de seu tempo, de sua sexualidade e de sua existência (GUILLAUMIN, 2012).

Portanto, tipificar com nome próprio o assassinato de mulheres por razões de gênero serve, também, para reconhecer e simbolizar o fenômeno num contexto que tende a naturalizá-lo ou individualizá-lo (GUMIERI; COSTA; DINIZ, 2015). Mesmo que a efetividade do poder punitivo penal seja contestável e alvo de muitas críticas, simbolizar contribui para denunciar o caráter discriminatório e letal do feminicídio (CAMPOS, 2015). Apesar da tipificação penal não garantir a prevenção ou a diminuição do feminicídio, sua existência pode fomentar novas políticas criminais e contribuir para a criação de políticas públicas de proteção das mulheres e de reestruturação do sistema de justiça, gerando um processo de desestabilização do sistema patriarcal (GOMES, 2015; AUGUSTO et al., 2019). É verdade que tais argumentos apostam alto no sistema de justiça penal. É também uma perspectiva que traz à discussão a relação conflituosa e paradoxal

18. Gênero é um dos regimes políticos patriarcais, além da raça e da classe, que, em muitos pontos, estão articulados com o regime de gênero. O contexto da morte provocada que atinge as mulheres tem características próprias e deflagra as marcas da sexagem, que podem ser agravadas, com um potencial de letalidade maior, quando se agrega ao gênero questões ligadas à raça/etnia, às capacidades, à idade (geração), à localidade e à classe social.

que as teóricas feministas têm com o direito e suas estruturas operativas, principalmente justiça e segurança pública. Para Severi (2018), os sistemas de justiça possuem um fazer jurisdicional dinâmico, caracterizado por heterogeneidade de práticas e de agentes, que muitas vezes são contraditórios em seus propósitos de proteção ao direito das mulheres, constituindo uma das instituições que reproduzem valores e estereótipos que revitimizam os sujeitos que deveriam proteger.

Assim, não é consenso entre estudiosas e militantes que atribuir um status jurídico a determinados atos que constituem violência de gênero seja um avanço no reconhecimento e na mudança de status na cidadania das mulheres. Estudos do campo demonstram que o patriarcado instaura regimes de gênero complexos, insidiosos, concretos e, ao mesmo tempo, pouco perceptíveis em razão da naturalização da diferença sexual (BRAGAGNOLO; LAGO; RIFIOTIS, 2015; DEBERT; GREGORI, 2008; RIFIOTIS, 2008). Outras análises consideram que reivindicar estruturas patriarcais, como o sistema jurídico, pode gerar um paradoxo cruel: a criação de leis que defendem as mulheres da violência, depois de as expor a um regime que naturaliza essas violências (DINIZ, 2014; SEGATO, 2012, 2014). Daí se afirmar que “o patriarcado que mata é ele mesmo que irá nominar seu feminicídio” (DINIZ, 2014, p. 16).

Mas tais questões não podem ser simplificadas como contradições que abarcam dois lados ou posições em disputa, excludentes entre si. A própria concepção de justiça proposta por Fraser (2002, 2006a) considera gênero uma das categorias bidimensionais que agrega como fator de desigualdade tanto injustiças econômicas como injustiças culturais ou simbólicas. Nessa perspectiva, gênero marca de modo bivalente a coletividade das mulheres, entrelaçando os dois tipos de injustiça, a econômica e a de *status* (FRASER, 2006a)¹⁹. Portanto, as injustiças sociais podem gerar diferentes graus de subordinação e, em situações específicas, pode haver intersecções entre os eixos de subordinação, que geram mais precarização e exploração, acentuadas tanto pela exclusão econômica quanto pelo reconhecimento errôneo. O dualismo perspectivo que Fraser defende constitui um parâmetro teórico e político que permite pensar estratégias para institucionalizar a justiça a partir de planos e programas estatais e reformas políticas capazes de solucionar a má distribuição e a subordinação de *status*, ao construir uma proposta dialógica e inclusiva dos sujeitos implicados como titulares do direito a participação em igualdade de condições (FRASER, 2006a). Pela perspectiva do reconhecimento pode-se implementar a “desinstitucionalização dos padrões androcêntricos de valor cultural que impedem a paridade de gêneros e a substituição desses padrões por outros que deem suporte a essa paridade” (FRASER, 2002, p. 72). A questão que se coloca, então, é se o apelo à judicialização da violência contra as mulheres pela via penal é um recurso emancipatório capaz de responder à proposta bidimensional de justiça de gênero, ou se, ao contrário, tende a domesticar essas propostas em seus próprios termos. Segundo Severi

19. Fraser (1996, 2002, 2006a, 2006b) também considera outros grupos com essas mesmas características, marcados pela raça ou por identidades sexuais não normativas.

(2018), a domesticação das demandas feministas pelo direito ocorre quando, ao reproduzir as categorias do campo de gênero em categorias jurídicas, essas passam a carregar uma pseudoneutralidade e generalidade, situação que gera o apagamento do potencial social e político que fez essas categorias estarem no campo jurídico.

A aposta dos movimentos de mulheres na judicialização da violência de gênero inclui uma demanda por reconhecimento das desigualdades socialmente construída que afetam a existência das mulheres. A tipificação do feminicídio, assim como a promulgação da Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006), são exemplos concretos da representatividade das mulheres e suas demandas emancipatórias absorvidas concretamente pelo direito a partir de um projeto político que gerou diversas modificações legislativas. Mas sabemos também que essa aposta é feita a partir da judicialização das relações sociais pelo direito penal. Segundo Rodriguez (2015), concentrar os esforços da luta pelo reconhecimento das desigualdades na efetivação da alternativa penal, de um ponto de vista não utópico e considerando as posições reais dos sujeitos sociais, implica em reconhecer que as demandas dos movimentos feministas não se encerram nos limites óbvios do direito penal. Rodriguez (2015, p. 307) ressalta que “a luta feminista implica uma disputa por modelos de juridificação e mudanças nas estruturas institucionais e de Estado que atendam melhor às necessidades das mulheres”. Tensionar o campo penal é uma das estratégias.

O trabalho de Possas (2018), ao analisar o processo de tramitação da Lei 13.104/2015, conclui que as contradições que o direito penal apresenta na proteção ao direito das mulheres são decorrentes da racionalidade jurídica moderna e não das demandas feministas, pois a luta por reconhecimento da especificidade das violências de gênero é absorvida pelo direito penal por seu viés conservador. Cientes disso, as ativistas e teóricas feministas questionam largamente a eficácia do direito penal para resolver problemas de violência; elas sabem também que a estratégia política de criar legislações protetivas, muitas vezes só é ouvida e levada a sério pelos legisladores quando a demanda por mudança é feita pela via da alteração ou criação regras punitivas ou de imputação criminal, principalmente quando o assunto é violência contra as mulheres (POSSAS, 2018). Ao discutir o conceito de contra públicos subalternos, Prando (2020) problematiza que a entrada dos movimentos sociais (mulheres e negros, por exemplo) na disputa de sentido sobre políticas de imputação e responsabilização penal promovem a “recolocação de tais regras, comumente não contestadas e protegidas por uma retórica da autoridade técnica” (PRANDO, 2020, p. 17).

Portanto, a imputação criminal do assassinato por razões de gênero pode não ser suficiente ou pode não responder às demandas dos movimentos feministas por reconhecimento das especificidades dos atos violentos que precarizam a existência das mulheres, a fim de enfrentá-los a contento. Mas podemos considerar que essa insuficiência pode não ser um problema das demandas das mulheres por reconhecimento ou pode não estar nas suas estratégias de luta. Ao contrário, tudo indica que é um problema do próprio direito. Quando judicializa suas demandas, o movimento feminista evidencia os problemas estruturais do próprio sistema jurídico. Com base nisso, consideramos que é possível identificar

os limites do direito penal (RODRIGUEZ, 2015) e a domesticação das demandas das mulheres por reconhecimento (SEVERI, 2018) na análise de conteúdo dos textos produzidos pela doutrina sobre feminicídio após inclusão da agravante no Código Penal.

3. CONCESSÕES LEGAIS, DISCURSO JURÍDICO E SEUS LIMITES: ANÁLISE DA INTERPRETAÇÃO DO FEMINICÍDIO PELA DOGMÁTICA PENAL

Um dos campos interpretativos do direito é comumente denominado doutrina ou dogmática. Silva (1993) define o verbete como o conjunto de teorias expostas nos livros de Direito que fazem interpretações sobre a ciência, podendo significar também a opinião de juriconsultos a respeito de questões controvertidas no direito. Zoppi-Fontana (2005, p. 94) descreve que o funcionamento discursivo da dogmática jurídica é constituída por uma “prática de escritura doutrinal organizada como simulacro de uma ordem lógica, racional e universal que presidiria a interpretação dos fatos sancionados pela lei”. Gadet e Pêcheux (2010), ao descreverem o direito europeu continental burguês moderno, da qual somos signatários, destacam essa característica de racionalidade baseada no texto escrito regulamentado para uma prática jurídica de base erudita, letrada e doutrinal. Para Rodrigues Junior (2010), a doutrina, além de ser fonte do direito, tem função crítica de provocar reflexão sobre o direito, pois abre margem para modificação e adequação do sistema jurídico a novas questões e demandas.

Muitas vezes, o termo doutrina é usada como sinônimo de dogmática. Para Ferraz Junior (2001), o conhecimento dogmático do direito caracteriza-se por não questionar seu ponto de partida, sendo um produto abstrato decorrentes de regras e decisões de cunho normativo. Numa perspectiva diferente, Rodriguez (2012) afirma que a dogmática tem a função de desnaturalizar as categorias e instituições jurídicas, contribuindo para a eficácia do direito ao propor interpretações e soluções adequadas para problemas sociais. Severi (2018) enumera duas finalidades da dogmática quando as questões envolvem justiça de gênero. A primeira é orientar os operadores do direito no aprimoramento de suas práticas jurídicas para melhoria da qualidade da prestação jurisdicional que envolvam violência contra as mulheres. A segunda, relaciona-se com a necessidade de que essa leitura seja feita com base no marco dos direitos humanos das mulheres, muito deles forjados pelas epistemologias feministas.

Neste estudo utilizaremos a dogmática na acepção construída por Smart (2000)²⁰, que considera o direito como um estatuto político resultante de regras ou normas com métodos

-
20. Além da perspectiva que ressaltamos neste trabalho, a autora também descreve mais duas camadas que, além da interpretação, envolve a práxis e a percepção do direito. Assim, o direito se manifesta num modo próprio de se operacionalizar, o que constitui a sua prática ou a aplicação do direito por seus operadores. O último nível envolve a compreensão do que é o direito, percebida pelos sujeitos implicados nas regras de condutas e na percepção de como esse sistema interfere nas subjetividades ou posições de sujeitos. Para a autora, o ingresso de teóricas feministas no campo do direito o

particulares de interpretação. Como estatuto interpretativo que produz saberes a partir de produções discursivas normativas, entendemos que a dogmática penal se insere nesse contexto. Com isso queremos dizer que há conteúdos²¹ que podem ser analisados a partir dos textos dogmáticos. Com Rodriguez (2012) e Severi (2018), pretendemos, por meio da análise de conteúdos sobre o tipo penal feminicídio, descrever a existência ou não de incorporações na perspectiva dos estudos de gênero para a compreensão do tipo penal. Para tanto, separamos os trechos (texto²²) de sete obras de doutrina penal para mapear e analisar seu conteúdo, considerando as ideias de reconhecimento (FRASER, 2002, 2006a) e domesticação das demandas feministas (SEVERI, 2018) como indicadores dos limites do direito, conforme as etapas seguintes.

3.1. Delimitação do corpus e coleta dos dados empíricos

O procedimento para delimitação do *corpus* (dogmática penal presentes nos manuais de direito indicadas nos planos de ensino de cursos de graduação em direito) foi realizada entre julho e outubro de 2020 e seguiu três etapas. Primeiro, fizemos a seleção de Cursos de Direito com base em seu nível de excelência²³ e sua representatividade territorial. Numa primeira triagem foram selecionados 22 cursos de direito distribuídos nas

converteu em um lugar de disputa por sentidos, o que possibilitou um refinamento das teorias jurídicas no que diz respeito ao método e à análise da lógica normativa (SMART, 2000, p. 32-33).

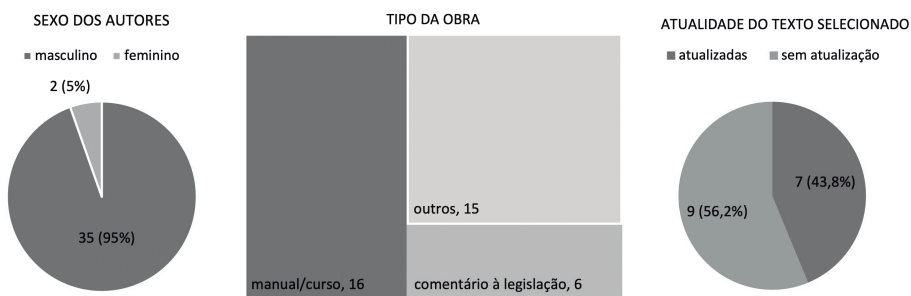
21. Análise de conteúdo implica na utilização de técnicas para “análise de comunicações” baseadas na linguagem escrita, falada ou simbólica (BARDIN, 2011; FRANCO, 2005). É, portanto, um método que tem como objeto qualquer tipo de discurso, já que agrega um “conjunto de técnicas de análise das comunicações visando obter por procedimentos sistemáticos e objetivos de descrição do conteúdo” (BARDIN, 2011, p. 48). Por esse procedimento busca-se compreender mensagens explícitas e implícitas no texto a partir de suas estruturas e da interpretação sistemática e objetiva da subjetividade presente no discurso (BARDIN, 2011).
22. Na análise de conteúdo o texto possui uma superfície linguística. No contexto deste trabalho, o texto é escrito e sua abrangência é ampla (comunicação de massa) por se tratar de textos jurídicos. No processo de inferência, a partir de indicadores, descreveremos os fatores que determinam as condições de produção do texto (BARDIN, 2011).
23. A pesquisa considerou quatro índices agregados, que os cursos selecionados tinham que apresentar somados: o CPC (Conceito Preliminar do Curso), o ENADE (Exame Nacional de Desempenho dos Estudantes), o *Selo OAB Recomenda* e o RUF (Ranking Universitário da Folha). O CPC é indicador de qualidade com critérios diversificados para avaliar a qualidade dos cursos, considerando estrutura física, corpo docente, pesquisa e extensão, dentre outros. O ENADE, é um indicador de qualidade que avalia os cursos por intermédio dos desempenhos dos estudantes em exames preparados para esse fim. Ambos são realizados pelo Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Anísio Teixeira, ligado ao Ministério da Educação (INEP, 2019). O *Selo OAB Recomenda* é concedido pela Ordem dos Advogados do Brasil a cursos cruzando-se dados do ENADE e o índice de aprovação no Exame de Ordem pelos formandos (OAB, 2019). O RUF é uma avaliação anual do ensino superior do Brasil, realizado pela Folha de S. Paulo que agrega o número de ingressantes, o valor de mercado do curso e a qualidade do ensino publicados pelo INEP (RUF,

QUEIROZ, Marisse Costa de; SCHIOCCHET, Taysa. Incorporação do feminicídio pela dogmática penal brasileira: a violência letal contra mulheres entre reconhecimento e naturalização.

Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 184. ano 29. p. 101-138. São Paulo: Ed. RT, outubro 2021.

5 regiões do país, segundo os critérios de qualidade. Esse número elevado exigiu um refinamento na pesquisa, realizado segundo a disponibilidade dos planos de ensino ou conteúdos programáticos de disciplinas publicados nos sites oficiais das instituições, resultando na seleção dos cursos de direito de sete instituições de ensino superior, sendo cinco delas universidades federais, uma estadual e uma privada sem fins lucrativos. As regiões Norte, Centro-oeste, Nordeste e Sul estão representadas cada uma por uma instituição, a região Sudeste está representada por 3 instituições em razão de possuir um número elevado de cursos de direito de excelência, além de formar anualmente grande parte dos graduados em direito no Brasil. Com esse refinamento da busca, selecionamos os programas de disciplina e planos de ensino dos seguintes cursos de Direito: Universidade Federal do Pará (UFPA), Universidade de Brasília (UNB), Universidade Federal do Ceará (UFC), Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Universidade de São Paulo (USP), Universidade Presbiteriana Mackenzie (MACK) e Universidade Federal do Paraná (UFPR). Na segunda etapa, realizamos a busca e, posteriormente, fizemos uma análise minuciosa das referências bibliográficas dos programas e planos de ensino de disciplinas de direito penal constantes na grade curricular dos cursos de direito das instituições selecionadas correspondentes à fase de formação em que os estudantes de graduação tomam contato com a parte especial²⁴ do Código Penal Brasileiro (Decreto-Lei 2.848/1940), no qual se encontra o tipo penal feminicídio. A dogmática penal é referência principal para estudo e interpretação da legislação. Numa primeira triagem foram encontradas 37 obras de direito penal referenciadas na bibliografia básica e complementar, com as seguintes características gerais:

Figura 1. Características das obras referenciadas nos programas de disciplina



Fonte: elaborada pelas autoras.

- 2019). Selecionamos os cursos de direito que apresentaram nota 4 ou 5 no CPC e no ENADE, com Selo OAB e classificados entre os 30 melhores cursos de direito, segundo o RUF
24. Geralmente essas disciplinas estão nominadas nas grades curriculares dos cursos como Direito Penal II ou III ou Teoria Geral do Direito Penal II ou III ou Teoria do Delito.

A partir da lista geral, foram selecionados os livros com características de *manuals de doutrina penal* (16 livros) cujo conteúdo é construído com base na parte especial do Código Penal. Foram excluídas da análise 6 obras com características de comentários à legislação (Códigos Penais Anotados ou Comentados) e 15 obras sobre temas teóricos genéricos²⁵ ou de autores estrangeiros. O último refinamento deu-se com base na atualidade dos textos de interesse, pois a obra com conteúdo relacionado ao tipo feminicídio deveria ter publicação revista após o ano de 2015, quando foi publicada a Lei 13.104/2015. Com essa última triagem chegou-se aos sete livros²⁶, acessados em edições atualizadas disponíveis ao tempo da pesquisa, conforme *corpus* descrito na tabela seguinte.

Tabela 1. Dados do corpus

N.	Título da obra	Autor(es)	Editora	Edição	Ano	Segmentos de texto analisado	Abrangência das obras
1	Curso de Direito Penal Brasileiro	Luiz Régis Prado	Gen/Forense	17 ^a	2019	p. 417 a 467	2 cursos (UFMG e USP)
2	Curso de Direito Penal. Parte Especial.	Rogério Greco	Impetus	14 ^a	2017	p. 45 a 128	2 cursos (MACK e UFC)
3	Curso de Direito Penal (v. 2): (E-book)	Guilherme de Souza Nucci	Gen/Forense	3 ^a	2019	p. 47 a 134	2 cursos (MACK e UFC)
4	Direito Penal – Volume 2	Damásio Evangelista de Jesus; André Estefam	Saraiva	36 ^a	2020	p. 55 a 149	3 cursos (UNB, UFC e UFMG)
5	Manual de Direito Penal (Parte Especial)	Rogério Sanches Cunha	JusPodivm	9 ^a	2017	p. 63 a 78	2 cursos (UFC e USP)

25. Na figura 1, essas referências foram denominadas como “outros”.

26. Augusto et al. (2019) citam 5 obras de doutrina penal, sendo 4 delas referidas neste trabalho (obras 1, 2, 3 e 7).

N.	Título da obra	Autor(es)	Editora	Edição	Ano	Segmentos de texto analisado	Abrangência das obras
6	Manual de Direito Penal: Parte Especial. v. 2	Julio Fabbrini Mirabete; Renato Nascimento Fabbrini	Gen/Atlas	35 ^a	2016	p. 39 a 45	2 cursos (MACK e USP)
7	Tratado de Direito Penal: Parte Especial	Cezar Roberto Bittencourt	Saraiva	18 ^a	2018	p. 84 a 92	6 cursos (MACK, UFC, UFMG, UFPA, UFPR, USP)

Fonte: elaborada pelas autoras.

As obras listadas são indicadas nos planos de ensino de pelo menos dois cursos de direito dos programas selecionados. Saber o número exato de pessoas que acessam essas obras foge ao escopo deste estudo, porém, com os dados representados na Tabela 1, podemos afirmar que são obras inseridas no acervo representativo da produção técnico-jurídica sobre o tipo penal feminicídio acessado pelos estudantes e operadores do direito em algum momento de sua formação ou prática profissional, pois estão presentes nas bibliotecas dos cursos selecionados. Ainda, o número de edições da maioria dos livros analisados corrobora essa inferência.

Na última etapa, passamos à análise de conteúdo dos argumentos presentes no texto das obras em seus trechos delimitados na tabela 1 (*corpus*). Para analisar a abertura ou recepção da perspectiva de gênero na análise da violência feminicida, elaboramos 3 questões norteadoras: a) Análise contextual do texto a partir do uso de termos operacionais fundamentais aos estudos do fenômeno da violência de gênero; b) A referência ao contexto sociojurídico de mobilização para tipificação do feminicídio e seus aportes legais; c) A recepção da produção teórica dos estudos de gênero sobre o fenômeno do feminicídio ou da violência de gênero com créditos a suas autoras²⁷ especialistas. As questões

27. A proposta dessa questão não é “biologizar” a produção do conhecimento, ao supor que somente mulheres escrevem sobre violência de gênero. Neste trabalho, a referência às autoras, no feminino, diz respeito a qualquer obra, independente do sexo/gênero de quem escreve, desde que comente o fenômeno do feminicídio ou da violência contra as mulheres pela perspectiva de gênero. É importante ressaltar também que a produção sobre violência contra as mulheres é um campo que progressivamente cresceu, principalmente após os anos 2000, tendo seu auge no Brasil com a criação da Lei Maria da Penha. Severi (2018) demonstra que após 2007 a produção bibliográfica sobre violência

norteadoras (Q) conduziram a investigação das condições de produção e dos sentidos dos textos a partir de duas esferas ou camadas sobrepostas, o parâmetro deflagrador da questão (P) e os indicadores positivos ou negativos (iP ou iN), conforme os descritores da tabela 2.

Tabela 2. Critérios para análise do conteúdo

Q1. Refere, no comentário do tipo, a produção teórica dos estudos de gênero?		
P1 <i>Concepção do sujeito passivo do tipo penal (mulher):</i> considera a identidade de gênero ou seu sexo social ou sexo psíquico (inclusive das mulheres cisgênera, transgêneras e travestis) da vítima.	iP	Sim, problematiza e discute.
	iN	Não comenta. OU Ao comentar, naturaliza o conceito.
P2 <i>Uso de termos, conceitos operacionais e categorias de análise dos estudos de gênero:</i> refere a desigualdade de gênero, suas estruturas sociais e o feminicídio como uma das consequências desses regimes de poder.	iP	Sim, problematiza e discute.
	iN	Não comenta. OU Ao comentar naturaliza as categorias.
Q2. Discute o contexto sociojurídico de criação do tipo penal?		
P3 <i>Referência a situações que mobilizaram a criação do tipo penal no Brasil:</i> CPMI da Violência contra as Mulheres; movimento de mulheres.	iP	Sim, refere.
	iN	Não refere.
P4 <i>Referências a conceitos normativo e teórico e legislações correlatas ao tema:</i> Lei 11.304/2006; tratados e compromissos Internacionais sobre os Direitos Humanos das mulheres.	iP	Sim, refere.
	iN	Não refere.
P5 <i>Referências a documentos e diretrizes dos órgãos que fomentam a perspectiva de gênero nas políticas públicas:</i> Diretrizes Nacionais Feminicídio (Brasil; ONU, 2016).	iP	Sim, refere.
	iN	Não refere.
Q3. Faz referência a autoras com publicações especializadas no campo?		
P6 <i>Percepção do reconhecimento da produção teórica e técnico-jurídica de autoras com publicação especializada.</i>	iP	Sim, refere.
	iN	Não refere.

Fonte: elaborada pelas autoras.

de gênero no âmbito do direito considerando o sexo/gênero da autoria é de 63% de mulheres autoras, 24% de homens autores e 11% são publicações em coautoria de ambos os gêneros. Esse fato também justifica a questão norteadora (Q3) estar no feminino, pois a maior parte das publicações são de mulheres, juristas, pesquisadoras, professoras e operadoras do direito.

As três questões norteadoras são pontos de partida para delimitação e parametrização metodológica da análise do *corpus*, a fim de revelar a capilaridade da doutrina penal para as demandas dos movimentos de mulheres que mobilizaram a criação do tipo penal, conforme desenvolvemos na seção anterior.

3.2. *Análise dos resultados*

Os textos analisados (*corpus*) inserem-se num contexto argumentativo marcado por estrutura e lógica próprias: são textos que se propõem a definir, explicar e dar fundamento teórico-jurídico para a aplicação da legislação aos casos concretos. Neste trabalho, denominamos esses textos de dogmática penal e seu conteúdo é materializado em manuais. Esse tipo de texto, no âmbito do direito penal, pretende definir os elementos subjetivos e objetivos do tipo, o bem jurídico protegido e os efeitos da previsão legal, como quantificação da pena e circunstâncias qualificadoras.

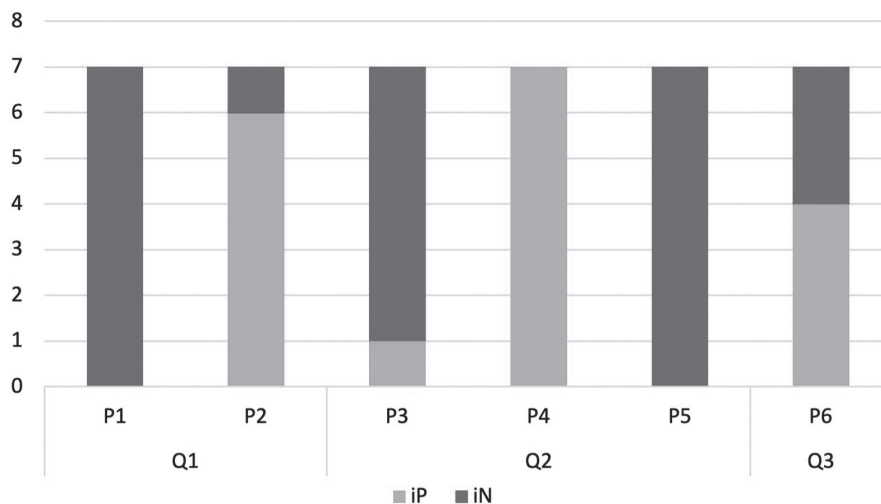
Conforme já apontado, as obras analisadas são representativas da bibliografia utilizada na formação de profissionais da área do direito. No processo de seleção inicial, observamos que a maior parte dos livros é escrita por homens (figura 1). Não encontramos autoras²⁸ com publicações na amostra analisada, ou seja, comentadoras ou intérpretes do tipo penal feminicídio em manuais de direito penal, apesar de a produção bibliográfica sobre a temática da violência de gênero ser formada em sua maioria por mulheres (SEVERI, 2018). Se considerarmos que a sexagem também marca posições sociais masculinas em geral de modo mais privilegiado no acesso a posições de poder, incluindo o retorno financeiro pela produção intelectual²⁹, além das representações sociais valorizadas, o regime de gênero pode ter muito a dizer sobre a autoria prevalente de homens na dogmática penal como um ponto que exemplifica as hierarquias de *status* (FRASER, 2006a) presentes também na produção do conhecimento (ou seja, quem diz o que é feminicídio ao interpretar a legislação e quem aufere riqueza com esse dizer). Smart

28. Encontramos apenas duas autoras de doutrina penal no universo maior das 37 obras listadas inicialmente. As autoras que encontramos referenciadas são Mariângela Gama de Magalhães Gomes com o livro intitulado *Teoria Geral da Parte Especial do Direito Penal*, publicado pela Editora Atlas (2014), e Patrícia Vanzolini em coautoria com Gustavo Junqueira na obra *Manual de Direito Penal – Parte Geral*, pela Editora SaraivaJur (2016). As obras foram indicadas, respectivamente, pelos cursos de direito da USP e Mackenzie. Nessas obras não há análise específica do tipo feminicídio, logo não se encaixavam no requisito do *corpus* neste trabalho.

29. No período de coleta de dados, fizemos uma busca nos sites das editoras para verificar os preços das obras listadas na Tabela 1. Os preços de mercado variavam entre R\$ 150,00 a R\$ 262,00. Esses valores se referem aos livros impressos de edições do ano de 2020. Portanto, não representam, necessariamente, preços aplicados às edições analisadas e estavam anunciados nos sites oficiais das editoras das obras. Não consideramos valores promocionais e nem preços praticados por outros sites de vendas *on-line*.

(2000) denomina de *malestream*³⁰ a centralidade masculina na produção e circulação de bens materiais e imateriais sobre o direito. Considerando especificamente o conteúdo presente no *corpus* selecionado segundo os parâmetros da Tabela 2, quantitativamente chegamos aos seguintes dados:

Figura 2. Quantificação dos indicadores



Fonte: elaborada pelas autoras.

O conteúdo inferido da primeira questão (Q1), norteadas por dois parâmetros (P1 e P2), teve por foco saber como a doutrina penal discute o conceito de mulher (sujeito passivo do tipo) e como utiliza termos e conceitos operacionais produzidos pelos estudos de gênero. Verificamos que nenhuma obra desnaturaliza a compreensão do sujeito passivo do tipo, sendo que dois textos (obras 1 e 6) reduzem a compreensão da sexagem feminina a características biológicas, 4 textos (obras 2, 4, 5 e 7) a relacionam com critérios formais e um texto (obra 3) não faz referência a essa questão.

Como exemplo de argumento que considera mulher apenas aquela que apresenta características biológicas do sexo feminino (P1), temos o seguinte trecho da obra 1 (p. 428): “a palavra ‘gênero’ vem a ser o biologicamente determinado, vale dizer, o fato de

30. Trocadilho da autora com o termo inglês *mainstream*, que se refere ao que é convencional ou que domina como pensamento principal. Em inglês o prefixo “male” em *malestream*, se refere a masculino, fixando que ideias convencionais ou dominantes possuem marcas pela sexagem privilegiadas pela masculinidade no campo jurídico.

se ter nascido como sendo de sexo masculino (homem) ou feminino (mulher)". A obra 6 (p. 40) afirma que "(...) somente se configura o feminicídio se o sujeito passivo é *mulher*, estão excluídos os homens, homossexuais, travestis ou transexuais".

Os textos que utilizam o argumento do sexo registral, apesar de ser mais inclusivos, tendem a reduzir a complexidade da identidade de gênero a um critério de base formalista, simplificando situações nas quais o ato feminicida atinge mulheres trans ou travestis que não fizeram alteração do nome e do sexo no registro civil. Como exemplo, citamos um trecho da obra 5 (p. 69) ao afirmar que "a mulher de que trata a qualificadora é aquela assim reconhecida juridicamente. No caso de transexual que formalmente obtém o direito de ser identificado civilmente como mulher, não há como negar a incidência da lei penal". Há um argumento parecido na página 90 da obra 7. Da forma como é colocado, esse tipo de argumento minimiza ou apaga o modo peculiar desses corpos feminizados, já que há performatividades nessa marca de sexagem cujo atravessamento dos regimes de gênero se direcionam às identidades e orientação sexuais heterodiscordantes, cujas características interseccionais precarizam ainda mais essas existências.

A redução conceitual cria até uma contradição argumentativa em um dos textos analisados (nota explicativa 46 da obra 6, p. 40), pois o autor admite o alcance da qualificadora quando a vítima for mulher trans³¹, desde que se possa observar órgãos genitais femininos por cirurgia de redesignação sexual com a respectiva alteração de nome e sexo no registro civil. Essa abordagem praticamente reduz o conceito de mulher à verificação de uma genitália feminina com registro civil. Assim, com esse primeiro parâmetro (P1) identificamos que não considerar as complexidades da identidade de gênero como um fator de desigualdade e falta de reconhecimento limita o alcance da interpretação do fenômeno da violência contra as mulheres³².

O segundo parâmetro (P2) foi desenvolvido considerando a utilização de termos, categorias de análise e conceitos operacionais fundamentais para a formação do termo feminicídio. Quatro textos referem termos como sexismo, machismo, misoginia, patriarcado ou ordem patriarcal (obras 1, 3, 6 e 7) e três obras também referem a violência de gênero como estruturante das relações sociais (obras 1, 5 e 7), aproximando-se do referencial teórico que conceitua o patriarcado como um regime de gênero.

Exemplificamos citando um trecho da obra 1 (p. 428) que define a qualificadora como "o homicídio perpetrado contra mulher por razões da condição de sexo feminino. Vale dizer: é exercida contra a mulher pelo simples fato de ser mulher, que tem sua origem em razões histórico-culturais (estrutura patriarcal dominante)". Porém, nenhuma das

31. Nesse trecho o autor também utiliza o termo *transexualismo* para se referir a mulher trans. A obra 4, por sua vez, trata a pessoa transexual como homossexual (p. 130), confundindo implicitamente orientação sexual com identidade de gênero.

32. Nossa análise também corrobora e amplia a observação Augusto et al. (2019) que em abordagem semelhante problematiza a ausência da autoidentificação de gênero na dogmática penal ao interpretar o termo "sexo feminino" presente no tipo.

obras problematiza uma das principais consequências das questões referidas, isto é, o feminicídio ser um indicador das desigualdades de gênero engendradas nos regimes políticos do patriarcado. A fraca conexão do contexto da violência feminicida com os fatores estruturais que geram desigualdades em razão da condição de ser mulher (sexagem), nos permite inferir que os sentidos dos conteúdos analisados com base nesses parâmetros demonstram pouca compreensão do que esses termos mobilizam quando são utilizados.

Outro dado interessante inferido desse parâmetro (P2) é de que há uma relação entre a criação do tipo e o caráter discriminatório à condição de gênero ou como decorrência da violência doméstica. Contudo, esse reconhecimento é parcial, pois há uma tendência de formação discursiva que justifica essa desigualdade estrutural como consequência da “fragilidade”³³ das mulheres, conforme exemplificado no trecho extraído da obra 5 (p. 87) ao afirmar que “historicamente sempre predominou o androcentrismo, colocando o homem no centro de tudo, em oposição à misoginia [sic], justificando um ódio às mulheres, mais fracas fisicamente e sem condições de ascensão social”. A obra 7 apresenta um argumento semelhante nas páginas 83, mas relacionando-o à violência doméstica e familiar.

A classificação de feminicídio íntimo e não íntimo, categoria desenvolvida para problematizar como o feminicídio é um fenômeno que pode afetar as mulheres tanto nos espaços públicos como privados, é mencionada em apenas um dos textos (obra 2). Apesar de estar implicitamente presente na legislação quando criou a qualificadora, ao referi-la o texto utiliza uma citação direta e não há problematização e nem referência à autora que cunhou o termo³⁴. Apenas um texto (obra 4) interpreta a qualificadora usando linguagem “neutra” e genérica, não referindo os termos operacionais dos estudos de gênero quando comenta a qualificadora do feminicídio.

Esses resultados são reveladores das condições de produção dos conteúdos jurídicos, considerando o contexto sociocultural e os sentidos produzidos nos textos que são objeto de análise deste trabalho. Apesar da dogmática jurídica em regra ser estruturada em termos que corroboram com a generalidade e universalidade argumentativa, sabemos que os discursos explicitados nos textos não são neutros e nem possuem um sentido preexistente que o jurista “revela” sem suas condições sociais estarem presentes nesse fazer.

Os argumentos em torno do conceito de mulher (P1) indicam uma formação discursiva marcada por um conhecimento limitado sobre os estudos relacionados à identidade de gênero, além de demonstrar que a disputa que fez o texto final da lei utilizar o termo “sexo feminino” ao invés de “razões de gênero” serve mais à permanência de concepções sociais naturalizadas sobre as subjetividades feminizadas. Somado a isso, mesmo a utilização de termos representativos de categorias de análise específicas do feminicídio

33. Tal aspecto corrobora a pesquisa de Augusto et al. (2019) que também identifica e refere essa narrativa da “fragilidade” como reprodução dos estereótipos de gênero pela doutrina penal.

34. Sobre isso, ver seção 1.1 deste trabalho.

(P2) por quase todas as obras analisadas, conforme explicitado e exemplificado no parágrafo anterior, demonstram pouco conhecimento sobre a perspectiva de gênero que vem discutindo o feminicídio como fenômeno social complexo, considerando suas especificidades. Algumas dessas especificidades estão previstas nas agravantes do tipo, mas se não forem interpretadas no contexto estrutural que possibilitaram seu reconhecimento torna-se uma abordagem limitante para a compreensão da violência feminicida.

Para verificar se a dogmática penal descreve o contexto sociojurídico da inclusão do feminicídio na legislação (Q2), utilizamos três parâmetros (P3, P4 e P5). Apenas um texto (obra 7) faz referência à CPMI da Violência Contra as Mulheres (P3), cujo relatório final (BRASIL, 2013) foi resultado de um acontecimento político importante como ação de *advocacy* e de mobilização dos movimentos sociais em torno do tema com a realização de audiências públicas em todo o território nacional.

A capacidade de relacionar o feminicídio a legislações nacionais e internacionais (P4) é indicador importante de uma compreensão dessa violência pela perspectiva de gênero, considerando seus marcos normativos. Segundo esse parâmetro, todas as obras referem a Lei 11.304/2006 (Lei Maria da Penha), já que uma das categorias de feminicídio é ser resultado de violência doméstica e familiar (feminicídio íntimo), e apenas dois textos (obras 4 e 6) não referem os pactos e convenções internacionais dos quais o Brasil é signatário e que apoiaram a mobilização para proteção aos direitos humanos das mulheres por meio de regras mais específicas. Apesar da Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2009) tensionar a produção teórica sobre violência de gênero no campo jurídico com reflexos evidentes no tipo feminicídio, questões mais complexas sobre as estruturas sociais que geram a violência feminicida são abordadas de forma retórica ou os textos analisados são omissos, principalmente quando refere o crime praticado com “menosprezo ou discriminação à condição de mulher” (C.P. art. 121, § 2º, inciso II).

Mesmo a maior parte dos autores fazendo remissão à legislação nacional e internacional construída em torno dos direitos humanos das mulheres, nenhum deles refere o contexto histórico dessas lutas, evidenciado o fenômeno de naturalização e domesticação das lutas sociais por reconhecimento. Ao observar essa mesma característica, Augusto et al. (2019, p. 215) denomina essa naturalização de “benevolência do legislador”, quando o intérprete da lei não menciona a importância do movimento feminista na criação de mecanismos legais e judiciais de combate ao feminicídio.

Outro referencial que consideramos importante para interpretar a qualificadora do feminicídio diz respeito aos protocolos, diretrizes e recomendações³⁵ que qualificam as

35. No Brasil, está disponível desde 2016 o documento *Diretrizes Nacionais Feminicídio*: investigar, processar e julgar com perspectiva de gênero a morte violenta de mulheres. Esse documento é resultado de um esforço conjunto do Estado brasileiro e da ONU, envolvendo dezenas de pesquisadoras, juristas e operadoras do direito (delegadas, juízas, promotoras de justiça, peritas criminais) para colocar em prática o Protocolo Latino-americano para investigação das mortes violentas de mulheres por razões de gênero (ONU, 2014). O protocolo é discutido e mencionado em outros estudos importantes sobre o tema, por exemplo, Castilho (2017) e Castilho; Campos (2018).

políticas públicas para o enfrentamento da violência (P5). Esse tipo de material tem o mérito de dar uma dimensão teórica, prática e sociológica para o fenômeno da violência de gênero na perspectiva de tornar a aplicação da legislação protetiva mais eficaz, além de evitar a violência institucional com revitimização e a culpabilização das mulheres, que resulta, por consequência, numa banalização ou invisibilidade do problema. Nenhuma obra analisada refere esse documento ou outro correlato.

A última questão (Q3) é norteadada pelo parâmetro (P6) que analisa a receptividade e o reconhecimento dos estudos de gênero pela doutrina penal. Esse campo possui produção teórica significativa sobre o tema do feminicídio e da violência de gênero, tanto no âmbito do direito como em áreas afins, como criminologia e sociologia. Suas autoras publicaram sobre o tema em artigos científicos, livros individuais e coletivos, cartilhas, relatórios e informativos. Muitas delas foram consultoras parlamentar, pareceristas ou coordenam grupos de pesquisa sobre a temática da violência contra as mulheres. A existência de referências a esses trabalhos e suas autoras é importante, na medida que demonstra a recepção da doutrina penal e o reconhecimento da produção especializada sobre o tema. Quatro textos (obras 1, 3, 5 e 7) referem autoras do campo³⁶, perfazendo um total de 7 autoras especialistas citadas, constituindo um número reduzido de indicações se considerarmos o universo de publicações de qualidade especializadas na área (SEVERI, 2018). Mesmo o fato de todos os autores fazerem remissão à Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006), como mostra a segunda questão norteadora (Q2) e seu parâmetro (P2), essa conexão não ampliou significativamente a citação de estudiosas e pesquisadoras com publicações especializadas na área.

36. A obra 1 cita um artigo publicado em periódico em coautoria (MAIA, Débora Moreira; FERREIRA, Pedro Paulo da Cunha. Às voltas com a política criminal latino-americana de prevenção da violência de gênero: um estudo a propósito da experiência brasileira e a recente criminalização do feminicídio. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 105, n. 973, p. 219-243, nov. 2016). No texto 3, o autor refere um livro seu em coautoria com Ronaldo Batista Pinto, cujo título é *Violência doméstica: comentada artigo por artigo*, a obra de Maria Berenice Dias, *A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher*, bem como uma autora que considera a demanda dos movimentos feminista por alteração legislativa um apelo punitivista (KARAM, Maria Lúcia. Violência de gênero: o paradoxal entusiasmo pelo rigor penal. *Boletim IBCCrim* 168, de nov. 2006). No texto 5 é citada uma obra coletiva em língua espanhola organizada por uma autora sobre o tema (ATENCIO, Graciela (Ed.). *Feminicidio*. De la categoría político-jurídica a la justicia universal. Madrid: Fibgar-Catarata, 2015) e uma das autoras da obra Elena Laporta Hernández que escreve sobre a evolução do conceito de feminicídio na América Latina. Nesse texto também é referido outra obra em língua espanhola de Gustavo A. Arocena e José D. Cesano, cujo título é *El delito de femicidio*. A obra 7 faz referência a um artigo de site da internet com comentários breves e sem caráter científico, de uma jurista e advogada atuante e com publicações especializadas de doutrina penal sobre o tema (Bianchini, Alice et al. O feminicídio. *JUS* Disponível em: [www.professoraalice.jusbrasil.com.br/artigos]). Augusto et al. (2019) refere achado semelhante ao discutido neste parâmetro (P6) deste trabalho.

4. CONCLUSÃO

A demanda das mulheres por direitos gerou a adesão do Estado brasileiro a convenções e tratados internacionais que levaram à criação de leis e a reformas legislativas específicas visando a proteção e o enfrentamento da violência de gênero pela estratégia da judicialização das relações sociais. A tipificação do feminicídio pela Lei 13.104/2015 insere-se nesse contexto. Portanto, entender a qualificadora implica discuti-la, considerando que a violência letal que acomete as mulheres por razões de sua condição de gênero tem relação direta com desigualdades estruturais e injustiças de *status* ligadas aos regimes políticos da sexagem. Enfrentar esse problema social exige também reconhecer as especificidades dessas mortes, para reforçar a responsabilidade da sociedade e do Estado na tolerância a esses crimes.

Quando recorrem ao sistema jurídico, as feministas, de certo modo, explicitam as próprias contradições do sistema de direito liberal moderno, que é permeado pela capacidade de invisibilizar seus equívocos num discurso de neutralidade e universalidade de seus elementos (normas, decisões, interpretações). Ao reivindicar reformas legislativas, disputando sentidos sobre a construção político-cultural e estrutural do direito, as juristas, pesquisadoras e militantes feministas demonstram que, para cumprir sua função emancipatória, o direito tem que questionar sua centralidade androcêntrica e sua pseudoneutralidade em assuntos sensíveis, tais como o feminicídio, para avançar em termos de justiça de gênero.

Tendo em vista o objetivo geral que mobilizou essa pesquisa, mapeamos e descrevemos as possibilidades de interlocuções da dogmática penal com os estudos de gênero. Mais precisamente, por meio da análise de conteúdo, metodologicamente sistematizada a partir de seis parâmetros previamente definidos, concluímos que a recepção da perspectiva de gênero na interpretação do feminicídio pela dogmática penal existe, mas é parcial. A maior parte dos textos analisados criam espaços argumentativos de reconhecimento do feminicídio como consequência de estruturas socialmente construídas. Contudo, essa incorporação é limitada, em razão da evidente falta de familiaridade dos autores analisados com os estudos de gênero.

Como síntese dos achados da pesquisa, destacamos que todas as obras fazem menção à legislação conexa (como a Lei Maria da Penha ou normativas de direitos humanos). Na maioria delas (seis), conceitos operacionais como machismo, sexismo, patriarcado e misoginia são discutidos em alguma medida. Do mesmo modo, mas em menor número (quatro), a indicação de literatura especializada apareceu com menção a sete autoras. Contudo, em todas as obras a discussão do sujeito passivo (mulher) é naturalizada biologicamente ou reduzida a aspectos formais ou sequer comentada. Além disso, nenhuma obra menciona documentos em perspectiva de gênero para políticas públicas e apenas uma obra cita a CPMI da violência contra a mulher, evento determinante para a inserção do feminicídio na legislação penal brasileira.

Consideramos que essa interlocução parcial da dogmática penal com os estudos de gênero ocorre por três razões. Em primeiro lugar, porque essa absorção é descontextualizada de seu potencial mobilizador e crítico proposto pelo campo feminista, característica que, aparentemente, a dogmática não incorpora. Assim, mesmo havendo uma relativa inserção de termos, conceitos jurídicos e categorias de análise em perspectiva de gênero pela dogmática penal e mesmo com a remissão a legislações sobre o tema essa absorção permanece limitada. Em segundo lugar, porque a dogmática penal tende a domesticar e a naturalizar as demandas por reconhecimento, apartando-as das estruturas sociais reais e simbólicas que engendram subalternidades para as mulheres enquanto grupo (corpos sexados no feminino). O terceiro motivo dessa absorção incompleta diz respeito à invisibilidade do próprio campo dos estudos de gênero pelos saberes oficiais sobre o direito. Apesar de existir uma produção teórica vasta sobre violência e justiça de gênero pela crítica feminista, percebemos uma marginalidade desse campo devido ao seu restrito reconhecimento pela dogmática penal. Nesse cenário, o potencial crítico e transformador da doutrina jurídica feminista permanece restrito a nichos acadêmicos especializados, com pouca influência na formação de operadores do direito, em função da absorção limitada desse campo pela dogmática penal.

Desse modo, se considerarmos que o texto jurídico dogmático produz comunicação de massa sobre o direito, esta pesquisa contribui no aspecto acadêmico e prático, ao demonstrar que a produção de conhecimento pela dogmática penal tem potencial de abertura para uma maior capilaridade dos estudos de gênero caso seja capaz de absorvê-los, valorizando sua importância na formação de profissionais do direito. As questões norteadoras e os parâmetros que produzimos para avaliar o objeto dessa pesquisa podem servir, também, de guia para autores e autoras revisarem os conteúdos e os significados da violência letal contra as mulheres, abrindo espaço ao reconhecimento e à efetividade dessas normas, considerando as demandas que lhe são implícitas.

Esta pesquisa contribui para ampliar e complexificar a produção sobre o feminicídio ao estabelecer como objeto de estudo a dogmática penal em perspectiva feminista por meio da análise documental metodologicamente parametrizada. Contudo, consideramos algumas limitações de natureza metodológica. Nossa análise não é exaustiva e representa uma amostra reduzida dos discursos presentes em livros e manuais de direito penal, pois foi possível, no contexto metodológico proposto, analisar apenas sete obras. Assim, ampliar o *corpus* de análise pode ser objeto de trabalhos futuros baseados nos parâmetros desenvolvidos nesta pesquisa. Outra possibilidade é, a partir desses mesmos parâmetros, comparar edições de autores e autoras com publicações especializadas cuja perspectiva de gênero esteja explicitada em sua obra. A partir dos dados coletados neste estudo, outras pesquisadoras e pesquisadores também podem propor trabalhos de natureza empírica, estendendo essa perspectiva de interlocução da dogmática penal com os estudos de gênero a outros conteúdos ou temas, utilizando o mesmo percurso metodológico e técnicas de pesquisa aqui apresentadas.

5. REFERÊNCIAS

- ARDAILLON, Daniele; DEBERT, Guita G. *Quando a vítima é mulher. Análise de julgamentos de crimes de estupro, espancamento e homicídio*. Brasília, Conselho Nacional de Direitos da Mulher, 1987.
- AUGUSTO, Cristiane Augusto Brandão; BARBOSA, Larissa Freire de Oliveira; SANTAREM, Paloma Cunha; PEREIRA, Thamires Oliveira. Feminicídio: colunas partidas do sistema penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 153, p. 207-242, mar. 2019. Disponível em: [www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc50000017a-fee712011e26f2f2&docguid=I2d4fcc5030e111e9a552010000000000&hitguid=I2d4fcc5030e111e9a552010000000000&spos=1&repos=1&td=3&context=42&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1#]. Acesso em: 31 jul. 2021.
- ÁVILA, Thiago Pierobom de; MEDEIROS, Marcela Novais; CHAGAS, Cátia Betânia; VIEIRA, Elaine Novaes. Fatores de risco de feminicídio no Distrito Federal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 180. ano 29. p. 297-328, jun. 2021. Disponível em: [www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc50000017afefc2e-d8958de8d7&docguid=I03deeb80c03611ebb0f2c592d7f3bb45&hitguid=I03deeb80c03611ebb0f2c592d7f3bb45&spos=2&repos=2&td=11&context=136&crumb=-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1]. Acesso em: 31.07.2021.
- BANDEIRA, Lurdes Maria; ALMEIDA, Tânia Mara Campos de. A transversalidade de gênero nas políticas públicas. *Revista do CEAM*, v. 2, n. 1, p. 35-46, 17 dez. 2013. Disponível em: [https://periodicos.unb.br/index.php/revista-doceam/article/view/10075]. Acesso em: 25.07.2021.
- BARDIN, Laurence. *Análise de conteúdo*. São Paulo: Edições 70, 2011.
- BITTENCOURT, Cezar Roberto. Homicídio discriminatório por razões de gênero. *Tratado de direito penal: parte especial* (v. 2). 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 84-92.
- BRAGAGNOLO, Regina Ingrid; LAGO, Mara Coelho de Souza; RIFIOTIS, Theophilos. Estudo dos modos de produção de justiça da Lei Maria da Penha em Santa Catarina. *Revista Estudos Feministas*, v. 23, n. 2, p. 601-617, ago. 2015. Disponível em: [www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-026X2015000200601&lng=pt&tlng=pt]. Acesso em: 10.11.2020.
- BRASIL. Senado Federal. *Relatório final da CPMI da violência contra as mulheres*. Brasília, 2013. Disponível em: [www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=131554&tp=1]. Acesso em: 05.07.2013.

- CAMPOS, Carmen Hein de. Teoria feminista do Direito e Violência Íntima contra Mulheres. *Revista da EMERJ*, v. 15, n. 57, p. 33-42, 2012. Disponível em: [www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista57/revista57_33.pdf]. Acesso em: 10.11.2020.
- CAMPOS, Carmen Hein de. Femicídio no Brasil: uma análise crítico-feminista. *Sistema Penal & Violência*, v. 7, n. 1, p. 103-115, 2015. Disponível em: [https://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/sistemapenaleviolencia/article/view/20275]. Acesso em: 10.11.2020.
- CAMPOS, Carmen Hein de; SEVERI, Fabiana Cristina. Violência contra mulheres e a crítica jurídica feminista: breve análise da produção acadêmica brasileira. *Revista Direito e Práxis*, v. 10, n. 2, p. 962-990, 2019. Disponível em: [www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2179-89662019000200962-&tlng=pt]. Acesso em: 10.11.2020.
- CARCEDO, Ana. (Coord.). *No olvidamos ni aceptamos: Femicidio en Centro America (2000-2006)*. San José da Costa Rica: CEFEMINA, 2010.
- CARCEDO CABAÑAS, Ana; SAGOT RODRÍGUEZ, Monserrat. Femicidio en Costa Rica: balance mortal. *Med. leg. Costa Rica*, v. 19, n. 1, p. 5-16, 2002. Disponível em: [www.scielo.sa.cr/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1409-00152002000100002]. Acesso em: 10.11.2020.
- CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. Estratégias do Ministério Público para atender as Diretrizes Nacionais para Investigar, Processar e Julgar com Perspectiva de Gênero as Mortes Violentas de Mulheres. *Revista Gênero*, v. 17, n. 2, p. 29-48, 4 dez. 2017. Disponível em: [https://periodicos.uff.br/revistagenero/article/view/31262]. Acesso em: 27.07.2021.
- CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de; CAMPOS, Carmen Hein de. Sistema de justiça criminal e perspectiva de gênero. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 146, p. 273-303, ago. 2018. Disponível em: [www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc50000017a-fefdd6e0cbaf7652&docguid=If766fde08b1b11e8a6630100000000000&hitguid=If766fde08b1b11e8a6630100000000000&spos=1&epos=1&t-d=1381&context=148&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1]. Acesso em: 31.07.2021.
- CORNEJO-VALLE, Mónica; PICHARDO, J. Ignacio. La “ideología de género” frente a los derechos sexuales y reproductivos. El escenario español. *Cadernos Pagu*, v. 2017, n. 50, 2017. Disponível em: [www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-83332017000200501&lng=es&tlng=es]. Acesso em: 20.08.2018.
- CORRÊA, Mariza. *Morte em família*. Representação jurídica de papéis sociais. São Paulo: Graal, 1983.

- COUTO, Maria Claudia Giroto do. Solidão e risco no campo dos afetos: uma análise sobre violências simbólicas e fatais vivenciadas por mulheres negras. *Revista Brasileira de Ciência Política*, v. 146, p. 539-556, ago. 2018. Disponível em: [www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc50000017afeff11eae6ee388c&docguid=If923a2008b1b11e8a6630100000000000&hitguid=If923a2008b1b11e8a6630100000000000&spos=1&epos=1&td=104&context=158&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1]. Acesso em: 31.07.2021.
- CUNHA, Rogerio Sanches. Feminicídio. *Manual de direito penal: parte especial* (v. único). 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 63-78.
- DEBERT, Guita Grin; GREGORI, Maria Filomena. Violência e gênero: Novas propostas, velhos dilemas. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 23, n. 66, p. 165-185, fev. 2008. Disponível em: [www.scielo.br/scielo.php?script=s-ci_arttext&pid=S0102-69092008000100011&lng=pt&nrm=iso&tlng=pt]. Acesso em: 10.11.2020.
- DELPHY, Christine. Patriarcado (teorias do). In: HIRATA, Helena; LABORIE, Françoise; LE DOARÉ, Hélène; SENOTIER, Danièle (Org.). *Dicionário Crítico do Feminismo*. São Paulo: UNESP, 2009. p. 173-178.
- DINIZ, Débora. Perspectivas e articulações de uma pesquisa feminista. In: STEVENS, Cristina; OLIVEIRA, Susane Rodrigues de; ZANELLO, Valeska. (Org.). *Estudos feministas e de gênero: articulações e perspectivas*. Brasília: Mulheres, 2014. p. 11-21. Disponível em: [http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/16349/1/LIVRO_EstudosFeministasdeGeneroArticulações.pdf#page=12]. Acesso em: 10.11.2020.
- FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- FÓRUM Brasileiro de Segurança Pública. *Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2020 (Ano 14)*. São Paulo: FBSP, 2020. Disponível em: [https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2020/10/anuario-14-2020-v1-interativo.pdf]. Acesso em: 10.11.2020.
- FÓRUM Brasileiro de Segurança Pública. *13o Anuário Brasileiro de Segurança Pública*. São Paulo, 2019. Disponível em: [https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/10/Anuario-2019-FINAL_21.10.19.pdf]. Acesso em: 10.11.2020.
- FRANCO, Maria Laura Pugliesi Barbosa. *Análise de conteúdo*. 2. ed. Brasília: Liber Livro, 2005.
- FRASER, Nancy. Redistribución y Reconocimiento: hacia una visión integrada de justicia del género. *Revista internacional de filosofía política*, n. 8, p. 18-40, 1996. Disponível em: [http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.

- php?pid=bibliuned:filopoli-1996-8-822568E8-D884-BC64-274D-3C464F9C410B&dsID=redistribucion_reconocimiento.pdf]. Acesso em: 31.07.2021.
- FRASER, Nancy. Políticas Feministas na era do reconhecimento: uma abordagem bidimensional da justiça de gênero. In: SORJ, Bila; BRUSCHINI, Cristina; UNBEHAUM, Sandra (Eds.). *Gênero, Democracia e sociedade brasileira*. São Paulo: Editora 34, 2002. p. 61-78.
- FRASER, Nancy. La justicia social em la era de la política de la identidad: Redistribución, reconocimiento y participación. In: FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. *¿Redistribución o Reconocimiento? Un debate Político-filosófico*. Madrid: Morata, 2006a. p. 13-88.
- FRASER, Nancy. Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da Justiça numa era “pós socialista”. *cadernos de campo*, v. 15, n. 14-15, p. 231-239, 2006b. Disponível em: [https://doi.org/10.11606/issn.2316-9133.v15i14-15p231-239]. Acesso em: 31.07.2021.
- GADET, Françoise.; PÊCHEUX, Michel. *A língua inatingível*. O discurso na história da linguística. 2. ed. Campinas: RG Editora, 2010.
- GOMES, Izabel Solyszko. *Feminicídios e possíveis respostas penais: dialogando com o feminismo e o direito penal*. *Revista Gênero & Direito*, v. 4, n. 1, p. 1-31, 2015. Disponível em: [https://periodicos.ufpb.br/ojs2/index.php/ged/article/view/24472/13619]. Acesso em: 02 maio 2020.
- GRECO, Rogério. Capítulo 2. Homicídio. *Curso de direito penal: parte especial* (v. 2). 14. ed. Niterói: Impetus. 2017. p. 45-128.
- GUILLAUMIN, Colette. Práctica del poder e idea de Naturaleza. In: CURIEL, O.; FALQUET, J. (Eds.). *El Patriarcado al desnudo: três feministas materialistas*. Buenos Aires: Brecha Lésbica, 2012. p. 19-56.
- GUMIERI, Sinara; COSTA, Bruna Santos; DINIZ, Débora. Nomear feminicídio: conhecer, simbolizar e punir. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 114, p. 225-239, maio-jun. 2015. Disponível em: [www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc50000017aff024619823d83ce&docguid=I809c5ca00e7d11e58211010000000000&hitguid=I809c5ca00e7d11e58211010000000000&spos=1&epos=1&td=19&context=210&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1]. Acesso em: 31.07.2021.
- INEP. Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Anísio Teixeira. Conceito Preliminar do Curso (CPC). Exame Nacional de Desempenho dos Estudantes (ENADE). Resultados atualizado até 2019. Disponível em: [http://portal.inep.gov.br/web/guest/educacao-superior/indicadores-de-qualidade/resultados]. Acesso em: 10.11.2020.

- IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada; FÓRUM Brasileiro de Segurança Pública. *Atlas da Violência 2019*. Brasília: IPEA, 2019. Disponível em: [www.ipea.gov.br/atlasviolencia/download/19/atlas-da-violencia-2019]. Acesso em: 10.11.2020.
- JESUS, Damásio de. Homicídio. *Direito penal* (v. 2). *Parte especial*: crimes contra a pessoa a crimes contra o patrimônio. Atualização André Estefam. 36. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 55-149.
- KARAM, Maria Lúcia. Violência de Gênero: O paradoxal entusiasmo pelo rigor penal. *Boletim IBCCrim*, v. 14, n. 168, p. 6-7, 2006. Disponível em: [https://assets-compromissoeatitude-ipg.sfo2.digitaloceanspaces.com/2014/02/Boletim-168_Karam.pdf]. Acesso em: 31.07.2021.
- LAGARDE, Marcela. Del femicidio al feminicidio. *Desde el jardín de Freud*, v. 6, p. 217-25, 2006. Disponível em: [http://repositorio.ciem.ucr.ac.cr/jspui/bitstream/123456789/9/3/RCIEM002.pdf]. Acesso em: 02.05.2020.
- LAGARDE, Marcela. Antropología, feminismo y política: violencia feminicida y derechos humanos de las mujeres. In: BULLEN, Margaret Louise; DíEZ, María Carmen (Eds.). *Retos Teóricos y Nuevas Prácticas*. Espanha: Ankulegi, 2008. p. 209–240. Disponível em: [www.ankulegi.org/wp-content/uploads/2012/03/0008Lagarde.pdf]. Acesso em: 02.05.2020.
- LIBARDONI, Marlene. Fundamentos teóricos e visão estratégica da advocacy. *Revista Estudos Feministas*, v. 8, n. 2, p. 207-221, 2000. Disponível em: [https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/11936/11202]. Acesso em: 10.11.2020.
- MACHADO, Maria das Dores Campos. O discurso cristão sobre a “ideologia de gênero”. *Revista Estudos Feministas*, v. 26, n. 2, p. 1-18, 2018. Disponível em: [www.scielo.br/j/ref/a/pywfvLVSDYNnH8nzJV3MmQk/abstract/?lang=pt]. Acesso em: 31.05.2021.
- MATHIEU, Nicole-Claude. Sexo e Gênero. In: HIRATA, Helena; LABORIE, Françoise; LE DOARÉ, Hélène; SENOTIER, Danièle (Org.). *Dicionário Crítico do Feminismo*. São Paulo: Editora UNESP, 2009. p. 222-231.
- MIGUEL, Luiz Felipe. Da “doutrinação marxista” à “ideologia de gênero” – Escola Sem Partido e as leis da mordaca no parlamento brasileiro. *Revista Direito e Práxis*, v. 7, n. 15, p. 590-621, 2016. Disponível em: [www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/25163]. Acesso em: 10.11.2018.
- MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Crimes contra a vida. Manual de direito penal: parte especial* (v. 2). 35. ed. São Paulo: Gen/Atlas, 2016. p. 39-45.
- MUNÉVAR, Dora Inés. Delito de femicidio. Muerte violenta de mujeres por razones de género. *Estudios socio-jurídicos*, v. 14, n. 1, p. 135-175, 2012. Disponível em: [www.corteidh.or.cr/tablas/r28986.pdf]. Acesso em: 10.11.2020.
- NIELSSON, Joice Graciele; PINTO, Raquel Cristiane. Luta antidiscriminatória e poder punitivo: uma análise a partir da teoria e da prática brasileira no

- enfrentamento ao feminicídio. *Revista Paradigma*, v. 25, n. 1, p. 191-217, 2016. Disponível em: [https://revistas.unaerp.br/paradigma/article/view/191-217]. Acesso em: 27.07.2021.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Feminicídio. Curso de direito penal*, v. 2. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. Recurso online. p. 47-134.
- OAB. Selo OAB Recomenda (2019). Disponível em: [www.oab.org.br/servicos/oabrecomenda].
- ONU Mulheres. Escritório Regional do Alto Comissariado de Direitos Humanos. *Modelo de protocolo latino-americano de investigação das mortes violentas de mulheres por razões de gênero (femicídio/feminicídio)*. Brasília: ONU Mulheres, 2014. Disponível em [www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/2016/03/Protocolo_feminicidio_publica%C3%A7%C3%A3o.pdf]. Acesso em: 01.05.2020.
- PASINATO, Wânia. “Femicídios” e as mortes de mulheres no Brasil. *Cadernos Paugu*, n. 37, p. 219-246, 2011. Disponível em: [www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-83332011000200008&lng=pt&tlng=pt]. Acesso em: 10.11.2020.
- PIMENTEL, Silvia. Gênero e Direito. In: Celso Fernandes Campilongo, Alvaro Gonzaga, André Luiz Freire. *Enciclopédia Jurídica da PUCSP, tomo I: teoria geral e filosofia do direito (Recurso Eletrônico)*. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: [https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/122/edicao-1/genero-e-direito]. Acesso em: 10.11.2020.
- PINTO, Céli Regina Jardim. *Uma história do feminismo no Brasil*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2003.
- POSSAS, Mariana Thorstensen. Criação de lei e racionalidade penal moderna: o caso da criação da Lei do Feminicídio no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 150, p. 17-53, dez. 2018. Disponível em: [www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc50000017aff0a-9bfc85a90fc8&docguid=I3d7f1b00e3eb11e894ef010000000000&hitguid=I3d7f1b00e3eb11e894ef010000000000&spos=1&epos=1&td=9&context=269&crumb=-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1]. Acesso em: 31.07.2021.
- PRADO, Luiz Régis. Capítulo I: Crimes contra a vida. *Curso de direito penal brasileiro (parte geral e parte especial)*. 17. ed. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2019. p. 417-467.
- PRANDO, Camila Cardoso de Mello. O que veem as mulheres quando o direito as olha? Reflexões sobre as possibilidades e os alcances de intervenção do direito nos casos de violência doméstica. *Revista de Estudos Criminais*, v. 60, p. 115-142, 2016. Disponível em: [www.tjpa.jus.br/CMSPortal/VisualizarArquivo?idArquivo=303912]. Acesso em: 31.07.2021.

- 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. 4, p. 2188-2211, dez. 2020. Disponível em: [www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2179-89662020000402188&tlng=pt]. Acesso em: 10.11.2020.
- RANDFORD, Jill; RUSSEL, Diana E. H. *Femicide: The Politics of Woman Killing*. New York: Twayne Publishers, 1994.
- RIFIOTIS, Theophilos. Judicialização das relações sociais e estratégias de reconhecimento: repensando a “violência conjugal” e a “violência intrafamiliar”. *Revista Katálysis*, v. 11, n. 2, p. 225-236, dez. 2008. Disponível em: [www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-49802008000200008&lng=pt&tlng=pt]. Acesso em: 10.11.2020.
- RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. Dogmática e crítica da jurisprudência (ou da vocação da doutrina em nosso tempo). *Revista dos Tribunais*, v. 891, p. 65-106, out. 2010. Disponível em: [www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc50000017aff0e2dea85a90fd0&docguid=I7922a2b0f25111dfab6f010000000000&hitguid=I7922a2b0f25111dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=321&context=306&crumb=-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1]. Acesso em: 31.07.2021.
- RODRIGUEZ, José Rodrigo. Para uma pedagogia da incerteza: a dogmática jurídica como experimento e como imaginação. In: RODRIGUEZ, J. R.; PÜSCHELL, F. P.; MACHADO, M. R. A. *Dogmática é conflito: uma visão crítica da racionalidade jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- RODRIGUEZ, José Rodrigo. Utopias institucionais antidiscriminação. As ambiguidades do direito e da política no debate feminista brasileiro. *Cadernos Pagu*, n. 45, p. 297-329, dez. 2015. Disponível em: [www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-83332015000200297&lng=pt&tlng=pt]. Acesso em: 12.11.2020.
- RUF. Ranking Universitário Folha (2019). Disponível em: [https://ruf.folha.uol.com.br/2019/].
- SAFFIOTI, Heleieth. *O poder do macho*. São Paulo: Moderna, 1987.
- SEGATO, Rita Laura. Território, soberania e crimes de segundo Estado: a escritura nos corpos das mulheres de Ciudad Juarez. *Revista Estudos Feministas*, v. 13, n. 2, p. 265-285, ago. 2005. Disponível em: [www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-026X2005000200003&lng=pt&tlng=pt]. Acesso em: 12.11.2020.
- SEGATO, Rita Laura. Que és un feminicídio. Notas para um debate emergente. *Serie Antropologia*, v. 401, p. 1-11, 2006. Disponível em: [http://cuentaconmigo.org.mx/articulos/segato.pdf]. Acesso em: 12.11.2020.

- SEGATO, Rita Laura. Gênero e colonialidade: em busca de chaves de leitura e de um vocabulário estratégico descolonial. *e-cadernos CES*, n. 18, 1 dez. 2012. Disponível em: [<https://doi.org/10.4000/eces.1533>]. Acesso em: 31.07.2021.
- SEGATO, Rita Laura. El sexo y la norma: frente estatal, patriarcado, desposesión, colonidad. *Revista Estudos Feministas*, v. 22, n. 2, p. 593-616, ago. 2014. Disponível em: [www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-026X2014000200012&lng=es&tlng=es]. Acesso em: 12.11.2020.
- SEVERI, Fabiana Cristina. Justiça em uma perspectiva de gênero: elementos teóricos, normativos e metodológicos. *Revista Digital de Direito Administrativo*, v. 3, n. 3, p. 574-601, 18 ago. 2016. Disponível em: [www.revistas.usp.br/rdda/article/view/119320]. Acesso em: 12.11.2020.
- SEVERI, Fabiana Cristina. *Lei Maria da Penha e o projeto jurídico feminista brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.
- SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico* (v. II). 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.
- SILVA, Salete Maria da; WRIGHT, Sonia Jay. Uma reflexão feminista sobre o conceito de justiça de gênero. *Revista de Teorias da Justiça, da Decisão e da Argumentação Jurídica*, v. 2, n. 1, p. 1-27, 2016. Disponível em: [www.indexlaw.org/index.php/revistateoriasjustica/article/view/1086/pdf]. Acesso em: 31.05.2021.
- SMART, Carol. La teoría feminista y el discurso jurídico. In: BIRGIN, H. (Coord.). (Ed.). *El Derecho em el Género y el género em el derecho*. Buenos Aires: Biblos, 2000. p. 31-71.
- SOUZA, Luciano Anderson de; FERRAZ, Júlia Lambert Gomes. Desvios na construção de um Direito Penal de Gênero: um problema chamado Poder Legislativo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 147, p. 459-477, 2018.
- UN WOMEN. *Progress of the World's Women 2019-2020: Families in a Changing World*. Milan: [s.n.]. Disponível em: [www.unwomen.org/-/media/headquarters/attachments/sections/library/publications/2019/progress-of-the-worlds-women-2019-2020-en.pdf?la=en&vs=3512]. Acesso em: 12.11.2020.
- UNODC. *Global Study on Homicide 2018. Gender-related killing of women and girls*. Unodoc. Viena: [s.n.]. Disponível em: [www.ncbi.nlm.nih.gov/pub-med/22057928]. Acesso em: 12.11.2020.
- VILLA, Eugênia Nogueira do Rêgo Monteiro; MACHADO, Bruno Amaral. Territórios da violência de gênero: normativa internacional e os casos “Campo Algodoeiro” (México) – “Morro Do Garrote” (Brasil). *Revista de Direito Internacional*, v. 15, n. 2, p. 392-407, 26 out. 2018. Disponível em: [www.publicacoes.uniceub.br/rdi/article/view/5238]. Acesso em: 12.11.2020.
- VILLA, Eugênia Nogueira do Rêgo Monteiro. *Gênero e biopoder: a “invenção” da violência contra a mulher no discurso policial e nas práticas das delegacias*

da mulher de Teresina – PI. [s.l.] UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS (UNISINOS), 2014.

ZOPPI-FONTANA, Mônica G. Arquivo Jurídico e Exterioridade: A construção do corpus discursivo e sua descrição/interpretação. In: GUIMARÃES, E.; PAULA, M. R. B. (Orgs.). *Memória e sentido*. Santa Maria: UFSM/Pontes, 2005. p. 93-116.

Legislação

BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Violência contra a mulher e as práticas institucionais. *Série Pensando o Direito*, Brasília, n. 52, 2015. Disponível em: [http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/9998/1/MJ_ViolContraMulher_52.pdf]. Acesso em: 27.07.2021.

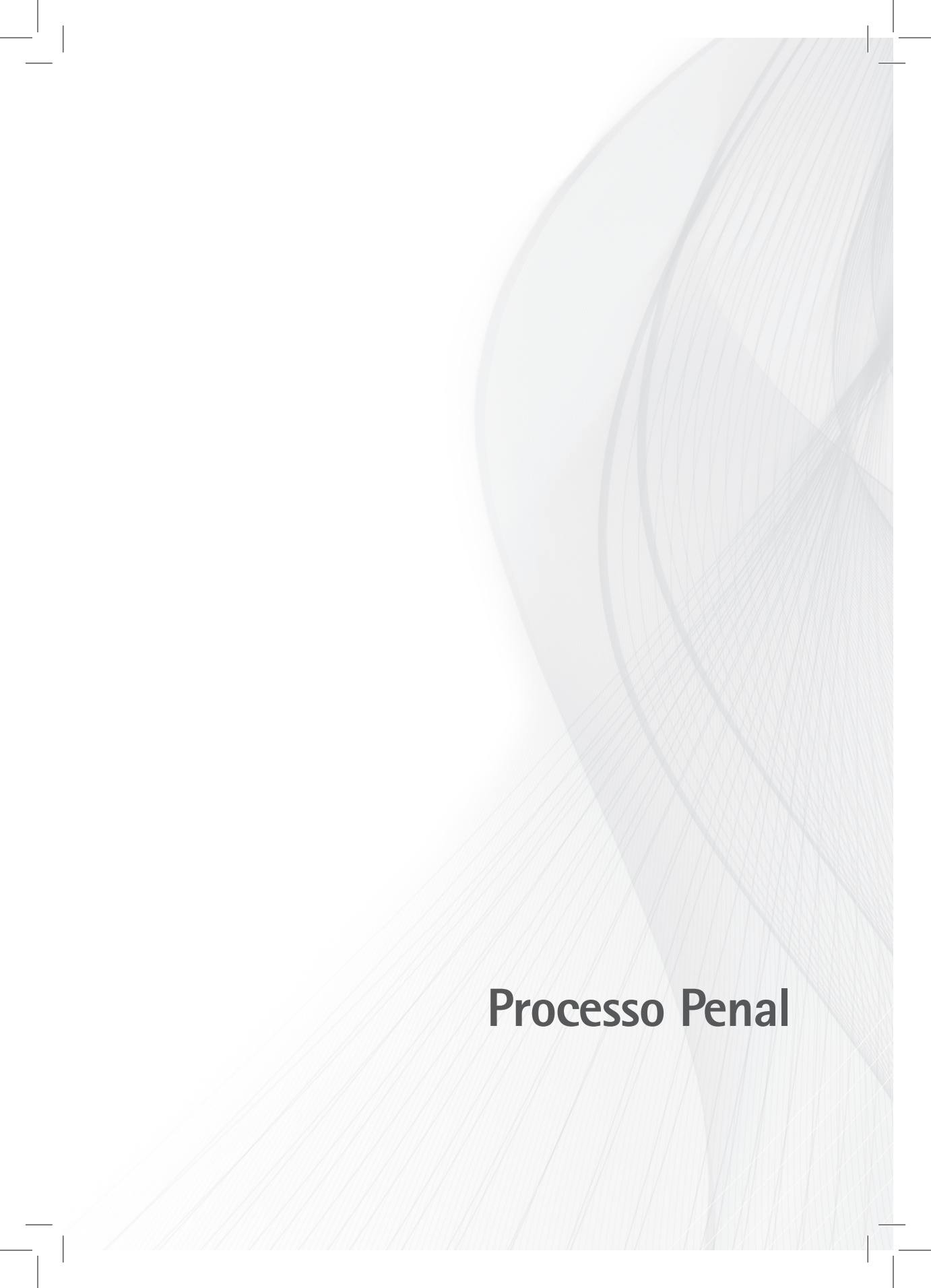
BRASIL. Conselho Nacional de Justiça – CNJ. Enunciado 30 (001/2016). Comissão Permanente de Combate à Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher – COPEVID. *I Reunião Ordinária do GNDH e Colegiado do CNPG*, p. 7, jun. 2016. Disponível em: [www2.mppa.mp.br/sistemas/gcsubsites/upload/81/Enunciados%202016.pdf]. Acesso em: 30.01.2017.

BRASIL. Ministério da Mulher, da Igualdade Racial e Direitos Humanos. *Diretrizes nacionais feminicídio: investigar, processar e julgar com perspectiva de gênero a morte violenta de mulheres*. Brasília, 2016. Disponível em: [www.gov.br/mdh/pt-br/navegue-por-temas/politicas-para-mulheres/arquivo/central-de-conteudos/publicacoes/2016/livro-diretrizes-nacionais-femenicidios-versao-web.pdf/view]. Acesso em: 10.11.2020.

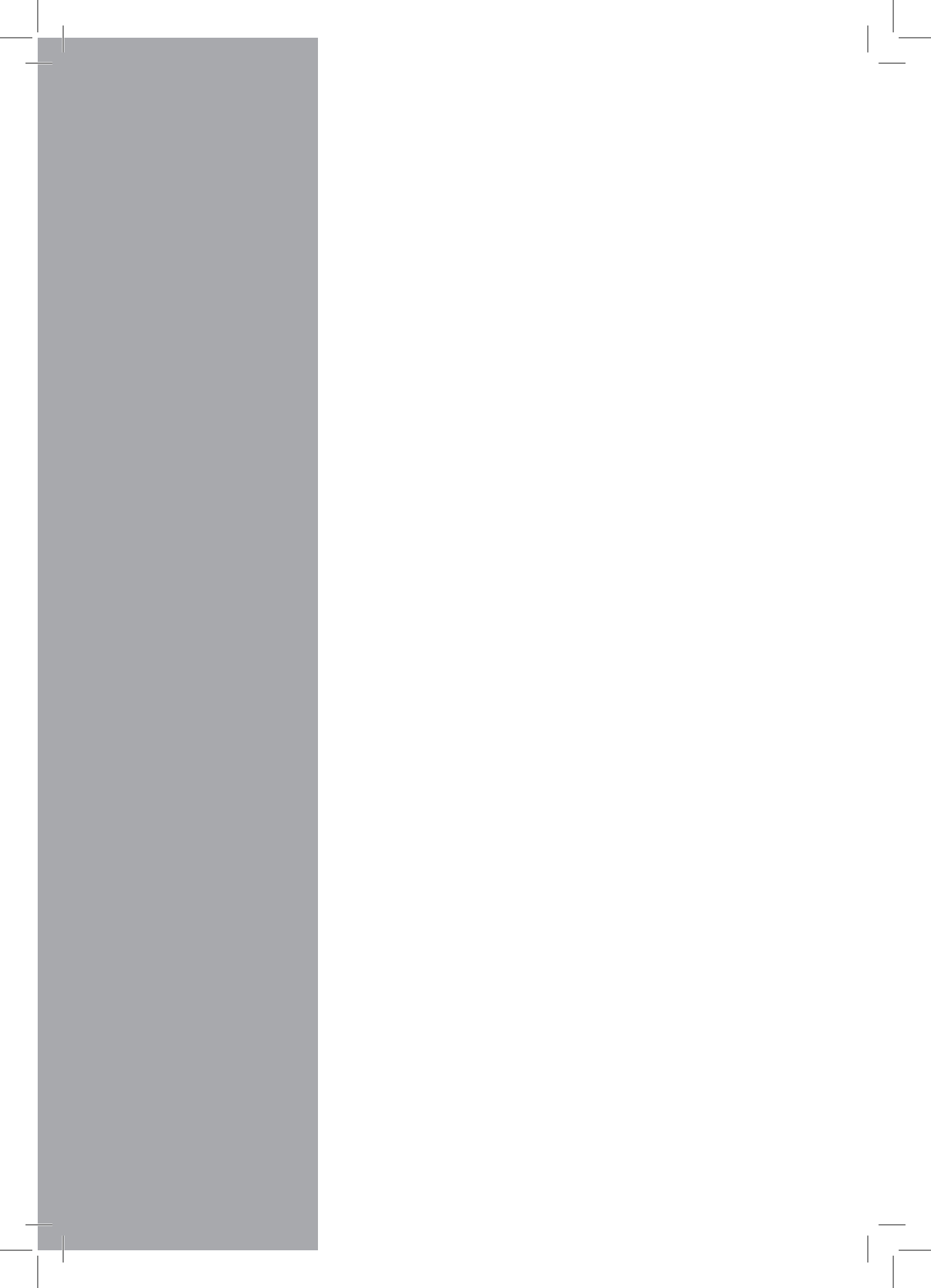
PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- 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;
- Criação de lei e racionalidade penal moderna: o caso da criação da lei do feminicídio no Brasil, de Clara Flores Seixas de Oliveira e Mariana Thorstensen Possas – *RBCCrim* 150/17-53;
- Diálogos entre feminismo e criminologia crítica na violência doméstica: justiça restaurativa e medidas protetivas de urgência, de Ana Lucia Sabadell e Livia de Meira Lima Paiva – *RBCCrim* 153/173-206;
- Lei Maria da Penha e Lei do Feminicídio: a violência de gênero no Brasil entre hostilidades, simbolismo e legitimidade, de Danler Garcia – *RBCCrim* 169/163-192;
- Nomear feminicídio: conhecer, simbolizar e punir, de Debora Diniz, Bruna Santos Costa e Sinara Gumieri – *RBCCrim* 114/225-239 e *Doutrinas Essenciais Direito Penal e Processo Penal* 3; e
- Por que o feminicídio deve ser reconhecido como crime autônomo?, de Carlos Alberto Garçete – *RT* 1021/215-230.

The background of the slide is a light gray with a complex, abstract pattern. It features several overlapping circles and a dense network of thin, curved lines that create a sense of depth and movement. The pattern is more prominent on the right side of the slide, fading towards the left.

Processo Penal



PROVA ILÍCITA, HACKEAMENTO, INCOMPETÊNCIA E SUSPEIÇÃO: AS SUBVERSÕES DE FERRAJOLI

*ILLICIT EVIDENCE, HACKING, INCOMPETENCE AND
SUSPICION: THE SUBVERSIONS OF FERRAJOLI*

ANDRÉ NICOLITT

Doutor em Direito pela Universidade Católica Portuguesa – Lisboa, 2011. Mestre em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, 2003. Professor do PPGD – Faculdade Guanambi – BA. Professor Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense – UFF. Membro do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM. Membro do Instituto Carioca de Criminologia – ICC. Membro Emérito do Instituto Baiano de Direito Processual Penal – IBADPP. Juiz de Direito Titular do Juizado Especial Criminal de São Gonçalo – RJ.
Lattes: [<http://lattes.cnpq.br/5066963398936027>].
ORCID: [<https://orcid.org/0000-0002-3857-3838>].
anicolitt@gmail.com

Autor convidado

ÁREAS DO DIREITO: Penal; Processual

RESUMO: Este artigo traça considerações críticas sobre a leitura feita por alguns Ministros que integram o Supremo Tribunal Federal, por ocasião dos julgamentos do HC 193.726, do HC 164.493 e dos Agravos Regimentais no HC 193.726, relativamente aos temas provas ilícitas, incompetência e suspeição. Ademais, aponta como se usa a doutrina do garantismo sem a devida compreensão ou mesmo, como refúgio argumentativo ou subterfúgio estético para decisões autoritárias. Através de um estudo de caso no qual se utilizou a análise documental e a revisão bibliográfica, o artigo busca desvelar uso indevido (retórico) da epistemologia garantista quando na verdade, essencialmente se aplica uma ética antigarantista, recorrendo-se ao decisionismo.

ABSTRACT: This article outlines critical considerations about the reading made by some members of the Federal Supreme Court, at the time of the trials of HC 193,726, HC 164,493 and HC 193,726, regarding the themes of illegal evidence, incompetence and suspicion. Furthermore, it points out how the doctrine of garantism used without proper understanding or even as an argumentative refuge or aesthetic subterfuge for authoritarian decisions. Through a case study in which document analysis and bibliographic review were used, the article seeks to unveil misuse (rhetorical) of the guaranteeist epistemology when in fact, an anti guaranteeist ethics is essentially applied, resorting to decisionism.

PALAVRAS-CHAVE: Operação Lava Jato – Incompetência – Suspeição – Prova Ilícita – Garantismo.

KEYWORDS: Operation Car Wash – Incompetence – Suspicion – Illicit Proof – Garantism.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Apontamentos sobre o voto do Min. Roberto Barroso no Agravo Regimental no HC 193.726. 3. Apontamentos sobre o voto do Min. Nunes Marques no HC 164.493. 3.1. Habeas Corpus pode ser meio de impugnar a suspeição. 3.2. Do contraditório. 3.3. A subversão de Ferrajoli. 4. Possibilidades probatórias decorrentes do hackeamento. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

O presente ensaio tem por escopo traçar considerações críticas sobre a leitura feita por alguns Ministros que integram o Supremo Tribunal Federal, acerca das provas ilícitas e dos institutos da incompetência e da suspeição e, ainda, como se usa a doutrina do garantismo sem a devida compreensão ou mesmo, como refúgio argumentativo ou subterfúgio estético para decisões autoritárias¹.

Para tanto, levamos em conta o debate levado a efeito no HC 193.726, no HC 164.493 e nos Agravos Regimentais no HC 193.726.

O HC 193.726 trata de impetração em favor de Luiz Inácio Lula da Silva contra acórdão proferido pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça nos autos do Agravo Regimental no Recurso Especial 1.765.139. Decisão esta que rejeitou as alegações de incompetência do Juízo da 13ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Curitiba para o processo e julgamento da Ação Penal 5046512-67.2016.4.04.7000 e indeferiu a pretensão de declaração de nulidade dos atos decisórios praticados pelo então Juiz Sérgio Moro.

O HC 164.493, por sua vez, tem por objeto a declaração de nulidade dos atos processuais praticados na Ação Penal 5046512-94.2016.4.04.7000/PR, que tramitou perante a 13ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Curitiba/PR, em razão da suspeição do então Juiz Sérgio Moro, que prestou jurisdição nos referidos autos.

1. Por decisões autoritárias poderíamos trazer várias anotações conceituais. Não obstante, escolhemos prestigiar a atmosfera do próprio Supremo Tribunal Federal e elegemos para o presente as ideias extraídas de voto histórico do Min. Celso de Mello na ADC 43 no qual deixa em relevo que decisões (visões) autoritárias exprimem a filosofia da lei e ordem ou que, muitas vezes, aproximam-se, perigosamente, das concepções próprias do direito penal do inimigo. A prática autoritária de poder acaba por submeter a Constituição a seus próprios desígnios, ou a manipulações hermenêuticas, ou, ainda, a avaliações discricionárias fundadas em razões de conveniência ou de pragmatismo. Um processo penal democrático é aquele voltado a amparar qualquer pessoa contra práticas arbitrárias, ao contrário, as decisões autoritárias agigantam desmedidamente o braço punitivo estatal em detrimento das garantias fundamentais.

NICOLITTI, André. Prova ilícita, hackeamento, incompetência e suspeição: as subversões de Ferrajoli. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 184. ano 29. p. 141-159. São Paulo: Ed. RT, outubro 2021.

Quanto aos Agravos Regimentais, o primeiro foi proposto pela Procuradoria Geral da República e tinha por desiderato o reconhecimento da competência da 13ª Vara Federal de Curitiba para julgamento das ações penais acima referidas. O segundo agravo foi oposto pelos impetrantes do HC, se opondo a afetação ao Pleno. O terceiro Agravo foi proposto também pelos impetrantes do HC em razão da prejudicialidade do HC 164.493, declarada ao final da decisão do Min. Fachin, no HC 193.726, que ao reconhecer a incompetência da 13ª Vara de Curitiba, anulou as condenações e entendeu que, com isso, houve prejuízo ao julgamento do HC 164.493, que também buscava a anulação das decisões sob o fundamento de suspeição.

Assistiu-se, por toda parte, amplo e caloroso debate no Supremo Tribunal Federal durante o julgamento dos referidos feitos, debates que foram permeados também pelo conteúdo de notícias jornalísticas sobre conversas travadas entre o então juiz Sergio Moro e Procuradores da Operação Lava Jato. Além das conversas noticiadas pela imprensa, tangenciaram, igualmente, o julgamento elementos constantes do Inquérito (INQ) 4781, de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes; da Petição (PET 8403), relatada pelo Ministro Ricardo Lewandowski, e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 605, de relatoria do Ministro Dias Toffoli.

Metodologicamente, trata-se, portanto, de uma investigação que se aproxima de um estudo de caso e lança mão da técnica de revisão bibliográfica e análise documental.

Como é sabido, a utilização do estudo de caso nas pesquisas no campo do Direito não exclui a necessidade de um estudo teórico e bibliográfico que dá suporte ao pesquisador na análise do caso concreto, de modo que não se despreza os componentes próprios do Direito como a lei, a realidade, e as circunstâncias das quais as normas nascem e às quais elas se dirigem. O estudo de caso destaca-se por permitir uma aproximação do pesquisador à realidade, a qual serão aplicados os resultados de seu trabalho científico².

O estudo de caso conta com variadas técnicas e é a estratégia escolhida ao se examinar acontecimentos e fenômenos contemporâneos, no contexto da vida real³.

Com efeito, pretendemos no presente estudo, apresentar e analisar alguns argumentos das teses contrapostas, destacadamente os argumentos dos Min. Roberto Barroso e do Min. Nunes Marques, objetados pelos Min. Gilmar Mendes e Ricardo Lewandowski, dando relevo às distorções teóricas levadas a efeito nos debates para, ao final, apresentarmos como a dogmática processual penal e a teoria do garantismo, de fato, implicam o tema.

O objetivo é demonstrar através de discursos proferidos nos julgamentos e espalhados nas redes sociais, como ainda o comportamento judicial no Brasil é impregnado pelo decisionismo, apresentando uma feição antigarantista.

2. TASSIGNY et al., 2016

3. YIN, 2001.

O marco teórico para análise é o garantismo penal de Luigi Ferrajoli que, por ironia do destino, foi mais de uma vez referido nos debates no STF, por ocasião dos julgamentos supra referidos de modo absolutamente subvertido.

Ferrajoli, em sua obra “Direito e Razão”⁴, dedica um capítulo inteiro à análise das dimensões do poder judicial e propõe, ancorado na filosofia analítica, uma epistemologia garantista, traçando os limites e estabelecendo o controle do poder judicial.

O autor apresenta o decisionismo como elemento de uma epistemologia antigarantista na medida em que esteia as decisões em um subjetivismo que degrada a verdade e evita o controle. Atenua-se, desse modo, a estrita legalidade e a estrita jurisdiccionariedade, conduzindo ao arbítrio, cenário que transforma o juiz, segundo a ocasião, como confessor, psicanalista ou terapeuta social, de todo modo, desvinculado de critérios rígidos legais.

O trabalho está estruturado em 03 (três partes) seguido de uma breve conclusão, a saber: (1) Apontamentos sobre o voto do Min. Roberto Barroso no Agravo Regimental no HC 193.726; (2) Apontamentos sobre o voto do Min. Nunes Marques no HC 164.493 e (3) uma nota sobre as possibilidades probatórias decorrentes do hackeamento investigado pela operação Spoofing, tema que esteve presente nos debates durante o julgamento.

Todos os tópicos estão atravessados por uma análise dogmática crítica, ancorada no sistema garantista (SG) elaborado por Ferrajoli, que conduz a um juízo de verificação condizente com a epistemologia garantista, cuja estética se buscou, inutilmente, nos discursos de alguns dos Ministros no exame do caso em estudo.

2. APONTAMENTOS SOBRE O VOTO DO MIN. ROBERTO BARROSO NO AGRAVO REGIMENTAL NO HC 193.726⁵

Nesta quadra temporal, o julgamento está disponibilizado apenas nas plataformas digitais, vez que transmitido pela TV Justiça. Nota-se que o voto do Min. Barroso registra aproximadamente 48 minutos. Nos primeiros cinco minutos, aproximadamente, faz saudações a Ministros e advogados.

Em seu voto, o Min. Barroso diz que (05min18s) não conhece o processo por não ter exercido jurisdição sobre os mesmos. Por não integrar a primeira turma, diz não ter lido a acusação, não ter lido a defesa, não ter examinado as provas e que o “processo penal gravita em torno de provas” e que, ademais, processo penal “não tem opinião, não tem ideologia não tem preferências pessoais, tem prova ou não tem prova como deve ser”. Afirma,

4. FERRAJOLI, 2002.

5. Disponível em: [<https://istoe.com.br/ao-votar-contrasuspeicao-demoro-barroso-disse-quenobrasil-corruptos-querem-vinganca-veja-integra/>].

ainda, que nenhuma palavra do voto a ser proferido faz “qualquer juízo acerca de culpabilidade ou não culpabilidade do ex-presidente”⁶.

Contraditoriamente, passa a discorrer sobre a corrupção, tema absolutamente pertencente ao mérito dos processos originários e que nada auxilia o exame sobre a competência ou a suspeição, tampouco à prejudicialidade. A partir do minuto 12 (aproximadamente), passa a arrazoar sobre os números da lava jato, fazendo uma apologia à operação relativamente ao combate à corrupção, apontando-a como um grande mal que assola o país, corrupção essa vista como estrutural e sistêmica. A certa altura naturaliza os diálogos entre procuradores e juízes como algo aceitável e comum na tradição brasileira (22min40s).

A partir do minuto 24, passa a fazer considerações sobre a vedação da prova ilícita afirmando que o material relativo aos diálogos entre os sujeitos processuais são fruto de crime e não podem ser utilizados, e logo no minuto 25:50 volta a falar da corrupção, relatando que, se por um lado há falhas na lava jato, o saldo advindo do combate à corrupção é positivo, retratando ainda que os agentes que “ousaram enfrentar a corrupção” estão sofrendo ataques por poderosos como “reação da corrupção”.

A partir do minuto 31, o Ministro passa a cronologia processual, o que perdura até o minuto 37 e, só então, nos 10 minutos finais, apresenta questões de ordem processuais sobre o tema, o que pode ser sintetizado com a concepção de que a turma não poderia decidir pela superação da prejudicialidade decidida pelo relator. Para o Ministro, a turma não teria competência para suplantar a conclusão do relator. Note-se que nesse voto não se fez considerações sobre os fatos que ensejaram a alegada suspeição, apenas discute a questão relacionada à autoridade competente para decidir sobre a prejudicialidade ou não, fazendo ao final algumas considerações sobre a relação da declaração de incompetência e seus efeitos sobre a suspeição.

Há que se perceber, contudo, que, embora o Ministro tenha iniciado a fala afirmando desprezar o mérito, a maior parte da abordagem dedicou-se à questão da corrupção, como se o paciente fosse definitivamente corrupto ou, como se apontou, os meios falhos de parte da operação se justificassem pelos resultados encontrados a partir dos fins perseguidos. Rompendo, como se vê, com o postulado garantista do devido processo e a noção de que “os fins não justificam os meios”. Contudo, alguns breves argumentos de natureza processual encontrados no voto merecem considerações.

Para o Ministro, competência precede a suspeição. Competência está relacionada aos pressupostos processuais e a formação da relação jurídica. Afirma: “sem juiz competente não há relação jurídica”, citando o processualista civil José Carlos Barbosa Moreira (39min50s).

O voto não distingue entre pressupostos processuais de existência e de validade. Já tivemos oportunidade de escrever:

6. Disponível em: [<https://istoe.com.br/ao-votar-contrasuspeicao-de-moro-barroso-disse-que-no-brasil-corruptos-querem-vinganca-veja-integra/>]. (05min e seguinte).

“Para que um processo exista é preciso que haja os seguintes pressupostos (de existência): partes, órgão jurisdicional e demanda. Para que exista validamente, essencial se façam presentes os *pressupostos de validade*, a saber: partes capazes, órgão jurisdicional competente e demanda regularmente proposta.

A ação proposta em juízo absolutamente incompetente gera a existência de um processo e o resultado é que o juiz poderá reconhecer a incompetência de ofício, remetendo os autos ao juízo competente, que deverá anular todos os atos decisórios e às vezes também os instrutórios.” (grifo nosso) ⁷

Sendo a jurisdição una, qualquer órgão de quaisquer das justiças é órgão jurisdicional, ou seja, atende a um dos pressupostos de existência do processo. Por outro lado, a competência desse órgão é um pressuposto de validade. Um processo que deveria tramitar na Justiça Federal e tramita na Justiça do Trabalho existe, porém é inválido⁸.

Quando o voto afirma que em razão da incompetência não há relação processual, como se isso justificasse não se analisar a suspeição, adotando-se essa premissa, a nosso ver equivocada, com maior razão, há que se afirmar que nada se aproveitará do processo, nem os atos decisórios, menos ainda os atos instrutórios, pois seria inimaginável uma prova aproveitável que não tenha sido produzida no âmbito de uma relação jurídica processual. Em termos claros, a frase do Ministro “sem juiz competente não há relação jurídica”, deveria conduzir a conclusão de que sem relação jurídica não há prova a ser aproveitada. Com efeito, a premissa conceitual do voto vai de encontro a sua conclusão.

Ademais, o voto não trata bem a questão da competência territorial a partir da dogmática processual penal. Isso até se justifica, vez que o Ministro, em sua trajetória acadêmica e profissional, nunca lidou com processo penal e é muito influenciado pela dogmática do processo civil, que muito não se aplica ao penal.

No processo penal a competência territorial não é relativa, e a única competência relativa existente é a competência por eleição da ação penal privada exclusiva (art. 73 do CPP).⁹ Em razão do princípio do juiz natural e da relevância das regras constitucionais de competência, bem como do interesse público na definição da competência territorial, esta não pode ser tida como relativa.

Enquanto no processo civil a competência territorial, em regra, é estabelecida em razão dos interesses das partes, no processo penal decorre do interesse público. Ao definir a regra geral de competência territorial (art. 70 do CPP) como o local onde se consumou a infração e, no caso de tentativa, o último ato de execução, buscou-se atender ao interesse público de obter mais facilmente a prova, bem como proporcionar impacto da decisão judicial no local onde ocorreram os fatos para cumprir a chamada função de prevenção geral da pena.

7. NICOLITT, 2020, p. 427.

8. NICOLITT, 2020.

9. KARAM, 1998.

Com efeito, não se pode falar que tal competência é relativa. A nosso ver, uma vez detectada, deve o juiz declará-la de ofício.

Por outro lado, há que se analisar a questão do art. 567 do CPP. Como seria possível anular os atos decisórios e não anular os atos instrutórios? Apenas na esteira de antigos manuais de processo penal¹⁰ é possível afirmar que os atos decisórios referidos no art. 567 do CPP seriam somente aqueles que decidem pelo mérito, ainda que parcialmente, não incluindo, por exemplo, a decisão de recebimento da denúncia.

Data venia dos que assim se posicionam, na verdade a denúncia tem importante carga decisória, seja no que tange à análise sobre a justa causa, seja em razão dos efeitos de seu recebimento sobre a prescrição. Ademais, não distinguiu o dispositivo quais atos decisórios; pelo contrário, se pretendesse apenas a nulidade do exame de mérito teria redigido no singular (ato decisório), e não no plural, como o fez.

Para nós, a nulidade recairia sobre todos os atos decisórios, incluindo o recebimento da denúncia, a admissão de prova etc. Sendo assim, há que se pensar: como seria possível anular as decisões e aproveitar a instrução? Teríamos aí uma instrução sem recebimento da denúncia. Como ficaria, por exemplo, a oitiva de uma testemunha sendo aproveitada e, ao mesmo tempo, a decisão do juiz que indeferiu algumas perguntas durante sua oitiva sofrendo a sanção de nulidade (ou seja, sendo inválida)?

Uma das etapas do procedimento instrutório é exatamente a decisão de admissão da prova. Como se pode aproveitar a produção da prova se sua admissão foi anulada?

Por tudo, somos que, havendo violação de regra constitucional de competência, ou havendo qualquer violação de regra de competência absoluta (o que para nós inclui a competência territorial), nada poderá ser aproveitado, não se aplicando a regra do art. 567 do CPP por incompatibilidade com a Constituição e por incompatibilidade interna, já que não é possível anular todas as decisões e aproveitar a instrução. Nesta quadra é importante referir que para Ferrajoli, a realidade é o ser, a lei é o dever ser e a Constituição é o dever ser da lei, de modo que não é possível admitir uma norma infraconstitucional que vulnere os valores e procedimentos estabelecidos na Constituição sem com isso assumir uma lógica autoritária antigarantista¹¹.

A isso tudo se une a questão do princípio da identidade física do juiz, que, diga-se de passagem, é corolário do princípio do juiz natural em sua dimensão substancial¹². Assim, se o comando normativo é de que o juiz apto a julgar é aquele que colheu a prova diretamente, como aproveitar provas colhidas perante o juiz incompetente para serem valoradas no julgamento realizado pelo juiz competente que recebeu os autos?

Não obstante, é possível que na incompetência territorial possa haver ratificação de atos nos termos do § 1.º do art. 108 do CPP; todavia, esta ratificação só é válida se houver unanimidade entre todos os sujeitos do processo, ou seja, o juiz, o Ministério Público e a

10. MIRABETE, 2005.

11. FERRAJOLI, 2012.

12. BINDER, 2002.

defesa. Não é apenas o juiz que pratica atos no processo, então não poderíamos pensar em uma ratificação arbitrária englobando todos os atos de um processo que tramitou perante juiz incompetente sem a intervenção das partes, o que feriria o contraditório.

A ratificação só pode se dar em relação aos atos anteriores à audiência de instrução, pois a questão apresenta um complicador a mais. Repita-se. Com a adoção do princípio da identidade física do juiz (§ 2.º do art. 399 do CPP) pela reforma de 2008, a verdade é que a partir de então toda a instrução deverá ser renovada no juízo competente, pois o juiz que preside a instrução deverá proferir a sentença, de modo que não resta dúvida de que os atos instrutórios não serão mais aproveitados.

O voto também parte da premissa de que a competência precede a suspeição, aduzindo, ainda, que a suspeição produziria efeitos mais extensos que a declaração de incompetência.

De fato a grande disputa subjacente à decisão decorria exatamente sobre os efeitos da declaração de incompetência e da anulação das condenações. Não tivesse o relator se limitado a declarar a nulidade das decisões, deixando claro, como sustentamos, que a incompetência gera nulidade dos atos decisórios e dos atos instrutórios, muito pouco espaço para discussão restaria. Em verdade, em tal caso, poderia até se reconhecer o prejuízo, uma vez preclusa a declaração de incompetência. Todavia, do modo como se deu a decisão do Min. Fachin, não haveria hipótese de se reconhecer prejuízo por dois motivos: Primeiro porque, como bem destacou o Min. Nunes Marques, a decisão monocrática era precária, pois estaria sujeita a recurso, como, de fato, ocorreu, de modo que a turma não poderia – nos autos do HC 164.493 – ter obstada sua atuação jurisdicional, em um julgamento já iniciado e com pedido de vista, em razão de uma decisão monocrática, recorível nos autos de outro HC. Segundo porque, ao arrepio do entendimento esposado acima sobre os efeitos da incompetência, o HC 193.726 que tratava da incompetência, promoveu a tutela da liberdade de modo mais restrito do que a tutela pretendida no HC 164.493 que cuidava da suspeição.

Com efeito, a proteção deficiente dada através do HC que discutia a competência não poderia gerar prejuízo ao HC que tinha por fundamento a suspeição, vez que o interesse de agir na ação constitucional de tutela da liberdade persistia.

Cumprido, contudo, destacar que a decisão do Min. Fachin deu ao tema “competência” uma extensão menor do que aquela que adviria da suspeição. Todavia, a nosso sentir, uma análise afinada com a dogmática processual penal chegará à conclusão de que a declaração de incompetência importaria nulidade de atos decisórios e instrutórios, e que eventual aproveitamento não poderia ocorrer apenas por decisão do juiz, mas de todos os sujeitos processuais.

Estes aspectos não foram objeto de debate no julgamento dos Agravos Regimentais acima apontados, o que se lamenta porque o julgado poderia ter chegado ao mesmo resultado prático com melhor técnica de decisão. Em outras palavras, precisou-se julgar dois habeas corpus para afastar uma ilegalidade/abuso que poderia ter sido resolvido com apenas um.

Não poderíamos encerrar sem uma nota a respeito da insistência do voto em sustentar que a decisão do relator deveria prevalecer em relação à decisão da turma. Repita-se, o julgamento já havia sido iniciado pela turma. Tal fato gera perplexidade, tendo em vista que o discurso de que deve ser preservado certo princípio da “colegialidade” é corrente na Corte. Afinal, porque neste voto não veio à baila a questão da colegialidade? É fato que essa é apenas mais uma das perplexidades que gravitam em torno dos HCs impetrados pelo ex-Presidente Lula.

Dito isso, é possível passar para o ponto seguinte, a questão das provas e o garantismo penal de Ferrajoli, o que faremos a partir de considerações sobre o voto do Min. Nunes Marques, não sem revisitar também os apertes do Min. Barroso sobre este tema.

3. APONTAMENTOS SOBRE O VOTO DO MIN. NUNES MARQUES NO HC 164.493

Ao julgar o HC 164.493, o Min. Nunes Marques assentou algumas premissas. Considerou que o ex-Juiz Sergio Moro não poderia ser declarado suspeito com base em provas ilícitas consubstanciadas em conversas hackeadas. Afirmou que:

“Seria uma grande ironia aceitarmos provas ilícitas, resultantes de um crime, para apurar outro crime: dois erros não fazem um acerto. A Constituição garante a todos os brasileiros, indistintamente, que são inadmissíveis nos processos as provas obtidas por meios ilícitos.”¹³

Ademais, aduz que o HC não serve para avaliar a suspeição de magistrado. Sustentou, ainda, violação do contraditório.

O ponto mais angustiante do voto foi a utilização do garantismo de Ferrajoli para sustentar o não reconhecimento da suspeição.

Primeiramente, temos que indicar desde logo ser o habeas corpus uma ação constitucional de tutela da liberdade diante de ilegalidade ou abuso de poder. Trata-se de garantia fundamental do indivíduo em face do Estado.

No referido voto, desprezou-se a noção de autoridade coatora e tentou-se a todo tempo usar as garantias fundamentais do indivíduo para proteger o Estado (no caso o Estado-juiz), em detrimento da pessoa humana. Olvidou-se que não estávamos diante de um “acusado”, vez que não há acusação em face do “ex-juiz”.

Sendo assim, algumas questões devem ser bem pontuadas.

13. Disponível em: [<https://youtu.be/lr8YouUvWmg>] (51min30s); Disponível em: [www.conjur.com.br/2021-mar-23/nunes-marques-vota-suspeicao-sergio-moro-acompanhe] e já disponível o voto escrito no site do STF: [<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&-docID=756048250>].

3.1. Habeas Corpus pode ser meio de impugnar a suspeição

A Constituição dispõe que (art. 5º, LXVIII) conceder-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder. Uma condenação produzida por um juiz que carece de imparcialidade, o que deveria ser sua principal virtude, por óbvio se enquadra nas elementares “ilegalidade e abuso” e tal fato não poderia estar imune ao *writ*.

A jurisprudência do STF já deixou registrada ser a ação constitucional o mecanismo adequado para se corrigir a falta de imparcialidade do julgador.

“HABEAS CORPUS 95.518 – 28.05.2013

Processo Penal. Habeas Corpus. Suspeição de Magistrado. Conhecimento. A alegação de suspeição ou impedimento de magistrado pode ser examinada em sede de habeas corpus quando independente de dilação probatória. É possível verificar se o conjunto de decisões tomadas revela atuação parcial do magistrado neste habeas corpus, sem necessidade de produção de provas, o que inviabilizaria o *writ*.”

Nesse mesmo julgamento o Min. Celso de Mello deixou consignado em seu voto:

“Na realidade, a situação exposta nos autos compromete, segundo penso, o direito de qualquer acusado ao “fair trial”, vale dizer, a um julgamento justo efetuado perante órgão do Poder Judiciário que observe, em sua conduta, relação de equidistância em face dos sujeitos processuais, pois a ideia de imparcialidade compõe a noção mesma inerente à garantia constitucional do “due process of law”.”

Com efeito, a violação do dever de imparcialidade é vício tão grave que pode ser revisto a qualquer tempo e *ex officio*. Na tradição jurídica brasileira, o habeas corpus, como instrumento de tutela da liberdade, excepciona o princípio “ne procedat iudex ex officio”. No Código de Processo Criminal do Império (1832), previa no art. 344 que:

“Independentemente de petição qualquer Juiz póde fazer passar uma ordem de – Habeas-Corpus – ex-officio, todas as vezes que no curso de um processo chegue ao seu conhecimento por prova de documentos, (...) que algum cidadão, Oficial de Justiça, ou autoridade publica tem ilegalmente alguem sob sua guarda, ou detenção.”

Já a Reforma Judiciária de 1871 ampliou o rol de coatores, inclusive para alcançar militares. Por sua vez, na República, tal qual o Código do Império, o habeas corpus de ofício foi contemplado pelo art. 48 do Decreto 848/1890. De igual modo, os códigos estaduais

do período da descentralização processual, decorrente da primeira Constituição Republicana, igualmente prestigiaram o habeas corpus *ex officio*¹⁴.

Note-se que até o Código de Processo Penal Militar de 1969, apesar de restrito ao Tribunal, estabelece a possibilidade de habeas corpus *ex officio* em seu art. 470, 2ª parte.

Autores tradicionais há muito apontavam o habeas corpus de ofício como “natural” à função judicial de tutelar a liberdade. Para ilustrar, referimos por todos, Câmara Leal¹⁵, Espínola Filho¹⁶, Bento de Faria¹⁷, Florêncio de Abreu¹⁸ e Rui Barbosa¹⁹.

Assim, conforme § 2º do art. 654 do CPP, o juízo ou tribunal, examinando autos ou papéis sob seu juízo, deparando-se com qualquer ilegalidade que importe prejuízo ao direito de locomoção poderá, sem que se tenha havido pedido, expedir ordem de habeas corpus para a tutela da liberdade individual.

Com este cenário, causa perplexidade os óbices apresentados no voto para a não concessão da ordem.

3.2. Do contraditório

O contraditório, igualmente, é uma garantia do indivíduo em face do Estado e está descrito na Constituição nos seguintes termos: “LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

A partir da estrutura da ação de habeas corpus em exame, na qual se tem como sujeitos processuais os impetrantes, o paciente e a autoridade coatora, difícil vislumbrar nos autos do HC 164.493 o “ex-juiz” ser titular do direito ao contraditório, vez que não compõe a estrutura acima referida, seja na posição de litigante ou acusado, de modo a poder ter direito ao referido contraditório. No citado HC, no qual a autoridade coatora está localizada no Superior Tribunal de Justiça, o ex-juiz sequer faz parte da relação processual e não poderia sofrer nenhuma privação. Já antecipamos aqui o acerto do julgado promovido pela Min. Carmen Lúcia ao afastar a possibilidade de condenação do ex-juiz nas custas do processo.

Na linha do voto do Min. Nunes Marques, teríamos o absurdo de submeter um ser humano a um julgamento parcial para preservar o “direito ao contraditório” em favor de alguém que não participa da relação jurídica processual e que, ademais, representava o Estado Juiz.

14. CORREA, 1978.

15. LEAL, 1943.

16. ESPÍNOLA FILHO, 1955.

17. FARIA, 1942.

18. ABREU, 1945.

19. BARBOSA, 1949.

3.3. A subversão de Ferrajoli

O ponto mais inusitado do voto do Min. Nunes Marques foi a utilização de Ferrajoli como subterfúgio estético. Isto porque o voto possui uma ética autoritária na medida em que fortalece o Estado para aniquilar a liberdade de um indivíduo, mas tenta apresentar uma estética democrática, esteada na teoria do garantismo, fazendo inúmeras citações de Ferrajoli, que segundo o voto escrito foram extraídas do Youtube (www.youtube.com/watch?v=mwsbEV1tKvg)²⁰.

Uma pequena nota sobre a teoria permite de início perceber que o resultado proposto no voto e o caminho percorrido para alcançá-lo são diametralmente opostos às linhas básicas do sistema garantista e da teoria do Ferrajoli.

O garantismo penal nos faz crer que a crise jurídica que se experimenta atualmente não é fruto da necessidade de se reconhecer o ordenamento ou aperfeiçoá-lo, mas, sim, na sua efetividade. Não basta a proclamação de direitos se estes não saírem da esfera da retórica para integrarem a realidade das relações sociais, condicionando-as²¹.

A efetividade do direito está na centralidade da teoria do garantismo. Embora tenha ele nascido em um sentido estrito de “garantismo penal”, sua configuração se expandiu tornando-se uma teoria geral do direito²², na verdade uma teoria axiomática do direito²³.

O garantismo dirige-se a contenção do risco da violação dos direitos, e manifesta desconfiança na espontânea satisfação e respeito aos direitos, destacadamente os direitos fundamentais. Ele se contrapõe a ilusão de um “poder bom”, ou no espontâneo respeito ao direito²⁴.

Sua proposta é a conformação do Estado real ao modelo ideal, obra dos valores ético-políticos e de justiça incorporados pelo direito positivo, tais como a dignidade da pessoa humana, a igualdade, os direitos individuais, sociais, coletivos e difusos, bem como as garantias destes direitos fundamentais²⁵.

Está, assim, ancorado na tradição iluminista, articulando mecanismos capazes de limitar o poder do Estado soberano. Referida limitação não estará restrita ao Poder Executivo, mas a todas as funções estatais, no que se inclui o Poder Legislativo, vinculado que está aos direitos fundamentais, de modo que nem mesmo a vontade da maioria pode negar ou violar os direitos fundamentais²⁶.

20. STF, Habeas Corpus 164.493, voto do Min. Nunes Marques.

21. NICOLITT, 2019.

22. FERRAJOLI, 2001.

23. FERRAJOLI, 2013.

24. FERRAJOLI, 2001.

25. CASARA, 2004.

26. ROSA, 2006.

No que toca ao voto em exame, a ideia de garantismo liberal ou penal como técnica de defesa da liberdade foi olvidado na melhor das hipóteses e, na pior, foi subvertido a técnica de proteção do poder Estatal contra o indivíduo, ou, ainda, transformado em elemento retórico, performático, para justificar uma decisão que contraria todo o ideário iluminista.

Tem-se, portanto, o garantismo para definir o conjunto das limitações e obrigações impostas a todos os poderes com vista a tutelar, através da sua sujeição à lei e especificamente aos direitos fundamentais por ela estabelecidos, tanto a esfera privada contra os poderes públicos, como a esfera pública contra os poderes privados²⁷.

Trata-se de um juspositivismo crítico contraposto ao juspositivismo dogmático, interpretado como uma filosofia política que funda o Estado sobre os direitos fundamentais dos cidadãos, não prescindindo da efetiva proteção destes, ciente de que não é suficiente o reconhecimento dos direitos fundamentais, fonte de legitimidade do Estado e, também, de sua capacidade de renovar-se sem recorrer à violência subversiva²⁸, sendo necessária a busca insistente por sua construção existencial (efetividade).

O chamado Sistema Garantista, estruturado na obra *Direito e razão*, inspirada nos conceitos iluminista e liberal, parte da franca antítese que domina a história humana, “liberdade e poder”, está comprometido com a tutela da liberdade e os limites do poder. Com efeito, uma decisão que amplifica o poder para além dos seus limites legais e comprime a liberdade não pode dizer-se afinada com as bases garantistas, muito ao contrário.

Parece que na mesma armadilha e confusão também incidiu o Min. Barroso. Em dado momento do voto do Min. Lewandowski²⁹ o interrompe para dizer que “eu pensei que V.Exa. fosse garantista, essa é uma prova ilícita”. Nota-se que o Ministro utiliza o garantismo como argumento para afastar prova ilícita em favor do paciente, utilizando a garantia individual em favor do Estado, que se supõe combatente da “corrupção”.

Assim, nos parece importante tratar desse derradeiro ponto. Estaria o HC da Suspeição do Ex-Juiz Sérgio Moro adstrito a provas ilícitas? As informações vazadas pela imprensa não poderiam ser usadas? Os elementos da operação Spoofing são imprestáveis? Estes são alguns pontos que merecem nossa atenção.

4. POSSIBILIDADES PROBATÓRIAS DECORRENTES DO HACKEAMENTO

A primeira questão a ser apontada é que o julgamento do HC da Suspeição não ficou adstrito às notícias sobre vazamentos. O Min. Gilmar Mendes, em vários momentos, destacou que havia farta prova nos autos que apontavam a atuação parcial do juiz. Foram inventariados no julgamento, e poderíamos indicar tantos outros, 07 (sete) pontos

27. FERRAJOLI, 2001.

28. BOBBIO, 2002.

29. Disponível em: [www.youtube.com/watch?v=foe0ulUVtnU]. (5min)

ilustrativos de que o ex-Juiz Sergio Moro teria “ultrapassado os limites do sistema acusatório”: São eles em síntese:

- “(a) no deferimento da condução coercitiva do paciente e de familiares seus, ocorrida em 4.3.2016, sem que tenha havido previa intimação para oitiva pela autoridade policial;
- (b) na autorização para a interceptação de ramais telefônicos pertencentes ao paciente, familiares e advogados antes de adotadas outras medidas investigativas;
- (c) na divulgação, no dia 16.3.2016, do conteúdo de áudios captados em decorrência das interceptações telefônicas autorizadas;
- (d) no momento histórico em que tais provimentos jurisdicionais foram exarados, pontuando os impetrantes que “[A]s principais figuras públicas hostilizadas pelos apoiadores do impedimento eram a ex-Presidente Dilma e o Paciente”;
- (e) na condenação do paciente, reputada injusta pela defesa técnica, em sentença proferida no dia 12.7.2017;
- (f) na atuação impeditiva ao cumprimento da ordem de soltura do paciente exarada pelo Desembargador Federal Rogerio Favorito, no dia 8.7.2018, em decisão liminar proferida nos autos do HC 5025614-40.2018.4.04.0000; e
- (g) na aceitação do convite feito pelo Presidente da República eleito no pleito de 2018 para ocupar o cargo de Ministro da Justiça, a indicar que toda essa atuação pretérita estaria voltada a tal desiderato.”

Esses 07 (sete) seriam mais que suficientes para a declaração da parcialidade. No entanto, por apreço acadêmico, é preciso fazer um ajuste na forma simplista que se tratou a ilicitude da prova no caso vertente. Havia um mantra no sentido de que a prova ilícita não poderia ser usada, o que por óbvio viola a técnica de aplicação dos direitos fundamentais.

A doutrina é pacífica no sentido de que é possível a utilização de prova ilícita *pro reo*, vale citar:

“No Brasil, reconhece-se, sem maiores divergências, a possibilidade de utilização da prova ilícita favorável ao acusado (prova ilícita *pro reo*). Trata-se de evidente manifestação do princípio da proporcionalidade, em que, no caso concreto, o princípio da ampla defesa contrasta e prevalece sobre o princípio da vedação das provas ilícitas (trata-se de uma incidência do favor rei)”³⁰.

Já tivemos oportunidade de assinalar³¹ que a dignidade humana é o farol que ilumina a ponderação, ou seja, é o critério para definir o princípio, valor ou interesse prevalente.

30. CASARA; TAVAREZ, 2020.

31. NICOLITT, *Manual*. Op. cit., p 114.

NICOLITT, André. Prova ilícita, hackeamento, incompetência e suspeição: as subversões de Ferrajoli. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 184. ano 29. p. 141-159. São Paulo: Ed. RT, outubro 2021.

Ana Paula Barcellos, ao escrever sobre os parâmetros normativos para a ponderação, deixa claro que a solução deve ser a que “prestigia a dignidade humana”, tendo esta preferência sobre as demais. A centralidade constitucional da pessoa humana, sua dignidade, deve ser a diretriz que indica qual princípio a ser sacrificado no caso concreto e qual deve prevalecer. A dignidade humana servirá de parâmetro, diante das soluções possíveis que se chocam, deverá ser escolhida a que fortalece o valor dignidade humana³², e não a que prestigia o direito de punir, etc.

Como ensina Jorge Miranda, a dignidade humana confere unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema de direitos fundamentais. Esse princípio funciona como fonte ética, fazendo da pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado.³³ A unidade de sentido e concordância prática indicam claramente sua função de balizar a solução que envolve a colisão entre direitos fundamentais.

No mantra a respeito da inadmissibilidade da prova, a resultante é que teríamos a prisão/condenação de alguém com base em um julgamento parcial, porque a prova da parcialidade seria ilícita. Olvida-se que a vedação da prova ilícita é um direito fundamental do indivíduo oponível ao Estado.

Na linha proposta pelo mantra da prova ilícita, teríamos um absurdo caso de direitos fundamentais sendo usado como fundamento para se atentar contra a dignidade do acusado. Direito fundamental em prejuízo do réu e em benefício do poder punitivo do Estado. Os fundamentos, os critérios de ponderação, como acima indicamos, são solenemente ignorados³⁴.

O derradeiro ponto a ser observado consiste na simplificação que se faz em relação à ilicitude do conjunto probatório resultante da operação Spoofing. A própria decisão liminar na ADPF 605 MC/DF já deixou indícios do que destacaremos quando naquela oportunidade ressaltou-se que o convencimento, no que tange à licitude dos meios para a obtenção da prova, exige a adequada valoração de todo o seu conjunto. Então vejamos.

Muitos poderiam pensar que todos os elementos colhidos através da operação Spoofing estariam maculados pela ilicitude da prova e que se estariam preservando elementos inúteis ou bastantes apenas para punir os hackers. Na verdade, a questão é bem mais complexa³⁵.

Pensemos no seguinte exemplo: uma pessoa sofre um furto em sua residência, da qual são subtraídos documentos e objetos variados. Após o crime, a vítima é alvo de chantagem e extorsão por parte da quadrilha. A própria vítima elabora notícia crime e pede a apuração dos fatos à autoridade policial, que passa a investigar. Assim, localizam-se

32. BARCELLOS, 2006.

33. MIRANDA, 2000.

34. Crítica idêntica lançamos ao HC 118.770 de Relatoria do Min. Roberto Barroso. In: NICOLITT, 2017.

35. Sobre esse aspecto reproduzimos aqui as ideias expostas em no boletim do Instituto Baiano de Direito Processual Penal – IBADPP: (NICOLITT, 2019).

suspeitos e, de posse de mandado judicial de busca e apreensão, apreende-se inúmeros objetos e documentos na posse da quadrilha. Durante a busca, encontra-se também uma arma de fogo que teria sido objeto de furto na referida residência. A partir da indigitada arma, se chega à autoria de um homicídio que teria sido praticado com o armamento pela vítima que noticiou o furto. Indaga-se: essa arma, que é produto de um furto, pode ser usada, lícitamente, como meio de prova do homicídio?

Para discernir sobre a licitude e a ilicitude da prova o foco analítico é o agir estatal. Não atuando a autoridade policial de modo ilegal, as descobertas decorrentes de atividade lícita e judicialmente autorizada não podem ser consideradas ilícitas.

O caso apresentado, pela sua cotidianidade, facilmente conduz a conclusão pela licitude da prova. Contudo, transmutando a ilustração para um cenário mais sofisticado, não seria incomum partir da falsa ideia de que a prova seria ilícita. Mas é preciso notar que os exemplos são essencialmente iguais e que reclamam a mesma resposta negativa relativamente à ilicitude da prova.

Mudando o cenário, pensemos agora em uma quadrilha que invade um dispositivo de celular e a vítima apresenta notícia do fato à autoridade que, em atuação pautada pela legalidade, desvela a quadrilha, apreende objetos e se depara com evidências de fatos criminosos cometidos pelo próprio noticiante ou por outras vítimas da invasão. A hipótese traduz-se nos chamados encontros fortuitos, sendo a prova lícita. A ação do furtador ou a ação de hackers não é capaz de contaminar, por ilegalidade, uma operação regular da polícia, cujo escopo era localizar e prender a quadrilha e, como desdobramento, encontrou provas de ilícitos.

A toda evidência a matéria jornalística que veicula informações obtidas por particulares, ilicitamente, não pode ser usada contra eventuais autores de atos violadores do dever ético, para fim de punição administrativa ou mesmo penal das autoridades envolvidas. De igual modo é certo que utilização da prova para eventualmente anular processos em razão da ilicitude de todos os atos promovidos com vício de parcialidade, desvio de finalidade, pessoalidade, etc. é algo juridicamente possível, vez que, repita-se, a doutrina é tranquila quanto à possibilidade de uso de prova ilícita *pro reo*. Contudo, nada disso se confunde com o material diverso apreendido lícitamente pela Polícia Federal, que pode vir a constituir prova contra pessoas, ou ainda, por fatos estranhos aos que foram objeto da notícia do crime.

Vale lembrar que se especula que o material apreendido pela Polícia Federal na Operação Spoofing é soberbamente maior e envolve mais autoridades que o material noticiado pela Intercept Brasil. Com efeito, qualquer análise sobre admissibilidade ou não, deve separar o joio do trigo. O material da Intercept Brasil é admissível para beneficiar o réu, e não para responsabilizar as autoridades. Achados que transcendem ao que foi noticiado pela referida agência, ainda que fruto de hackeamento, por ser encontro fortuito da autoridade policial, podem ser admitidas tanto em benefício de réus, como para responsabilizar autoridades.

Não se pode, sem critério, ou de modo genérico, ao argumento do hackeamento, desprezar as informações obtidas pela operação Spoofing.

Embora o tema transcenda os limites e objetivos do presente, a melhor compreensão da questão impõe o estudo sobre conhecimentos de investigação³⁶ e conhecimentos fortuitos,³⁷ pois são conceitos fundamentais para o correto deslinde do problema. Contudo, a regência dogmática sobre referidos temas foram solenemente ignoradas nos debates durante a votação.

5. CONCLUSÃO

A resultante prática dos julgamentos objeto do presente estudo traduz-se, não só na declaração da incompetência do juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba, como, também, no reconhecimento da parcialidade do ex-juiz Sérgio Moro no julgamento dos 04 processos do ex-presidente Lula, a saber: processos: 5046512-94.2016.4.04.7000/PR (Triplex do Guarujá); 5021365- 32.2017.4.04.7000/PR (Sítio de Atibaia); 5063130-17.2018.4.04.7000/PR (sede do Instituto Lula); e 5044305-83.2020.4.04.7000/PR (doações ao Instituto Lula). Assim, as decisões e os atos instrutórios que envolveram as condenações do ex-presidente Lula são inválidos e não podem ser aproveitados.

Como demonstrado acima, tais resultados poderiam ser alcançados com melhor técnica e menos dispêndio de energia da Corte Suprema. Mas, enfim, fez-se justiça, apesar de tantas tensões que subjazem o caso.

Todavia, há que se registrar que o resultado deu-se por maioria, sendo certo que a narrativa contraposta aos votos prevalentes buscava uma estética garantista embora essencialmente forjada em uma ética autoritária.

Ao se aplicar os conceitos de Ferrajoli, extraídos de sua obra *Direito e Razão*, a narrativa objeto da presente crítica encontra eco no decisionismo e na epistemologia antigarantista, o que revela falta de domínio ou de compromisso com o marco teórico sugerido nos votos.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, Florêncio de. *Comentários ao Código de Processo Penal*. Revista Forense, 1945.

-
36. ANDRADE, Manoel da Costa. *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*. Coimbra: Coimbra, 1992, p. 306.
37. AGUILAR, Francisco. *Dos conhecimentos fortuitos obtidos através de escutas telefônicas*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 29.

NICOLINI, André. Prova ilícita, hackeamento, incompetência e suspeição: as subversões de Ferrajoli. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 184. ano 29. p. 141-159. São Paulo: Ed. RT, outubro 2021.

- BARBOSA, Rui. Lições de Rui. In: *Páginas coligadas por Heitor Dias*. Bahia: Imprensa Oficial, 1949.
- BARCELLOS, Ana Paul de. *Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional*. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A Nova Interpretação Constitucional*. Renovar, 2006.
- BINDER, Alberto M. *Introducción al derecho procesal penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2002.
- BOBBIO, Norberto. Prólogo. In: FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- CASARA, Rubens. *Interpretação retrospectiva: sociedade brasileira e processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- CASARA, Rubens; TAVAREZ, Juarez. *Prova e Verdade*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.
- CORREA, Plínio de Oliveira. O “*habeas corpus*” de ofício no futuro Código de Processo Penal. *Revista de Informação Legislativa*, n. 59, v. 15, 1978.
- ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal brasileiro anotado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955.
- FARIA, Bento. *Código de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Editora Livraria Jacinto, 1942.
- FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris: teoria del derecho y de la democracia*. Madrid: Editorial Trotta, 2013. v. I.
- FERRAJOLI, Luigi. *Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista*. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio; TRINDADE, André Karam (Org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- FERRAJOLI, Luigi. *Garantias*. *Revista do Ministério Público*, ano 22, n. 85, jan.-mar. 2001.
- KARAM, Maria Lúcia. *Competência no processo penal*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998.
- LEAL, Câmara. *Comentários ao Código de Processo Penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1943.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. São Paulo: Atlas, 2005.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2000. t. IV.
- NICOLITT, André. *Manual de Processo Penal*. Belo Horizonte, D'Placido, 2020.
- NICOLITT, André. Vazamentos, hackers e outras iguarias: Preservação de Prova pelo STF na ADPF 605 MC/DF e a possibilidade de encontros fortuitos. *Trincheira Democrática, Boletim Revista do Instituto Baiano de Direito Processual Penal*, ano 2, n. 4, p. 13, agosto de 2019.

- NICOLITT, André. Leitura crítica e interdisciplinar do depoimento especial na Lei 13.431/2017. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 160/2019, p. 261-294, out. 2019.
- NICOLITT, André. Habeas Corpus 118.770 do STF: Direitos fundamentais contra direitos fundamentais. Mais uma violência à presunção de inocência. *Revista dos Tribunais*, vol. 983, 2017, p. 155-175, set. 2017.
- ROSA, Alexandre Morais da. *Decisão penal: a bricolage de significantes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- YIN, R. K. *Estudo de caso: Estudo de caso planejamento e métodos*. 2. ed. Porto Alegre: Bookman, 2001.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- A serendipidade nas interceptações telefônicas e a admissibilidade processual das provas fortuitamente obtidas: a *gênese* da Operação Lava Jato, de Thainá Almeida de Freitas – *RBCCrim* 160/177-218;
- Eficiência *versus* garantismo na Operação Lava Jato: Tribunal Regional Federal da 4ª região e a tática de aniquilamento do acusado, de Ana Flávia Azevedo Pereira e Marília Silva Scriboni – *RBCCrim* 173/125-167; e
- O garantismo e a academia: esboço de uma crítica ao "garantismo integral" (em nome da superação criativa de cânones teóricos) ou algo sobre crise, compromisso e resistência, de Bryan Alves Devos e Salah Hassan Khaled Jr. – *RBCCrim* 153/65-106.

A JUSTIÇA EM SEU PIOR E MELHOR ÂNGULO: VIESES COGNITIVOS NA ANÁLISE DA PROVA AUDIOVISUAL

WORST AND BEST ANGLE OF JUSTICE: COGNITIVE BIASES IN AUDIOVISUAL EVIDENCE ANALYSIS

GEORGE MARMELESTEIN LIMA

Doutor em Direito pela Universidade de Coimbra.
ORCID: [0000-0002-1277-3217].
Lattes: [http://lattes.cnpq.br/7246502668786375].
georgemlima@yahoo.com.br

Recebido em: 25.03.2021

Aprovado em: 20.07.2021

Última versão do autor: 29.07.2021

ÁREAS DO DIREITO: Penal, Processual

RESUMO: As provas audiovisuais podem proporcionar vários benefícios para o sistema de justiça. Além de facilitar o registro dos atos processuais, vídeos podem enriquecer o acervo probatório, retratando uma versão privilegiada de fatos ocorridos. Apesar disso, a sua interpretação pode ser influenciada por alguns vieses que têm sido estudados pelas ciências cognitivas, como o viés de perspectiva de câmera, o viés de câmera de peito e o viés de câmera lenta. Neste artigo, analisam-se os possíveis impactos desses vieses no sistema de justiça, focando alguns efeitos no campo processual. A existência de tais vieses exige uma maior cautela na valoração da prova audiovisual, inclusive para mitigar o seu caráter de "trunfo probatório". A partir de uma revisão crítica e sistemática da literatura na área, propõem-se algumas medidas para minimizar os efeitos danosos desses vieses na valoração da prova audiovisual, fornecendo as balizas iniciais de uma reflexão a ser aprofundada.

ABSTRACT: Audiovisual evidence can provide several benefits to the justice system. They can facilitate the recording of court hearings and enrich the evidence by portraying a privileged version of the facts that occurred. Nevertheless, their interpretation may be influenced by some biases that have been studied by the cognitive sciences, such as camera perspective bias, body-worn perspective bias and slow motion bias. In this paper, we analyze the impacts of these biases on the justice system, focusing in the procedural law. The existence of such biases requires prudence in the valuation of audiovisual evidence, including to mitigate its evidential value. Based on a critical and systematic review of the literature in the area, some suggestions are proposed to minimize the harmful effects of these biases in the valuation of audiovisual evidence, providing the initial parameters of a reflexion to be extended.

PALAVRAS-CHAVE: Processo penal – Probática – Provas judiciais – Provas audiovisuais – Vieses cognitivos.

KEYWORDS: Criminal proceeding – Evidence science – Judicial evidence – Audiovisual evidence – Cognitive bias.

“O que é real? Como você define o real? Se você está falando sobre o que você pode sentir, o que você pode cheirar, o que você pode saborear e ver, o real são simplesmente sinais elétricos interpretados pelo seu cérebro.” (Morpheus, no filme *Matrix*)

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O que são os vieses cognitivos?. 3. Vieses cognitivos no processamento de informações visuais. 3.1. Viés de perspectiva de câmera 8. 3.2. Viés da câmera de peito ou viés da GoPro. 3.3. Viés de câmera lenta. 4. Considerações finais. 5. Referências.

1. INTRODUÇÃO

É cada vez mais comum presenciar o uso de câmeras no sistema de justiça. Gravação de audiências, transmissão de julgamentos, registro de ações policiais são apenas algumas situações rotineiras em que as câmeras passaram a integrar os procedimentos judiciais por iniciativa dos próprios órgãos públicos.

Além disso, imagens captadas por câmeras particulares também têm sido incorporadas, com frequência, ao processo judicial, sobretudo como elemento probatório, exercendo, muitas vezes, um impacto decisivo na compreensão da dinâmica dos fatos e, consequentemente, no resultado do julgamento.

A explicação mais óbvia para esse fenômeno está relacionada à popularização da tecnologia de gravação. As câmeras se tornaram onipresentes na sociedade contemporânea, sendo cada vez mais fácil e mais barato captar imagens, armazená-las e compartilhá-las para uma enorme gama de pessoas.

Além disso, as filmagens costumam ser consideradas como meios qualificados de prova. Acredita-se que um vídeo possa refletir a realidade de modo bastante fidedigno, retratando os fatos com um elevado grau de precisão, veracidade e acurácia. Uma cena captada por uma câmera de vigilância mostrando um homem atirando em outro homem tem, em tese, um potencial de convencimento muito maior do que o depoimento de uma testemunha afirmando ter visto o homem atirar em outro homem. Em princípio, qualquer espectador, inclusive o juiz, pode olhar para um monitor e se transformar em uma testemunha ocular direta dos fatos.

O presente artigo tem o propósito de sistematizar alguns estudos científicos que questionam essa crença no poder inabalável da prova audiovisual de retratar a realidade de modo objetivo. Não se trata, obviamente, de negar a importância desse tipo de prova, mas de reconhecer a possibilidade de incidência de determinados *vieses cognitivos* na sua

avaliação. De acordo com a compreensão científica mais atual, o sentido do que assistimos pode estar contaminado por fatores implícitos e não conscientes capazes de alterar a percepção da realidade e, conseqüentemente, de gerar distorções de interpretação, avaliação e julgamento sobre os fatos ocorridos.

Para facilitar o entendimento do tema, será explicado, inicialmente, o conceito de *vieses cognitivos* e como eles podem afetar a compreensão da realidade. Em seguida, serão analisados três vieses que se aplicam especificamente às provas audiovisuais: o viés de perspectiva da câmera (*camera perspective bias*), o viés da câmera de peito ou viés da GoPro (*body-worn camera perspectiva bias*) e o viés de câmera lenta (*slow-motion bias*).

Ao longo do texto, serão analisados os impactos desses vieses no sistema de justiça, buscando desenvolver e apresentar algumas medidas para minimizar os seus efeitos negativos, fornecendo os parâmetros iniciais de um debate que merece ser aprofundado por toda a comunidade jurídica. Conforme se verá, é possível melhorar, significativamente, a qualidade da prova audiovisual através de algumas cautelas envolvendo o posicionamento das câmeras, a forma de apresentação dos vídeos e a conscientização dos agentes públicos sobre a incidência de vieses cognitivos.

2. O QUE SÃO OS VIESES COGNITIVOS?

De acordo com alguns estudos científicos, o cérebro humano recebe cerca de 11 milhões de *bits* por segundo, através de imagens, sons, cheiros, sensações *etc.* No entanto, a nossa capacidade de processar esses dados de forma consciente é de apenas 50 *bits* por segundo (MARKOWSKY, 1998, *on-line*). Isso significa que 99,999996% das informações que recebemos são processadas de modo inconsciente. Nossas crenças, atitudes e comportamentos são formados, em grande parte, por fatores que estão fora do radar de nossa consciência, afetando o nosso modo de ser mesmo que não tenhamos percepção disso.

Para conseguir processar tantas informações sem desperdiçar energia mental, o cérebro desenvolve *heurísticas*, que nada mais são do que linhas de ação ou esquemas mentais predefinidos que indicam que direções seguir ou evitar em determinadas situações. Essas heurísticas, desenvolvidas implicitamente a partir de experiências passadas, são ativadas de modo automático sempre que o padrão se repete (POHL, 2017, p. 8).

Uma heurística básica, que está presente não apenas em seres humanos, mas em vários animais, é o comportamento de lutar ou fugir diante de uma situação de perigo. Tal comportamento é automático e, em alguns casos, é ativado em nosso cérebro antes mesmo que tenhamos consciência da existência do perigo. Usando a terminologia de Daniel Kahneman, a reação “lutar ou fugir” é uma escolha quase integralmente tomada pelo *Sistema 1*, ou seja, de modo instintivo, rápido e emocional (KAHNEMAN, 2011, p. 20).

Herbert Simon, que foi um dos primeiros pensadores a mobilizar o conceito de heurística para compreender as nuances do processo decisório, explica que heurísticas são “métodos de chegar a soluções satisfatórias com uma modesta quantidade de cálculos”

(SIMON, 1990, p. 11). Nesse sentido, as heurísticas atuam como instrumentos decisórios para proporcionar julgamentos rápidos com o mínimo gasto de energia.

As heurísticas funcionam bem na maioria das vezes, conseguindo resolver as situações mais frequentes sem maiores dificuldades. Em alguns casos, porém, elas podem produzir erros de julgamento, interpretação e avaliação, conhecidos como *vieses cognitivos*, que nada mais são do que falhas no processamento automático de informações e na tomada de decisões, derivadas da tendência de seguir determinados padrões decisórios ou comportamentais, a partir de certas pistas ou gatilhos de informação fornecidos pelo contexto ambiental, mesmo quando tal tendência se mostra irracional (POHL, 2017, p. 9).

Um exemplo para ilustrar o conceito de viés cognitivo é a tendência que temos de buscar, interpretar e lembrar informações que confirmem aquilo que queremos que seja confirmado. O nome disso é *viés de confirmação* ou *myside bias*, um mecanismo cognitivo muito poderoso que pode levar a graves erros de julgamento, na medida em que tende a produzir uma coleta seletiva de informações e uma predisposição acrítica a aceitar apenas os dados confirmatórios e a hostilizar os dados que refutem as nossas crenças preestabelecidas (MERCIER, 2017, p. 99).

Em um estudo seminal, publicado em 1954, os pesquisadores Albert Hastorf, do *Dartmouth College*, e Hadley Cantril, da *Princeton University*, demonstraram a ocorrência do *viés de confirmação* em um caso envolvendo a interpretação de um *videotape* de uma partida de futebol americano da liga universitária, entre os dois times das universidades em que Hastorf e Cantril lecionavam: Dartmouth e Princeton (HASTORF & CANTRIL, 1954).

O jogo foi tão acirrado e violento que, durante a partida, um jogador quebrou o nariz e o outro a perna. Como esperado, nenhum time assumiu a culpa pelas agressões ocorridas, imputando a responsabilidade ao adversário.

Uma semana após a realização do jogo, os pesquisadores mostraram o *videotape* para estudantes de ambas as universidades e pediram que eles fizessem uma avaliação isenta do que havia ocorrido. Os estudantes teriam que identificar as faltas cometidas e julgar de forma objetiva que time havia começado a violência.

Apesar de estarem vendo o mesmo jogo, os estudantes de Dartmouth tendiam a ver mais faltas dos jogadores de Princeton e vice-versa. Além disso, cada estudante tendia a culpar os jogadores do time oposto, acusando-os de terem começado as agressões. Havia, no caso, um claro *viés de interpretar os fatos de modo a favorecer o próprio grupo (viés endogrupal ou myside bias)*, afetando, mesmo inconscientemente, a percepção dos espectadores sobre a real dimensão da violência praticada durante o jogo.

Para os pesquisadores, esse fenômeno ocorre porque tendemos a analisar os eventos a partir de filtros enviesados, derivados de preferências, desejos e crenças pessoais, mesmo quando nos esforçamos para ser objetivos. Nossa percepção e atenção são seletivas e tendem a ser afetadas pela nossa posição do mundo. Ou seja, os olhos funcionam, muitas vezes, como *máquinas de confirmação*, enxergando mais facilmente apenas aquilo que queremos enxergar. Nas palavras de Hastorf e Cantril, “não existe uma ‘coisa’ como um ‘jogo’ existente ‘lá fora’, por si só, que as pessoas apenas ‘observam’. O ‘jogo’ ‘existe’ para

uma pessoa e é experimentado por ela apenas na medida em que certos acontecimentos têm significado em termos de seu propósito” (HASTORF & CANTRIL, 1954, p. 133).

O estudo de Hastorf e Cantril ilustra a incidência do viés de confirmação em uma hipótese envolvendo a análise de um vídeo. Apesar disso, é preciso esclarecer que esse viés cognitivo pode afetar informações de qualquer natureza, inclusive textuais.

Em um experimento realizado em 1979 por Lord, Ross e Lepper, da Stanford University, foram apresentadas a vários estudantes que tinham posições antagônicas sobre a pena de morte duas pesquisas contraditórias sobre a eficácia da pena de morte para dissuadir a prática de crimes de homicídio. Um dos estudos demonstrava que a pena de morte tinha um efeito positivo na redução dos crimes de homicídio; o outro estudo demonstrava exatamente o oposto.

Ao serem instigados a analisar os dados contidos nas duas pesquisas de forma imparcial, os estudantes tendiam a valorizar mais a pesquisa que apoiava as suas crenças e a adotar uma postura crítica em relação à pesquisa contrária.

O resultado é que, ao final do estudo, os participantes estavam ainda mais convictos de suas crenças iniciais. Para os pesquisadores, as pessoas que têm opiniões fortes sobre questões sociais complexas provavelmente examinarão evidência empírica relevante de maneira tendenciosa, aceitando as evidências que confirmem e rejeitando as que se choquem com seus pontos de vista (LORD, ROSS & LEPPER, 1979).

Esses estudos demonstram que os julgamentos que realizamos se baseiam, muitas vezes, em fatores inconscientes que são automaticamente acionados mesmo que não tenhamos percepção disso. Nosso cérebro preencherá algumas lacunas factuais com os esquemas mentais embutidos em nossas mentes, tendendo a confirmar as expectativas previamente criadas. Algumas vezes, esses esquemas mentais nos levarão à solução correta e é justamente por isso que tendemos a confiar neles. Porém, em outras vezes, ocorrerão vícios de compreensão e, dificilmente, estaremos preparados para identificá-los porque tendemos a ser cegos para a nossa própria cegueira.

No próximo tópico, veremos como o sistema visual também pode ser afetado por vieses cognitivos capazes de distorcer a percepção da realidade.

3. VIESES COGNITIVOS NO PROCESSAMENTO DE INFORMAÇÕES VISUAIS

Os nossos cérebros foram moldados pela evolução para processar informações visuais com bastante eficiência. Mais da metade de todas as áreas do cérebro existem, direta ou indiretamente, para processar informações visuais. Temos, portanto, um eficiente sistema de captação, processamento e análise de dados visuais. Para se ter uma ideia, a capacidade de processamento de imagens é 60 mil vezes mais rápida do que a capacidade de processar textos. Basta um décimo de segundo para que a nossa mente consiga captar os elementos essenciais de uma imagem e extraia diversas conclusões a partir daí (MEDINA, 2009, pp. 221/240).

Apesar de eficiente, o nosso sistema visual também pode ser influenciado por vários vieses cognitivos, proporcionando uma percepção subjetiva de eventos que não correspondem, necessariamente, ao mundo real.

Um exemplo famoso envolveu uma imagem que viralizou na *internet*, conhecida como *#thedress*. Um usuário do *Twitter* postou uma foto de um vestido de festa e perguntou qual era a sua cor. Algumas pessoas enxergaram o vestido como azul e preto, e outras como branco e dourado.

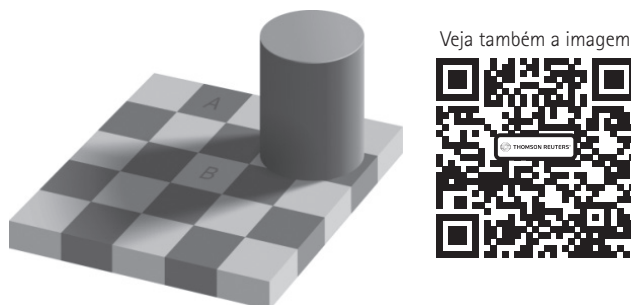
O debate estimulou a comunidade científica a investigar o fenômeno, e algumas explicações surgiram. A mais aceita envolve uma ambiguidade na forma como o cérebro interpreta a iluminação do ambiente. O cérebro de algumas pessoas pressupõe que o vestido esteja submetido a uma iluminação mais fria (luz natural), enquanto o de outras a uma iluminação mais quente (luz artificial), alterando, em consequência, a percepção da cor do vestido na tela do *smarthphone* ou do computador (LA FER-SOUSA, HERMANN & CONWAY, 2015).

Imagem do vestido que gerou um desacordo viral nas redes sociais



Fonte: (ROGERS, 2015).

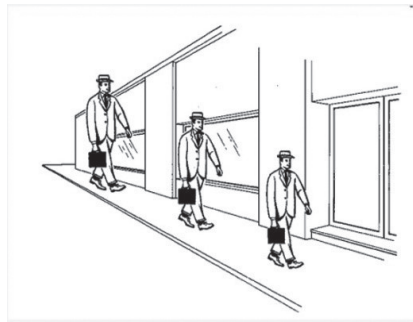
Outra ilusão multicitada na literatura sobre vieses cognitivos é a *Checker Shadow Illusion*, publicada em 1995 pelo professor de Ciências Visuais do MIT, Eduard H. Adelson:



Fonte: Adelson, E. H. (1995). *Checker shadow illusion*. (Wikimedia).

Essa ilusão demonstra que o nosso cérebro, ao interpretar uma imagem, tende a buscar um significado que faça sentido no mundo tridimensional em que vivemos. O que, em princípio, são apenas traços, formas e cores em uma tela de duas dimensões é interpretado pelo sistema visual como luzes, sombras e profundidade correspondentes a um cone em cima de um tabuleiro visto em três dimensões, iluminado por uma suposta luz em perspectiva. Assim, a tendência é perceber o *Quadrado A* em um tom mais escuro do que o *Quadrado B* quando, na verdade, ambos possuem a mesma cor.

Essa mesma lógica se aplica à *Walking Men Size Illusion*:



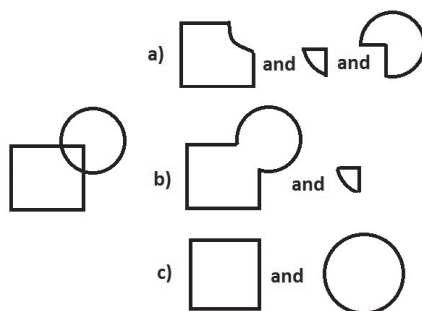
Veja também a imagem



Fonte: *The Weekly Show* – *Walking Men Size Illusion*.

O nosso olhar intuitivamente nos leva a perceber que existe uma significativa diferença de altura entre os três homens, apesar de todos possuírem exatamente o mesmo tamanho. Isso ocorre porque o nosso cérebro está programado a enxergar desenhos em uma perspectiva de profundidade compatível com a nossa percepção da realidade tridimensional, gerando a sensação de que o homem da frente está mais perto e é mais baixo do que os demais. Em uma perspectiva bidimensional, contudo, todos possuem a mesma altura.

Outro exemplo semelhante de reconstrução da realidade a partir de inferências interpretativas criadas pela mente é ilustrado pela *Lei de Pragnanz*, desenvolvida pela psicologia *gestalt*. De acordo com essa teoria, ao analisar o significado de imagens, costumamos adotar, intuitivamente, a explicação mais simples, mais provável e mais coerente com a nossa visão de mundo (BRIDGER, 2018, p. 54). Mesmo que não queiramos, o cérebro irá construir narrativas imaginárias para ajustar o que vemos ao que esperamos. A imagem a seguir ilustra essa ideia:



Fonte: BRIDGER, 2018, p. 54.

A tendência é que as pessoas interpretem a imagem como um quadrado e um círculo (letra “c”), pois é o arranjo mais simples e compatível com a nossa compreensão das formas geométricas, apesar de as opções “a” e “b” também estarem corretas.

Todos esses exemplos indicam que até mesmo o nosso sistema visual está sujeito a ser influenciado por vieses cognitivos capazes de distorcer ou reconstruir a realidade. Em muitas situações, enxergamos coisas que não existem ou deixamos de enxergar coisas que existem. Além disso, racionalizamos o significado daquilo que vemos por meio de narrativas que se encaixem na nossa compreensão de mundo. E, por confiarmos nos nossos sentidos, tendemos a tratar as nossas percepções subjetivas como um espelho fiel da realidade objetiva quando, muitas vezes, elas não passam de produtos criados pela nossa imaginação.

Nos próximos tópicos, veremos como isso pode impactar, de modo mais específico, a interpretação da prova audiovisual. Serão analisados três vieses cognitivos: o *viés de perspectiva de câmera* produzido pelo registro visual de depoimentos e interrogatórios, o *viés de perspectiva* produzido pelo uso de *câmeras de peito* por agentes policiais e o *viés de câmera lenta* que pode se manifestar durante a apresentação de vídeos na fase de instrução processual.

3.1. Viés de perspectiva de câmera

Em 1986, Lassiter e Irvine publicaram um artigo intitulado *Videotaped Confessions: The Impact of Camera Point of View on Judgments of Coercion*, que se tornou o primeiro estudo a analisar as possíveis implicações jurídicas do viés de perspectiva de câmera.

Lassiter e Irvine selecionaram 24 estudantes universitários para participar de um experimento em que teriam que assistir a um interrogatório filmado. Era um vídeo de cerca de 2 minutos, onde uma mulher era questionada sobre o furto de um artigo de roupa ocorrido em uma loja de um *shopping center*. No início do interrogatório, a mulher negava a participação nos crimes. Porém, depois da insistência do investigador, ela acabava confessando que, de fato, havia furtado o objeto.

O detalhe é que o interrogatório foi filmado, simultaneamente, por três câmeras colocadas em pontos diferentes da sala. A primeira câmera foi colocada atrás do investigador, focando na mulher suspeita. A segunda câmera foi colocada em uma perspectiva que mostrava igualmente o investigador e a mulher. Por fim, a terceira câmera foi colocada atrás da mulher, focando no investigador.

Os estudantes foram divididos em três grupos, cada qual tendo que assistir a uma das versões do interrogatório. Em seguida, deveriam avaliar, em uma escala de 1 a 9, qual o grau de espontaneidade ou coação da confissão, sendo que o valor 9 equivalia ao mais alto grau de coação possível.

A relevância dessa análise do grau de coação é que a prova de confissão somente pode ser aceita, em um processo judicial, se for voluntária. Confissões obtidas mediante coação devem ser desconsideradas pelos julgadores, não podendo nem mesmo ser mostradas para os jurados. Por isso, se o grau de coação for elevado, a confissão deve ser declarada inválida e retirada do conjunto probatório.

No experimento, houve uma significativa variação da percepção do grau de espontaneidade do interrogatório de acordo com a perspectiva adotada.

O grupo que assistiu ao interrogatório na perspectiva do investigador, ou seja, com a câmera focada na mulher, atribuiu um índice de 3,13 pontos na escala de coercibilidade, avaliando a confissão como mais espontânea e, portanto, passível de ser aceita. O grupo que assistiu ao interrogatório com a câmera focada igualmente na mulher e no investigador percebeu um grau moderado de coação, atribuindo um índice de 4,75 pontos na escala de 1 a 9. Por fim, o grupo que assistiu ao filme com a perspectiva da interroganda, ou seja, com a câmera focada no detetive, reconheceu um elevado índice de coação, conferindo, em média, 6,75 pontos na escala sugerida pelos pesquisadores, o que poderia levar à rejeição da prova (LASSITER & IRVINE, 1986).

Como se vê, apesar de ser o mesmo interrogatório, as percepções sobre a espontaneidade da confissão variaram bastante em função da perspectiva adotada.



Veja também a imagem



Fonte: WARE E OUTROS, 2008.

Frames de alguns estímulos utilizados nos experimentos de vies de perspectiva. Quem assiste a cena 1 (foco no suspeito) tende a considerar que o grau de coação é baixo. Quem assiste a cena 2 (foco no policial) tende a considerar que o grau de consideração é alto. Na cena 3 (foco em ambos), a percepção de coação é moderada.

Há várias explicações para esse fenômeno.

A primeira é chamada de *erro fundamental de atribuição*, que é a tendência de identificar causas internas (intenções, atitudes e disposições) para o comportamento de outras pessoas, negligenciando o contexto ambiental que possa, eventualmente, ter influenciado o comportamento. Assim, se observamos uma mulher confessando um crime, automaticamente atribuímos a ela um caráter desonesto e uma propensão à maldade.

Outra explicação é o chamado *efeito de saliência*, que é a tendência de atribuir uma maior responsabilidade pela causa do evento (no caso, a confissão) ao personagem mais saliente da imagem. Quando o foco está no interrogador, ele se torna mais saliente e, portanto, as pressões por ele exercidas são mais percebidas como responsáveis pela confissão. Por outro lado, quando o foco está na interroganda, sua confissão é percebida como fruto de sua própria vontade. O foco igual, em tese, forneceria uma perspectiva mais objetiva e uma distribuição na atribuição de responsabilidade pelo ato, de acordo com a participação de cada um.

Juntos, o erro fundamental de atribuição e o efeito de saliência geram a *ilusão de causalidade*, levando os observadores, rotineiramente, a falharem em apreciar por completo a influência causal de fatores ou pressões externas no comportamento de outras pessoas quando as referidas forças situacionais não são visíveis em razão da perspectiva visual adotada (LASSITER & OUTROS, 2001, p. 197).

Em outro estudo publicado em 1992, Lassiter e mais três colegas da Ohio University estenderam a análise para incluir modalidades de crimes mais graves, como estupro, tráfico de drogas e roubo, além de usarem um suspeito do sexo masculino a fim de evitar qualquer tipo de viés de gênero.

Mesmo nessas situações, em que, em princípio, os participantes deveriam avaliar a validade da confissão com mais cautela, tendo em vista a gravidade das consequências, também houve uma variação de percepção conforme o viés de perspectiva de câmera. Demonstrou-se que o interrogatório com foco no suspeito leva a uma percepção de maior voluntariedade do que outros métodos de registro do interrogatório, como a transcrição do depoimento em texto, áudio ou com a câmera mostrando, ao mesmo tempo, o interrogando e o interrogador (LASSITER & OUTROS, 1992).

Para os pesquisadores, o interrogatório filmado com a câmera focada apenas no suspeito pode ter o efeito colateral de aumentar o número de confissões coagidas. Por outro lado, a filmagem com uma perspectiva mais objetiva (focando o suspeito e o investigador) tende a ser menos enviesada, sendo comparável, em termos de percepção de coação/voluntariedade, à confissão gravada em áudio ou transcrita em texto (LASSITER & OUTROS, 1992).

Vários estudos semelhantes foram realizados para verificar alguns possíveis fatores capazes de minimizar o efeito da perspectiva de câmera. Por exemplo, em um dos estudos, os pesquisadores analisaram se o dever de fundamentar ou justificar a decisão (*accountability*) seria capaz de neutralizar o viés e chegaram à conclusão de que isso não seria suficiente. O efeito persistia mesmo quando os participantes foram obrigados

a explicar o seu julgamento para um juiz aposentado (LASSITER & OUTROS, 2001, p. 216). Do mesmo modo, concluíram que o mero fato de alertar os participantes sobre o viés e instruí-los a evitá-los não foi suficiente para neutralizar totalmente o seu efeito, embora tenha minimizado a sua intensidade. Ou seja, ter consciência de que a perspectiva pode afetar o julgamento pode ajudar, mas ainda não é o bastante (LASSITER & OUTROS, 2001, p. 208).

Os pesquisadores tinham consciência das limitações dos referidos estudos. Afinal eram baseados em um modelo de deliberação bem diferente de um processo judicial real. Os participantes eram estudantes universitários que não representavam a pluralidade de juízes ou jurados que poderiam integrar o julgamento. Além disso, a prova apresentada era basicamente o trecho de uma confissão simulada, com poucos minutos de duração, e sem os demais elementos probatórios e argumentativos que se costumam presenciar em um processo não simulado. Por isso, outros estudos foram feitos buscando reconstruir um ambiente decisório o mais próximo possível da realidade.

Em 2002, foi publicado o resultado de um experimento mais abrangente, intitulado *Videotaped Interrogations and Confessions: A Simple Change in Camera Perspective Alters Verdicts in Simulated Trials*, em que os pesquisadores investiram na reconstrução de um cenário o mais próximo possível ao de um julgamento real. Eles utilizaram os elementos probatórios de um caso de homicídio que havia ocorrido nos anos 1980 (*caso Bradley Page*), em que um jovem de 18 anos era acusado de matar a sua namorada, *Bibi Lee*. Era um caso em que havia um consenso científico de que a confissão havia sido forjada, pois fora obtida mediante técnicas de manipulação psicológica que levaram o acusado a assumir a culpa mesmo sem ter participado do crime.

Os participantes que foram selecionados para fazer o papel de jurados eram pessoas de variadas idades, gênero, classe social, nível de instrução e assim por diante, reproduzindo as mesmas características de um júri verdadeiro. Além disso, todos os ritos do processo foram reproduzidos tal como ocorreria na rotina forense, apenas reduzindo o tempo de apresentação para que todas as provas e argumentos fossem apresentados em aproximadamente 5 horas.

Todos os participantes tiveram acesso aos mesmos elementos de prova e argumentos apresentados durante o julgamento real. A única diferença foi que alguns assistiram ao interrogatório policial com a perspectiva do suspeito e outros com a perspectiva do acusado.

Mesmo nessas circunstâncias, o viés de perspectiva de câmera teve influência na decisão dos participantes. Os que assistiram ao interrogatório na perspectiva do investigador (foco no suspeito) estavam mais propensos a aceitar a validade do interrogatório, a declarar a culpa do réu com mais facilidade e a aplicar penas mais altas. Por outro lado, na condição mais objetiva (interrogatório focado tanto no interrogador quanto no acusado), o índice de condenação foi 35% mais baixo (LASSITER & OUTROS, 2002).

Avançando com as investigações, outro estudo publicado em 2007, com o título *Evaluating Videotaped Confessions: Expertise Provides No Defense against the Camera-Perspective*

Effect, analisou o impacto do viés de confirmação em *experts* do sistema de justiça, mais especificamente em juízes e policiais. O resultado foi no sentido de que nem mesmo a experiência prática em analisar provas e tomar decisões em casos reais é suficiente para afastar o viés de perspectiva de câmera. Juízes e policiais também podem ter a percepção alterada a depender da perspectiva em que assistem ao vídeo (LASSITER & OUTROS, 2007).

A conclusão a que se chega é que o sistema de gravação de interrogatórios precisa ser repensado radicalmente. O modo usual de filmar os depoimentos com o foco voltado para o suspeito tende a ser afetado pelo viés de perspectiva de câmera, aumentando a incidência do erro fundamental de atribuição, do efeito de saliência e da ilusão de causalidade. Em termos jurídicos, isso pode levar a uma análise enviesada da validade da prova (admitindo, por exemplo, confissões obtidas mediante coação), ao aumento da percepção de culpabilidade e até à elevação da pena aplicada.

3.2. Viés da câmera de peito ou viés da GoPro

O viés de perspectiva de câmera também pode contribuir para a ocorrência do viés de câmera de peito ou viés da *GoPro*, que é a marca da câmera de peito mais conhecida.

As *câmeras de peito* ou *câmeras de ação* (que podem ser usadas em capacetes, óculos ou ombros, por exemplo) foram criadas para o público esportista, embora, hoje, sejam utilizadas para várias outras finalidades. A vantagem desse modelo de câmera é que ela possui dimensões mais compactas e permite o registro de imagens sem que o usuário precise segurar o equipamento, possibilitando uma maior mobilidade e a captação de cenas de modo mais dinâmico. Por essa razão, muitos militares e policiais têm utilizado essa modalidade de câmera para filmar suas operações (ARIEL, 2026).

Os primeiros estudos científicos envolvendo o uso de câmeras de peito na atividade policial demonstraram que elas podem diminuir as acusações de violência policial. Por um lado, os policiais sabem que suas ações serão registradas e, por isso, tendem a agir com mais cautela, evitando violência desnecessária. Por outro lado, as pessoas que são abordadas pela polícia também percebem que estão sendo filmadas e, com isso, tendem a relatar menos denúncias infundadas de violência cometida por policiais (ARIEL, FARRAR & SUTHERLAND, 2015).

Desse modo, o uso de câmeras em atividade policial tem efeitos positivos que merecem ser enaltecidos, inclusive pela possibilidade de registrar ocorrências complexas em tempo real, captando o desenrolar dos fatos no exato momento da atuação policial. Porém, isso não nos impede de perceber que a filmagem também pode produzir o viés de perspectiva de câmera.

No caso das câmeras de ação, há dois fatores que contribuem para o maior enviesamento do telespectador: o efeito do “ponto de vista” e o efeito do movimento.

Na cinematografia, é bastante comum usar a técnica de *tomada de ponto de vista* (*point of view shot*) para manipular a atenção e o ponto de vista do telespectador. O pressuposto

é que “a câmera tem um ponto de vista; e esse ponto de vista se torna um espectador” (JAMIESON & CAMPBELL, 1992, p. 64). O espectador, por sua vez, assume automaticamente e sem perceber o ponto de vista da câmera.

Em outras palavras, o “olhar” da câmera nos induz a assumir o ponto de vista que estamos vendo. Temos a tendência de interpretar a realidade a partir da perspectiva adotada pela câmera. Nos estudos sobre confissão, vimos que, quando a câmera está focada no suspeito, assumimos, inconscientemente, a perspectiva do investigador. Com isso, tendemos a considerar que o grau de coação é baixo e a confissão é mais espontânea. Por outro lado, quando a câmera está focada no investigador, a perspectiva assumida é a do suspeito, levando-nos a identificar mais coação e menos espontaneidade na confissão. Por fim, quando o foco mostra tanto o suspeito quanto o interrogador, a percepção do grau de coação é mais moderada, assumindo uma posição supostamente mais objetiva.

No caso das câmeras de ação, elas se tornam uma parte do corpo do próprio agente policial, intensificando a perspectiva do olhar daquele que a carrega (CHAPMAN, 2016).

Em um estudo publicado em 2016, com o título *The Body-Worn Camera Perspective Bias*, Rémi Boivin e seus colegas da Université de Montréal, no Canadá, comprovaram que o viés da câmera de peito pode afetar a percepção sobre a adequação do uso da força policial. No experimento realizado, foi simulada uma intervenção da polícia em que houve o uso de força letal contra um suspeito. A simulação foi filmada por duas câmeras: uma câmera de peito colocada junto ao policial e uma câmera de segurança mostrando a cena de modo mais objetivo. Em seguida, policiais foram convidados a assistirem aos vídeos. Um grupo assistiu ao filme gravado na câmera de peito. O outro grupo assistiu ao filme da câmera de segurança.

Confirmando a incidência do viés de perspectiva da câmera de peito, os policiais que assistiram ao vídeo na perspectiva da câmera de segurança tiveram uma menor percepção da correção da atuação policial. Muitos entenderam que, talvez, o uso da força não fosse tão necessário. Por outro lado, o grupo que assistiu ao filme na perspectiva da câmera de peito chegou à conclusão oposta, interpretando como adequada e necessária a intervenção do policial (BOIVIN & OUTROS, 2016).

Esse efeito pode ser intensificado em função do *efeito de vibração ou de movimento* proporcionado pela câmera de ação, que potencializa a sensação de perigo ou de risco. Mais uma vez, é possível mobilizar o conhecimento da cinematografia para reconhecer a presença desse efeito. Quando o diretor de cinema pretende criar uma cena de ação, os movimentos da câmera são intensificados para que o telespectador perceba com mais dramaticidade a dinâmica dos acontecimentos. É o que se costuma chamar de *shaky camera*, que, entre outras sensações, pode causar um senso de dinamismo, imersão, instabilidade e nervosismo para a cena filmada (BORDWELL & THOMPSON, 2007).

Em um artigo publicado *on-line* com o título *Police Body Cameras: What Do You See?*, Williams, Thomas, Jacoby e Cave disponibilizaram vários vídeos produzidos por Seth W. Stoughton que demonstram esse efeito de vibração ou de movimento em diversas

situações. Como é um texto dinâmico, o próprio leitor pode participar do experimento, bastando assistir aos vídeos e responder a alguns questionários em inglês.

Além de demonstrar a ocorrência do viés de perspectiva da câmera de peito, o artigo também sugere que esse viés tende a ser mais acentuado quando o telespectador possui um maior grau de confiança na atividade policial. Assim, quem confia mais fortemente na atuação da polícia tende a ser mais afetado pelo viés de perspectiva da câmera de peito. Por outro lado, quem desconfia da atividade policial costuma ser menos afetado por esse viés.

No artigo *Whose Eyes Are You Going To Believe? Scott v. Harris and the Perils of Cognitive Illiberalism*, publicado na *Harvard Law Review*, Kahan, Hoffman e Brame demonstraram com mais clareza a influência do *background* cultural, social e ideológico na formação de vieses cognitivos.

O estudo se baseia em um caso real decidido pela Suprema Corte dos Estados Unidos em 2007 (caso *Scott v. Harris*), em que Victor Harris processou o policial Timothy Scott por, supostamente, usar excessivamente a força durante uma perseguição.

Para ser mais específico, Victor Harris passou por um carro da polícia em uma velocidade acima da permitida, levando o policial a iniciar uma perseguição em alta velocidade. Na tentativa de parar o automóvel, o policial Timothy Scott bateu o seu carro na traseira do veículo do fugitivo, que derrapou da pista e bateu em uma árvore. Victor Harris ficou tetraplégico por conta da colisão.

Na tentativa de ser indenizado pelos danos sofridos, Harris ingressou com ação civil contra o policial, alegando o uso excessivo de força, representando uma violação da Quarta Emenda da Constituição norte-americana que proíbe a ação estatal irrazoável.

Em sua defesa, o policial Timothy Scott apresentou uma moção solicitando que o processo fosse sumariamente extinto, sob a alegação de que teria agido como funcionário público no exercício regular de suas competências. Caso a moção fosse acolhida, o caso não poderia sequer se submeter a julgamento, pois existe uma previsão de imunidade jurídica para agentes estatais que usam a força de forma regular.

O Tribunal Distrital, responsável pelo julgamento em primeira instância, negou a moção de julgamento sumário de Scott, tendo a decisão sido confirmada em segunda instância pela *Us Court of Appeals for the Eleventh Circuit*. O entendimento adotado foi o de que poderia ter havido um uso excessivo de força letal, o que afastaria a alegada imunidade, cabendo a um júri razoável decidir tal questão em um julgamento onde as partes poderiam apresentar todas as provas que entenderem cabíveis.

Diante disso, o policial Timothy Scott recorreu à Suprema Corte dos Estados Unidos, defendendo que o indeferimento da moção para a extinção sumária do caso teria sido equivocada, já que o uso da força policial fora exercido dentro dos limites constitucionais, sem ferir a Quarta Emenda.

A Suprema Corte, em uma decisão de 8 a 1, acolheu o recurso do policial Scott para reconhecer que a ação policial durante aquela perseguição teria sido razoável, adequada e necessária. Logo, não havia, de fato, justa causa para um processo indenizatório.

A principal prova utilizada pela Suprema Corte foi o vídeo da perseguição, captado da perspectiva do carro do policial. O relator do caso, juiz Antonin Scalia, justificou a sua decisão afirmando que o *videotape* demonstrava, *de modo evidente*, que o policial agiu corretamente, pois o suspeito representava uma ameaça real e iminente à vida de outras pessoas. Assim, a ação policial foi necessária para evitar que pessoas inocentes fossem machucadas pela direção imprudente de Scott Harris, tendo sido razoável para o policial adotar as medidas que tomou. Em outras palavras, “vendo os fatos pela ótica do vídeo apresentado, vê-se claramente que o policial Scott não violou a Quarta Emenda. [...]”. Em dissidência, o juiz Paul Stevens discordou da maioria, argumentando que o vídeo não era tão evidente assim, razão pela qual um júri deveria determinar a justificabilidade da força mortal.

Esse foi o ponto de partida utilizado pelos pesquisadores para analisar os efeitos dos vieses cognitivos na percepção e interpretação da prova audiovisual. No caso, eles mostraram o mesmo vídeo da perseguição a 1350 cidadãos americanos que poderiam ser convocados para um eventual júri, solicitando que eles avaliassem se o uso da força policial teria sido ou não razoável, como decidiu a maioria dos juízes da Suprema Corte dos Estados Unidos.

Em geral, a maioria das pessoas concordou com o ponto de vista adotado pela Suprema Corte no sentido de que o policial Scott usou a força de modo razoável. Porém, houve significativa divergência de opiniões a partir do *background* cultural, ideológico e social de cada um dos participantes.

As pessoas que pertenciam a grupos que, comumente, são vítimas da violência policial tendiam a entender, com mais intensidade, que o uso da força não foi razoável. Por outro lado, as pessoas que pertenciam a grupos mais favorecidos e dominantes tendiam a interpretar o mesmo vídeo de modo mais favorável à atuação policial (KAHAN & OUTROS, 2008).

Para os pesquisadores, o ponto-chave desse experimento é perceber uma ilusão cognitiva que costuma afetar aqueles que pertencem a grupos dominantes. Essas pessoas tendem a acreditar que o seu ponto de vista é sempre o ponto de vista mais objetivo e mais “evidentemente” correto, quando, na verdade, podem existir outras perspectivas igualmente legítimas. O que é evidente para um juiz da Suprema Corte dos Estados Unidos talvez não seja tão evidente para um pobre negro que vive em um bairro violento e assiste, sistematicamente, ao abuso policial.

Pessoas que vivem em contextos culturais, sociais e econômicos diversos podem ter uma percepção diferente da mesma realidade, e essa percepção merece tanto crédito quanto a das pessoas que pertencem a grupos dominantes. Não é razoável tratar esses pontos de vista como inferiores, equivocados ou distorcidos, pois, como já foi dito, todas as pessoas estão sujeitas a interpretar o mundo pelo seu singular contexto de vida.

3.3. Viés de câmera lenta

O último viés a ser analisado neste estudo é o viés de câmera lenta, que também pode ter enorme relevância na prática judicial. Esse viés indica que, quando assistimos a um vídeo em câmera lenta, a nossa percepção acerca da intencionalidade dos atos praticados tende a ser distorcida. Ou seja, é possível que o efeito de câmera lenta crie uma distorção na percepção da passagem do tempo que nos leve a compreender as ações das pessoas que aparecem no vídeo como fruto de uma vontade mais deliberada, refletida e intencional.

Os principais estudos sobre o viés de câmera lenta analisam o seu efeito no campo desportivo, especialmente na marcação de faltas em esportes de contato como futebol ou basquete. Por exemplo, em um estudo envolvendo o uso de tecnologia de vídeo por árbitros de futebol, os pesquisadores analisaram qual o impacto dos replays em câmera lenta na tomada de decisão dos árbitros. No caso, 88 árbitros de elite de cinco países diferentes avaliaram 60 situações de jogo retiradas de partidas internacionais, repetidas em tempo real ou em câmera lenta. O resultado do experimento relevou que os árbitros penalizaram as situações mais severamente em câmera lenta do que em tempo real (por exemplo, aplicaram mais cartões vermelhos). De acordo com os pesquisadores, o estudo fornece evidência inicial de que a velocidade de reprodução do vídeo pode ter um impacto importante na decisão disciplinar dada pelo árbitro em caso de falta (SPITZ E OUTROS, 2018).

No âmbito do sistema de justiça, o artigo de referência sobre esse assunto foi publicado em 2016 com o título *Slow Motion Increases Perceived Intent*. Nele, os pesquisadores Eugene M. Caruso, Zachary C. Burns e Benjamin A. Converse usaram um caso real para verificar se a reprodução em câmera lenta pode aumentar a percepção do grau de intencionalidade em um caso jurídico.

O caso em questão foi o homicídio praticado por John Lewis em 2007, na Filadélfia, filmado pelas câmeras de segurança da loja em que ocorreu o crime. Durante o julgamento, o vídeo foi mostrado aos jurados várias vezes, inclusive em câmera lenta, levando à condenação por homicídio de segundo grau, que pressupõe um elevado grau de intencionalidade e premeditação.

A premeditação é um fato extremamente relevante no direito norte-americano, pois, nessas condições, o crime é punível com a pena de morte. Portanto, a decisão dos jurados sobre o grau de intencionalidade do crime praticado por John Lewis representa, literalmente, uma decisão de vida ou morte.

Os jurados assistiram ao vídeo várias vezes, inclusive em câmera lenta, e concluíram, por unanimidade, que a conduta de John Lewis foi premeditada.

Os advogados de defesa recorreram da decisão para a Suprema Corte da Pensilvânia, argumentando que os jurados foram influenciados pelo viés de câmera lenta, enviesando a análise da prova. Assim, solicitaram que o julgamento fosse anulado para que outro fosse realizado, sem permitir que os jurados assistissem ao vídeo em câmera lenta. A Corte, contudo, não acolheu o argumento e manteve a decisão do júri. Lewis foi executado no dia 18 de junho de 2014.

Usando esse caso como base, os pesquisadores mostraram o mesmo vídeo que foi utilizado no julgamento de John Lewis para dois grupos de espectadores. Um grupo viu o vídeo apenas na velocidade normal. O outro grupo viu em câmera lenta e em velocidade normal, tal como mostrado aos jurados.

O resultado foi que, na primeira condição, em que o vídeo foi assistido apenas na velocidade normal, 71% dos telespectadores concluíram que o crime foi premeditado. Por outro lado, no segundo cenário, em que o vídeo foi mostrado também câmera lenta, o número de espectadores que perceberam a intencionalidade aumentou para 77%, o que significa um percentual de aproximadamente 10% mais alto (CARUSO & OUTROS, 2016). A diferença pode parecer pequena, mas pode ser decisiva em um caso de crime homicídio em que a pena é a morte e se exige a unanimidade de vários jurados.

Para os pesquisadores, a reprodução dos vídeos em câmera lenta pode aumentar significativamente os julgamentos de intenção, porque criam nos espectadores a falsa impressão de que o sujeito teve mais tempo para premeditar antes de agir. Nos processos judiciais em que esses julgamentos de intencionalidade podem significar a diferença entre a vida e a morte, é preciso evitar a reprodução do vídeo em câmera lenta para diminuir os seus efeitos potencialmente tendenciosos (CARUSO & OUTROS, 2016).

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O uso de câmeras e vídeos no sistema de justiça pode trazer, inegavelmente, inúmeros benefícios e vantagens. Além de permitir o registro dos atos processuais, a introdução de vídeos tem o potencial de enriquecer significativamente o acervo probatório, proporcionando uma compreensão mais dinâmica, precisa e real dos fatos ocorridos.

Apesar disso, o processamento de informações visuais pode ser afetado por alguns vieses cognitivos capazes de distorcer o sentido da realidade. Como visto, o cérebro tem um poderoso sistema automático de pensamento que se orienta por algumas heurísticas desenvolvidas pela experiência para economizar energia mental. Essas heurísticas funcionam bem na maioria das vezes, mas podem gerar erros sistemáticos de julgamento e avaliação, chamados *vieses cognitivos*.

Há vários vieses cognitivos que podem impactar em decisões judiciais. Foram analisados três vieses específicos do processamento visual de informações: (a) o viés de perspectiva de câmera; (b) o viés de câmera de peito; (c) o viés de câmera lenta.

O viés de perspectiva de câmera indica que o ângulo da filmagem pode ter um considerável impacto na interpretação e avaliação da cena. No caso de confissões, por exemplo, o foco no suspeito pode diminuir a percepção das pressões externas existentes, aumentando a impressão de voluntariedade e o nível de responsabilidade atribuída ao confessor.

Como solução para minimizar esse viés, sugere-se repensar o posicionamento das câmeras utilizadas para filmar os depoimentos para que se obtenha uma perspectiva mais objetiva, focando, por exemplo, em todos os participantes do ato. Além disso, deve ser

reconhecido o direito do réu ou do suspeito de filmar a atividade judicial e policial, para que o ato também possa ser analisado de sua própria perspectiva.

Em casos extremos em que o ponto da discussão seja a voluntariedade ou não da confissão, a melhor solução é impedir que os julgadores assistam ao filme com o foco no confessor. Nessas situações, se o que está em discussão é o grau de voluntariedade da confissão, não se deveria admitir o vídeo com foco no interrogando, pois os pontos essenciais para detectar a coação referem-se às eventuais pressões exercidas pelo interrogador. Assim, a prova relevante precisa mostrar as ações daquele que conduz o interrogatório.

A câmera com foco no investigador também pode ser útil para analisar o grau de voluntariedade da confissão. Parece contraintuitivo, mas o foco no investigador fornece a perspectiva do suspeito, possibilitando avaliar com mais clareza os eventuais elementos de pressão utilizados para obter a confissão. Nessa situação, o telespectador pode observar a cena com o mesmo olhar do confessor, colocando-se na sua posição e, consequentemente, diminuindo os efeitos negativos do *erro fundamental de atribuição*.

Caso somente existam filmagens com o foco no suspeito, a solução seria permitir que os julgadores apenas escutem o áudio do interrogatório ou a sua transcrição, pelo menos se houver dúvida em relação à espontaneidade da confissão. Esse método de apresentação da prova pode excluir algumas informações relevantes, como as expressões faciais do interrogando, mas tem a vantagem de não gerar o enviesamento causado pelo viés de perspectiva de câmera. Vale ressaltar que, se a apresentação do vídeo for útil para a detecção de fatores relevantes que não seriam percebidos com a mera transcrição do depoimento ou a audição do áudio, pode-se admitir que os julgadores assistam ao vídeo, preferencialmente após lerem o depoimento ou ouvirem ao áudio. Em todo o caso, o mais relevante é que exista a consciência da possível incidência de vieses na análise da prova, devendo os julgadores se esforçarem para minimizar os efeitos.

Além disso, essas cautelas somente precisam ser levadas em conta quando houver questionamentos acerca da presença ou não de coação no interrogatório. Se a espontaneidade da confissão ou de depoimento não estiver em questão, o viés de perspectiva de câmera não será tão relevante, pois o seu impacto está mais relacionado à percepção de voluntariedade, não tendo influência significativa na percepção de credibilidade do depoimento.

O viés de câmera de peito é uma especificidade do viés de perspectiva de câmera. Nesse caso, há uma tendência do espectador de adotar a mesma perspectiva da câmera. Se a câmera estiver sendo portada por um policial, a tendência é que a cena seja interpretada na perspectiva do policial. Além disso, o movimento da câmera (*shaky* câmera) pode exacerbar a sensação de perigo, criando um efeito de ação que pode estar distorcido ou, pelo menos, exagerado.

Nessas situações, é fundamental ter consciência da presença desse viés para que o impacto na interpretação da prova seja menos enviesado. Conforme visto, há estudos que indicam que o mero fato de saber que o viés de perspectiva pode influenciar o julgamento minimiza o impacto negativo, embora não o elimine por completo. Assim, a câmera de

peito pode, em princípio, ser usada como elemento de prova, desde que se leve em conta que a sua perspectiva é a da pessoa que a está portando e que ela exagera a sensação de perigo.

Por fim, vimos que o viés de câmera lenta pode levar a uma falha de interpretação no grau de intencionalidade dos atos praticados. A distorção temporal provocada pelo *slow-motion effect* cria uma ilusão de que o agente teve mais tempo para pensar, decidir e agir, o que pode implicar em uma avaliação de maior dolo, planejamento ou censurabilidade da conduta.

Para diminuir o viés de câmera lenta, recomenda-se proibir a exibição do filme neste formato. Em casos extremos, onde a intencionalidade tenha um papel decisivo para a solução da causa, é de se cogitar até mesmo em se prever uma causa da anulabilidade do julgamento caso os julgadores ou os jurados tenham assistido ao filme em câmera lenta, mas a análise desse tópico demandaria um debate processual mais profundo, o que foge aos escopos do presente artigo.

Diante de tudo isso, e sem querer esgotar todas as implicações que o tema pode suscitar, conclui-se que é preciso levar a sério os impactos dos vieses cognitivos na análise de provas audiovisuais.

O sistema judicial precisa repensar a forma como tradicionalmente são registrados os depoimentos, a fim de evitar o viés de perspectiva de câmera. O ideal seria ter várias câmeras gravando o depoimento em várias perspectivas diferentes para que o julgador possa ter uma visão mais ampla daquele ato processual. Caso isso não seja possível, a busca de uma perspectiva mais objetiva, focando todos aqueles que estão participando do ato sem prestigiar qualquer sujeito, é a solução recomendada.

Além disso, é preciso inserir o debate no contexto do direito probatório. De um modo geral, a prova audiovisual funciona quase como um trunfo probatório, possuindo um elevado grau de autoridade e credibilidade, como se fora irrefutável.

Há uma visão de senso comum que entende que “uma imagem vale mais do que mil palavras” e que “ver é acreditar” (MNOOKIN, 1998), criando, nas provas visuais, uma aura de objetividade que pode ser enganadora.

Por ser “vívida”, colocando qualquer pessoa na posição de telespectador de um fato do passado, a prova audiovisual possui um forte efeito persuasivo (BELL & LOFTUS, 1985), capaz de prejudicar o necessário juízo crítico que deve pautar qualquer processo de valoração probatória. Como vimos, essa pretensa objetividade da prova audiovisual precisa passar por um filtro reflexivo, orientado pelas virtudes epistêmicas, pois até mesmo aquilo que vemos com nossos próprios olhos pode ser fruto de alguma distorção de nossa mente ou de uma má compreensão da realidade.

Como explica Jessica Silbey, temos uma compreensão inata do significado das imagens. A maioria das pessoas consegue entender o sentido de uma imagem sem pensar. Por isso, deixamos de realizar um esforço de compreensão (e de tradução) por acreditar que não há necessidade disso, já que, afinal, temos uma certeza e confiança naquilo que vemos. Isso, contudo, é problemático, inclusive no contexto da justiça, especialmente

por não existirem métodos para alcançar um processo confiável da tradução da imagem em palavras (SILBEY, 2012).

As imagens, prossegue Silbey, não falam por si. Os intérpretes falam por elas. Assim, se as imagens se tornam cada vez mais argumentos comuns no conhecimento jurídico, devemos aprender a examinar as imagens em uma linguagem que possamos entender e com a qual possamos concordar (SILBEY, 2012), o que perpassa pela compreensão dos vieses cognitivos, da ilusão de objetividade e do caráter construtivo que é inerente à interpretação das imagens.

Por fim, é necessário alertar, instruir e treinar os julgadores e demais agentes do sistema de justiça a conhecer, identificar e tentar mitigar os efeitos negativos dos vieses cognitivos. As pessoas responsáveis por decidir sobre a vida de outras pessoas precisam saber que há vários fatores implícitos que moldam a percepção da realidade, podendo alterar a interpretação do mundo sem nem percebermos.

Qualquer pessoa, por mais bem-intencionada que seja e por mais que se esforce por parecer imparcial e objetiva, pode, em certas circunstâncias, cometer erros de julgamento provocados pelos vieses cognitivos. Isso não é falha de caráter ou déficit de inteligência. É a forma natural de funcionamento da mente humana: limitada, imperfeita e, por isso mesmo, humana.

5. REFERÊNCIAS

- ADELSON, E. H. *Checker shadow illusion*. Retrieved 31 de maio de 2005. 1995.
- ARIEL, Barak; FARRAR, William A.; SUTHERLAND, Alex. The effect of police body-worn cameras on use of force and citizens' complaints against the police: A randomized controlled trial. *Journal of quantitative criminology*, v. 31, n. 3, p. 509-535, 2015.
- ARIEL, Barak. Police body cameras in large police departments. In: *The Journal of Criminal Law and Criminology*, p. 729-768, 2016.
- BELL, Brad E.; LOFTUS, Elizabeth F. Vivid persuasion in the courtroom. *Journal of Personality Assessment*, v. 49, n. 6, p. 659-664, 1985.
- BENFORADO, Adam. *Unfair: The new science of criminal injustice*. Broadway Books: Nova Iorque, 2015.
- BOIVIN, Rémi et al. The body-worn camera perspective bias. *Journal of Experimental Criminology*, v. 13, n. 1, p. 125-142, 2017.
- BORDWELL, David & THOMPSON, Kristin. Unsteadicam chronicles. *Observation on film arts*. 17 de agosto de 2007. Disponível on-line: [https://tinyurl.com/y4bs5clk]. (Consultado em: 20.09.2019).
- BRIDGER, Darren. *Neuromarketing*. Autêntica: São Paulo, 2017.

- CARUSO, Eugene M.; BURNS, Zachary C.; CONVERSE, Benjamin A. Slow motion increases perceived intent. *Proceedings of the National Academy of Sciences*, v. 113, n. 33, p. 9250-9255, 2016.
- CHAPMAN, Jessica Jaimie Lynn. *Becoming the Camera: Body worn video and shifting expectations of police work*. Tese de Doutorado, Carleton University, 2016.
- HASTORF, Albert H.; CANTRIL, Hadley. They saw a game: a case study. *The Journal of Abnormal and Social Psychology*, v. 49, n. 1, p. 129, 1954.
- JAMIESON, Kathleen Hall; CAMPBELL, Karlyn Kohrs. *The interplay of influence: News, advertising, politics, and the mass media*. Belmont, CA: Wadsworth, 1997.
- KAHAN, Dan M.; HOFFMAN, David A.; BRAMAN, Donald. Whose Eyes are You Going to Believe-Scott v. Harris and the Perils of Cognitive Illiberalism. *Harv. L. Rev.*, v. 122, p. 837, 2008.
- KAHNEMAM, Daniel. *Thinking, Fast and Slow*. Farrar, Straus and Giroux: Nova Iorque, 2011.
- LAFFER-SOUSA, Rosa; HERMANN, Katherine L.; CONWAY, Bevil R. Striking individual differences in color perception uncovered by 'the dress' photograph. *Current Biology*, v. 25, n. 13, p. 545-546, 2015.
- LASSITER, G. Daniel; IRVINE, Audrey A. Videotaped Confessions: The Impact of Camera Point of View on Judgments of Coercion. *Journal of Applied Social Psychology*, v. 16, n. 3, p. 268-276, 1986.
- LASSITER, G. Daniel et al. The Potential for Bias in Videotaped Confessions. *Journal of Applied Social Psychology*, v. 22, n. 23, p. 1838-1851, 1992.
- LASSITER, G. Daniel et al. Videotaped confessions: Is guilt in the eye of the camera?. *Advances in experimental social psychology*. Academic Press, 2001. p. 189-254.
- LASSITER, G. Daniel et al. Videotaped interrogations and confessions: A simple change in camera perspective alters verdicts in simulated trials. *Journal of Applied Psychology*, v. 87, n. 5, p. 867, 2002.
- LASSITER, G. Daniel et al. Evaluating videotaped confessions: Expertise provides no defense against the camera-perspective effect. *Psychological Science*, v. 18, n. 3, p. 224-226, 2007.
- LORD, Charles G.; ROSS, Lee; LEPPER, Mark R. Biased assimilation and attitude polarization: The effects of prior theories on subsequently considered evidence. *Journal of personality and social psychology*, v. 37, n. 11, p. 2098, 1979.
- MARKOWSKY, George. Information Theory. *Encyclopædia Britannica*. Disponível on-line: [www.britannica.com/science/information-theory]. (Publicado em 16.06.2017, consultado em 20.09.2019).
- MEDINA, John. *Brain Rules*. Pear Press: Seattle, 2008.

- MERCIER, Hugo. Confirmation bias–Myside bias (p. 99-114). In POHL, Rüdiger F. (Ed.). *Cognitive illusions: Intriguing phenomena in thinking, judgment and memory*. 2. ed. Nova Iorque: Routledge/Taylor & Francis Group, 2016.
- MNOOKIN, Jennifer L. The image of truth: Photographic evidence and the power of analogy. *Yale JL & Human.*, v. 10, p. 1, 1998.
- POHL, Rüdiger F. (Ed.). *Cognitive illusions: Intriguing phenomena in judgement, thinking and memory*. 2. ed. Nova Iorque: Routledge/Taylor & Francis Group, 2016.
- ROGERS, Adam. The science of why no one agrees on the color of this dress. *Wired*, Science, 2015.
- SILBEY, Jessica. Images in/of Law. *NYL Sch. L. Rev.*, v. 57, p. 171, 2012.
- SIMON, Herbert. Invariants of Human Behavior. *Annual Review of Psychology*, v. 41, n. 1, p. 1-20, 1990.
- SPITZ, Jochim et al. The impact of video speed on the decision-making process of sports officials. *Cognitive research: principles and implications*, v. 3, n. 1, p. 1-10, 2018.
- WARE, Lezlee J., LASSITER, G. D., PATTERSON, S. M., & RANSOM, M. R. Camera perspective bias in videotaped confessions: Evidence that visual attention is a mediator. *Journal of Experimental Psychology: Applied*, v. 14, n. 2, p. 192, 2008.
- WILLIAMS, Timothy et al. Police body cameras: What do you see. *The New York Times*, v. 1, 2016. Disponível em: [<https://tinyurl.com/y7agkecx>]. Acesso em: 22.09.2019.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- A utilização da prova em vídeo nas cortes brasileiras: um estudo exploratório a partir das decisões criminais dos tribunais de justiça de Minas Gerais e São Paulo, de Vicente Riccio, Beronilda Messias da Silva, Clarissa Diniz Guedes e Rogério Silva de Mattos – *RBCCrim* 118/273-298;
- Dado informático como fonte de prova penal confiável(?): apontamentos procedimentais sobre a cadeia de custódia digital, de Carlos Hélder C. Furtado Mendes – *RBCCrim* 161/131-161; e
- O processo penal busca a verdade, mas não a qualquer custo: os novos caminhos para uma antiga controvérsia, de Felipe da Costa De-Lorenzi e Guilherme Francisco Ceolin – *RBCCrim* 177/71-132.

DEFENSOR PÚBLICO DE GARANTIAS E CONSENSO NO PROCESSO PENAL

PUBLIC DEFENDER OF GUARANTEES AND CONSENSUS IN CRIMINAL PROCEDURE

NESTOR EDUARDO ARARUNA SANTIAGO

Professor Titular da Universidade de Fortaleza (Doutorado, Mestrado, Especializações e Graduação em Direito). Estágio Pós-doutoral pela Universidade do Minho. Doutor em Direito pela UFMG. Mestre em Direito pela UFMG. Especialista em Direito UFMG. Professor Adjunto da Universidade Federal do Ceará (Graduação em Direito). Advogado criminalista.
ORCID: [https://orcid.org/0000-0002-2479-7937].
Lattes: [http://lattes.cnpq.br/4516474580462451].
nestorsantiago@unifor.br

EDUARDO AUGUSTO DA SILVA DIAS

Doutorando em Direito Constitucional e Teoria Política (DINTER UNIFOR-CIESA). Mestre em Segurança Pública, Cidadania e Direitos Humanos (UEA). Defensor Público do Estado do Amazonas.
ORCID: [https://orcid.org/0000-0001-9863-5423].
Lattes: [http://lattes.cnpq.br/3926900486611625].
edir.eng88@gmail.com

Recebido em: 06.04.2021

Aprovado em: 20.07.2021

Última versão dos autores: 30.07.2021

ÁREAS DO DIREITO: Constitucional; Processual; Penal

RESUMO: O presente estudo propõe a criação do defensor público de garantias diante do avanço da justiça penal consensual pelo modelo trazido pela Lei 13.964 de 2019, que inseriu no Código de Processo Penal o acordo de não persecução penal. Dialoga-se com os conceitos de consenso e poder ligados ao processo penal brasileiro. Objetiva-se realizar uma pesquisa descritiva com abordagem qualitativa, a partir da identificação de razões instrumentais nos mecanismos de reprodução do saber e poder, por meio de uma análise do discurso, como tentativa de introduzir modelos de justiça que interferem em direitos

ABSTRACT: This study proposes the institution of the public defender of guarantees in view of the advancement of consensual criminal justice through the model brought by Law 13,964 of 2019, that inserted the Non-Persecution Criminal Agreement in the Criminal Procedure Code. It dialogues with the concepts of Consensus and Power linked to the Brazilian criminal procedure. The objective is to carry out a descriptive research with a qualitative approach, from the identification of instrumental reasons in the mechanisms of reproduction of knowledge and power, through an analysis of the discourse, as

fundamentais. Nesse sentido, pergunta-se a respeito da possibilidade de inserção do modelo de defensor público de garantias na etapa pré-processual, antes do recebimento da denúncia, de forma a se permitir um consenso legítimo sobre o caso penal.

PALAVRAS-CHAVE: Justiça penal consensual – Acordo de não persecução penal – Defensor público – Defensor público de garantias.

an attempt to introduce models of justice that interfere in fundamental rights. In this context, investigates the possibility of inserting the model of public defender of guarantees in the pre-procedural stage, before receiving the criminal charge, subsequently allowing a legitimate consensus.

KEYWORDS: Consensual criminal justice – Non-Persecution Criminal Agreement – Public defender – Public defender of guarantees.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A justiça penal consensual e suas anomalias. 2.1. Do reconhecimento das anomalias processuais. 2.2. Mitologia processual penal. 3. Mecanismos de reprodução do saber/poder. 4. Defensor público de garantias. 4.1. O referencial europeu. 4.2. O Defensor Público de Garantias. 4.3. Por uma nova proposta de atuação defensiva: o defensor público de garantias. 5. Notas conclusivas. 6. Referências bibliográficas. 7. Anexo.

1. INTRODUÇÃO

É comum mencionar os conceitos habermasianos para justificar um sistema de relações sociais/jurídicas baseadas no consenso¹. Habermas² e sua Teoria do Agir Comunicativo, com densidade de fundamentação, apoia-se, dentre muitos marcos filosóficos, na teoria do desenvolvimento da consciência moral desenvolvida por Lawrence Kohlberg³, aprofundando os estudos de Piaget⁴, no qual “o desenvolvimento da capacidade de

1. ANDRADE, Flávio da Silva. *Justiça penal consensual: controvérsias e desafios*. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 39.
2. HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa*. Madrid: Editorial Trotta, 2010.
3. Resumidamente, os estágios morais de Kohlberg teriam 3 níveis, distribuídos em 6 estágios: Nível A: Pré-convencional (Estágio 1: O estágio do castigo e da obediência; Estágio 2: Objetivo individual e da troca); Nível B: Convencional (Estágio 3: Expectativas interpessoais mútuas, dos relacionamentos e da conformidade; Estágio 4: Preservação do sistema social e da consciência); Nível C: Pós-convencional ou baseado em princípios (Estágio 5: Direitos originários e do contrato ou da utilidade; Estágio 6: Princípios éticos universais). HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Trad. Guido Antonio de Almeida. 2ª reimpressão. Rio de Janeiro, RJ: Biblioteca Tempo Brasileiro, 2013. p. 152-155.
4. BIAGGIO, Angela Maria Brasil. *Lawrence Kohlberg: ética e educação moral*. Lev Saraiva. Editora Moderna, 2006. p. 22.

julgar moral efetua-se da infância até a fase adulta passando pela adolescência, segundo um modelo invariante”⁵.

Por outro lado, Michel Foucault⁶ identifica formas modernas de exercício do poder, tais como o poder disciplinar e o biopoder⁷, que estão onipresentes e que podem ser observados nas estruturas e instituições sociais, de tal sorte que sua análise possui relevância em qualquer modelo de sociedade que objetive o entendimento mútuo. Qualquer teoria que se apresente como fundamento de uma sociedade ideal encontrará déficit de legitimidade em contraponto a outros modelos não menos totalizantes. Isso explica em parte a dificuldade de conciliação entre análises e teorias apresentadas por Foucault e Habermas no decorrer de suas obras.

Os pensamentos de Foucault e Habermas representam visões de mundo aparentemente incompatíveis quando o assunto é o humanismo. No entanto, apesar de perspectivas divergentes sobre a coerência filosófica deste ideal, ambos concordam com o valor e ambivalência dos direitos e instituições democráticas para moldar e proteger as atitudes críticas modernas, ao restringir e possibilitar atos de inconformismo e resistência.⁸

Nesse contexto, a ideia de consenso, embora seja bem-vinda ao processo, não deve se separar de uma análise crítica e cultural. O Direito e, mais especificamente o direito processual penal, é produto de um saber/poder e constitui questão das mais complexas, envolvendo atores processuais que possuem funções diferentes, arraigadas, as mais das vezes, em ideologias divergentes. Na dinâmica das interações processuais haverá traços que reforçam a visão foucaultiana, ainda que formalmente os atos sejam preponderantemente voltados para um viés consensual. A sala de audiência e documentos produzidos

5. HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Trad. Antonio de Almeida. 2ª reimpressão. Rio de Janeiro, RJ: Biblioteca Tempo Brasileiro, 2013. p. 144.
6. FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. Trad. Raquel Ramallete. 37. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009.
7. Para tentar compreender o que Foucault denomina como poder disciplinar e biopoder, necessário situar que o filósofo francês trabalha com a mudança do Estado absoluto para o Iluminismo, na transição de um poder soberano para outras formas de poder que serão encontradas na sociedade, seja por meio das prisões, escolas, hospícios e instalações militares. O poder disciplinar constituirá uma nova forma de vigilância sobre as pessoas. Em relação ao preso, os mecanismos de tortura dão lugar a uma mudança de punição calculada no tempo, proporcionando pessoas úteis e dóceis para o novo sistema social que se implantava. O saber se constrói na dignidade da pessoa humana, nos novos ideais alçados pelo Iluminismo, na Burguesia. Por outro lado, nessa mesma fase, interessará ao Estado as taxas de criminalidade, a proliferação, os nascimentos e a mortalidade, o nível de saúde, a duração da vida, a longevidade, com todas as condições que podem fazê-los variar; tais processos são assumidos mediante toda uma série de intervenções e controle reguladores: uma biopolítica da população. FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade I: a vontade de saber*. Trad. Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. 9. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2019. p. 150-151.
8. INGRAM, David. Foucault e Habermas. In: GUTTING, Gary (Org.). *Foucault*. Trad. André Oides. São Paulo: Ideais e Letras, 2016. p. 290-291.

a partir dos atos processuais que se desenvolvem no processo vão além do entendimento pela simples leitura dos autos.

Dentro do modelo de justiça penal consensual implantado a partir da Lei 9.099/1995 surgem os institutos da transação penal, conciliação civil e suspensão condicional do processo para casos de menor complexidade. A denominada Lei Anticrime (Lei 13.964/2019) amplia o espectro consensual no processo penal, introduzindo o acordo de não persecução penal (ANPP)⁹ no Código de Processo Penal (CPP), cujo instituto da confissão circunstanciada é requisito legal.

Partindo de um ponto de vista habermasiano, o consenso estabelecido entre Ministério Público, Defensor/Acusado e Juiz, dar-se-á, em tese, legitimamente no contexto de uma razão comunicativa, ou seja, pelo entendimento mútuo¹⁰ em campos de enunciados comunicativos bilaterais de inteligibilidade, verossimilhança, correção e sinceridade¹¹. A confissão é o ato de fala do acusado que aceita o discurso produzido pelo acusador oficial com a finalidade de ter uma pena reduzida.

Por outro lado, a justiça penal consensual situa-se numa referência filosófica utilitarista, com o viés de ação instrumental ou estratégica, divergindo de um postulado voltado para um agir comunicativo¹². Enquanto o agir estratégico se volta para o sucesso, ou

-
9. O acordo de não persecução penal é um negócio jurídico. O Ministério Público oferece algumas alternativas penais ao investigado que, na companhia de seu advogado ou defensor, aceitará ou não a proposta. Para isso, a infração penal deve ter pena mínima inferior a quatro anos, não cometida com violência ou grave ameaça e o investigado deve confessar o crime com todas as circunstâncias.
 10. “Na medida em que os atores estão exclusivamente orientados para o sucesso, isto é, para as consequências do seu agir, eles tentam alcançar os objetivos de sua ação influenciando externamente, por meio de arma ou bens, ameaças ou seduções, sobre a definição da situação ou sobre as decisões ou motivos de seus adversários [...] O conceito de agir comunicativo está formulado de tal maneira que os atos de entendimento mútuo, que vinculam os planos de ação dos diferentes participantes e reúnem as ações dirigidas para objetivos numa conexão interativa, não precisam de sua parte ser reduzidos ao agir teleológico. Os processos de entendimento mútuo visam um acordo que depende do assentimento racionalmente motivado ao conteúdo de um proferimento. O acordo não pode ser imposto a outra parte, não pode ser extorquido ao adversário por meio de manipulações: o que manifestamente advém graças a uma intervenção externa não pode ser tido na conta de um acordo”. HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Trad. Guido Antonio de Almeida. 2ª reimpressão. Rio de Janeiro, RJ: Biblioteca Tempo Brasileiro, 2013. p. 165.
 11. BRITTO, Cláudia Aguiar Silva. *Processo penal comunicativo: comunicação processual à luz da filosofia de Jürgen Habermas*. Curitiba: Juruá, 2014.
 12. De acordo com Barbara Freitag, “para Habermas, que nos forneceu outra interpretação da modernidade, impõe-se uma mudança de paradigma: da ação instrumental para a ação comunicativa, da subjetividade para a intersubjetividade, da razão monológica para a razão dialógica. Somente assim a modernidade poderá ser compreensível corretamente, buscando-se, através da ação orientada para a compreensão, as soluções para as patologias” FREITAG, Barbara. *Dialogando com Jürgen Habermas*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, p. 174.

seja, a Administração da Justiça utiliza os modelos de acordos, como forma de redução e desobstrução do sistema de justiça, que não consegue suportar o volume de processos criminais, e por isso almeja simplificações de procedimentos, o agir comunicativo baseia-se na razão voltada para a Justiça, na qual a instrumentalidade dá lugar à equidade, aproximando-se de um ideal democrático e emancipatório.

Nesse ponto, ao agir estrategicamente, a justiça penal converte-se em biopoder¹³, aproximando-se neste ponto as análises de Habermas e Foucault conforme descreve David Ingram¹⁴, administrando a vida dos acusados a partir de um saber arraigado em falsos discursos consensuais.

Nesse sentido, a justiça penal consensual, ao tentar resolver os casos penais de forma antecipada, antes da devido processo legal, sem que antes tenha ocorrido o contraditório e defesa, principalmente a técnica, pode gerar consensos ilegítimos, em face de abusos procedimentais que possam ocorrer na fase de investigação, que normalmente ocorre de forma sigilosa. Logo, se o processo penal caminha para o consenso, como ampliar esses espaços, permitindo posteriormente um acordo legítimo?¹⁵ Uma proposta pode ser bem-sucedida por meio do Defensor Público de Garantias.

Assim, nesta tentativa de resolver o caso penal antes da instrução processual em juízo, tem-se como problema investigativo questionar de que forma se poderá diminuir o déficit de legitimidade processual que transita entre o saber/poder e não se reconhece um pleno direito de defesa na fase de investigação do caso penal. Nesse contexto, realiza-se uma pesquisa descritiva com abordagem qualitativa, a partir da identificação de razões instrumentais nos mecanismos de reprodução do saber e poder, por meio de uma análise do discurso, como tentativa de introduzir modelos de justiça que interferem em direitos fundamentais.

Como forma de mitigar as razões instrumentais processuais atuais, propõe-se um novo modelo de atuação para a Defensoria Pública na área criminal, o *Defensor Público de Garantias*, que contribuirá no controle de legalidade, legitimidade e regularidade da fase de investigação preliminar. O ensaio é apresentado em quatro itens, no qual em primeiro momento discutem-se noções preliminares sobre a justiça penal consensual e suas anomalias, para em seguida realizar uma análise do discurso diante dos mecanismos de reprodução do saber/poder, a partir de um modelo de acordo de não persecução penal. Conclui-se nos dois itens seguintes com a proposta e fundamentação do Defensor Público de Garantias como alternativa para diminuição do déficit de legitimidade da fase

13. FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade 1: a vontade de saber*. Trad. Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. 9. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2019. p. 151.

14. INGRAM, David. Foucault e Habermas. In: GUTTING, Gary (Org.). Foucault. Trad. André Oides. São Paulo: Ideais e Letras, 2016.

15. O desenvolvimento dos argumentos girou em torno do acordo de não persecução penal, o que não afasta conclusões sobre outros modelos de acordo, tais como a colaboração premiada.

pré-processual, que não acolhe o princípio do contraditório como uma obrigatoriedade, colocando em dúvida procedimentos investigatórios que podem servir estrategicamente, por exemplo, para propostas de acordos ilegítimos.

2. A JUSTIÇA PENAL CONSENSUAL E SUAS ANOMALIAS

O Estado Democrático de Direito pode ser entendido como a história da luta contra o absolutismo do poder político, por meio da divisão de poderes, pela sujeição à lei e pelo desenvolvimento das garantias processuais e penais e na afirmação do princípio da legalidade e do controle jurisdicional que opera sobre eles¹⁶.

Deriva desse marco histórico, transição do Estado Absoluto ao Estado de Direito, o que se convencionou denominar humanismo, no qual, tanto Habermas como Foucault, o interpretam à luz de suas respectivas análises ou teorias¹⁷ que levam à dificuldade de conciliação de seus referenciais filosóficos. Enquanto Foucault é visto como anti-humanista, pois, em tese, rejeitaria os ideais emancipatórios do Iluminismo¹⁸, Habermas constrói sua teoria da ação comunicativa marcado pela intersubjetividade, engajado em deduzir racionalmente normas universais¹⁹ e, conseqüentemente, valorizar os direitos humanos. No entanto, não é adequado situá-los em lados opostos e com objetivos distintos. Ambos, no bojo de suas análises, são defensores dos direitos humanos, porém, partem de interpretações e perspectivas distintas, de modo que suas práticas críticas devem ser observadas como complementares²⁰.

Nesse sentido, enquanto Foucault situa a ação estratégica condicionada pelo poder de maneiras relevantes, Habermas aborda sua prática crítica na ação comunicativa

16. FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo*. Edición de Miguel Carbonell. Madrid: Editorial Trotta, 2010. p. 58.

17. De acordo com Richard A. Lynch, Foucault não achava adequado a utilização do termo “teoria”, de modo que sua interpretação se aproxima de uma análise, pois era relutante em fazer qualquer afirmação de um entendimento permanente ou completo do mundo em que vivemos. LYNCH, Richard A. A teoria do poder de Foucault. In: TAYLOR, Dianna (Org.). Michel Foucault: *Conceitos fundamentais*. Trad. Fábio Creder, Petrópolis, RJ: Vozes, 2018. p. 25.

18. INGRAM, David. Foucault e Habermas. In: GUTTING, Gary (Org.). *Foucault*. Trad. André Oides. São Paulo: Ideais e Letras, 2016. p. 291.

19. Talvez nesse ponto incida a grande polêmica quanto à aproximação de suas teorias, pois de acordo com Dianna Taylor, “um dos principais objetivos da obra de Foucault é ilustrar a natureza histórica e contingente de que a filosofia tem tradicionalmente visto como absoluto e universal”. Assim, para Foucault, “as próprias ideias do conhecimento absoluto e universal e valores morais são, elas próprias, fenômenos históricos”. TAYLOR, Dianna. Poder, liberdade e subjetividade. In: TAYLOR, Dianna. Michel. *Foucault: conceitos fundamentais*. Trad. Fábio Creder. Petrópolis, RJ: Vozes, 2018. p. 10.

20. INGRAM, David. Foucault e Habermas. In: GUTTING, Gary (Org.). *Foucault*. Trad. André Oides. São Paulo: Ideais e Letras, 2016. p. 294.

orientada para o consenso e não restrita pelo poder.²¹ Do mesmo modo, a ação comunicativa na visão habermasiana é lida como ação estratégica em Foucault. O que para este é ação estratégica, para aquele é interação comunicativa²². Portanto, a aproximação ou distanciamento de suas visões sobre o humanismo²³ é uma questão de interpretação. Ambos têm uma visão crítica²⁴ sobre a Modernidade²⁵.

Fixadas essas balizas iniciais, o que se pretende afirmar neste ensaio é que a justiça penal consensual encontra déficits de legitimação como verdadeiro agir comunicativo, pois está direcionada ao agir instrumental, de modo que as análises do poder em Foucault e a teoria crítica habermasiana convergem no sentido de buscar o verdadeiro ideal emancipatório, afastando as patologias sociais da sociedade moderna.

Nesse contexto, apoiando-se estritamente no objeto de análise, a justiça penal consensual, que no Brasil tem seus primeiros passos a partir da Lei 9.099, de 1995, e atualmente com a Lei 13.964, de 2019, que legalizou o acordo de não persecução penal, abdica preliminarmente da audiência de instrução e tenta resolver o conflito a partir de um acordo entre a acusação e defesa, com base na confissão, determinando-se medidas alternativas à prisão.

Há diferenças entre a ANPP e o *plea bargaining* estadunidense. Enquanto neste o acusado pode se declarar culpado (*guilty plea*)²⁶, recebendo uma sentença condenatória com pena reduzida, naquele a confissão é um requisito para o acordo e não gera presunção

-
21. INGRAM, David. Foucault e Habermas. In: GUTTING, Gary (Org.). Foucault. Trad. André Oides. São Paulo: Ideais e Letras, 2016. p. 293-294.
 22. Ibid., p. 294.
 23. Em “Qu’est-ce que les Lumières?” Foucault ressalta que o humanismo é um conjunto de temas que reaparecem em várias ocasiões através do tempo nas sociedades europeias, no qual estão permanentemente ligados a julgamentos de valor e com variações de conteúdo e nos valores que eles mantiveram. Logo, houve um humanismo crítico ao cristianismo, um humanismo cristão oposto ao humanismo ascético, um humanismo desconfiado em relação à ciência no século XIX, concluindo ainda que o próprio marxismo, o existencialismo, o personalismo e o stalinismo tinham ideais humanistas. FOUCAULT, Michel. O que são as luzes? In: MOTTA, Manoel Barros da. Michel Foucault: *Arqueologia das ciências e história dos sistemas de pensamento*. Trad. Elisa Monteiro Coleção Ditos e Escritos II. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015. p. 362-363.
 24. Cabe destacar a observação de Luiz Repa no sentido de esclarecer que nem toda crítica social se refere a uma Teoria Crítica, conforme é a intenção de Habermas e a Escola de Frankfurt. Os diversos modelos de Teoria Crítica apresentam forma específica em que se exerce a crítica à sociedade capitalista. Logo, a Teoria Crítica possui princípios próprios que a desiguam de outras formas de crítica. REPA, Luiz. Jürgen Habermas e o modelo reconstrutivo de teoria crítica. In: NOBRE, Marcos (Org.). *Curso livre de teoria crítica*. 3. ed. Campinas, SP: Papirus, 2013. p. 161.
 25. A teoria da modernidade, na visão habermasiana, busca explicar a gênese da moderna sociedade ocidental, diagnosticar as patologias e procura soluções para a sua supressão. FREITAG, Barbara. *Dialogando com Jürgen Habermas*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, p. 162.
 26. SCHÜNEMANN, Bernd. *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milênio*. Madrid: Editorial Tecnos, 2002. p. 289.

absoluta de culpabilidade. É nesse novo cenário de ampliação da busca pelo “consenso”²⁷, que não se confunde ao agir comunicativo, num contexto dominado pelo exercício de um saber e poder²⁸ que se desenvolve o processo no Estado Democrático de Direito.

Schünemann²⁹ aponta deficiências no modelo de processo penal adversarial americano e o *plea bargaining*, aproximando-os, na verdade, de uma imitação de processo. No reconhecimento de culpa, ou em acordos propostos baseados na confissão, não há processo. Pessoas com baixo nível social se tornam vulneráveis frente ao *plea bargaining* principalmente porque não contam com uma defesa adequada que lhe garanta efetivamente seus direitos³⁰, pois geralmente assistidos por Defensores Públicos descomprometidos³¹. No direito comparado, a *La Conformidad del acusado*³² na Espanha e o *Patteggiamento*³³ na Itália têm como referência o modelo americano³⁴.

O processo penal desenvolve-se no sentido de um viés utilitarista³⁵, com fulcro na melhor administração da justiça com mitigação das garantias processuais, colocando o investigado no dilema entre aceitar a proposta do acordo ou se defender no contexto de

-
27. O consenso no processo penal está mais ligado ao senso comum deste conceito e diverge do proposto na teoria habermasiana que trabalha com a diferenciação entre racionalidade instrumental e racionalidade comunicativa.
 28. PEREIRA, Eliomar da Silva. *Saber e poder: o processo (de investigação) penal*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019.
 29. SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. GRECO, Luís (Coord.). São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 243.
 30. *Ibid.*, p. 253.
 31. Diogo Malan cita pesquisa de David Champion em entrevista com Promotores Públicos dos Estados Federados do Kentucky que revelaram que advogados constituídos obtiveram melhores resultados processuais em relação aos defensores públicos. Concluindo-se que a defesa dativa, comparada a defesa constituída, aumenta o risco de aplicação da pena capital. MALAN, Diogo. A advocacia criminal e as habilidades do defensor. Fonte: [www.conjur.com.br/2021-jan-27/diogo-malan-advocacia-criminal-habilidades-defensor]. Acesso em: 29.01.2021.
 32. ASENSIO GALLEGÓ, José Maria. *Juicio oral en la ley de enjuiciamiento criminal española*. Curitiba: Juruá, 2017. p. 37.
 33. VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de; CAPPARELLI, Bruna. Barganha no processo penal italiano: Análise crítica do patteggiamento e das alternativas procedimentais na justiça criminal. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, v. 15, jan.-jun. 2015. Periódico Semestral da Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Processual da UERJ. Patrono: José Carlos Barbosa Moreira. [www.redp.com.br ISSN 1982-7636]. p. 435-453. Disponível em: [www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/16880/12525]. Acesso em: 27.03.2020.
 34. SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. GRECO, Luís (Coord.). São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 254-255.
 35. Para John Stuart Mill “As ações utilitárias são certas na proporção em que tendem a promover a felicidade, e erradas na proporção em que tendem a produzir o reverso da felicidade. Por felicidade entende-se prazer, e a ausência de dor; e, por infelicidade, dor é a privação de prazer. MULGAN, Tim. *Utilitarismo*. 2. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014. p. 7.

uma justiça penal seletiva³⁶ e com a utilização de um padrão probatório precário que ao final encarcera milhares de pessoas³⁷.

No Brasil, a Defensoria Pública, responsável pela defesa de grande parte dessa massa de encarcerados, com sua estrutura limitada, tem como desafio se adaptar às novas formas de resolução do conflito e administração da justiça, mudando o foco para além das questões no decorrer do processo judicial, reforçando meios que lhe permitam acompanhar o caso penal a qualquer tempo e que possa ensejar uma futura persecução penal.

Apontando sugestões sobre as reformas necessárias na investigação preliminar europeia, Schünemann³⁸ vê na Defensoria Pública brasileira um interessante modelo a ser estudado pelo processo penal dos países europeus, pois é uma instituição estatal desvinculada do Ministério Público, financiada pelo Estado, o que possibilita sua atuação para determinados atos mantendo sigilo em relação ao indiciado, ao contrário do defensor privado, e com atribuição de zelar pelos interesses daquele.

Por outro lado, um verdadeiro processo baseado no consenso deve respeitar os pressupostos de um Estado Democrático de Direito em que a defesa possa ter voz em igualdade com a acusação. Tem-se assim que, nesse viés comunicacional, a teoria do agir comunicativo³⁹ de Jürgen Habermas, pode ser uma hipótese de solução para garantir

36. De acordo com dados do INFOPEN, a população carcerária em 2017 atingiu o número de 607.731 presos, dos quais 67% (pretos ou pardos), 53% com ensino fundamental incompleto e 56% composta por jovens de 18 a 29 anos. Além disso, 41% como presos provisórios. Tráfico de drogas (27%), Roubo (21%), homicídio (14%) e furto (11%) estão entre os crimes que mais se prende, o que demonstra a seletividade do sistema penal. SAUL, Diego Palhares; GUIMARÃES, Sérgio Chastinet Duarte. Seletividade penal, caso Rafael Braga e a condenação fundamentada exclusivamente no testemunho policial. In: GRAZIANO SOBRINHO, Sérgio Francisco Carlos; DORNELLES, João Ricardo Wanderley; PEDRINHA, Roberta Duboc (Orgs.). *Seletividade do sistema penal: o caso Rafael Braga*. Rio de Janeiro: REVAN, 2018. p. 66-67.

37. O policial condutor na prisão em flagrante é o mesmo que serve como testemunha no processo, algumas vezes isolada, para comprovar a culpa do réu, mesmo que este apresente versão diferente, prevalecendo um argumento de autoridade na aplicação da lei para dar maior credibilidade à palavra do agente estatal, supostamente protegida pela fé-pública. CARVALHO, Salo; WEIGERT, Mariana de Assis Brasil e. “Making a drug dealer”: O impacto dos depoimentos policiais e os efeitos da súmula 70 do TJERJ na construção do caso Rafael Braga. In: GRAZIANO SOBRINHO, Sérgio Francisco Carlos; DORNELLES, João Ricardo Wanderley; PEDRINHA, Roberta Duboc (Orgs.). *Seletividade do sistema penal: o caso Rafael Braga*. Rio de Janeiro: REVAN, 2018. p. 239-279.

38. SCHÜNEMANN. Op. cit., p. 235-236.

39. Destaca-se a observação de Luiz Repa explicando que a “ação comunicativa é um tipo de interação social em que o meio de coordenar os diversos objetivos das pessoas envolvidas é dado na forma de um acordo racional, do entendimento recíproco entre as partes, alcançado através da linguagem. Ou seja, comunicação se refere a um determinado uso da linguagem, o uso da linguagem orientado para a obtenção de um acordo, de um consenso. Esse uso não deve ser entendido, no entanto, em um sentido instrumental, como se a comunicação para um consenso fosse apenas um meio para a realização das finalidades de cada participante da interação social, pois, ao tentar fazer uso da linguagem em uma atitude comunicativa (também chamada de

uma verdadeira teoria do discurso, levando às partes ao consenso, de modo a mitigar as patologias sistêmicas do processo penal.

Além disso, a teoria do agir comunicativo pressupõe, dentre outros requisitos, que os interlocutores tenham uma manifestação de vontade livre, o que na teoria foucaultiana pode ser um obstáculo em face dos exercícios do poder/saber e suas derivações para o biopoder e poder disciplinar, que implicam modelos de dominação não percebidos de modo formal, mas que transparecem nas relações sociais.

A teoria habermasiana poderia fundamentar o espaço de consenso desde que se tenha consciência que as relações comunicacionais não ocorrem de modo ideal, ou seja, os atos de fala – para usar uma expressão habermasiana – são exercidos dentre de uma estrutura processual em que as relações de poder/saber são latentes. Logo, com o reforço das garantias processuais, a partir de uma Defensoria Pública estruturada e com lugar de fala, em qualquer momento em que possa existir uma limitação de um direito fundamental do indivíduo, haverá uma diminuição das patologias processuais.

2.1. *Do reconhecimento das anomalias processuais*

As funções de acusar, defender e julgar em sistemas verdadeiramente acusatórios devem estar separadas em diferentes instituições⁴⁰. No entanto, o CPP vigente, outorgado sob a égide do Estado Novo, ainda possui vários traços normativos, mesmo com a nova roupagem constitucional e reformas legislativas pontuais após 1988, que remontam a categorias autoritárias⁴¹.

atitude performativa), os falantes têm de restringir seus planos individuais às condições necessárias para o entendimento mútuo”. E conclui em seguida: “Nesse aspecto, a ação comunicativa se distingue da ação estratégica e instrumental. Esses dois últimos tipos se caracterizam pelo fato de os atores, isto é, as pessoas envolvidas na ação, buscarem antes de tudo o sucesso, a realização do fim desejado”. REPA, Luiz. Jürgen Habermas e o modelo reconstrutivo de teoria crítica. In: NOBRE, Marcos (Org.). *Curso livre de teoria crítica*. 3. ed. Campinas, SP: Papirus, 2013. p. 166. Esse é justamente o problema que se enfrentado na análise dos acordos de não persecução penal que são confundidos ação comunicativa, mas na verdade descrevem ação instrumental.

40. Como ressalta Luigi Ferrajoli, “De todos os elementos constitutivos do modelo teórico acusatório, o mais importante, por ser estrutural e logicamente pressuposto de todos os outros, indubitavelmente é a separação entre juiz e acusação”. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010. p. 522.

41. Ricardo Gloeckner utiliza o termo autoritarismo como uma categoria que representa o resultado de interpretações do Código de Processo Penal, como o uso da instrumentalidade processual penal com raiz no processo civil e modelada segundo a Escola Superior de Guerra, de modo que, ao invés de ter uma roupagem constitucional, possui conteúdo antidemocrático. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Autoritarismo e processo penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro*. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. v. 1. p. 42-45.

Assim, o processo penal⁴² transita em paradigmas⁴³ diferentes, o que compromete a atuação dos atores processuais e o surgimento de anomalias.

Como exemplo, verifica-se que os princípios de Bangalore⁴⁴ descrevem que o juiz deve agir com independência, imparcialidade, integridade, idoneidade, igualdade, competência e diligência. Porém, o modelo atual de CPP, colocando o juiz na gestão da prova em alguns momentos, contribuiu para as rachaduras de tal base principiológica. Por outro lado, no que tange ao Ministério Público, é bem verdade que na fase de investigação não exerce propriamente o papel de acusador. Porém, ao decidir em relação a um pedido que possa limitar direitos fundamentais do indivíduo, o juiz de valor sobre a legalidade e fundamentos, certamente lhe coloca mais perto do interesse público em detrimento do interesse do investigado.

Contudo, não é adequado contrapor interesse público e interesse privado (do investigado), pois as funções de investigar, acusar, defender, fiscalizar a aplicação da lei e julgar interessam a todos na mesma proporção e, conseqüentemente, também é de interesse estatal proteger a defesa⁴⁵. Obviamente, não se podem exercer, ao mesmo tempo, várias

42. Conforme descreve Mauro Fonseca Andrade, a legislação não faz referência à adoção de algum sistema processual em nosso país. Conclui que não seria exagero afirmar que o país não adota nenhum tipo de sistema processual penal e que teríamos, na verdade, são modelos de processo. ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas processuais penais e seus princípios reitores*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013. p. 471-473. Importante ressaltar, no entanto, que a Lei 13.964 de 2019 definiu no art. 3º-A que o processo penal terá estrutura acusatória, porém tal dispositivo encontra-se suspenso, de acordo com as ADIs 6298, 6299, 6300 e 6305 que aguardam julgamento pelo Supremo Tribunal Federal.
43. O conceito de paradigma é extraído da Thomas S. Kuhn em *Estrutura das Revoluções Científicas*. Importante observar que a obra busca estabelecer um critério de desenvolvimento das ciências naturais, de modo que é controversa sua aplicação integral às ciências sociais, conforme destaca Jesus de Paula Assis em Kuhn e as ciências sociais (1993). Obviamente, este artigo não quer transpor integralmente às ciências sociais a teoria kuhniana, de modo que utiliza de alguns conceitos, como o de paradigma, para estabelecer analogias, demonstrando a dificuldade de se firmar critérios objetivos e seguros no direito processual penal. Nesse sentido, em ensaio introdutório da obra Ian Hacking aponta que “a ciência normal é caracterizada por um paradigma que legitima quebra-cabeças e problemas sobre os quais a comunidade trabalha. Tudo vai bem até que os métodos legitimados pelo paradigma não conseguem enfrentar o aglomerado de anomalias; daí resultam e persistem crises até que uma nova realização redirecione a pesquisa e sirva como um novo paradigma. Isto é, um deslocamento de paradigma”. KUHN, Thomas S. *Estrutura das revoluções científicas*. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 13. ed. São Paulo: Perspectiva, 2017. p. 29.
44. SEREJO, Lourival. *Comentários ao código de ética da magistratura nacional*. Brasília-DF: ENFAM, 2011. p. 28/36/52/89/94.
45. Jeremy Bentham questionava se o defensor público é menos necessário que o acusador público, pois segundo o filósofo, idealizador do panóptico, a sociedade também deveria estar interessada na segurança da inocência e não deveria empregar mais meios para o ataque do que para a defesa. FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia*. 2. Teoría de la democracia. Madrid: Editorial Trotta, 2016. p. 453.

funções em um sistema democrático e por isso, não é ideal deixar ao lado do Ministério Público o juízo de proteção dos interesses do investigado sob o argumento de protetor da ordem jurídica⁴⁶ e que isto sempre lhe daria um respaldo legítimo de atuação. Essa é uma das anomalias processuais que reforçam o estabelecimento de novos paradigmas⁴⁷ para fortalecimento da defesa pública.

Thomas S. Kuhn⁴⁸ esclarece que as descobertas científicas iniciam com a constatação da existência de anomalias. A ciência normal, que antes se produzia a partir de um paradigma, necessita de uma resposta à crise dando lugar a um novo paradigma⁴⁹. Por outro lado, não se pode olvidar das observações lançadas por Marcelo Aebi⁵⁰ em sua análise à Criminologia Crítica de Alessandro Baratta, que sustenta os conceitos de revolução científica de Kuhn na análise da etiologia do comportamento desviado e sua relação com o determinismo científico. Um dos problemas apontados por Aebi é a dificuldade de se reconhecer o transporte de métodos das ciências naturais para as ciências sociais. No campo dos paradigmas, as ciências naturais têm melhores condições de observação quando há superação de determinadas concepções, como por exemplo, na Física, a incompatibilidade de alguns paradigmas estabelecidos por Newton, no domínio da

46. A Constituição Federal de 1988 em seu artigo 127 descreve que o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

47. Fritjof Capra sustenta a importância da superação e a necessidade de um novo paradigma que forneça uma nova visão da realidade, abandonando, essencialmente, a concepção mecanicista para a visão holística da realidade, no qual esta “baseia-se na consciência do estado de inter-relação e interdependência essencial de todos os fenômenos – físico, biológico, psicológico, sociais e culturais”. CAPRA, Fritjof. *O ponto de mutação: a ciência, a sociedade e a cultura emergente*. Trad. Alvaro Cabral. São Paulo: Editora Cultrix, 1986. p. 14-259.

48. Segundo o supracitado autor, “a descoberta começa com a consciência da anomalia, isto é, com o reconhecimento de que, de alguma maneira, a natureza violou as expectativas paradigmáticas que governam a ciência normal”. KUHN, Thomas, S. *Estrutura das revoluções científicas*. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 13. ed. São Paulo: Perspectiva, 2017. p. 128.

49. A necessidade de transição paradigmática também é abordada por Habermas quando constata a possibilidade de fundamentar as ciências sociais numa teoria da comunicação, apontando a mudança de paradigma em Mead e Durkheim, da atividade orientada por fins ao agir comunicativo. Nota-se que o termo paradigma também é trabalhado como algo a ser superado quando aquele não mais sustenta determinada teoria. Assim, no início do século XX, o modelo ou paradigma “sujeito-objeto” que constituía a base da filosofia da consciência é alvo da filosofia da linguagem analítica e da psicologia do comportamento, “as quais desistem da busca de um acesso direto aos fenômenos da consciência, substituindo o autoconhecimento intuitivo, a reflexão e a introspecção por procedimentos que não dependam da intuição”. HABERMAS, Jürgen. *Teoria do agir comunicativo 2: sobre a crítica da razão funcionalista*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012. p. 6.

50. AEBI, Marcelo F. *Crítica de la criminologia crítica: una lectura escéptica de Baratta*. Disponível em: [https://serval.unil.ch/resource/serval:BIB_715E359B11FFP001/REFpdf]. Acesso em: 17.03.2021. p. 20/45.

Mecânica, e Einstein a partir da teoria da relatividade⁵¹. Desse modo, enquanto nas ciências naturais os paradigmas científicos são de difícil convivência, nas ciências sociais, ao invés de substituídos, os paradigmas se complementam. Assim, haveria inconvenientes metodológicos e epistemológicos na Criminologia Crítica de Baratta.

A crítica de Marcelo Aebi encontra ressonância no processo penal, pois percebe-se claramente a convivência de paradigmas processuais distintos, ou mais especificamente, em nosso país, características do sistema processual inquisitório e acusatório estão dentro de uma mesma legislação, de modo que há divergências quanto ao modelo adotado. Por outro lado, isso não afasta que seja defendida a adoção de um único sistema processual, evitando contradições e interpretações que possam causar anomalias.

Por outro lado, destacam-se as observações de Fritjof Capra e Pier Luigi Luisi, apontando que as teorias de Giddens e Habermas “são tentativas de integrar estudos sobre o mundo exterior das causas e efeitos”, de modo que estes “teóricos sociais integram percepções provenientes das ciências naturais, das ciências sociais e das filosóficas cognitivas, rejeitando as limitações do positivismo”⁵².

O que se indaga, então, nesse momento, é se há espaço para a modificação da estrutura processual vigente para que a Defensoria Pública alcance patamar de atuação sagrado à Polícia Judiciária e ao Ministério Público. Necessário que se enumerem alguns pontos cruciais na atuação, principalmente do Ministério Público, que o colocam numa suposta posição de neutralidade sob o manto de protetor da ordem jurídica, mas que de alguma forma possuem um grau de anomalia.

2.2. *Mitologia processual penal*

Rubens Casara identifica algumas dessas anomalias ao constatar a existência de uma mitologia processual penal em que se colocam em xeque a neutralidade do julgador, a imparcialidade do ministério público, a verdade real, o livre convencimento, o consenso penal e o processo penal como instrumento de pacificação social ou autoritária⁵³.

51. A teoria especial da relatividade unificou e completou a teoria da física clássica e introduziu radicais mudanças nas concepções tradicionais de espaço e tempo, deixando ao largo os fundamentos newtonianos. CAPRA, Fritjof; LUISI, Pier Luigi. *A visão sistêmica da vida: uma concepção unificada e suas implicações filosóficas, políticas, sociais e econômicas*. São Paulo: Cultrix, 2014. p. 100.

52. CAPRA, Fritjof; LUISI, Pier Luigi. *A visão sistêmica da vida: uma concepção unificada e suas implicações filosóficas, políticas, sociais e econômicas*. São Paulo: Cultrix, 2014. p. 373.

53. Segundo Rubens Casara, “o mito da neutralidade do juiz, vinculado à mesma ideologia que resume as normas processuais a meras normas técnicas, revela-se datado e não resiste à análise transdisciplinar da atuação concreta da agência judicial”. O mito da imparcialidade do Ministério Público: “Na medida em que se acreditam em uma ‘parte imparcial’, os magistrados passam a se identificar com o Ministério Público (o Estado contra o crime e o criminoso) e reservam ao

Do mesmo modo, a semiótica ensina a ter um olhar diferente sobre o espaço jurídico. O posicionamento dos atores processuais no espaço revela o juiz ao lado do Ministério Público e o advogado ou defensor em lugar não equidistante daqueles⁵⁴. O discurso não é produzido apenas por atos de fala, mas também por sinais, disposição espacial das pessoas no Fórum, nas imagens sacramentais pregadas na parede, no contato constante com o aparelho celular, durante a audiência, enquanto alguém está com a palavra, na presença do acusado algemado na audiência e ao lado deste um policial sempre pronto para atuar, durante o interrogatório, quando o juiz e promotor, ao invés de perguntarem sobre os fatos, questionam sobre as crenças, o passado, a ficha criminal do acusado, demonstrando que o processo penal é um ritual de descoberta da pessoa, um processo de reprovação de comportamento sociais que não se ligam somente aos fatos que o levaram ao banco dos réus, consistindo muitas vezes num ato político, seletivo, ideológico e mantenedor do status quo. O reconhecimento de anomalias racha a base estrutural das instituições, justificando-se correções no sistema processual.

Reputa-se também fundamental para uma nova mentalidade na construção de um processo penal legítimo as mudanças recentes que deram ao Ministério Público o poder de investigar e de celebrar acordos penais juntamente com a polícia judiciária.

Historicamente, não se sabe ao certo como as funções do acusador se desenvolveram. Alguns reputam à Grécia Antiga e à Roma. Outros definam a origem do Ministério Público como órgão de acusação no modelo francês ainda na Idade Média com o surgimento dos Procuradores do Rei que, além de fiscalizar a cobrança de tributos, agiam na acusação criminal nos interesses da Coroa. Ressalta-se, que nesse período absolutista, ações contrárias às ordens regentes implicavam ofensa não somente aos interesses da vítima, mas aos próprios interesses da Coroa⁵⁵.

Sabe-se, por outro lado, que acusação e defesa possuem interesses de origem privada, de modo que as questões criminais eram levadas à justiça pela própria vítima. Esta era responsável pela acusação e posteriormente o suposto autor apresentava a sua defesa. À medida que o Estado imperial se consolida na Grécia e os conflitos interpessoais e políticos ficam mais complexos, o Estado, evitando tornar impune eventuais pessoas que

acusado (o outro/a outra parte) um natural distanciamento". CASARA, Rubens R. R. *Mitologia processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 147-148, 153.

54. A Ação Direta de Constitucionalidade 4768 questiona a alínea "a", inciso I, artigo 18 LC 75/93 e artigo 41, inciso XI, Lei 8.625/93 que dispõe sobre o lugar ocupado pelo promotor na sala de audiência.

55. Michel Foucault, em aula de 1 de março de 1972, ressalta que a crise da feudalidade havia levado à organização de um poder régio centralizado, único meio de fazer frente aos grandes movimentos populares. A justiça centralizada manifesta-se na instituição de um Parlamento. Outro ponto referente é a ampliação dos casos régios de interesse da Coroa, o que analogamente, em tempos atuais, poderia se referir aos crimes de ação penal pública incondicionada que interessam ao Estado. Consequentemente, a instauração dos procuradores régios. FOUCAULT, Michel. *Teorias e instituições penais*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2020. p. 169, 173.

contrariavam a lei, institui pessoas do próprio império, para tornar possíveis as acusações, seja na proteção dos interesses de terceiros que não se sentiam seguros para acusar ou seja na proteção de interesses da Coroa.

Percebe-se, diferentemente da defesa, que sempre esteve mais ligada a um interesse individual, a acusação sai da esfera privada para ocupar o interesse da sociedade e, consequentemente, constituir uma instituição estatal como o Ministério Público. Nesse sentido, a concepção democrática ministerial, esboçada na Constituição de 1988, não representa origem ligada ao Absolutismo com a concentração do Poder nas mãos do Rei.

O processo penal brasileiro não tem raízes autoritárias⁵⁶⁻⁵⁷ por acaso. Brasil, colônia de Portugal, país que esteve sob dominação franco-espanhola por determinado período, exerceu influência de suas crenças e costumes na sociedade brasileira que se implantou.

A estrutura inquisitorial faz com que as funções exercidas pelo Ministério Público e Juiz se aproximem de períodos totalitários. A gestão da prova pelo juiz é um exemplo que não se consegue superar. A polícia judiciária continua ligada ao Poder Executivo, fortemente sob sua ingerência política, ainda que se queira lhe atribuir algum tipo de autonomia. O Ministério Público, independente na folha de papel, teima em não se desvincular das raízes autoritárias de seu berço estabelecido na Idade Média, juntamente com o Poder Judiciário. Isso se percebe claramente no Brasil. Por outro lado, a percepção da existência de anomalias exige transformações no sistema processual para redução do desequilíbrio entre acusação e defesa.

3. MECANISMOS DE REPRODUÇÃO DO SABER/PODER

O discurso jurídico constitui uma das formas de reprodução do saber/poder e pode ser percebido por meio de diferentes canais comunicativos. Os fundamentos ideológicos para a ampliação da justiça penal consensual repousam basicamente nos seguintes argumentos: enfrentar o inchaço e colapso⁵⁸ do poder judiciário e o aumento da crimina-

56. Conforme leciona Antonio Pedro Melchior, a tradição inquisitiva, do qual o processo penal brasileiro não passa ao largo, é a base do pensamento autoritário e “fornece um repertório de significantes que constitui um patrimônio antidemocrático disponível na atualidade”. MELCHIOR, Antonio Pedro. *O juiz e a prova: O sintoma político do processo penal*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 61.

57. Nessa mesma linha, Ricardo Jacobsen Gloeckner ressalta que “no Brasil, existe uma tradição sociológica que aponta em direção a uma concepção de autoritarismo brasileiro, compreendido a partir de lentes pretensamente weberianas. Um grande conjunto de teorias parte do chamado ‘patrimonialismo’, ou ainda, tratarão de explicitar a origem da formação patrimonialista do Brasil”. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Autoritarismo e processo penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro*. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. v. 1. p. 140.

58. BARROS, Francisco Dirceu; ROMANIUC, Jefson. *Acordo de não persecução penal: teoria e prática*. Leme-SP: JH Mizuno, 2019. p. 20.

lidade⁵⁹; pragmatismo⁶⁰; eficiência⁶¹; celeridade; priorização dos recursos financeiros e humanos do Ministério Público e Poder Judiciário para o processamento e julgamento dos casos mais graves⁶². Nesse sentido, por trás de todo discurso jurídico, há uma forma de ideologia de dominação.

A análise da ideologia de poder tem três núcleos fundamentais:

“a) a tipologia dos discursos; b) as condições de reprodução e recepção dos discursos; e c) o funcionamento específico das práticas como partes assimétricas entre interlocutores em que uma ação do enunciador pode influenciar, pela persuasão ou manipulação, o enunciatário.”⁶³

O primeiro núcleo pode ser representado com as seguintes características: tipo de discurso, objeto do discurso, função dominante, dispositivo ideológico, os sujeitos do discurso, as macros operações, o tipo de discurso e o tom. Alguns destes serão trabalhados à frente.

O segundo núcleo, as práticas discursivas, são tomadas em consideração as suas condições de produção-recepção. Em relação ao terceiro núcleo, estuda-se o funcionamento em si do poder e da ideologia.⁶⁴

Na audiência para aceitação da proposta de acordo de não persecução penal⁶⁵ tem-se como sujeito do discurso o representante do Ministério Público e o investigado com seu

59. SOUZA, Renee do Ó. Acordo de não persecução penal previsto no novo art. 28-A do Código de Processo Penal, inserido pela Lei 13.964/2019. In: SOUZA, Renee de Ó (Org.). *Lei anticrime: comentários à Lei 13.964/2019*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020. p. 122.

60. ANDRADE, Flávio da Silva. *Justiça penal consensual: controvérsias e desafios*. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 63.

61. Id.

62. LIMA, Renato Brasileiro de. *Pacote anticrime: comentários à Lei n. 13964/19 – artigo por artigo*. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 219.

63. RICHARDSON, Roberto Jarry. *Pesquisa social: métodos e técnicas*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 289.

64. Nestes pontos, Richardson indica os aspectos a “estudar para revelar os modos de funcionamento do poder e da ideologia: as formas do que é excluído e do que é imposto nos discursos; os processos de interdiscursividade, os modos como se anulam diversos subtipos de discurso dentro da prática que se pretende pesquisar; as formas imaginárias: o modo como enunciadore-enunciatários imaginam a situação em relação ao outro e aos objetos de referência; as modalizações discursivas: ou seja, o grau de compromisso que o enunciador tem com o enunciado, as marcas subjetivas que imprime no discurso; os elementos estruturais e conjunturais, os atores do discurso e o poder, os estereótipos ideológicos, a deixis pessoal e a modalização do discurso, entendida como as marcas da subjetividade do enunciador num determinado discurso.” RICHARDSON, Roberto Jarry. *Pesquisa social: métodos e técnicas*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 290-291.

65. Utilizou-se como referência o modelo de proposta de acordo de não persecução penal descrito por Barros e Romaniuc. BARROS, Francisco Dirceu; ROMANIUC, Jefson. *Acordo de não persecução*

advogado ou defensor público. Como regra, as audiências são gravadas e a análise do discurso oral produzido é essencial para a compreensão da metodologia, mas o enfoque deste ensaio se dará apenas por meio do documento de forma escrita.

O ANPP é produzido entre interlocutores que não estão em igualdade na situação de fala. O Ministério Público, ao receber a investigação criminal, é o responsável por analisar a possível presença dos requisitos formais para formular uma proposta de acordo com as respectivas cláusulas para cumprimento que, em regra, não se modifica na audiência designada para tal fim, pois o promotor de justiça já fez o seu juízo de valor quanto às possibilidades e condições a serem cumpridas pelo investigado que, juntamente com o advogado ou Defensor tomam decisão do tudo ou nada, pois caso não aceitem a proposta, a denúncia será oferecida. Logo, dificilmente o investigado e seu defensor conseguirão argumentar para que algumas das cláusulas sejam afastadas, tais como a confissão.

Ao mesmo tempo que o discurso jurídico ministerial ressalta nos *consideranda*⁶⁶ os valores constitucionais e o sistema acusatório, por outro lado trabalha com elementos arraigados em época medieval e inquisitória, como a confissão, que tem um peso fundamental para a efetivação do acordo.

Embora o texto indique um comprometimento do investigado em cumprir determinadas medidas de forma voluntária, o comando principal se dá sutilmente de forma imperativa⁶⁷, pois, não cumprindo o acordo, haverá consequências como o ofereci-

penal: teoria e prática. Leme-SP: JH Mizuno, 2019. p. 134-136). A análise do termo de acordo de não persecução penal tem como objetivo servir de referência para uma análise do discurso, conforme a proposta de Haidar e Rodriguez, onde se verifica a ideologia e o poder. RICHARDSON, Roberto Jarry. *Pesquisa social: métodos e técnicas*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 288-291.

66. [...] Considerando que “a Constituição de 1988 fez uma opção inequívoca pelo sistema acusatório – e não pelo sistema inquisitorial – criando as bases para uma mudança profunda na condução das investigações criminais e no processamento das ações penais no Brasil” [...] Considerando o acordo de não persecução penal um instrumento de economia processual e celeridade na distribuição da Justiça, a qual só se materializa na efetiva proteção dos bens tutelados pelo Estado e na repressão aos delitos); [...]. BARROS, Francisco Dirceu; ROMANIUC, Jefson. *Acordo de não persecução penal: Teoria e prática*. Leme-SP: JH Mizuno, 2019. p. 134-136.
67. [...] O INVESTIGADO, por intermédio deste acordo, obriga-se a (reparar/restituir xxx à vítima...) [...] O INVESTIGADO se compromete a comunicar ao Ministério Público acerca de eventual mudança de endereço ou número de telefone. [...] O INVESTIGADO prestará serviços à comunidade por período correspondente a XXX, à razão de XXX horas por semana, na Associação XXX, CNPJ XXX, sediada na XXX... [...] O INVESTIGADO pagará prestação pecuniária no valor de R\$ XXX (XXX), destinada à entidade XXX, CNPJ nº XXX, sediada na XXX... [...] O INVESTIGADO assume a obrigação de, mensalmente, comprovar o cumprimento das condições, independentemente de notificação ou aviso prévio, devendo, quando for o caso, por iniciativa própria, apresentar imediatamente e de forma documentada eventual justificativa para o não cumprimento do acordo. [...] Descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo ou não comprovado O INVESTIGADO o seu cumprimento, no prazo e condições estabelecidas, o Ministério Público, sendo o caso, imediatamente oferecerá denúncia. [...] O descumprimento do acordo de não persecução pelo investigado poderá,

mento da denúncia e não ter direitos a outros institutos despenalizadores descritos na Lei 9.099/1995. Ou seja, simbolicamente, a mensagem passada pelo Estado para o investigado é que ele faça, pague, cumpra, comunique, repare, restitua, preste serviços, apresente, justifique, compareça, sob pena de sanção.

Ao contrário de um senso comum teórico de que não haveria hierarquia das provas, a confissão tem sempre um lugar de destaque na convicção do julgador e do acusador. A confissão faz as vezes do inquérito policial e, no limite, a um flagrante delito. Assim explica Foucault⁶⁸ no conceito desse instituto que está presente em diversos períodos históricos e pouco mudou em seu conteúdo. Pode-se dizer que o ANPP, ao exigir a confissão, mesmo que esse documento isolado não sirva para atestar a culpa, ao ser transportado para a fase judicial, caso descumprido, será utilizado como prova, e agora com algo a mais, uma confissão realizada na presença de seu próprio defensor.

Por outro lado, o ANPP traz em seu conteúdo ideologias veladas, tais como da Segurança Pública na repressão ao crime, com o uso do poder disciplinar e biopoder, tornando os processos criminais mais rápidos, porque alongar o tempo reforçaria a impunidade. Assim, a ciência jurídica torna-se instrumental e estratégica, sem questionar seus verdadeiros princípios. E se a razão instrumental está em oposição à razão comunicativa⁶⁹, não há por que se concluir que a justiça penal consensual esteja ligada ao discurso habermasiano de emancipação.

Nesse sentido, como há déficit de garantias processuais na fase preliminar, pela ausência de obrigatoriedade da defesa técnica no interrogatório policial, por exemplo, ou pela inexistência de uma instituição defensiva que fiscalize e colabore com a legalidade dos atos de investigação, antes de eventuais medidas limitadoras da liberdade, os documentos recebidos pelo titular da ação penal são vistos com desconfiança pela defesa, seja pela seletividade penal, ou no juízo de falhas na avaliação dos elementos colhidos pelos órgãos de persecução penal.

na forma do artigo 89, da Lei 9.099/95, ser utilizado pelo Membro do Ministério Público como justificativa para o eventual não oferecimento de suspensão condicional do processo. [...] Cumprindo integralmente o acordo, o Ministério Público promoverá o arquivamento da investigação, sendo que esse pronunciamento, estando em conformidade com as leis e com a Resolução 181/2017, do CNMP, vinculará toda a Instituição, na forma do artigo 18, § 8º, do referido ato normativo. [...]. Ibid., p. 134-136.

68. FOUCAULT, Michel. *Teorias e instituições penais*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2020. p. 189.

69. De acordo com Bárbara Freitag, “a racionalização da economia e do Estado resultou na hegemonia da racionalidade instrumental. A modernização societária significou, ao mesmo tempo, a expulsão da racionalidade comunicativa do mundo do sistema e sua limitação ao mundo vivido. A economia e o Estado asseguram a reprodução material e institucional da sociedade moderna, sem, contudo, admitir o questionamento dos princípios que regem o seu funcionamento”. FREITAG, Barbara. *Dialogando com Jürgen Habermas*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2005. p. 166.

4. DEFENSOR PÚBLICO DE GARANTIAS

4.1. *O referencial europeu*

A unificação europeia⁷⁰ modificou os conceitos de soberania⁷¹ e impactou as legislações locais, que devem apresentar um mínimo de homogeneidade para que tenham legitimidade em toda a comunidade. Nesse sentido, as ciências criminais⁷² estudam formas de adaptação da lei penal material e processual num cenário de compartilhamento institucional. Propostas de criação de novas instituições como o Eurojust⁷³ e o Ministério Público Europeu tomaram à frente das discussões como forma de enfrentamento da criminalidade organizada.

Pelo Tratado da Constituição Europeia, o Eurojust teria a função de apoiar e reforçar a coordenação e a cooperação entre as autoridades nacionais encarregadas de investigar e perseguir crimes graves que afetem a dois ou mais Estados membros ou que deva perseguir segundo critérios comuns, baseando-se em operações efetuadas e em informação proporcionada pelas autoridades de Estados-membros e pela Europol⁷⁴. Por outro lado, um grupo de juristas europeus, diante do cenário de transformação e modificação do

70. A União Europeia é um esforço de mais de duas dezenas de países com o objetivo de criação de uma comunidade de nações com moeda única, integração econômica e regional com origem ainda no período Romano e na Idade Média, mas que se fortaleceu após a II Guerra Mundial com o Conselho da Europa e, mais recentemente, a partir do Tratado do Lisboa. PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito Internacional Público e Privado: Incluindo noções de direitos humanos e direito comunitário*. 11. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 1256-1257.

71. As Revoluções Liberais do século XVIII romperam com o Estado Absoluto e a ideia de soberania real para dar lugar à soberania popular e que possui ligação essencial com o conceito de democracia. Nesse sentido, para a construção de uma comunidade de nações, cada Estado deve relativizar conceitos de povo como mesma língua, que ocupam uma mesma região geográfica e uma mesma fonte política para dar lugar a uma expressão política democrática de origem uniforme e por isso também a dificuldade de estabelecimento de uma Constituição Europeia.

72. Com a integração europeia e necessidade de se estabelecer legislações coerentes nos Estados Membros, há um amplo debate para que se crie um sistema penal europeu uniforme. Nesse sentido, “a europeização é um fenômeno que não se manifesta somente no ramo penal, mas em todas as áreas do Direito de cada Estado membro”, assumindo assim múltiplas formas. SATZER, Helmut. A europeização do direito da União Europeia no ordenamento jurídico-penal nacional dos estados membros. In: AMBOS, Kai; BOHM, Maria Laura (Orgs.). *Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha*. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. p. 175-176.

73. A Unidade Europeia de Cooperação Internacional (Eurojust) foi instituída pelo Tratado de Nice com o objetivo de acelerar a cooperação entre autoridades judiciárias dos Estados-membros no que respeita à tramitação dos processos e execução das decisões, incluindo também a função de colaborar para as investigações relativas aos processos referentes a formas graves de criminalidade transfronteiriça, especialmente quando se trate de criminalidade organizada. ABADÉ, Denise Neves. *Direitos fundamentais na cooperação jurídica internacional: extradição, assistência jurídica, execução de sentença estrangeira e transferência de presos*. São Paulo: Saraiva: 2013. p. 151.

74. Serviço Europeu de Polícia com sede em Haia.

paradigma soberano estatal, apresentou um projeto alternativo de política criminal trazendo em seu bojo a criação do Eurodefensor⁷⁵.

O Estatuto da União Europeia não faz referência a um modelo de defesa que se repercuta para além de fronteiras nacionais. O Eurodefensor seria encarregado de apoiar e reforçar a defesa em procedimentos penais de casos criminais graves transfronteiriços, com estrutura, forma de trabalho e atuação de suas tarefas regulados por leis europeias⁷⁶. Além disso, o Eurodefensor poderia realizar contatos e servir de mediador da defesa, coordenar a defesa quando vários defensores intervissem em diferentes países, pôr à disposição da defesa informação e documentos, apoio financeiro da defesa quando, a juízo do Eurodefensor, existir a necessidade⁷⁷. De forma resumida, a partir de três pilares – Eurojust, Ministério Público Europeu e Eurodefensor – haveria condições de apresentar um sistema equilibrado. Apenas o Eurojust alcançou regulamentação, ao passo que embora Ministério Público e Eurodefensor não tenham ainda se efetivado, os fundamentos de suas criações podem perfeitamente servir de inspiração para o aperfeiçoamento de outras legislações nacionais. É o que se pretende na sugestão de proposta do Defensor Público de Garantias que na sequência se detalha.

4.2. O Defensor Público de Garantias

O Defensor Público de Garantias tem como objetivo acompanhar a investigação preliminar, em atos sigilosos, e sua participação se dará de forma análoga, mas não totalmente, nos mesmos moldes do que já ocorre a partir da implantação do Juiz de Garantias trazido pela Lei 13.964/2019. No entanto, isso não quer dizer que a existência daquele dependa do julgamento das ADIs 6298, 6299, 6300 e 6305 pelo Supremo Tribunal Federal, em que se questiona a implantação deste juízo⁷⁸.

A presença do Defensor Público já na fase de investigação, inclusive para se manifestar em representações da autoridade policial em pedidos de prisão temporária, preventiva, busca e apreensão ou em processos sigilosos de atribuição inicial do Ministério Público, decorre das recentes transformações no modelo de justiça penal e mutações de

75. SCHÜNEMANN, Bernd. Proyecto Alternativo del Persecución Penal Europea. VALLEJO, Manuel Jaén; BRAVO, Emilio Moreno y; CASTAÑO, Ma. Luisa Silva (Org). Cuadernos “Luis Jiménez de Asúa”. n. 31. Madrid: Dykinson. 2007.

76. Ibid., p. 24.

77. Id.

78. Até o momento da elaboração deste artigo o instituto do juiz de garantias, inserido no Código de Processo Penal pela Lei 13964 de 2019, chamada Lei Anticrime, estava suspenso pelo Supremo Tribunal Federal e sem previsão de julgamento.

funções desempenhadas pelos defensores públicos, no qual destaco o reconhecimento de sua função como *custos vulnerabilis*⁷⁹⁻⁸⁰.

Sabe-se que a polícia judiciária não detém o monopólio da investigação. No julgamento do Recurso Extraordinário 593.727⁸¹ concedeu-se poderes ao Ministério Público para atuar na fase preliminar. Tal mudança, fundamentada precipuamente nos poderes implícitos deste órgão, contribuíram ainda mais para o desequilíbrio processual entre acusação e defesa. Nesse aspecto, o coro de quem atua do outro lado pela legalização do procedimento de investigação criminal pela defesa tem como objetivo proporcionar a igualdade de armas⁸².

O modelo sugerido designa um defensor público, que ficará impedido de ter contato com quaisquer investigados, realize atos em favor da defesa processual na fase de investigação, cessando sua atuação tão logo o investigado tenha ciência das investigações, pois, a partir dessa fase, teria condições de constituir advogado ou receber assistência jurídica de outro Defensor Público vinculado ao processo criminal forense.

Assim, o Defensor Público de Garantias atua no interesse da defesa, buscando a proteção da legalidade, legitimidade e regularidade processual e procedimental, e não diretamente em favor do investigado, que em nenhuma hipótese poderá ter conhecimento

79. Pioneiro no uso da expressão *custos vulnerabilis*, Maurilio Casas Maia (2014) trazendo as lições de Luigi Ferrajoli em Direito e Razão, concebe-se um modelo de defesa espelhado na atuação da acusação pública. Assim, como há um Ministério Público com as funções de acusar, com base na igualdade de armas, legitimar-se-ia um Ministério Público da Defesa. Tal denominação é utilizada na Argentina no que em terras brasileiras entende-se como Defensoria Pública. DIAS, Eduardo Augusto da Silva. Dificuldades e possibilidades de atuação da Defensoria Pública como *custos vulnerabilis* no processo penal. In: OLIVEIRA, Alfredo Emanuel Farias de; ROCHA, Jorge Bheron; PITTARI, Mariella; MAIA, Maurilio Casas (Orgs.). *Teoria geral da Defensoria Pública*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2020. p. 630.
80. SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna; MAIA, Maurilio Casas. O garantismo penal, o encarcerado vulnerável e a intervenção da Defensoria Pública na execução penal: Custos vulnerabilis?. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 152, ano 27, p. 173-209, fev. 2019.
81. O tema 184 de Repercussão Geral restou consignado da seguinte forma: O Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre, por seus agentes, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e, também, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso País, os Advogados (Lei 8.906/1994, art. 7º, notadamente os incisos I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX), sem prejuízo da possibilidade – sempre presente no Estado democrático de Direito – do permanente controle jurisdicional dos atos, necessariamente documentados (Súmula Vinculante 14), praticados pelos membros dessa Instituição.
82. O sistema jurídico italiano buscou trazer uma nova concepção de paridade de armas. Desse modo, conforme menciona Franklyn Roger, “ainda que a igualdade de condições entre as partes não tenha sido alcançada com a simples previsão do instituto, é inegável que houve um compartilhamento da responsabilidade de se preparar para o enfrentamento do processo penal”. SILVA, Franklyn Roger Alves. *Investigação criminal direta pela defesa*. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 268-269.

dos atos sigilosos durante a investigação. Para tanto, o Defensor Público de Garantias não poderá atuar no processo criminal forense deste mesmo acusado ou em outro caso em andamento, sob risco de comprometer suas funções e compromisso ético, afastando assim possíveis argumentos de que um conhecimento prévio da investigação sigilosa comprometeria a busca probatória ou colocaria obstáculos à busca da verdade processual.

4.3. *Por uma nova proposta de atuação defensiva: o defensor público de garantias*

A Defensoria Pública pode contribuir para a redução das desigualdades, desde que se efetivem claramente os objetivos para a qual se propôs, a defesa dos pobres, consubstanciando uma verdadeira revolução democrática da justiça⁸³. A assistência judiciária dos humildes remonta aos períodos antigos e no decorrer da história buscou-se amparar aquele que não tivesse condições de proporcionar uma defesa adequada para que não houvesse desequilíbrio nas disputas judiciais⁸⁴.

Mais recentemente, o modelo brasileiro antes da Constituição de 1988 estava ligado à estrutura estatal com a assistência judiciária basicamente ligada ao Poder Executivo, com poucas variações, como foi exemplo do surgimento dos cargos de Defensores Públicos no Estado do Rio de Janeiro com a função de patrocinar a defesa dos pobres, mas dentro de uma organização sob a chefia, ora da Procuradoria do Estado e ora do Procurador Geral de Justiça, após a fusão dos ex-Estados do Rio de Janeiro e Guanabara⁸⁵. Logo, as autonomias funcionais e administrativas são conquistas alcançadas apenas com

83. Para Boaventura de Sousa Santos, “tendo em conta a evolução dos mecanismos e concepções relativas ao acesso à justiça, a proposta de construção de uma defensoria pública, nos moldes como está prevista sua atuação no Brasil, acumula diferentes vantagens potenciais: universalização do acesso através da assistência prestada por profissionais formados e recrutados especialmente para esse fim; assistência jurídica especializada para a defesa de interesses coletivos e difusos; diversificação do atendimento e da consulta jurídica para além da resolução judicial dos litígios, através da conciliação e da resolução extrajudicial de conflitos e, ainda, atuação na educação para os direitos. Estas particularidades distinguem a defensoria, dentre as outras instituições do sistema de justiça, como aquela que melhores condições têm de contribuir para desvelar a procura judicial suprimida. Noutras palavras, cabe aos defensores públicos aplicar no seu quotidiano profissional a sociologia das ausências, reconhecendo e afirmando os direitos do cidadão intimidados e impotentes, cuja procura por justiça e o reconhecimento do(s) direito(s) têm sido suprimidos e ativamente reproduzidos como não existentes”. SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011. p. 50-51.

84. MORAES, Humberto Peña de; SILVA, José Fontenele T. da. *Assistência judiciária: sua gênese, sua história e a função protetiva do Estado*. 2. ed. rev e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 17.

85. *Ibid.*, p. 117-118.

a Constituição de 1988, mas que não se efetivaram automaticamente, pois até recentemente havia estados que não tinham implantado a Defensoria Pública⁸⁶.

A partir da promulgação da Constituição de 1988, a Defensoria Pública passa por uma fase de estruturação. A organização de um espaço que lhe proporcione atuação adequada para a defesa dos necessitados depende de esforços orçamentários e aumento no quadro de Defensores Públicos que ainda não estão presentes em muitas das comarcas brasileiras⁸⁷.

Por outro lado, a defesa do necessitado exige do Defensor Público a realização de diversas funções nas áreas cível, criminal e família, primordialmente. Tradicionalmente, o patrocínio da Defensoria Pública esteve ligado ao indivíduo que não tivesse condição de pagar um advogado e, por isso, denominado necessitado. Porém, o conceito de necessitado passa a ser entendido para além da questão meramente econômica⁸⁸, dando lugar a uma leitura que o coloque como sinônimo de vulnerável⁸⁹, ampliando a margem de interpretação que dê legitimidade à atuação da Defensoria Pública.

86. Conforme aponta o IV Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil, apenas 8 estados tinham Defensoria Pública instaladas nos moldes constitucionais, enquanto os demais estados modelos de assistência judiciária basicamente ligados ao poder Executivo, ou seja, sem autonomia administrativa e financeira. Estados como São e Santa Catarina, somente instalaram formalmente suas Defensorias Públicas em 2006 e 2012, respectivamente. GONÇALVES, Gabriella Vieira Oliveira; BRITO, Lany Cristina Silva; FILGUEIRA, Yasmin von Glehn Santos (Orgs.). *IV Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil*. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Reforma do Judiciário, 2015. p. 19.
87. O último diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil aponta ainda que “muitos Defensores Públicos Estaduais e Federais reivindicam a necessidade de revisão da Lei de responsabilidade Fiscal, em ambos os níveis federativos de modo a contemplar com percentuais fixos de repasse anual às Defensorias. A destinação fixa de recursos faz com que os horizontes de planejamento das instituições sejam baseados em projeções sólidas, e o planejamento institucional seja realizado de forma eficaz, consequente e realista”. GONÇALVES, Gabriella Vieira Oliveira; BRITO, Lany Cristina Silva; FILGUEIRA, Yasmin von Glehn Santos (Orgs.). *IV Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil*. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Reforma do Judiciário, 2015. p. 130.
88. Tradicionalmente, o conceito de necessitado esteve ligado à hipossuficiência econômica, enquanto esta é apenas uma das formas de vulnerabilidade. Logo, no que tange à vulnerabilidade processual esta é a “suscetibilidade do litigante que o impede de praticar os atos processuais em razão de uma limitação pessoal involuntária ensejada por fatores de saúde e/ou de ordem econômica, informacional, técnica, ou organizacional de caráter permanente ou provisório”. TARTUCE, Flávia. *Vulnerabilidade como critério legítimo de desequiparação no processo civil*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2011. [www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-16082012-143743/publico/Versao_integral_Fernanda_Tartuce_Silva_Tese_USP.pdf]. Acesso em: 17.01.2021.
89. Nesse sentido, a “expressão ‘necessitados’, além do aspecto financeiro, é também lida pelo ponto de vista organizacional ou coletivo, ou seja, amplo, nas atribuições de caráter institucional ou coletivo – conforme se depreende a partir da decisão do próprio Supremo Tribunal Federal(ADI n. 3943 e RE-Rg n. 733.433), interprete maior da Carta e do Superior Tribunal de Justiça(EResp n. 1192577)”. GONÇALVES FILHO, Edilson Santana; ROCHA, Jorge Bheron; MAIA, Maurílio

Assim, a atuação defensorial não se resume apenas às demandas individuais, de modo que a identificação de direitos metaindividuais que repercutam em grupos vulneráveis, também lhe permitem o patrocínio. Isso pode ser percebido nas modificações trazidas pelo Código de Processo Civil (artigos 185 e 554 do CPC) e Lei de Execução Penal (art. 81-A).

No que tange à matéria criminal, incumbe à Defensoria Pública a realização de diversas funções, todas elas dentro de uma atuação defensiva tradicional, com o patrocínio da parte que não tem condições de custear as despesas com advogado particular.

Por outro lado, cabe destacar o que convencionou-se denominar *custos vulnerabilis*⁹⁰ e suas repercussões nas áreas cível e criminal, ampliando o espaço de interlocução processual da Defensoria Pública para além de demandas individuais cíveis e na defesa individual do acusado no processo penal e execução penal. A proposta de criação do Defensor Público de Garantias também tem fundamento na ideia de proteção e vulnerabilidade processual daquele que não pode se defender, seja por ausência de informação, até mesmo quando este fato seja importante para a persecução penal e para a garantia de um processo justo e legítimo.

O que se pretende com o Defensor Público de Garantias é criar uma triangulação na relação procedimental para além da etapa processual que, em regra, ocorre após o recebimento da denúncia, pois o contraditório é princípio garantidor de uma decisão judicial legítima. O juiz, ao avaliar a medida limitadora da liberdade e outros direitos fundamentais em caráter cautelar, como interceptação telefônica, busca e apreensão, autorização para infiltração de agentes, não pode decidir apenas ouvindo representantes que poderiam ter um interesse delimitado, pois a busca de um determinado resultado contamina o investigador, como já foi demonstrado em diversos ensaios sobre a gestão da prova⁹¹.

Casas. CUSTOS VULNERABILIS: A Defensoria Pública e o equilíbrio nas relações político-jurídicas dos vulneráveis. Belo Horizonte: CEI, 2020. p. 59.

90. “A noção de custos vulnerabilis deve ser creditada a Maurílio Casas Maia ao estabelecer a atuação em nome dos ‘vulneráveis sociais’, que não se resumem aos necessitados apenas sob o viés financeiro. Segundo observa, essa vulnerabilidade pode ter caráter ampliado, como o organizacional ou geográfico, identificando que a Constituição catalogou diversos segmentos de necessitados e socialmente mais vulneráveis, como os consumidores, as crianças, os idosos, as pessoas com deficiências, etc”. Ibid., p. 7.
91. A observação de SCHÜNEMANN em relação ao comprometimento da imparcialidade do juiz que, ao receber a denúncia, tem conhecimento dos fatos apontados na investigação e por isso ficaria preso à rota traçada na investigação é válida para o representante do Ministério Público que também, sob o discurso da imparcialidade e protetor da ordem jurídica, julga-se em condições de avaliar com isenção elementos colhidos na investigação pela polícia ou pelo próprio Ministério Público que serviram de base à sua acusação. SCHÜNEMANN, Bernd. Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito. Coordenação: Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 207.

SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna; DIAS, Eduardo Augusto da Silva. Defensor público de garantias e consenso no processo penal.

Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 184. ano 29. p. 183-214. São Paulo: Ed. RT, outubro 2021.

A denominação Defensor Público de Garantias surge como analogia ao termo juiz de garantias⁹² que atua na fase de investigação e à teoria do garantismo penal de Luigi Ferrajoli⁹³, no qual também encontra fundamentação, juntamente à necessidade de eficácia vertical dos direitos fundamentais e nos princípios da reserva de jurisdição e contraditório.

De acordo com Ferrajoli, o garantismo⁹⁴ pode ser visualizado como uma filosofia política e como uma teoria crítica do direito. A primeira como uma doutrina normativa sobre o dever ser do direito penal desde um ponto de vista axiológico externo. Como teoria jurídica, o garantismo é uma teoria empírica e ao mesmo tempo normativa sobre o dever ser do direito penal desde um ponto de vista jurídica interno dos princípios de justiça incorporados nos ordenamentos e nas constituições.⁹⁵

O sistema de garantias de Ferrajoli aplica-se tanto no direito penal como no direito processual, de modo que neste, a submissão à jurisdição, descrita no axioma A7 *nulla culpa sine iudicio*, é pressuposto de todas as outras⁹⁶. Logo, como julgar o caso penal, deve passar necessariamente por etapas que garantam uma estrutura processual axiológica legítima e com garantias orgânicas. Assim, um modelo de Defensor Público de Garantias teria total amparo na obra ferrajoliana, pois contribuiria para a limitação do poder estatal, uma das finalidades do garantismo.

Seguindo a fundamentação proposta, a Constituição Federal de 1988 ressalta o direito ao contraditório e ampla defesa no processo judicial e administrativo sendo ampla a margem de fundamentação que dispõe a sua efetivação no inquérito policial⁹⁷. Diga-se

92. De acordo com o Código de Processo Penal: art. 3º-B. O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário.

93. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010.

94. Abordando a teoria do garantismo de Ferrajoli, Nestor Santiago e Maurílio Maia mencionam a existência de 3(três) significados de garantismo: a) o garantismo como modelo de direito b) o garantismo como teoria do direito e crítica do direito e c) o garantismo enquanto Filosofia do direito e crítica da política. SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna; MAIA, Maurílio Casas. O garantismo penal, o encarcerado vulnerável e a intervenção da Defensoria Pública na execução penal: Custos vulnerabilis?. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 152, ano 27, p. 173-209, fev. 2019.

95. FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo*. Edición de Miguel Carbonell. Madrid: Editorial Trotta, 2010. p. 198-199.

96. O sistema de garantias proposto por Ferrajoli consiste, resumidamente, em dez axiomas que se desdobram em outras dezenas de teoremas, dentro de uma estrutura lógica. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010. p. 495.

97. O Defensor Público que atuará na defesa do investigado deve realizar um acompanhamento mais próximo já no início do conflito, potencializando a atuação estatal pré-processual, ainda que para isso ouça o depoimento de testemunhas, requisite perícias já na fase policial em favor de indiciados ou vítima, possibilite entrevista do indiciado e vítima na delegacia de polícia. Logo: “Numa estrutura coerente com o princípio acusatório já tantas vezes mencionado, pode-se

previamente, o Defensor Público de Garantias mitiga o contraditório diferido ou postergado, pois a defesa técnica atuará na qualidade de superação da vulnerabilidade do investigado frente a qualquer ato de investigação que limite seu direito fundamental. Proporcionalmente, se há um meio que evite o contraditório diferido e se isso é possível com o modelo de Defensor de Garantias, não há razão para recusas dos órgãos titulares da investigação criminal, pois uma decisão favorável do juízo respeitando um contraditório prévio robustece a legitimidade da decisão.

A reserva de jurisdição constitui um controle preventivo através de uma instância independente e neutra que conduz a uma melhor proteção possível dos direitos afetado⁹⁸. A neutralidade judicial só se garante, a partir da fiscalização dos atos, possibilitando o debate e ouvindo argumentos diferentes, nem sempre, nessa fase, contrários aos pedidos dos órgãos de persecução penal, pois o Defensor Público de Garantias não oferece resistência como defesa de mérito sobre a responsabilidade penal, mas defesa processual apontando possíveis erros da investigação, apresentando possíveis sugestões de medidas de menor restrição dos direitos fundamentais, dentro do princípio da proporcionalidade ou podendo até mesmo concordar, dependendo das circunstâncias, com a representação ou requerimento, desde que não exista outro meio para o alcance do objeto proposto.

O Defensor Público de Garantias também contribui para a eficácia vertical dos direitos fundamentais, de modo que a persecução penal não se afaste das garantias processuais do dever de investigar, processar e punir com ética⁹⁹. Isso tudo poderia parecer supérfluo não fosse a quantidade de processos criminais posteriormente anulados pelo Poder Judiciário e por irregularidades na fase de investigação. Do mesmo modo, no âmbito da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, não são poucos os casos julgados referentes a violações a direitos fundamentais ocorridas na fase de investigação.

Uma nova função para além daquela de defesa do mérito da imputação penal exige avanços no sistema de controle interno das defensorias, de modo a traçar os limites éticos do Defensor de Garantias. Assim, o Defensor que atua na fase de investigação não poderá

conceber dentro ainda da fase investigativa a possibilidade de cientificar-se o suspeito da realização de alguma perícia, por exemplo, facultando a presença do defensor técnico". CHOUKR, Fauzi Hassan. *Garantias constitucionais na investigação criminal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 130.

98. MICHAEL, Lothar; MORLOK, Martin. *Direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 472.

99. Investigar com ética implica proibição de dar início a investigação a partir de denúncia anônima. Impõe aos agentes estatais que respeitem a dignidade humana e não atropelam os mais básicos direitos dos indivíduos. Significa que algumas medidas investigatórias que impliquem em restrições a relevantes valores constitucionais sejam apreciadas pelo Poder Judiciário. Investigar com ética significa proteção contra autoincriminação e garantia do direito ao silêncio. Processar com ética respeitando o devido processo. Punir com ética respeitando o princípio da reserva legal. MARMELESTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. 6. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Atlas, 2016. p. 173-193.

estar presente em interrogatório policial do réu ou atuar em sua defesa em juízo em razão de notório impedimento por ter agido na qualidade de Defensor Público de Garantias em etapa anterior.

5. NOTAS CONCLUSIVAS

A proposta de um Defensor Público de Garantias, ao permitir atuação defensiva na fase de investigação, em atos sigilosos, ainda sem conhecimento do investigado, converge para maior legitimidade à justiça penal consensual. Ao passo que se constata a existência de anomalias no sistema, principalmente na atuação de juiz e promotor desvinculados de suas bases processuais principiológicas, tais como a imparcialidade, que não é observada efetivamente na praxis processual, rompe-se o paradigma de que a investigação preliminar é válida, ainda que sem a participação defensiva.

A análise do discurso sobre o ANPP identificou ideologias que não se arraigam num viés comunicativo e sim instrumental e, conseqüentemente, não se pode falar em consenso, mas em algo mais próximo de uma imposição de vontade, um contrato de adesão, onde só uma parte tem as cartas do jogo e decide os rumos da negociação. Assim, os acordos de não persecução penal estão mais próximos de mecanismos de vigilância, de gestão sobre a vida das pessoas, ou seja, um poder disciplinar e um biopoder.

Por outro lado, a atuação do Defensor Público de Garantias exige previsão legal, como forma de afastamento de argumento de autoridade que possam negar sua aplicação processual, pois esclarece a margem de atuação do Defensor Público que não segue a mesma atuação forense, dando coesão e segurança ao sistema de garantias. Assim, o déficit de legitimidade da justiça penal consensual tenderá a diminuir com a apresentação de alternativas que compensem a falta de defesa em etapas pré-processuais.

Com efeito, considerando a necessidade de fortalecimento da defesa nos procedimentos investigatórios como forma de mitigar as anomalias e legitimar a justiça penal consensual, propõe-se alterações no Código de Processo Penal e Lei 7.960 de 1989 (Prisão temporária), cujas redações seguem anexo.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABADE, Denise Neves. *Direitos fundamentais na cooperação jurídica internacional: extradição, assistência jurídica, execução de sentença estrangeira e transferência de presos*. São Paulo: Saraiva: 2013.
- AEBI, Marcelo F. *Crítica de la Criminologia Crítica: Una lectura escéptica de Baratta*. Disponível em: [https://serval.unil.ch/resource/serval:BIB_715E-359B11FFP001/REF.pdf]. Acesso em: 17.03.2021.

- ANDRADE, Flávio da Silva. *Justiça penal consensual: controvérsias e desafios*. Salvador: JusPodivm, 2018.
- ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas processuais penais e seus princípios reitores*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013.
- ASENCIO GALLEGOS, José María. *Juicio oral em la ley de enjuiciamiento criminal española*. Curitiba: Juruá, 2017.
- ASSIS, Jesus de Paula. Kuhn e as ciências sociais. *Estud. av.* v. 7, n. 19, São Paulo, Sept./Dec. 1993. Disponível em: [www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40141993000300004]. Acesso em: 16.03.2021.
- BARROS, Francisco Dirceu; ROMANIUC, Jefson. *Acordo de não persecução penal: teoria e prática*. Leme-SP: JH Mizuno, 2019.
- BIAGGIO, Angela Maria Brasil. *Lawrence Kohlberg: ética e educação moral*. Lev Saraiva. Editora Moderna, 2006.
- BRITTO, Cláudia Aguiar Silva. *Processo penal comunicativo: comunicação processual à luz da filosofia de Jürgen Habermas*. Curitiba: Juruá, 2014.
- CAPRA, Fritjof. *O ponto de mutação: A ciência, a sociedade e a cultura emergente*. Trad. Álvaro Cabral. São Paulo: Editora Cultrix, 1986.
- CAPRA, Fritjof; LUISI, Pier Luigi. *A visão sistêmica da vida: uma concepção unificada e suas implicações filosóficas, políticas, sociais e econômicas*. São Paulo: Cultrix, 2014.
- CARVALHO, Salo de; WEIGERT, Mariana de Assis Brasil e. “Making a drug dealer”: O impacto dos depoimentos policiais e os efeitos da súmula 70 do TJERJ na construção do caso Rafael Braga. In: GRAZIANO SOBRINHO, Sérgio Francisco Carlos; DORNELLES, João Ricardo Wanderley; PEDRINHA, Roberta Duboc (Orgs.). *Seletividade do sistema penal: o caso Rafael Braga*. Rio de Janeiro: REVAN, 2018.
- CASARA, Rubens R. R. *Mitologia processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2015.
- CHOUKR, Fauzi Hassan. *Garantias constitucionais na investigação criminal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- DIAS, Eduardo Augusto da Silva. Dificuldades e possibilidades de atuação da Defensoria Pública como *custos vulnerabilis* no processo penal. In: OLIVEIRA, Alfredo Emanuel Farias de; ROCHA, Jorge Bheron; PITTARI, Mariella; MAIA, Maurílio Casas (Orgs.). *Teoria geral da Defensoria Pública*. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2020.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010.
- FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo*. Edición de Miguel Carbonell. Madrid: Editorial Trotta, 2010.
- FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris: Teoría del derecho y de la democracia*. 2. Teoría de la democracia. Madrid: Editorial Trotta, 2016.

- FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade 1: a vontade de saber*. Trad. Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. 9. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2019.
- FOUCAULT, Michel. *Teorias e instituições penais*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2020.
- FOUCAULT, Michel. O que são as luzes? In: MOTTA, Manoel Barros da. Michel Foucault: Arqueologia das Ciências e História dos Sistemas de Pensamento. Trad. Elisa Monteiro Coleção Ditos e Escritos II. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015.
- FREITAG, Barbara. *Dialogando com Jürgen Habermas*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2005.
- GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Autoritarismo e processo penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro*. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. v. 1.
- GONÇALVES, Gabriella Vieira Oliveira; BRITO, Lany Cristina Silva; FILGUEIRA, Yasmin von Glehn Santos (Orgs.). *IV Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil*. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Reforma do Judiciário, 2015.
- GONÇALVES FILHO, Edilson Santana; ROCHA, Jorge Bheron; MAIA, Maurílio Casas. *CUSTOS VULNERABILIS: A Defensoria Pública e o equilíbrio nas relações político-jurídicas dos vulneráveis*. Belo Horizonte: CEI, 2020.
- HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa*. Madrid: Editorial Trotta, 2010.
- HABERMAS, Jürgen. *Teoria do agir comunicativo 1: racionalidade da ação e racionalização social*. Trad. Paulo Astor Soethe. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.
- HABERMAS, Jürgen. *Teoria do agir comunicativo 2: sobre a crítica da razão funcionalista*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.
- HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Trad. Guido Antonio de Almeida. 2ª reimpressão. Rio de Janeiro, RJ: Biblioteca Tempo Brasileiro, 2013.
- INGRAM, David. Foucault e Habermas. In: GUTTING, Gary (Org.). Foucault. Trad. André Oides. São Paulo: Ideais e Letras, 2016.
- KUHN, Thomas, S. *Estrutura das Revoluções Científicas*. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 13. ed. São Paulo: Perspectiva, 2017.
- LIMA, Renato Brasileiro de. *Pacote anticrime: comentários à Lei n. 13964/19 – artigo por artigo*. Salvador: JusPodivm, 2020.
- LYNCH, Richard A. A teoria do poder de Foucault. In: TAYLOR, Dianna (Org.). Michel Foucault: *Conceitos Fundamentais*. Trad. Fábio Creder, Petrópolis, RJ: Vozes, 2018.

- MALAN, Diogo. *A advocacia criminal e as habilidades do defensor*. Fonte: [www.conjur.com.br/2021-jan-27/diogo-malan-advocacia-criminal-habilidades-defensor]. Acesso em: 29.01.2021.
- MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. 6. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.
- MELCHIOR, Antonio Pedro. *O juiz e a prova: o sintoma político do processo penal*. Curitiba: Juruá, 2013.
- MICHAEL, Lothar; MORLOK, Martin. *Direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2016.
- MORAES, Humberto Peña de; SILVA, José Fontenele T. da. *Assistência judiciária: sua gênese, sua história e a função protetiva do Estado*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.
- MULGAN, Tim. *Utilitarismo*. 2. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014.
- PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito Internacional Público e Privado: Incluindo noções de direitos humanos e direito comunitário*. 11. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019.
- REPA, Luiz. Jürgen Habermas e o modelo reconstrutivo de teoria crítica. In: NOBRE, Marcos (Org). *Curso livre de teoria crítica*. 3. ed. Campinas, SP: Papirus, 2013.
- SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna; MAIA, Maurilio Casas. O garantismo penal, o encarcerado vulnerável e a intervenção da Defensoria Pública na execução penal: Custos vulnerabilis? In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 152, ano 27, p. 173-209, fev. 2019.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011.
- SATZER, Helmut. A europeização do direito da União Europeia no ordenamento jurídico-penal nacional dos estados membros. In: AMBOS, Kai; BOHM, María Laura (Orgs.). *Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha*. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013.
- SAUL, Diego Palhares; GUIMARÃES, Sérgio Chastinet Duarte. Seletividade penal, caso Rafael Braga e a condenação fundamentada exclusivamente no testemunho policial. In: GRAZIANO SOBRINHO, Sérgio Francisco Carlos; DORNELLES, João Ricardo Wanderley; PEDRINHA, Roberta Duboc (Orgs.). *Seletividade do sistema penal: o caso Rafael Braga*. Rio de Janeiro: REVAN, 2018.
- SCHÜNEMANN, Bernd. Proyecto Alternativo del Persecución Penal Europea. VALLEJO, Manuel Jaén; BRAVO, Emilio Moreno y; CASTAÑO, Ma. Luisa Silva (Org). Cuadernos "Luis Jiménez de Asúa". n. 31. Madrid: Dykinson. 2007.
- SCHÜNEMANN, Bernd. *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*. Madrid: Editorial Tecnos, 2002.
- SCHÜNEMANN, Bernd. Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito. GRECO, Luís (Coord.). São Paulo: Marcial Pons, 2013.

- SEREJO, Lourival. Comentários ao código de ética da magistratura nacional. Brasília-DF: ENFAM, 2011.
- SILVA, Franklyn Roger Alves. *Investigação criminal direta pela defesa*. Salvador: JusPodivm, 2019.
- SOUZA, Renee do Ó. Acordo de não persecução penal previsto no novo art. 28-A do Código de Processo Penal, inserido pela Lei 13.964/2019. In: SOUZA, Renee de Ó (Org.). *Lei anticrime: comentários à Lei 13964/2019*. Belo Horizonte: D Plácido, 2020.
- TARTUCE, Flávia. *Vulnerabilidade como critério legítimo de desequiparação no processo civil*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2011. Disponível em: [www.teses.usp.br].
- VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de; CAPPARELLI, Bruna. Barganha no processo penal italiano: análise crítica do patteggiamento e das alternativas procedimentais na justiça criminal. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, vol. 15, jan.-jun. 2015. Periódico Semestral da Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Processual da UERJ. Patrono: José Carlos Barbosa Moreira. [www.redp.com.br ISSN 1982-7636 PP 435-453]. Disponível em: [www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/16880]. Acesso em: 27.03.2020.

7. ANEXO

Defensor Público de Garantias (Proposta de alteração do CPP)

Art. 3º-G. O Defensor Público de Garantias manifestar-se-á, antes do juiz, nos atos submetidos ao controle da legalidade da investigação criminal, competindo-lhe especialmente:

- I – Zelar pela observância dos direitos do investigado;
- II – Ser informado sobre a instauração de qualquer investigação criminal;
- III – Manifestar-se, antes do juiz, sobre o requerimento de prisão provisória ou outra medida cautelar;
- IV – Requerer ao juiz documentos, laudos e informações que estejam na posse do delegado de polícia e do Ministério Público sobre o andamento da investigação;
- V – Manifestar-se, antes de decisão do juiz, sobre os requerimentos de:
 - a) Intercepção telefônica, do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática ou de outras formas de comunicação;
 - b) Afastamento dos sigilos fiscal, bancário, de dados e telefônico;
 - c) Busca e apreensão domiciliar;
 - d) Acesso a informações sigilosas;
 - e) Outros meios de obtenção da prova que restrinjam direitos fundamentais do investigado;

§ O Defensor Público de Garantias não se manifestará nas investigações em andamento que sejam de conhecimento do investigado.

[...].

Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial. (Redação dada pela Lei 13.964, de 2019)

§ 1º Na hipótese de representação da autoridade policial ou de requerimento do Ministério Público, observado o art. 3º-G e incisos, o juiz, antes de decidir, ouvirá o Defensor Público de Garantias. (Proposta de alteração).

Lei 7.960 de 1989 (Prisão Temporária)

Art. 2º A prisão temporária será decretada pelo Juiz, em face da representação da autoridade policial ou de requerimento do Ministério Público, e terá o prazo de 5 (cinco) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade.

§ 1º Na hipótese de representação da autoridade policial, o Juiz, antes de decidir, ouvirá o Ministério Público e o Defensor Público de Garantias; (Proposta de alteração)

§ 1º-A Na hipótese de requerimento do Ministério Público, o Juiz, antes de decidir, ouvirá o Defensor Público de Garantias; (Proposta de alteração)

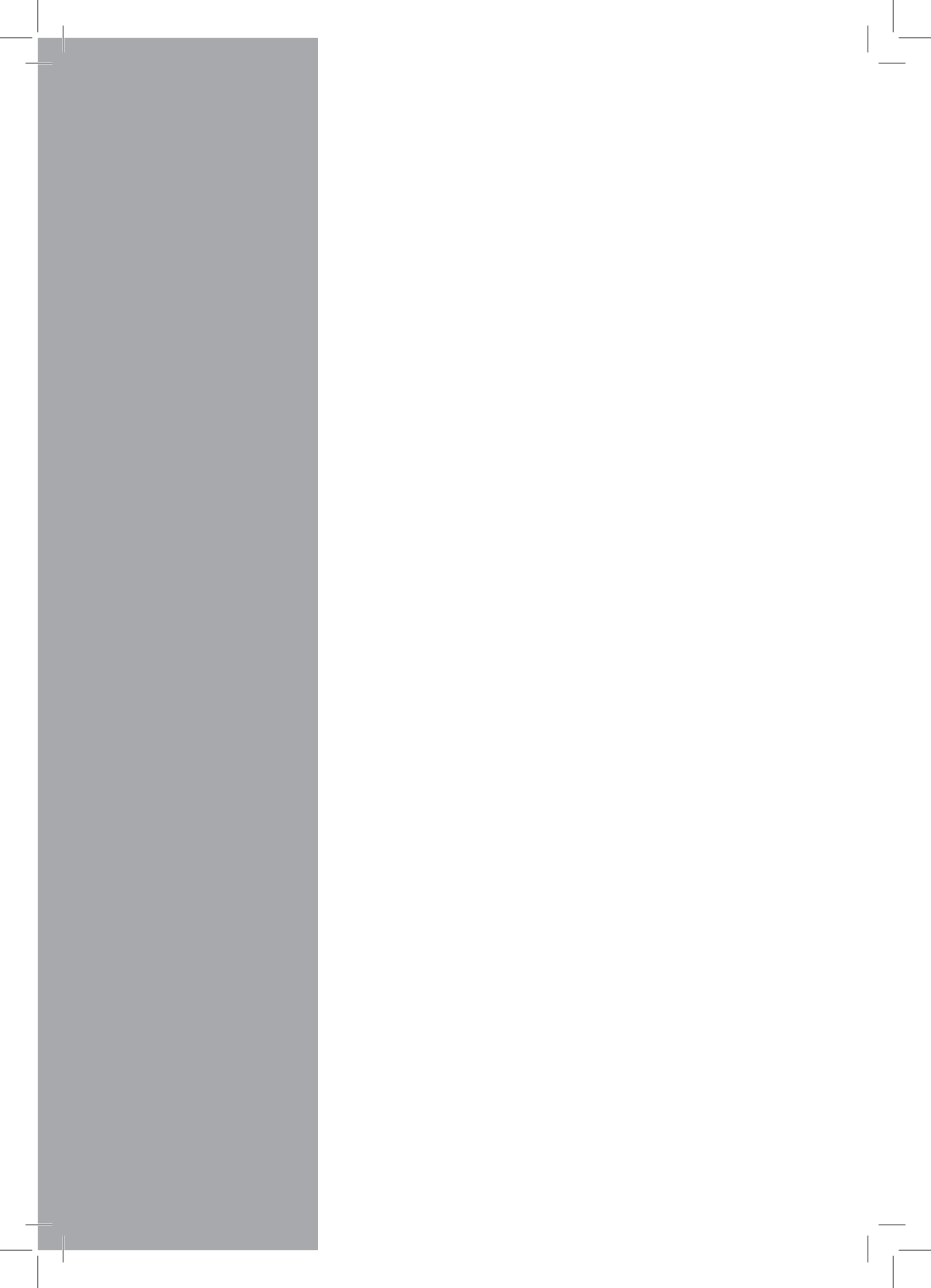
PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- Defensoria pública e acesso à ordem jurídica justa (K. WATANABE): transversalidade em 6 (SEIS) ondas renovatórias do acesso à justiça, de Maurilio Casas Maia – RDC 134/427-458; e
- O modelo constitucional de assistência jurídica (Defensoria Pública) e o Sistema Federativo: Defensorias Municipais? O caso da ADPF 279, de Maurilio Casas Maia – RT 987/127-158.

The background of the page is a light gray with a complex, abstract pattern. It features several overlapping circles and a dense network of thin, intersecting lines that create a textured, almost woven appearance. The pattern is more prominent on the right side of the page, where it forms a large, curved shape that resembles a stylized letter 'C' or a partial circle. The overall effect is modern and sophisticated.

Criminologia



O DISCURSO DE COMBATE À CORRUPÇÃO: ANÁLISE POR UMA PERSPECTIVA DOS ESTUDOS DE EUGENIO RAÚL ZAFFARONI

ON THE ANTI-CORRUPTION DISCOURSE: ANALYSIS FROM A PERSPECTIVE OF THE STUDIES OF EUGENIO RAÚL ZAFFARONI

ANDRÉ SZESZ

Doutorando em Direito pela UFPR. Mestre em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Coimbra (2012). Professor de Direito Penal e de Processo Penal. Ex-assessor jurídico no STJ. Advogado. Lattes: [<http://lattes.cnpq.br/2217377339221959>]. ORCID: [<https://orcid.org/0000-0002-2243-9685>]. aszesz@yahoo.com.br

Recebido em: 18.06.2021

Aprovado em: 20.07.2021

Última versão do autor: 23.07.2021

ÁREAS DO DIREITO: Penal; Administrativo

RESUMO: Casos de corrupção política de envergadura até então desconhecida foram deflagrados no Brasil nas últimas duas décadas e receberam uma enorme atenção, especialmente da imprensa e de autoridades responsáveis pela investigação criminal. Em reação, eclodiram discursos de combate à corrupção supostamente inovadores, alguns deles em tom messiânico, prometendo soluções simples, mas sem esclarecer a que preço. Diante dessa "nova" defesa do combate à corrupção, levantou-se o seguinte problema: são esses discursos realmente inovadores ou se trata de uma renovação, com uma nova roupagem, de um velho discurso que há séculos impulsiona o aumento do poder punitivo, ao custo da restrição de direitos fundamentais de toda a população, mas sem jamais alcançar o fim prometido? Para responder a essa questão, o presente artigo, utilizando como referência a investigação dos arquétipos dos discursos criminológicos

ABSTRACT: Cases of political corruption of a previously unknown scale have been discovered in Brazil in the last two decades and have received enormous attention, especially from the press and authorities responsible for criminal investigation. In response, anti-corruption speeches broke out, some of them in a messianic tone, promising simple solutions, but without clarifying at what price. Faced with this "new" defense against corruption, the following problem arises: are these really innovative discourses or are they a renewal, with a new guise, of an old discourse that has been driving the increase of punitive power for centuries, to cost of restricting the fundamental rights of the entire population, but without ever reaching the promised end? To answer this question, this article, using Zaffaroni's investigation of the criminological discourse archetypes as a reference, developed an analysis of one of these new anti-corruption

realizada por Zaffaroni, desenvolveu uma análise de um desses novos discursos: a defesa das "10 medidas contra a corrupção" propostas por membros do Ministério Público Federal. O estudo foi realizado através da análise discursiva dos argumentos apresentados em defesa dessas medidas, compreendidos dentro de seu contexto jurídico-político, utilizando como referencial teórico três obras de Zaffaroni. Demonstrou-se que esse discurso repete um mesmo arquétipo que há séculos se renova no Direito Penal, com a seguinte estrutura: identifica uma emergência (corrupção); argumenta que essa emergência seria um mal capaz de destruir a sociedade (corrupção como causa fundamental de graves problemas sociais e econômicos); associa esse mal a um grupo de pessoas (os corruptos) que, todavia, parecem-se com toda a população (todos são corruptos em potencial); e, por isso, demanda um aumento do poder punitivo (medidas fortalecem poderes do Ministério Público e restringem direitos fundamentais, notadamente os direitos de defesa) para um maior controle penal de toda a população (medidas seriam aplicáveis a todos os crimes, não apenas à corrupção).

PALAVRAS-CHAVE: Corrupção – Eugenio Raúl Zaffaroni – Operação Lava Jato – Política criminal – Processo penal.

discourses: the defense of the "10 measures against corruption" proposed by Brazilian federal prosecutors. The study was carried out through the discursive analysis of the arguments presented in defense of these measures, understood within their legal-political context, using as theoretical reference three works by Zaffaroni. It has been shown that this discourse repeats the same archetype that has been renewed in Criminal Law for centuries, with the following structure: it identifies an emergency (corruption); argues that this emergency would be an evil capable of destroying society (corruption as a fundamental cause of serious social and economic problems); associates this evil with a group of people (the corrupt ones) who, however, resemble the entire population (all are potentially corrupt); and, therefore, demands an increase in punitive power (measures strengthen the powers of the Prosecution Service and weaken fundamental rights, especially defense rights) for greater criminal control of the entire population (measures would apply to all crimes, not just to corruption).

KEYWORDS: Corruption – Eugenio Raúl Zaffaroni – Operation Car Wash – Criminal policy – Criminal proceedings.

SUMÁRIO: 1. Considerações iniciais. 2. A origem das estruturas discursivas de legitimação e deslegitimação do poder punitivo. 3. O contexto do discurso de combate à corrupção. 4. Sobre as 10 medidas contra a corrupção. 4.1. Teste de integridade. 4.2. Restrições ao uso de *habeas corpus*. 4.3. Redefinição do conceito e do tratamento de provas ilícitas. 5. Sobre o combate à corrupção. 6. Conclusões. 7. Referências.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Nas últimas décadas e, em especial, na última, o tema da corrupção política ocupou de maneira significativa a atenção da imprensa e do Poder Judiciário e teve papel relevante nas corridas eleitorais. Casos de grande envergadura foram deflagrados nesse período, como o que ficou conhecido como "Mensalão" e aqueles que motivaram a instauração

da “Operação Lava Jato”, e revelaram uma dimensão até então desconhecida dessa corrupção política. O problema da corrupção se tornou um foco constante tanto dos noticiários nacionais como de manifestações populares.

Dentro desse contexto, o discurso de combate à corrupção ganhou coro não apenas entre jornalistas, comentaristas políticos e candidatos a cargos eletivos, mas também entre autoridades dos três poderes. O mais destacado e organizado desses discursos talvez tenha sido o de procuradores do Ministério Público Federal, que apresentaram um grupo de proposições de alterações legislativas no Direito Penal e, principalmente, no Processo Penal, nomeadas de “10 medidas contra a corrupção”. O apelo ao problema da corrupção também começou a aparecer em decisões judiciais da Suprema Corte sobre temas relevantes para o país, mesmo que o mérito da questão discutida não fosse o crime de corrupção¹.

Ocorre que o horizonte desse discurso, na forma como tem aparecido na palavra de autoridades, está estabelecido no sentido de que o caminho para a prometida erradicação ou diminuição das estatísticas de corrupção são medidas que implicam a redução de direitos e garantias fundamentais de todos os cidadãos. Sua estrutura discursiva é semelhante à de um mesmo arquétipo discursivo que há séculos se renova no âmbito da criminologia, sempre buscando impulsionar uma ampliação do exercício do poder punitivo, que, todavia, acaba sendo utilizado para finalidades diversas daquelas prometidas. Dentro desses contornos, será possível afirmar que esse discurso contemporâneo de combate a corrupção é uma renovação de um velho discurso que há séculos impulsiona o poder punitivo? É esse o problema que este estudo pretende enfrentar.

Para melhor compreender o arquétipo discursivo mencionado, recorreremos à investigação da origem das estruturas discursivas na criminologia realizada por Zaffaroni. O

1. E.g. voto vencido do Relator Ministro Edson Fachin no RHC 144.615 (STF, Segunda Turma, Dje de 27.10.20). O voto prevalecente, proferido pelo Ministro Gilmar Mendes, reconheceu a parcialidade da atuação do juiz no caso em análise, que envolvia apenas o crime de evasão de divisas. No voto vencido, o Ministro Edson Fachin não reconheceu a suspeição do juiz, com o argumento de que o caso não se enquadraria no rol taxativo do art. 252 do CPP, e, ao final, teceu algumas considerações, dentre as quais destacamos as seguintes: “Registro, ainda, que muito importante que a formação de um precedente é a indicação de que ela rompe um certo padrão ineficiente de atuação do Judiciário brasileiro na persecução de grandes desvios de corrupção (...). É um erro supor que essa busca por um país com justiça mais eficiente é ilusória. A ineficiência da Justiça dá mais incentivos à corrupção e, conseqüentemente, faz aumentar a pobreza. Penso que é exatamente como um esforço de aprimoramento da jurisdição, um esforço por maior eficiência, que deva ser visto o trabalho de diversas instituições no combate à corrupção e à lavagem de dinheiro. Tais esforços são, antes de tudo, frutos de uma histórica demanda por mais eficiência na justiça, em primeiro lugar, mas também por maior qualidade na prestação de serviços públicos. (...)”. Como se nota, o voto apela ao problema da corrupção para justificar a ausência de reconhecimento da parcialidade de um juiz em um caso que sequer discutia corrupção. O paradoxo desse trecho foi apontado por STRECK (2021): “Só não entendo as razões pelas quais isso que acima está dito justifica, de algum modo, que um juiz aja parcialmente”. (Grifos do original)

tema foi tratado em diversas obras, mas chamamos a atenção para três delas: o primeiro volume da obra que condensa as diretrizes principais de seu pensamento, escrita em coautoria com Nilo Batista, Alejandro Alagia e Alejandro Slokar, com o título de “Direito Penal Brasileiro – I”; a conferência apresentada como *lectio doctoralis* – o ato de recebimento do título de Doctor Honoris Causa – pela Universidade Nacional de Rosario, posteriormente publicada com o título de “Origen e Evolución del discurso critico en el Derecho Penal”; e o terceiro capítulo de “O Inimigo no Direito Penal”.

Nessa investigação, apresentada nas referidas obras, Zaffaroni chama a atenção para dois textos que parecem ser os marcos iniciais das criminologias, tanto aquela de caráter etiológico quanto aquela com viés crítico. Zaffaroni também nos indica que essas estruturas discursivas, fundadas através desses textos, vêm se repetindo há séculos através de discursos de legitimação e deslegitimação do poder punitivo, todavia sempre com novas roupagens, que fazem o velho parecer novo.

Revisitar esse estudo de Zaffaroni se revela necessário, tendo em vista os discursos de emergência produzidos no Brasil nos últimos anos a pretexto do combate à corrupção. A proposta de nosso breve estudo é analisar se um desses discursos – aquele sustentado pelo Ministério Público Federal para amparar o conjunto de propostas de alterações legislativas batizado de “10 medidas contra a corrupção” – se trata de algo realmente inovador ou de uma nova roupagem para um discurso velho, cujos resultados já são bastante conhecidos. O enfoque do estudo é a análise da estrutura discursiva da defesa dessas medidas, razão pela qual não se mostra necessário o aprofundamento nas questões estritamente jurídicas. Mesmo que as propostas das “10 medidas” tenham fracassado, já que o texto foi substancialmente modificado pelo Congresso, sua análise se mostra pertinente pela relevância política que tiveram, pela posição institucional de seus idealizadores e, sobretudo, porque o arquétipo discursivo nelas encontrado é verificável em outros locais². Nosso foco será a análise precisamente dos argumentos que sustentam apenas três das medidas legislativas apresentadas pelo Ministério Público Federal (*teste de integridade, restrições ao uso de habeas corpus e redefinição do conceito e do tratamento de provas ilícitas*), pois esse recorte já se mostra suficiente para sustentar a conclusão que apresentaremos.

2. A ORIGEM DAS ESTRUTURAS DISCURSIVAS DE LEGITIMAÇÃO E DESLEGITIMAÇÃO DO PODER PUNITIVO

Convém, em primeiro lugar, realizar uma breve incursão no já referido estudo de Zaffaroni acerca das origens dos discursos de legitimação e deslegitimação do poder punitivo. As conclusões sobre as estruturas dos discursos originais nos servirão como referência para realizar a análise dos discursos contemporâneos.

2. E.g. decisões judiciais mencionadas.

SZESZ, André. O discurso de combate à corrupção: análise por uma perspectiva dos estudos de Eugenio Raúl Zaffaroni. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 184. ano 29. p. 217-243. São Paulo: Ed. RT, outubro 2021.

Pois bem. Zaffaroni (2004, p. 27) chama a atenção para uma certa nebulosidade existente na origem dos discursos criminológicos, uma vez que os penalistas em geral tratam o tema sem maiores reflexões. Muitos autores apontam que a criminologia teria nascido com Lombroso e com os demais criminólogos da Escola Positiva, entre o século XIX e o início do século XX. Outros autores, mais críticos, apontam que a origem teria ocorrido com os clássicos do século XVIII.

Insatisfeito com essas respostas, Zaffaroni realizou uma investigação mais a fundo e concluiu que os discursos originais possuíam origem mais antiga. A primeira obra que condensa de forma sistemática um saber criminológico com um saber jurídico (Direito Penal e Direito Processual Penal), sendo, portanto, o marco inicial dos discursos de legitimação do poder punitivo, seria o *Malleus Malleficarum* (*O Martelo das Feiticeiras*³). Esta obra foi escrita em 1484 por dois demonólogos, Heirich Kramer e James Sprenger, com a pretensão de legitimação do poder punitivo da época para combater as bruxas, e marca o pensamento inquisitorial (ZAFFARONI, 2003, p. 510-511).

Zaffaroni (2003, p. 511-515) nos apresenta uma análise da estrutura discursiva dessa obra. Kramer e Sprenger, em primeiro lugar, discorrem sobre a existência do mal (a bruxaria), sua extrema gravidade (seria mais grave que o pecado de Adão) e quais seriam as suas características, para enfim concluir que ele seria capaz de acabar com a humanidade, tratando-se, portanto, de uma emergência. Em segundo lugar, associam esse mal a determinado grupo de pessoas (as mulheres). Em terceiro lugar, apresentam a ampliação do poder punitivo como solução para evitar que a humanidade sucumba diante desse mal.

Seguindo com a análise de Zaffaroni, o *Malleus Malleficarum* tinha como objetivo declarado combater a bruxaria e, para tanto, identificava um perfil de quem seria o inimigo a ser combatido: a bruxa. Porém, como não havia características suficientes que permitissem identificar com segurança quem seriam bruxas, todas as mulheres eram suspeitas – bruxas em potencial. De fato, os inquisidores descrevem um complô do diabo com as mulheres. A bruxaria era justificada por uma inferioridade genética, explicada através de um paradigma bíblico: a mulher veio da costela do homem e a costela é curva. Por motivo dessa origem curva, a mulher teria menos fé e seria mais vulnerável ao diabo e ao pecado. Os inquisidores chegam a afirmar, realizando uma etimologia forçada, que a palavra “femina” teria origem em *fe* e *minus*.

Há duas características muito importantes no discurso de Kramer e Sprenger, para os quais Zaffaroni chama a atenção. A primeira delas é que aqueles que duvidam do poder das bruxas, e, portanto, do discurso dos inquisidores, são desqualificados e tratados como hereges⁴. A segunda, que está implícita na fala dos inquisidores, é que eles

3. A obra possui tradução para o português (KRAMER; SPRENGER, 2004).

4. “Os piores inimigos eram aqueles que negavam a existência ou o poder das bruxas, pois negavam o poder dos inquisidores, que magnificavam a natureza do mal até o ponto de considerar a bruxaria um crime mais grave do que o pecado original” (2007, p. 86).

próprios estariam em uma posição superior que lhes tornaria imunes ao poder do diabo e das bruxas.

Por último, Kramer e Sprenger realizam a defesa de medidas processuais extremas, justificadas como necessárias para combater o mal, uma vez que as bruxas contariam em seu favor com a ajuda do diabo. Em resumo, os inquisidores defendem que eles próprios possam agir com amplíssima liberdade em procurar signos e sintomas (provas) que permitam identificar quem seriam as bruxas, sem que elas pudessem ter direito de defesa. Nesse sentido, a defesa da tortura para que as bruxas confessem os crimes e realizem delações.

Em suma, de acordo com Zaffaroni (2003, p. 515), “o Malleus expressa as constantes de qualquer teoria de defesa social ilimitada”. Essa mesma estrutura será encontrada posteriormente em diversos outros discursos de legitimação do poder punitivo. Por exemplo, o discurso da Escola Positiva⁵, que identifica, igualmente, um mal (crime) capaz de dissolver a sociedade, discorre sobre a inferioridade (degenerescência) daqueles que seriam os responsáveis por esse mal e propõe, por fim, uma ampliação do poder punitivo como solução (um direito penal medido pela periculosidade e voltado para a realização de uma eugenia).

Essa estrutura discursiva se repetirá várias vezes, especialmente ao longo da história recente, em discursos de defesa social que prometem acabar com o crime⁶. Foram as bruxas, os degenerados, depois os dissidentes políticos, os traficantes de drogas, os terroristas etc. Em todos os casos há sempre um estereótipo de um inimigo, que, contudo, não é facilmente identificável em concreto e que, portanto, pode ser confundido com qualquer cidadão. Por esse motivo, esses discursos sempre requerem a ampliação do poder punitivo de forma a *restringir direitos de toda a população*⁷. Alerta-nos Zaffaroni que, se por um lado o poder punitivo não resolveu nenhum dos problemas prometidos,

5. “Quatro séculos depois do Malleus, o positivismo criminológico, com o mesmo esquema integrado de criminologia etiológica, direito penal processual penal e criminalística, retornou abertamente ao sistema inquisitorial. O estranho ou inimigo, tanto o criminoso grave como o dissidente, voltou a ser biologicamente inferior, não em razão do gênero, como no caso das bruxas, mas sim por ser patológico ou pertencer a uma raça não suficientemente evoluída (é um colonizado nascido por acidente na Europa) ou por ser um degenerado (produto involutivo de uma raça superior). Satã era substituído pela degeneração e o que se impunha era a neutralização dos degenerados inferiores, evitando, se possível, sua reprodução mediante a esterilização e a eugenia” (ZAFFARONI, 2007, p. 91-92).
6. Essa redução de garantias fundamentais em prol de se alcançar objetivos punitivos do Estado foi explícita nos modelos de governos fascistas, como apontam RUSCHE e KIRCHHEIMER (2004, p. 246).
7. “Quando os destinatários do tratamento diferenciado (os inimigos) são seres humanos não claramente identificáveis ab initio (um grupo com características físicas, étnicas ou culturais bem diferentes), e sim pessoas misturadas ao e confundidas com o resto da população e que só uma investigação policial ou judicial pode identificar, perguntar por um tratamento diferenciado para eles importa interrogar-se acerca da possibilidade de que o Estado de Direito possa limitar as

por outro lado sua ampliação serviu para um aumento do poder de controle sobre toda a população⁸.

Zaffaroni também indica uma segunda estrutura discursiva comum, que igualmente se repete várias vezes ao longo da história: o discurso de crítica ao direito penal autoritário e aos discursos de legitimação do poder punitivo.

A origem é próxima à dos discursos de legitimação. Com efeito, o impacto causado pelo *Malleus Maleficarum* gerou reações críticas por alguns pensadores da época, mesmo apesar do risco de serem considerados hereges. Mas o primeiro livro dedicado exclusivamente à crítica ao texto dos inquisidores foi a obra *Cautio Criminalis*, publicada em 1631 por Friedrich Spee von Langenfeld. Este autor era um jesuíta encarregado de colher a confissão de bruxas antes que fossem executadas e, portanto, tinha um contato próximo com as mulheres selecionadas pela inquisição. A obra foi publicada anonimamente, mas quando sua autoria foi identificada houve quem pleiteou que Spee fosse queimado como herege (ZAFFARONI, 2004, p. 29 e ss.).

Nessa obra, seguindo a análise de Zaffaroni, Spee apresenta uma crítica contra toda a estrutura do poder punitivo de sua época. Esse texto antecipa a estrutura de discursos críticos que apareceriam futuramente em reação aos também futuros discursos legitimadores do poder punitivo. Antecipa, em especial, a estrutura da crítica da *criminologia crítica*, que se desenvolve no século XX em reação ao discurso da Escola Positiva.

Nesse sentido, a obra de Spee realiza uma semelhante inversão de paradigma, na medida em que não discute questões etiológicas propostas pelos inquisidores, mas se dirige diretamente a todo o funcionamento do poder punitivo. Várias das críticas apresentadas por Spee se assemelham muito ao que a criminologia crítica diria séculos depois. Apenas a título de exemplo⁹, destacam-se as seguintes críticas: a compreensão de que o crime (pecado) é uma construção processual, sem realidade ontológica, e que servia aos interesses das autoridades políticas da época; o apego ao empirismo (argumentos baseados em fatos), em contraposição à fonte exclusivamente teórica (bíblica) dos inquisidores; a burocratização dos “funcionários” do sistema penal da época, a reprodução ideológica através da elevação de preconceitos populares ao *status* de ciência; corrupção dos agentes da inquisição, que cobravam por cada bruxa queimada e confiscavam os bens delas; a

garantias e as liberdades de todos os cidadãos com o objetivo de identificar e conter os inimigos” (ZAFFARONI, 2007, p. 116-117).

8. “¿Qué resolvió el hombre en la historia con el Código Penal? Emergencias. Las brujas, los herejes, la tuberculosis, la sífilis, la droga ¿Resolvió alguna cosa? No resolvió nada, absolutamente nada. Algunas se resolvieron por sí mismas, el tiempo las disolvió. Otras fueron resueltas por otros medios, la tuberculosis por la citomicina, la sífilis por la penicilina, los herejes ya no son problema, la droga no la resolvió nadie. Pero el Código Penal, la ley penal, la Inquisición, no resolvió nada. Sí ejerció poder, pero para otros fines. Y esto continúa así. ¿Creemos ahora que vamos a resolver el terrorismo internacional con la ley penal? Se va a usar el pretexto del terrorismo internacional para controlar más a las personas.” (ZAFFARONI, 2001, § 24).
9. A obra *Origen y evolución...* realiza uma exposição detalhada sobre esse tema.

SZESZ, André. O discurso de combate à corrupção: análise por uma perspectiva dos estudos de Eugenio Raúl Zaffaroni. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 184. ano 29. p. 217-243. São Paulo: Ed. RT, outubro 2021.

alquimia valorativa, uma vez que as ações e reações das bruxas eram sempre interpretadas de forma a validar o discurso dos inquisidores¹⁰; a seletividade e a cifra oculta, já que apenas as mulheres mais vulneráveis eram punidas.

Zaffaroni nos apresenta o texto de Spee indicando que vivemos há pelo menos 500 anos a repetição de discursos que se estruturam da mesma forma que o *Malleus*, e alternando, há pelo menos 400 anos, com os discursos críticos garantistas. Nasce novos discursos de emergência, baseados sempre em paradigmas contemporâneos à sua época, que servem, primordialmente, para que determinado grupo obtenha a hegemonia do poder punitivo. Surgem, em seguida, outros discursos de emergência, apresentados por outros grupos que pretendem tomar esse poder. Entre esses dois discursos, surge um discurso crítico, pois quando se pretende derrubar alguém do poder, a primeira tarefa a se fazer é deslegitimar o discurso que dá base teórica à sua hegemonia.

Essa é uma conclusão triste que Zaffaroni nos apresenta, porque indica que estamos caminhando em círculos. Mas com essa perspectiva, conseguimos analisar criticamente o papel daqueles que estão envolvidos nos embates da política criminal contemporânea. Leva-nos, também, a uma autocrítica sobre nosso próprio papel.

3. O CONTEXTO DO DISCURSO DE COMBATE À CORRUPÇÃO

Para compreender o discurso de combate à corrupção apresentado pelo Ministério Público Federal com a finalidade de embasar suas “10 medidas contra a corrupção”, importante uma breve digressão sobre o peculiar contexto que circundou o Judiciário brasileiro no momento em que as propostas foram desenvolvidas.

Nos últimos anos foram deflagrados grandes episódios de corrupção envolvendo agentes públicos e políticos de alto escalão, incluindo acusações contra setores próximos à Presidência, contra ex-presidentes e contra algumas das maiores empresas do país. Impossível afirmar se a corrupção deflagrada nesses episódios é de proporção inédita, pois é possível que outros casos tenham ocorrido anteriormente, mas jamais desvendados. No entanto, não há dúvidas de que se tratam: a) das maiores operações policiais envolvendo esse tema em nosso país; b) das mais graves acusações contra agentes políticos que resultaram em ações penais concretas; e c) dos processos criminais envolvendo figuras políticas nos quais a participação dos meios de comunicação foi de intensidade inédita. Esse período se inicia com o caso conhecido como “escândalo do mensalão”, passa pela “Operação Lava Jato”, chega no seu ápice com a

10. “Si alguien muere durante el tormento, no se atribuye la muerte ni las lesiones a los tormentos sino al diablo: el diablo se lo llevó. Se alguien aniquilado psiquicamente deja de hablar – cae em mutismo psicótico – se le llama taciturnidad y se lo considera um maleficio. Si se desmaya, se disse que duerme; si enlouquece, se disse que ríe durante el tormento” (ZAFFARONI, 2004, p. 37).

controversa condenação do ex-presidente Luís Inácio Lula da Silva e em seguida inicia um declínio. Este ocorre especialmente após a eleição de Jair Bolsonaro para a Presidência e após uma série de reportagens do jornal *The Intercept* nomeada “Vaza Jato”, que revelou problemas éticos e aparente parcialidade política de procuradores integrantes da Força-tarefa para a Lava Jato em Curitiba e de juiz que atuou em alguns dos casos.

Não é nossa pretensão aqui fazer a análise do mérito dos casos de corrupção investigados e dos processos criminais deles decorrentes, bem como dos fatos políticos que envolveram e sucederam a “Operação Lava Jato”. Apenas ressaltamos que os casos de corrupção mencionados, na maneira como apresentados pelo MPF e pela imprensa, serviram como base fática para o discurso de combate à corrupção.

Outro fator importante dentro desse mesmo contexto é o crescente protagonismo político individualizado da figura do juiz e do agente do Ministério Público que atuam em processos de grande repercussão midiática.

Especialmente desde que julgamentos do Supremo Tribunal Federal começaram a ser televisionados, transmitidos pela TV Justiça a partir de 2006, a figura dos ministros desse Tribunal começou a ficar conhecida mesmo perante pessoas que não exercem nenhuma atividade relacionada com o Poder Judiciário.

Os julgamentos de casos com vasta repercussão política nacional, como o chamado Mensalão¹¹ e como aqueles derivados da Operação Lava Jato, e sua presença constante nos noticiários contribuíram para que a população começasse a se atentar para o comportamento daqueles que vestem a toga na mais alta corte do país. Mas a atenção não se voltou apenas ao mérito dos processos. Já no período do julgamento do caso Mensalão começaram a circular vídeos na internet com debates acalorados entre ministros¹², situação que se tornou mais frequente com a popularização das redes sociais. Declarações à imprensa por parte de ministros passaram a ficar mais comuns e, enfim, as redes sociais, em especial o Twitter, viraram um mecanismo de comunicação direto de autoridades.

Por um lado, isso deu aos julgamentos uma conotação de novela política espetacular e, por outro, fomentou também interesse nas figuras individuais de ministros, eventualmente associadas com a ideia de justiceiro ou de alguém que está atuando parcialmente em favor dos acusados. Podemos indicar como exemplo a figura do então Ministro Joaquim Barbosa, associada à imagem de justiceiro (e. g. PIERRY, 2012) na época do julgamento do caso Mensalão, que posteriormente figurou em pesquisas de intenção de voto para Presidência da República (JOAQUIM..., 2017), até que ele próprio passou a articular uma possível candidatura para 2018, mas acabou desistindo (BENITES, 2018).

11. Ação Penal 470, com acórdão proferido pelo Plenário do STF (Rel. Joaquim Barbosa, Dje 22.04.2013).

12. E.g. acalorada discussão entre dois ministros do STF ocorrida em 22.04.2009 em que houve troca de ofensas e foi posteriormente reproduzida em telejornais nacionais. Disponível em: [www.youtube.com/watch?v=Z1yOqrD1BTs]. Acesso em: 02.12.2020.

O fenômeno não ficou restrito à mais alta Corte. Especialmente a partir Operação Lava Jato, essa atenção também se voltou para a figura dos juízes de piso. Desenvolveu-se, na narrativa da imprensa, a figura do juiz-protagonista, do juiz-estrela e do juiz-herói. Juiz-protagonista, porque essa narrativa apresenta as decisões judiciais para o público como se houvesse uma luta pessoal do juiz singular contra a burocracia do Judiciário para punir pessoas que seriam tradicionalmente imunes ao poder punitivo; juiz-estrela, porque o discurso apresenta a imagem do juiz como de uma celebridade, interessando-se pela sua vida pessoal (e.g., HERÓI..., 2016); juiz-herói, porque o discurso o apresenta como aquele capaz de resolver os problemas sociais, políticos e até mesmo econômicos do país (e.g., SÉRGIO..., 2017).

Isso também se estendeu a integrantes do Ministério Público, embora em menor escala. As atenções se voltaram principalmente para o Procurador-Geral da República e para membros da Força-tarefa constituída para a Operação Lava Jato (e.g., ROCHA, 2015), cujas declarações públicas começaram a ficar frequentes na medida em que o caso vinha se desenvolvendo. Algumas dessas figuras valeram-se desses holofotes para influenciar a opinião pública tanto em relação aos processos concretos – por exemplo, com coletivas de imprensa espetaculares, em que a hipótese acusatória era apresentada como se fosse a versão verdadeira dos fatos¹³ –, como para promoção de projetos políticos, como é o caso da defesa das 10 medidas contra a corrupção. Em alguns casos, os holofotes foram também usados para obtenção de benefícios pessoais¹⁴.

O fenômeno do protagonismo dos atores do Poder Judiciário sem dúvida merece atenção, mas não é o foco deste texto. Para nós, é importante destacar que foi esse o contexto que permitiu o desenvolvimento do discurso de combate à corrupção através das 10 medidas propostas pelo Ministério Público.

4. SOBRE AS 10 MEDIDAS CONTRA A CORRUPÇÃO

Dentro do contexto delineado no tópico anterior, é do Ministério Público Federal que surge o discurso que aqui nos interessa: o discurso de combate à corrupção através das propostas legislativas conhecidas como “10 medidas contra a corrupção¹⁵”.

13. E.g. Coletiva de imprensa em que MPF utilizou uma apresentação de *PowerPoint* para explicar as acusações formuladas contra o ex-presidente Luís Inácio Lula da Silva. Cf. O POWERPOINT..., 2016.

14. É o caso de autoridades que, valendo-se da notoriedade que obtiveram em razão do cargo público exercido, passaram a ministrar palestras muito bem remuneradas a empresas e a públicos não acadêmicos, sobre temas não acadêmicos.

15. Estão disponíveis em: [www.dezmedidas.mpf.mp.br/]. Acesso em: 05.01.2021.

SZESZ, André. O discurso de combate à corrupção: análise por uma perspectiva dos estudos de Eugenio Raúl Zaffaroni. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 184. ano 29. p. 217-243. São Paulo: Ed. RT, outubro 2021.

Trata-se de uma campanha política e publicitária – que pode ser compreendida dentro do conjunto de ações estratégicas¹⁶ da Força-tarefa do MPF para a Operação Lava Jato – realizada principalmente entre 2015 e 2017 com a finalidade de que fosse aprovado um conjunto de propostas de mudanças de leis penais, a pretexto de erradicar a impunidade nos crimes de corrupção. A campanha entrou em declínio após 2017, mas o sítio eletrônico¹⁷ criado para divulgar as medidas está no ar até hoje. Algumas características do discurso apresentado nessa campanha merecem destaque.

Em primeiro lugar, embora o discurso tenha sido apresentado como institucional¹⁸, ele não era realmente representativo do entendimento de todos os membros do Ministério Público Federal acerca das matérias tratadas.

Em segundo lugar, por se tratar de um discurso de natureza política, que inclusive contou com *lobby* político por parte de alguns membros da instituição (CAMPANHA..., 2016; PROCURADOR..., 2017), não estava dentro das funções legalmente atribuídas ao Ministério Público.

Em terceiro lugar, o discurso não aconteceu primordialmente em ambientes acadêmicos e se mostrava voltado especialmente ao público leigo, à imprensa e aos agentes políticos. Houve uma campanha publicitária, ocorrida através da elaboração de um sítio eletrônico, de camisetas, de adesivos, de anúncios em revistas¹⁹, de uso das redes sociais oficiais do MPF (VIEGAS; XAVIER, 2021), de livro escrito pelo coordenador da Força-tarefa em Curitiba (DALLAGNOL, 2017), além de declarações públicas de membros do órgão, até mesmo em programa de entrevistas do tipo *talk-show* em rede nacional de televisão (JÔ..., 2016). A linguagem desse discurso também era voltada ao público leigo e à imprensa, inclusive com o uso de chavões (e.g., “a corrupção mata”, em JÔ..., 2016), analogias exageradas com apelo moral (e.g., “a corrupção é uma serial killer que mata em silêncio”, em DALLAGNOL, 2017) e outras formas argumentativas que não seriam aptas a produzir convencimento dentro de um debate científico.

Em quarto lugar, enquanto a Operação Lava Jato estava em seu ápice, as críticas às “10 medidas” foram tratadas por parte da imprensa (e.g., LEITÃO, 2016) e por alguns integrantes da já referida Força-tarefa como “tentativas de frear a Lava Jato”. Houve, inclusive, um episódio em que após serem aprovadas na Câmara dos Deputados mudanças no formato original das “10 medidas”, alguns integrantes da Força-tarefa “ameaçaram

16. Uma excelente análise dessas ações estratégicas pode ser encontrada em RODRIGUES, 2020. Por ação estratégica, compreende-se “a ação de atores do sistema judicial que põem os fins acima dos meios e calculam seus passos e suas decisões em função dos resultados que pretendem alcançar” (RODRIGUES, 2020, p. 143).

17. Vide nota de rodapé 15.

18. “MPF apresenta as 10 medidas contra a corrupção” diz o sítio eletrônico criado para divulgar as propostas.

19. Até a data da finalização deste texto, essas peças publicitárias ainda estavam disponíveis em: [www.dezmedidas.mpf.br/campanha/produtos].

renunciar os seus cargos” (AFFONSO et al., 2016). Isso evidencia que as propostas legislativas apresentadas pelo Ministério Público Federal foram associadas à atuação do mesmo Órgão dentro dos processos da Operação Lava Jato.

O objetivo deste artigo não é analisar minuciosamente as medidas propostas pelo Ministério Público, tampouco apresentar uma crítica acadêmica ao mérito²⁰ desses projetos legislativos. O que aqui se pretende é uma análise da estrutura discursiva da campanha que sustentou as medidas.

Para tanto, faremos referência a apenas três das mais polêmicas propostas.

4.1. *Teste de integridade*

A primeira medida que destacamos é aquela chamada de *teste de integridade*. Em resumo, a proposta legislativa pretendia autorizar funcionários públicos integrantes das corregedorias a criar situações simuladas, nas quais o funcionário público testado seria colocado em erro, de forma a acreditar que estaria recebendo uma oferta de vantagem indevida. A pretensão seria, nos termos da própria proposta, testar a *conduta moral* e a *pre-disposição* desse agente à prática de ilícitos. A medida ainda estabelecia um pleno acesso do Ministério Público a todas essas informações, sendo que esse órgão também teria legitimidade para ele próprio realizar o teste. As informações obtidas poderiam ser utilizadas inclusive para fins criminais.

Assim como nas demais propostas, o Ministério Público Federal apresentou uma *justificativa*. Segundo esse texto, o objetivo do teste seria prevenir a corrupção e criar um ambiente no qual se tenha a percepção, por parte dos funcionários, de que a qualquer momento suas atividades podem estar sujeitas a testes. Dentro desse espírito, poderiam ser realizados testes tanto com funcionários aleatórios como contra aqueles sobre os quais há suspeita concreta. O principal argumento apresentado em favor dessas medidas é o alegado sucesso de determinadas experiências internacionais, onde o teste do mesmo molde teria sido realizado, além de recomendações da ONU e da Transparência Internacional. A *justificativa* fazia menção a um teste que teria sido realizado na década de 1970 na cidade de Miami, nos Estados Unidos, onde 31 carteiras contendo identidades e dinheiro teriam sido propositalmente perdidas para que fossem encontradas por policiais, sendo que 9 agentes teriam chegado a se apropriar delas e por isso foram punidos. O texto segue informando que, 30 anos depois, o mesmo teste teria sido realizado em Los Angeles e em Nova Iorque, mas desta vez nenhum policial teria se apropriado das carteiras perdidas.

20. Uma crítica nesses contornos pode ser encontrada em: *Boletim IBCCrim* 277, 2015.

SZESZ, André. O discurso de combate à corrupção: análise por uma perspectiva dos estudos de Eugenio Raúl Zaffaroni. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 184. ano 29. p. 217-243. São Paulo: Ed. RT, outubro 2021.

A proposta também foi acompanhada de um *artigo de especialista*²¹, um membro do próprio Ministério Público Federal, que apresentava justificativas acadêmicas para o projeto e enfrentava algumas críticas dirigidas por parte da doutrina penal.

Este artigo utiliza reiteradamente o argumento de que a medida teria apoio da ONU e da Transparência Internacional e que seria aplicado em vários outros países. Reconhece que na esfera criminal o teste poderia conflitar com a súmula 145 do STF, mas afirma que, nesse ponto, a jurisprudência deveria ser modificada, uma vez que firmada em momento no qual o país vivia uma outra realidade constitucional e social e nela os crimes de colarinho branco não eram foco de persecução penal. O autor argumenta que o teste não pretende criar a oportunidade da prática do delito, mas testar se existe uma *predisposição* à prática de ilícitos. Afirma que durante a aplicação do teste a vantagem oferecida deve ser proporcional ao salário recebido, bem como ao benefício pedido e aos interesses em jogo, pois a oferta de uma vantagem muito alta poderia induzir o funcionário à prática do crime. Defende que, na esfera criminal, o teste possa servir como prova para outros crimes, de forma assemelhada ao agente infiltrado, bem como que o agente testado possa ser punido autonomamente pelo fato. Cogita o risco de corrupção na execução do teste, mas argumenta que ele não seria maior do que o risco em outros procedimentos administrativos e que, por outro lado, haveria mecanismos legais para coibir os possíveis desvios.

Em síntese, esse é o discurso formalmente apresentado pelo Ministério Público Federal para sustentar a implementação do teste de integridade. Reiteramos que aqui não se pretende analisar o mérito desse discurso – se as informações apresentadas são precisas ou se há compatibilidade da medida com o nosso ordenamento jurídico – mas tão somente destacar alguns pontos de sua estrutura.

Em primeiro lugar, é importante observar que a proposta apresentada pelo Ministério Público Federal pretendia a retirada de um direito e a ampliação das possibilidades do exercício do poder punitivo. Isso porque tinha por objetivo permitir a punição em situações consideradas crime impossível, por força da interpretação do art. 17 do Código Penal realizada pela Súmula 145/STF²². Também porque pretendia ampliar a envergadura de atuação do próprio Ministério Público, ao permitir ao órgão que realizasse o teste ou tivesse acesso a todas as informações decorrentes de sua realização. As justificativas partiam da implícita premissa da incorruptibilidade dos órgãos de acusação e em nenhum momento apresentavam uma ponderação acerca dos riscos de desvio no uso das informações obtidas com o teste, ou mesmo de sua aplicação de forma arbitrária. Com

21. O texto, de autoria de Bruno Calabrich e intitulado “Teste de integridade: aplicação, críticas e constitucionalidade”, está disponibilizado no sítio eletrônico das 10 medidas. Disponível em: [www.dezmedidas.mpf.mp.br/apresentacao/artigos/teste-de-integridade-bruno-calabrich.pdf/view]. Acesso em: 05.01.2021, e aparentemente não foi publicado em nenhuma revista especializada.

22. “Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação.”

SZESZ, André. O discurso de combate à corrupção: análise por uma perspectiva dos estudos de Eugenio Raúl Zaffaroni. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 184. ano 29. p. 217-243. São Paulo: Ed. RT, outubro 2021.

essa medida, seria aumentada, portanto, a vulnerabilidade de todos os funcionários públicos perante o poder punitivo.

Em segundo lugar, o próprio formato do teste sugere que ele foi pensado para ser aplicado apenas aos escalões mais baixos do serviço público. Isso se verifica tanto pelos exemplos internacionais citados nas justificativas²³, quanto pela condição de que as vantagens indevidas oferecidas fossem proporcionais à remuneração recebida pelo servidor público, o que levaria à criação de *tentações* desproporcionais²⁴. Além disso, são também os escalões mais baixos do serviço público que estão mais vulneráveis à tentação de uma vantagem indevida pecuniária oferecida por um *agente desconhecido*²⁵. Nesses contornos, haveria uma certa imunidade dos próprios aplicadores a esse teste – que parece não ter sido pensado para ser aplicado aos cargos altos do funcionalismo público, como o próprio Ministério Público – e, conseqüentemente, uma implícita sugestão de sua incorruptibilidade.

Em terceiro lugar, as justificativas apresentadas abertamente afirmavam pretender buscar nos agentes testados a *predisposição* para a prática do crime. Ou seja, o teste poderia revelar uma tendência para a prática do crime que estaria oculta no agente público – a *periculosidade* do agente. Nesse ponto, as justificativas retomavam um dos pensamentos – cuja estrutura se originou no *Malleus* – que marcou a Escola Positiva²⁶: a figura do potencial criminoso, que deveria ser neutralizado antes da prática do crime. O teste, assim, faria aparecer um crime que, se não fosse o próprio teste, poderia jamais ocorrer. Contraditoriamente, as justificativas indicavam que o oferecimento de uma vantagem desproporcional poderia induzir o funcionário público à prática do crime, o que sugere que todos os potenciais sujeitos ao teste são corruptíveis.

Em quarto lugar, parece haver uma lacuna argumentativa quanto à experiência internacional apresentada. De acordo com a *justificativa*, o teste havia sido realizado em certa cidade e chegado a um determinado resultado, mas *trinta anos depois* teria sido repetido

23. Apenas houve referência a casos envolvendo agentes policiais que não exercem posição de comando ou direção.

24. A título de exemplo, seria possível cogitar a oferta de uma vantagem equivalente a 5 salários a um determinado funcionário público. Nesse caso, oferecer R\$ 10.000,00 a um funcionário que recebe R\$ 2.000,00 mensais não seria proporcional à oferta de R\$ 150.000,00 a um funcionário que recebe uma remuneração de R\$ 30.000,00 mensais. Isso porque, quanto menor é a remuneração mensal recebida pelo agente, maior é a porcentagem dessa remuneração que se destina a gastos essenciais e, portanto, maior seria a necessidade daquele que estaria sujeito ao teste. Apenas para ilustrar, enquanto uma quantia de R\$ 1.000,00, para uma família pobre, é empregada para compra de alimentos, vestuários e até um brinquedo para os filhos, a mesma quantia, para um senhor rico, seria possivelmente empregada para a compra de uma garrafa de vinho ou outros itens de luxo. (Cf. GUIMARÃES; GONÇALVES, 2010, p. 122).

25. Em tese, pessoas que ocupam posições de poder dentro do serviço público teriam melhores condições de se acautelar contra um teste de integridade.

26. Apenas a título de exemplo, cf. GARÓFALO, 2007, p. 250-262.

SZESZ, André. O discurso de combate à corrupção: análise por uma perspectiva dos estudos de Eugenio Raúl Zaffaroni. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 184. ano 29. p. 217-243. São Paulo: Ed. RT, outubro 2021.

em outras cidades e, nessa oportunidade, alcançado um resultado diferente. O argumento simplifica exageradamente o problema, ignorando o universo de fatores que podem ter justificado a alteração de resultados – especialmente a diferença de tempo e de espaço –, e sugere, implicitamente, que essa modificação se deve primordialmente à aplicação do teste. A utilização de um argumento dessa natureza deixa claro que o público alvo desse discurso do MPF não são os estudiosos do tema²⁷.

O discurso, como se nota, possui características semelhantes à estrutura discursiva do *Malleus*. A pretexto de combater a impunidade da corrupção, pretendia-se identificar os potenciais corruptos através de testes que revelariam essa predisposição ainda não manifestada. Como os corruptos se parecem com os não corruptos, a medida poderia ser aplicada a todo o universo de funcionários públicos – embora alguns sejam mais vulneráveis que outros. A vulnerabilização de todos aqueles potencialmente sujeitos ao teste foi apresentada como medida necessária (solução) para o problema da corrupção, sendo que a implícita incorruptibilidade (boa-fé) dos órgãos aplicadores tornava incogitável a hipótese de uso abusivo do teste e das informações colhidas através dele.

4.2. Restrições ao uso de habeas corpus

Incluía o pacote das 10 medidas contra a corrupção uma medida nomeada de *aperfeiçoamento do sistema recursal*. Nela estavam incluídas várias propostas de alterações de leis atualmente vigentes. Aqui vamos nos concentrar em apenas uma delas: a proposta de restrição do uso de habeas corpus.

O Ministério Público Federal propunha uma alteração no art. 647 do CPP para que se incluísse a *proibição* de concessão de habeas corpus nas seguintes hipóteses:

“I – de ofício, salvo quando for impetrado para evitar prisão manifestamente ilegal e implicar a soltura imediata do paciente; II – em caráter liminar, salvo quando for impetrado para evitar prisão manifestamente ilegal e implicar a soltura imediata do paciente e ainda houver sido trasladado o inteiro teor dos autos ou este houver subido por empréstimo; III – com supressão de instância; IV – sem prévia requisição de informações ao promotor natural da instância de origem da ação penal, salvo quando for impetrado para evitar prisão manifestamente ilegal e implicar a soltura imediata do paciente; V – para discutir nulidade, trancar investigação ou processo criminal em curso, salvo se o paciente estiver preso ou na iminência de o ser e o reconhecimento da nulidade ou da ilegalidade da decisão que deu causa à instauração de investigação ou de processo criminal tenha efeito direto e imediato no direito de ir e vir. § 2º O *habeas corpus* não poderá ser utilizado como sucedâneo de recurso, previsto ou não na lei processual penal.”

27. Importante ressaltar que não está em questão o teor da experiência internacional sobre a realização do teste de integridade, mas apenas aquilo que foi concretamente apresentado pelo Ministério Público Federal, porque esses foram os elementos julgados suficientes e necessários para produzir o convencimento no público alvo desse discurso.

SZESZ, André. O discurso de combate à corrupção: análise por uma perspectiva dos estudos de Eugenio Raúl Zaffaroni. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 184. ano 29. p. 217-243. São Paulo: Ed. RT, outubro 2021.

A medida também procurava reduzir os efeitos do habeas corpus concedido em virtude de reconhecimento de nulidade de ato processual, possibilitando a renovação do ato e dos que dele diretamente dependam e aproveitando aos demais.

Todas as propostas relativas às mudanças no sistema recursal foram acompanhadas de uma *justificativa* única. Esse texto argumenta que o sistema recursal brasileiro seria excessivamente moroso e suas “brechas” criariam oportunidades para estratégias de protelação. De acordo com a *justificativa*, “na maioria das vezes” o sistema recursal estaria sendo utilizado para a protelação e, portanto, as medidas que poderiam ser protelatórias deveriam ser neutralizadas. Há no texto referência a estudos que teriam calculado a média de tempo de tramitação dos processos e concluído que a causa da demora são os recursos. A *justificativa* ainda apresentava o argumento de que seria a demora da tramitação dos processos o que impede que o Brasil faça a repatriação de recursos ilícitos que estão no exterior, uma vez que depende de uma decisão definitiva. O texto indica que a Emenda Constitucional número 45/2004, especificamente no que diz respeito ao direito à razoável duração do processo, seria o fundamento para as medidas propostas. Há uma ressalva, ao final da *justificativa*, de que morosidade na tramitação dos processos não poderia ser atribuída exclusivamente ao sistema recursal, pois também haveria uma série de outros fatores, de ordem econômica, política e sociológica, que contribuiriam para esse quadro. O texto, todavia, argumenta que a existência desses outros fatores não impossibilitaria a tomada de medidas para se resolver os problemas do sistema recursal.

Especificamente sobre o habeas corpus, a justificativa indicava que a medida visaria

“evitar que, em instrumento moldado para proteção da liberdade ambulatorial, sejam adotados, por exemplo, expedientes destinados a anular processos de forma açodada; e, por outro lado, compatibilizar sua regência com os princípios previstos no artigo 157 do Código de Processo Penal.”

No sítio eletrônico criado pelo Ministério Público Federal para divulgar as 10 medidas, na seção de *artigos de especialistas* não há nenhum que trate precisamente sobre a questão da restrição de habeas corpus. Há, no entanto, um curto texto²⁸, de autoria de um juiz federal, tratando dos problemas do sistema recursal.

O texto, que em certos momentos apresenta uma linguagem quase coloquial, é iniciado com a afirmação de que o Brasil “não é o país da impunidade”, uma vez que seria “um dos que mais prende no mundo”. Haveria, porém, uma sensação, por parte de “muitas pessoas”, de que o Brasil seria o “campeão de impunidade” e isso poderia ser explicado

28. O texto, de autoria de Leonardo Tocchetto Pauperio e intitulado “Recursos penais e impunidade no Brasil”, também está disponibilizado no sítio eletrônico das 10 medidas (Disponível em: [www.dezmedidas.mpf.mp.br/apresentacao/artigos/recursos-leo-pauperio-recursos-penais-e-impunidade-no-brasil.pdf/view]. Acesso em: 05.01.2021) e aparentemente não foi publicado em nenhuma revista especializada.

SZESZ, André. O discurso de combate à corrupção: análise por uma perspectiva dos estudos de Eugenio Raúl Zaffaroni. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 184. ano 29. p. 217-243. São Paulo: Ed. RT, outubro 2021.

de modo “claro” e “simples”. De acordo com o autor, a razão seria, em primeiro lugar, o fato de que a Justiça seria seletiva, punindo principalmente negros e pobres e os crimes de tráfico de drogas e roubo. Já os “bandidos do colarinho branco” teriam condições de realizar manobras capazes de retardar e eventualmente afastar a aplicação da lei penal, o que seria facilitado pelo contexto de globalização da economia²⁹. Com essas premissas, o autor concluiu que seria necessário se buscar a celeridade, mediante a eliminação de etapas desnecessárias no sistema recursal. O autor ressalva, sem apresentar razões para tanto, que essa supressão de etapas não diminuiria as garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório. O texto ainda afirma que as medidas propostas pelo Ministério Público Federal poderiam colocar um fim nas “manobras” de “entusiasmadas bancas de advocacia dos grandes corruptos”, que viveriam a “farejar brechas na legislação processual no intuito de bandejar uma incolumidade forçada para a sua fugidia clientela”. Ao final, o autor comenta algumas das propostas de mudanças do sistema recursal, mas não há nenhuma referência sobre a medida relativa ao *habeas corpus*.

Considerando esse conjunto da medida e das justificativas, passamos a fazer algumas observações especificamente sobre a questão do *habeas corpus*.

Em primeiro lugar, é importante notar a natureza da proposta: uma restrição de direitos fundamentais de todos os cidadãos. Isso porque a medida pretendia especificamente reduzir as possibilidades de utilização da via do *habeas corpus* por parte de qualquer cidadão. A proposta, deste modo, pretendia ampliar a envergadura do exercício do poder punitivo estatal, pois tinha por objetivo dificultar o reconhecimento de situações de violações de direitos de defesa no curso do processo penal, com o pretexto de evitar que os *corruptos* fiquem impunes. Aumentar-se-ia, com isso, os riscos de que condenações ilegais deixassem de ser revertidas em hipóteses nas quais hoje é cabível o *habeas corpus*.

Em segundo lugar, há nesse discurso uma certa confusão argumentativa, pois o *habeas corpus* não é um recurso processual, mas uma ação de natureza constitucional. Por isso, problemas relativos à morosidade do sistema recursal não poderiam ser atribuídos ao *habeas corpus*. De fato, a apresentação de um *habeas corpus* não é capaz de retardar um trâmite processual. O que essa ação constitucional permite é o reconhecimento de ilegalidades ocorridas no curso do processo. O retardamento do trâmite processual apenas poderia ocorrer, através da via do *habeas corpus*, como consequência do reconhecimento da nulidade de um ato processual. Ou seja, o discurso aponta como causa da morosidade a via que permite o reconhecimento de ilegalidades, em vez das próprias ilegalidades

29. O argumento não é apresentado pelo autor de maneira clara, tampouco desenvolvido ao longo do texto: “Os bandidos de colarinho branco, como costumamos chamar, ainda dispõem de uma ampla margem de manobras capazes de retardar – e muitas vezes de afastar – a aplicação da lei penal. E contam com um contexto de mundialização das finanças de pessoas e empresas, cujo trânsito acontece a uma velocidade não acompanhada pelos parlamentos. O capital acorda na América, almoça num paraíso fiscal e vai dormir em algum país da Comunidade Europeia. Isso com relativa facilidade.”

SZESZ, André. O discurso de combate à corrupção: análise por uma perspectiva dos estudos de Eugenio Raúl Zaffaroni. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 184. ano 29. p. 217-243. São Paulo: Ed. RT, outubro 2021.

praticadas pelas autoridades coatoras, que justificariam a concessão de uma ordem de *habeas corpus*.

Em terceiro lugar, está presente nesse discurso uma ideia de infalibilidade dos membros dos órgãos de acusação, na medida em que se propõe dificultar o reconhecimento de ilegalidade de suas próprias ações, além de outras ilegalidades que poderiam favorecer a acusação. Há, aí, uma implícita defesa da ideia de que mesmo se ilegais, as atuações dos órgãos de investigação são *boas*, uma vez que combatem o *mal da corrupção*. Não está presente no discurso, em nenhum momento, a ponderação sobre os efeitos negativos da proposta.

Em quarto lugar, apesar da proposta ser apresentada dentro do conjunto de medidas que visam combater a corrupção, ela seria aplicável a todos os crimes. Com efeito, a restrição do uso de *habeas corpus*, na forma como sugerida pelo projeto de lei em questão, reduziria a possibilidade do uso desse remédio para qualquer crime.

Em suma, como se nota, a pretexto de combater especificamente a corrupção, apresentou-se uma proposta legislativa que pretendia dificultar o reconhecimento de eventuais ilegalidades ocorridas no curso de processo instaurado para persecução penal de absolutamente qualquer crime, o que ampliaria a vulnerabilidade de todos os cidadãos perante o exercício do poder punitivo estatal.

4.3. Redefinição do conceito e do tratamento de provas ilícitas

Dentro de uma medida nomeada de “Ajustes nas nulidades penais contra a impunidade e a corrupção” estava a proposta legislativa de revisão da conceituação e do tratamento de provas ilícitas.

A proposta pretendia a modificação do art. 157 do Código de Processo Penal, criando a possibilidade de uso de provas ilícitas em determinadas circunstâncias. Seriam elas:

“III – o agente público houver obtido a prova de boa-fé ou por erro escusável, assim entendida a existência ou inexistência de circunstância ou fato que o levou a crer que a diligência estava legalmente amparada; IV – a relação de causalidade entre a ilicitude e a prova dela derivada for remota ou tiver sido atenuada ou purgada por ato posterior à violação; V – derivada de decisão judicial posteriormente anulada, salvo se a nulidade decorrer de evidente abuso de poder, flagrante ilegalidade ou má-fé; VI – obtida em legítima defesa própria ou de terceiros ou no estrito cumprimento de dever legal exercidos com a finalidade de obstar a prática atual ou iminente de crime ou fazer cessar sua continuidade ou permanência; VII – usada pela acusação com o propósito exclusivo de refutar álibi, fazer contraprova de fato inverídico deduzido pela defesa ou demonstrar a falsidade ou inidoneidade de prova por ela produzida, não podendo, contudo, servir para demonstrar culpa ou agravar a pena; VIII – necessária para provar a inocência do réu ou reduzir-lhe a pena; IX – obtidas no exercício regular de direito próprio, com ou sem intervenção ou auxílio de agente público; X – obtida de boa-fé por quem dê notícia-crime de fato que teve conhecimento no exercício de profissão, atividade, mandato, função, cargo ou emprego públicos ou privados.”

Os seguintes argumentos foram apresentados como *justificativa*. O legislador brasileiro, ao importar a noção de provas ilícitas do direito americano, teria se distanciado dos objetivos das *exclusionary rules* – norma que determina a impossibilidade de uso de provas ilícitas – e criado um sistema próprio, marcado pela insegurança jurídica, aleatoriedade e, conseqüentemente, impunidade. A noção brasileira de prova ilícita (prova “obtida em violação a normas constitucionais e legais”) seria excessivamente ampla e permitiria a anulação de grandes operações policiais e complexas ações penais por inobservância de “simples formalidades”, “mesmo que sem importância” e que não impliquem direitos ou garantias do investigado. A justificativa ainda indicava que haveria uma seletividade das decisões judiciais e apontava como referência a dissertação de mestrado de Diogo Castor de Mattos (também membro do Ministério Público Federal). Segundo o texto, essa dissertação³⁰ teria feito uma análise comparativa entre decisões do STJ envolvendo crimes de colarinho branco com crimes de latrocínio, tráfico de drogas e lesão corporal imputados a réus assistidos pela Defensoria Pública. A conclusão seria que os mesmos argumentos que valeram para “réus ricos e poderosos” não teriam valido para “réus menos endinheirados”. A partir disso, a *justificativa* concluiu que haveria uma deturpação nas *exclusionary rules*, que deveriam servir para proteger as violações de direitos constitucionais e não “meras formalidades”. A conclusão apresentada era a de que apenas deveriam ser consideradas ilícitas as provas que “violem direitos constitucionais”.

A *justificativa* ainda indicava que a lei brasileira teria importado apenas duas regras de exceção à exclusão da prova ilícita, mas deveria ter trazido todas. Dentre as que ficaram de fora, estão a *exceção da boa-fé*, derivada de julgados americanos nos quais teria sido decidido que a prova não deve ser excluída quando o policial a tiver obtido de boa-fé ou por erro escusável; as *causas remotas, atenuadas ou descontaminadas*, nos casos em que há um lapso temporal muito grande entre a violação da garantia e a obtenção da prova ou por fato posterior descontaminador, como a hipótese de o investigado se tornar colaborador; e a *contraprova*, na hipótese em que a prova ilícita tiver por finalidade tão somente refutar álibi, fazer contraprova de fato inverídico deduzido pela defesa ou demonstrar falsidade de prova por ela produzida.

O sítio eletrônico de divulgação das 10 medidas também disponibiliza um *artigo de especialista* acerca desse tema. Trata-se de um texto³¹ escrito por um membro do Ministério Público e que, sobretudo, enfrenta as críticas ao projeto publicadas em um artigo escrito por Gustavo Badaró (2015, p. 17-18). Em resumo, o texto do *especialista* reafirma

30. Há apenas a indicação do título da tese (*A seletividade penal na utilização abusiva do “habeas corpus” dos crimes do colarinho-branco*) sem referências mais detalhadas.

31. Assim como os demais, o texto, de autoria de Helio Telho Correa Filho e intitulado “#DezMedidas: Excludentes de ilicitude da prova”, está disponibilizado no sítio eletrônico das 10 medidas (disponível em: [https://dezmedidas.mpf.mp.br/apresentacao/artigos/nulidades-helio-telho-excludentes-de-ilicitude-da-prova-3a-ed.pdf]. Acesso em: 05.01.2021) e aparentemente não foi publicado em nenhuma revista especializada.

SZESZ, André. O discurso de combate à corrupção: análise por uma perspectiva dos estudos de Eugenio Raúl Zaffaroni. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 184. ano 29. p. 217-243. São Paulo: Ed. RT, outubro 2021.

a idoneidade dos argumentos apresentados na *justificativa*, especialmente de que teria havido certa deturpação na importação das normas americanas para o direito brasileiro, já que essas normas não teriam sido criadas para a proteção de direitos dos cidadãos, mas para dissuadir agentes policiais de violarem esses direitos. O artigo sustenta que o atual conceito de prova ilícita do ordenamento jurídico brasileiro seria inseguro e daria margem para a seletividade. Sustenta, também, que se a vedação às provas ilícitas não é absoluta, já que o réu pode as produzir em sua defesa, então seria legítimo que o Estado também as produzisse para *se defender* e defender a administração da Justiça. Argumenta, ainda, que o receio de interpretações arbitrárias dos dispositivos legais propostos não tem base concreta pois “quem fará a interpretação são os nossos tribunais, que não têm tradição de aviltar garantias constitucionais, muito ao contrário”.

Pois bem.

Em primeiro lugar, novamente é preciso destacar a natureza da proposta: a restrição de direitos fundamentais, e conseqüentemente ampliação do exercício do poder punitivo estatal, na medida em que se pretendia permitir o uso, para fundamentar sentenças condenatórias, de provas que seriam consideradas ilícitas dentro do sistema hoje vigente.

Em segundo lugar, também aqui se verifica uma ideia implícita da infalibilidade dos órgãos de acusação. Isso porque ao fazer referência a processos penais que sofreram anulação em razão do uso de prova ilícita, o discurso não reconhece como um problema o fato de que os agentes públicos agiram de forma reconhecida como ilegal nesses casos. Ao contrário, o discurso sugere que o problema é o conflito dessas ações com a lei penal vigente. Ou seja, mesmo quando as ações dos órgãos de acusação são reconhecidas como ilegais pelo Judiciário, elas estariam certas, porque praticadas com *boa-fé* – *a pretensão de combater a corrupção*.

Em terceiro lugar, o discurso parece implicitamente contar com uma inversão do ônus da prova da ausência de *boa-fé* do agente público. De fato, há uma presunção de legitimidade sobre os atos dos agentes públicos, a qual também sugere uma ação, em regra, de *boa-fé*. Parece uma consequência lógica, embora jamais expressa, que, nos processos concretos, caberia à defesa comprovar a *má-fé* do agente público.

Em quarto lugar, embora a proposta esteja no pacote de medidas contra a corrupção, as *justificativas* abertamente se referiam, por diversas vezes, a *crimes do colarinho branco*. O próprio discurso, portanto, já indica que as medidas não são voltadas exclusivamente para o crime de corrupção. De fato, as medidas teriam aplicabilidade para todos os crimes previstos no ordenamento jurídico.

Em resumo, a pretexto de combater a corrupção, a proposta pretendia ampliar o rol de ações que flexibilizam direitos fundamentais, praticadas por agentes públicos e contra quaisquer cidadãos, com fundamento na suspeita da prática de qualquer crime. Isso certamente incluiria ações ilegais acerca das quais não se pudesse provar a *má-fé* do agente que a praticou.

5. SOBRE O COMBATE À CORRUPÇÃO

Parece claro que a corrupção é um sério problema, que prejudica o desenvolvimento do país não apenas em sentido social e econômico, mas também do ponto de vista ético. E igualmente parece claro que é legítima e louvável a pretensão de se tomar medidas para se minimizar esse problema.

Todavia, todas as ações estatais devem ser tomadas levando em consideração sua real capacidade de atingir os objetivos pretendidos, bem como os seus efeitos colaterais. Por isso, são fundamentais as questões “os meios que estamos propondo são realmente eficazes para se combater a corrupção?” e “quais são os efeitos colaterais dessas medidas que tomamos com o fim de combater a corrupção?”.

Nesse ponto, observamos, na esteira das advertências de Zaffaroni, o perigo dos discursos que prometem a salvação, mas a preço de graves restrições de direitos fundamentais. A uma, porque o poder punitivo jamais se mostrou capaz de resolver problema social de qualquer ordem e não há nada que nos permita concluir que será diferente neste caso³². A duas, porque as restrições de direitos fundamentais a pretexto do combate a um mal específico permitem uma ampliação da punição de forma generalizada – preço pago por todos os cidadãos.

Infelizmente, esse perigo é justamente o que se viu no discurso de combate à corrupção através das *10 medidas contra a corrupção*. Tratou-se de uma pretensão de reforma na lei penal e processual penal proposta exclusivamente com base na perspectiva da acusação e que, a pretexto de erradicar o mal da corrupção, tinha como objetivo direto o fortalecimento do Ministério Público. Em outras palavras, o combate à corrupção proposto nada mais era do que o fortalecimento do próprio Ministério Público e, consequentemente, a ampliação do poder punitivo.

Há, em todo esse discurso, uma implícita ideia de infalibilidade dos órgãos de investigação, que sempre agiriam de boa fé e, mesmo quando erram, seus erros seriam favoráveis ao objetivo de se combater a corrupção. Por isso, o discurso não cogitava o prejuízo social decorrente de um poder punitivo cada vez maior.

Esse discurso, de fato, não é novo. A estrutura discursiva se mostra a mesma já vista no *Malleus Maleficarum*, conforme se buscou demonstrar ao longo deste texto, e em tantas outras subsequentes promessas de salvação através do poder punitivo³³. Em síntese o discurso identifica a corrupção como uma emergência, argumenta que essa corrupção seria a causa fundamental de graves problemas sociais e econômicos, associa esse

32. Vida nota de rodapé 8.

33. Um exemplo recente, e que se assemelha muito ao discurso de combate à corrupção aqui discutido, é aquele vinculado à chamada “Operação Mãos Limpas”, que ocorreu na Itália nos anos 90. Assim como aqui, lá o discurso de combate a corrupção provocou alterações legislativas que restringiram severamente direitos fundamentais. Para uma análise dessa questão, cf. ORLANDI, 2016, p. 378-405.

SZESZ, André. O discurso de combate à corrupção: análise por uma perspectiva dos estudos de Eugenio Raúl Zaffaroni. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 184. ano 29. p. 217-243. São Paulo: Ed. RT, outubro 2021.

mal a um grupo de funcionários públicos corruptos e seus aliados, que, no entanto, seriam dificilmente identificáveis e por isso todos os cidadãos poderiam ser corruptos em potencial. Como solução, o discurso propõe medidas que fortalecem poderes do Ministério Público, criam imensos espaços cinzentos de discricionariedade e restringem direitos fundamentais, notadamente os direitos de defesa, e que seriam aplicáveis a todos os crimes, não apenas aos delitos de corrupção. Ou seja, a pretexto de se combater a corrupção, foi proposto um maior controle penal de toda a população em relação a todos os crimes.

As 10 medidas foram um esforço estratégico fracassado de procuradores da república, especialmente os atuantes na Força-tarefa da Operação Lava-Jato, para aumentar os poderes do MPF pela via legislativa. Mas é importante lembrar que essa mesma Força-tarefa, que sempre atuou com o discurso de combate à corrupção, obteve mais êxitos em outras frentes, especialmente em duas delas: na jurisprudência, que validou o uso *estratégico* de medidas especialmente invasivas (como conduções coercitivas, prisões preventivas, buscas e apreensões, entre outras) e de controversas “inovações” processuais, que apenas eventualmente foram moderadas pelas demais instâncias; e na desestabilização do Poder Executivo, com ações, posteriormente reconhecidas como ilegais, que contribuíram diretamente para o impeachment de Dilma Rousseff, para o enfraquecimento do governo de Michel Temer e, sobretudo, para a eleição de Jair Bolsonaro, o candidato preferido dos procuradores da Força-tarefa naquele momento (AZEVEDO, 2019). A mesma Força-tarefa tentou em diversas oportunidades – a mais conhecida delas ficou pejorativamente conhecida como “Fundação Lava Jato” – administrar segundo seus próprios juízos de conveniência recursos bilionários obtidos a partir de acordos penais, também a pretexto de desenvolver projetos de combate à corrupção (RICOBOM, 2021, 129-137). Uma relevante análise das ações estratégicas nessa Operação pode ser encontrada na obra de Fabiana Alves Rodrigues, intitulada “Lava Jato: Aprendizado institucional e ação estratégica na Justiça”.

Como já destacado, não é nossa pretensão realizar análise de todo o conjunto dessa Operação. Porém, é importante destacar que diversos fatores levam à conclusão, inclusive reconhecida pelo STF especificamente em relação a processos envolvendo o ex-presidente Lula, de um direcionamento político da Operação e da atuação do então juiz Sérgio Moro³⁴. Esses fatores sugerem que o discurso de combate à corrupção foi de fato

34. A atuação do então juiz Sérgio Moro na Operação Lava Jato já vinha sendo apontada como parcial por parte da doutrina há bastante tempo (e.g. CARVALHO; FERREIRA, 2017, p. 440; AMADEUS, 2017), mas apenas foi reconhecida pelo STF em 2021, e especificamente em relação aos processos envolvendo o ex-presidente Luís Inácio Lula da Silva, através do julgamento do HC 164493/PR pela 2ª Turma. Entre os fatores indicados pela Suprema Corte para atestar o direcionamento político da atuação de Moro, estão a divulgação seletiva de trecho de interceptação telefônica reconhecida como ilegal envolvendo a então presidente Dilma Rousseff e o ex-presidente Luís Inácio Lula da Silva; a estratégia retirada de sigilo de depoimentos de colaboração premiada de Antonio Palocci às vésperas da eleição presidencial; e a aceitação, pelo então juiz, do cargo de

SZESZ, André. O discurso de combate à corrupção: análise por uma perspectiva dos estudos de Eugenio Raúl Zaffaroni. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 184. ano 29. p. 217-243. São Paulo: Ed. RT, outubro 2021.

uma retórica para o exercício de um poder que, em verdade, tinha por finalidade a realização de um projeto político idiossincrático não declarado. Isso também confirma a hipótese por nós apresentada.

Enfim, as experiências problemáticas das “10 medidas” e da “Operação Lava-Jato” não significam, por outro lado, que nenhuma reforma na lei penal com a finalidade de tornar a Justiça penal mais eficaz seja possível, muito menos que o fortalecimento dos órgãos de investigação e de acusação não seja importante para a democracia brasileira. Pelo contrário. Mas para tanto, é necessário que propostas legislativas como aquelas aqui discutidas sejam fruto de um debate ponderado, que considere tanto a real operatividade do poder punitivo quanto as consequências de sua ampliação, de forma a se evitar reformas meramente simbólicas, que produzem um ganho político aos que as promovem, em razão da aparência de que algo está sendo feito, mas mantém intacto o problema que supostamente pretenderia resolver. Evita-se, do mesmo modo, reformas com finalidades não declaradas.

Por isso, todo discurso que promete combater a corrupção ou acabar com qualquer outro mal social, mas coloca como preço a restrição generalizada de direitos fundamentais, deve ser tomado com cautela.

Zaffaroni (2001, § 28) nos chama à razão: como penalistas, devemos ter consciência das limitações do poder punitivo. Podemos não saber qual é a solução para o problema da corrupção – *uma questão política e socioeconômica, que não admite soluções jurídicas simplistas* –, mas sabemos precisamente qual *não* é a solução: a ampliação irracional do poder punitivo. Nas palavras de nosso grande mestre argentino (2001, § 30), esta é uma questão para um sábio, não para um penalista: “precisamos un nuevo Castro Alves. Yo no soy Castro Alves.”

6. CONCLUSÕES

Em reação a grandes casos de corrupção que foram deflagrados nas últimas duas décadas, apareceram no cenário político-jurídico fortes discursos de combate à corrupção. Alguns deles com tom messiânico e com promessas supostamente inéditas de soluções concretas fáceis e rápidas, mas sempre sem esclarecer a qual preço. As “10 medidas contra a corrupção” defendidas pelo MPF são um exemplo desses discursos.

No entanto, ao se analisar detidamente as propostas das “10 medidas” conjuntamente com todo o arcabouço utilizado em sua defesa, a hipótese lançada no início deste texto

Ministro da Justiça do Presidente, que foi diretamente beneficiado pelas ações da Operação. Ainda que exista controvérsia quanto ao seu uso como prova em juízo, são documentos que tornam evidente a existência desse direcionamento político os vazamentos de conversas entre procuradores da república e o então Juiz Sérgio Moro, divulgados primeiramente pelo jornal *the intercept* (GREENWALD; REED; DEMORI, 2019) e que atualmente são objeto da Operação Spoofing, que denotaram a atuação orquestrada entre juiz e procuradores, bem como suas predileções políticas.

se mostra confirmada. Esse discurso repete um mesmo arquétipo que há séculos se renova no Direito Penal, com a seguinte estrutura: identifica uma emergência (corrupção); argumenta que essa emergência seria um mal capaz de destruir a sociedade (corrupção como causa fundamental de graves problemas sociais e econômicos); associa esse mal a um grupo de pessoas (os corruptos) que, todavia, parecem-se com toda a população (todos são corruptos em potencial); e, por isso, demanda um aumento do poder punitivo (medidas fortalecem poderes do Ministério Público e restringem direitos fundamentais, notadamente os direitos de defesa) para um maior controle penal de toda a população (medidas seriam aplicáveis a todos os crimes, não apenas à corrupção). Esse arquétipo sempre se vale da emergência como um pretexto para um aumento de um poder que se pretende exercer para outra finalidade.

Diante desse cenário, faz-se um apelo à razão para que não se caia no encanto da sereia: o genuíno combate à corrupção é evidentemente importante e necessário, porém, é preciso se atentar para os casos – que infelizmente têm ocorrido inclusive nos tribunais – em que o apelo a esse combate se dá como uma retórica moralista que invoca um suposto “bem maior” que validaria tudo para, em verdade, realizar-se a defesa de restrições de direitos fundamentais ou mesmo de interpretações tendenciosas da lei que atendem a anseios políticos pontuais não declarados.

7. REFERÊNCIAS

- AFFONSO, Julia; COUTINHO, Mateus; BRANDT, Ricardo; MACEDO, Fausto. Força-tarefa da Lava Jato ameaça renunciar após Câmara mudar medidas contra a corrupção. *Estadão*. Blog Fausto Macedo, 30 nov. 2016. Disponível em: [<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/forca-tarefa-da-lava-jato-fala-em-renuncia-coletiva-caso-novo-projeto-anticorruptao-seja-sancionado-por-temer/>]. Acesso em: 05.01.2021.
- AMADEUS, Djefferson. Moro finge que não está fingindo que está fingindo que prenderá Lula. *Revista Consultor Jurídico*, 18 abr. 2017. Disponível em: [www.conjur.com.br/2017-abr-18/moro-finge-nao-fingindo-fingindo-prendera-lula – author]. Acesso em: 04.05.2021.
- AZEVEDO, Reinaldo. Ex-chefão da Lava Jato agora admite: Bolsonaro era o candidato da operação. *UOL Notícias*. Blog Reinaldo Azevedo, 26 ago. 2019. Disponível em: [<https://reinaldoazevedo.blogosfera.uol.com.br/2019/08/26/ex-chefao-da-lava-jato-agora-admite-bolsonaro-era-o-candidato-da-operacao/>]. Acesso em: 04.05.2021.
- BADARÓ, Gustavo. As propostas de alteração do regime de prova ilícita no Processo Penal. *Boletim IBCCrim*, n. 277, 2015.
- BENITES, Afonso. Joaquim Barbosa, o quase candidato que desistiu antes da largada. *El País*. 09 mai. 18. Disponível em: [<https://brasil.elpais.com>].

- com/brasil/2018/05/09/politica/1525818751_385926.html]. Acesso em: 05.01.2021.
- CALABRICH, Bruno. *Teste de integridade: aplicação, críticas e constitucionalidade*. Disponível em: [www.dezmedidas.mpf.mp.br/apresentacao/artigos/teste-de-integridade-bruno-calabrich.pdf/view]. Acesso em: 05.01.2021.
- CAMPANHA '10 medidas contra a corrupção' recebe 2 milhões de assinaturas. *UOL*, 29 mar. 2016. Disponível em: [https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2016/03/29/congresso-recebe-2-milhoes-de-assinaturas-portfolio-medidas-contra-corruptao.htm]. Acesso em: 05.01.2021.
- CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de; FERREIRA, Alex Daniel Barreto. Um café entre Moro e Ferrajoli: a Operação Lava-Jato vista sob a perspectiva do sistema de garantias. *Rev. Fac. Direito UFMG*, Belo Horizonte, 2017. p. 421-442.
- CORRÊA FILHO, Helio Telho. #Dezmedidas: excludente de ilicitude da prova. Disponível em: [https://dezmedidas.mpf.mp.br/apresentacao/artigos/nulidades-helio-telho-excludentes-de-ilicitude-da-prova-3a-ed.pdf]. Acesso em: 05.01.2021.
- DALLAGNOL, Deltan. *A luta contra a corrupção: a Lava Jato e o futuro de um país marcado pela impunidade*. Rio de Janeiro: Primeira Pessoa, 2017.
- GARÓFALO, Rafael. *Criminología*. Trad.: Pedro Dorado Montero. Florida: Valleda Ediciones, 2007.
- GREENWALD, Glenn; REED, Besty; DEMORI, Leandro. Como e por que o intercept está publicando chats privados sobre a Lava Jato e Sergio Moro. *The Intercept Brasil*, 09 jun. 2019. Disponível em: [https://theintercept.com/2019/06/09/editorial-chats-telegram-lava-jato-moro/]. Acesso em: 04.05.2021.
- GUIMARÃES, Bernardo. GONÇALVES, Carlos Eduardo. *Introdução à economia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.
- HERÓI ou vilão? À frente da Lava Jato, Sérgio Moro divide opiniões no Brasil – De onde veio, quem é e o que pensa juiz que tem tirado o sono dos políticos. *G1. Fantástico*, 20 mar. 2016. Disponível em: [http://g1.globo.com/fantastico/noticia/2016/03/heroi-ou-vilao-frente-da-lava-jato-sergio-moro-divide-opinies-no-brasil.html]. Acesso em: 05.01.2021.
- JÔ Soares entrevista o Procurador de Justiça Deltan Dallagnol. *Gshow*. 02 ago. 2016. Disponível em: [http://gshow.globo.com/programas/programa-do-jo/episodio/2016/08/02/jo-soares-entrevista-o-procurador-de-justica-deltan-dallagnol.html]. Acesso em: 05.01.2021.
- JOAQUIM Barbosa aparece como nome viável em pesquisa. *O Estado de São Paulo*, 20 abr. 2017. Disponível em: [http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,-joaquim-barbosa-aparece-como-nome-viavel-em-pesquisa,70001745217]. Acesso em: 05.01.2021.

- KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. *O martelo das feitiças*. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 2004.
- LEITÃO, Miriam. Câmara ameaça o Judiciário por causa da Lava-Jato. *O Globo*, Blog Miriam Leitão, 30 nov. 2016. Disponível em: [<http://blogs.oglobo.globo.com/miriam-leitao/post/camara-tenta-ameaca-o-judiciario-por-causa-da-lava-jato.html>]. Acesso em: 05.01.2021.
- O POWERPOINT roubou a cena durante a coletiva da Lava Jato sobre denúncia contra Lula. *VejaSP*, 14 set 2016. Disponível em: [<https://vejasp.abril.com.br/blog/pop/o-powerpoint-roubou-a-cena-durante-a-coletiva-da-lava-jato-sobre-denuncia-contralula/>]. Acesso em: 05.01.2021.
- ORLANDI, Renzo. “Operazione Mani Pulite” e seu contexto político, jurídico e constitucional. Trad.: Marco Aurelio Nunes da Silveira. Constituição, Economia e Desenvolvimento: *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, v. 8, n. 15, jul.-dez. 2016.
- PAUPERIO, Leonardo Tocchetto. *Recursos penais e impunidade no Brasil*. Disponível em: [www.dezmedidas.mpf.mp.br/apresentacao/artigos/recursos-leo-pauperio-recursos-penais-e-impunidade-no-brasil.pdf/view]. Acesso em: 05.01.2021.
- PIERRY, Flávia. Joaquim Barbosa é o ‘justiceiro’ do mensalão nas redes sociais. *O Globo*. 7 set. 2012. Disponível em: [<https://oglobo.globo.com/brasil/joachim-barbosa-o-justiceiro-nas-redes-sociais-6024965>]. Acesso em: 05.01.2021.
- PROCURADOR preso nesta quinta foi à Câmara defender pacote ‘anticorrupção’ do MPF. *Revista Consultor Jurídico*, 18 mai. 2017. Disponível em: [www.conjur.com.br/2017-mai-18/procurador-preso-foi-camara-defender-pacote-anticorrupcao-mpf]. Acesso em: 05.01.2021.
- RICOBOM, Gisele. Fundação Lava Jato e as Estratégias de Ampliação do Poder Político do Ministério Público Federal. In: STRECK, Lenio Luiz; PRONER, Carol; CARVALHO, Marco Aurélio de; SANTOS, Fabiano Silva dos (Org.). *Livro das parcialidades*. Rio de Janeiro: Telha, 2021.
- ROCHA, Graciliano. Nove procuradores compõem força-tarefa que destrincha a Lava Jato. *Folha de São Paulo*. Poder, 05 abr. 2015. Disponível em: [www1.folha.uol.com.br/poder/2015/04/1612392-nove-procuradores-compoem-forca-tarefa-que-destrincha-a-lava-jato.shtml]. Acesso em: 05.01.2021.
- RODRIGUES, Fabiana Alves. *Lava Jato: Aprendizado institucional e ação estratégica na Justiça*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2020. Edição do Kindle.
- RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. Trad. Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Revan, 2004.
- SÉRGIO Moro vira boneco de super herói de capa e cobra na mão. *Bem Paraná*, 13 set. 2017. Disponível em: [www.bemparana.com.br/noticia/525757/sergio-moro-vira-boneco-de-super-heroi-de-capa-e-cobra-na-mao]. Acesso em: 05.01.2021.

- STRECK, Lênio Luiz. Pela primeira vez, Supremo reconhece a parcialidade de Moro. Em *Revista Consultor Jurídico*, 05 jan. 2021. Disponível em: [www.conjur.com.br/2021-jan-05/streck-primeira-vez-stf-reconhece-parcialidade-moro?utm_source=dlvr.it&utm_medium=twitter]. Acesso em: 05.01.2021.
- VIEGAS, Rafael Rodrigues; XAVIER, Lucas Busani. The Political Use of Twitter by the Federal Prosecution Service in Brazil. *IAPSS World Congress: Democracy, Identity, and Power*. 2021. Disponível em: [www.researchgate.net/publication/351563884_The_Political_Use_of_Twitter_by_the_Federal_Prosecution_Service_in_Brazil]. Acesso em: 05.01.2021.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. BATISTA, Nilo. ALAGIA, Alejandro. SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro I*. Rio de Janeiro, Revan, 2003.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Origen e Evolución del discurso critico en el Derecho Penal*. Buenos Aires: Ediar, 2004.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Trad.: Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La función reductora del derecho penal ante un estado de derecho amenazado (o la lógica del carnicero responsable). Trad. Juan Manuel Fernández Buzzi, 2001. Disponível em: [https://ar.ijeditores.com/articulos.php?idarticulo=42173&print=1]. Acesso em: 05.01.2021.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- A responsabilização de administradores de s.a. de capital aberto pela CVM no caso de envolvimento em atos de corrupção, de Isabel Mazoni Andrade e André Castro Carvalho – *RDB* 89/15-32;
- As alterações interpretativas dos tribunais superiores acerca do delito de corrupção passiva e a (des)necessidade do ato de ofício para sua configuração, Beatriz Daguer e Giovanna Capobianco Chineze – *RDPEC* 6/33-62; e
- Mecanismos de fortalecimento e proteção ao denunciante no crime de corrupção dentro do ambiente corporativo (whistleblowing), de Elton Nunes José Alves – *RT* 1018/147-170.

O FLUXO DOS HOMICÍDIOS NO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL DO DISTRITO FEDERAL

THE FLUX OF HOMICIDES IN THE CRIMINAL JUSTICE SYSTEM OF THE FEDERAL DISTRICT

BRUNO AMARAL MACHADO

Master Europeu do Programa Sistema Penal e Problemas Sociais (2004) e Doutor em Direito (Sociologia Jurídico-penal) pela Universidade de Barcelona (2005). Estágio de pós-doutorado no Departamento de Sociologia da Universidade de Brasília, com estâncias de pesquisa em Fordham e John Jay, em 2011. Entre 2007 e 2012 foi professor do Programa de Doutorado em Ciências Penais da Universidade de San Carlos (Guatemala). Entre 2010 e 2011 foi membro auxiliar do Conselho Nacional do Ministério Público. Professor da graduação e dos Programas de Mestrado e Doutorado em Direito do Uniceub. Professor da FESMPDFT (Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios). Professor colaborador da Escola Superior do MPU (Ministério Público da União) e do IDP (Instituto Brasiliense de Direito Público). Pesquisador associado do Nevis (Núcleo de Estudos da Violência – Departamento de Sociologia da UNB). Promotor de Justiça do MPDFT (1993). Tem experiência nas seguintes áreas: história do pensamento criminológico, teoria criminológica, teoria sistêmica, teoria organizacional aplicada ao sistema de justiça, história do direito penal, sociologia do direito, sociologia do campo jurídico-penal, metodologia e técnicas de pesquisa sociojurídica e política criminal.

ORCID: [<http://orcid.org/0000-0002-7425-7066>].

Lattes: [<http://lattes.cnpq.br/6719883195099829>].

brunoamachado@hotmail.com

PAULO ROGÉRIO SANTOS GIORDANO

Mestre em Direito. Diretor Geral e Professor de Pós-Graduação da Escola da Magistratura do Distrito Federal. Professor da Escola de Formação Judiciária Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro. Mestre em Direito pelo UNICEUB – Centro Universitário de Brasília (2020). Juiz de Direito Titular do Tribunal do Júri de Brasília (TJDFT).

ORCID: [<https://orcid.org/0000-0002-7657-2713>].

Lattes: [<http://lattes.cnpq.br/8623849823666571>].

paulorsgiordano@gmail.com

Recebido em: 08.03.2021

Aprovado em: 20.07.2021

Última versão dos autores: 04.08.2021

ÁREAS DO DIREITO: Penal; Processual

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo analisar o fluxo dos homicídios consumados pelo sistema de justiça criminal do Distrito Federal. Indaga-se como atuam as organizações que integram o sistema de justiça criminal na investigação, persecução penal e julgamento das mortes violentas no Distrito Federal. A metodologia utilizada consistiu na análise de dados obtidos com pesquisa de campo, em que foram examinados integralmente todos os processos penais de casos de homicídios consumados julgados nas 16 (dezesesseis) varas, com competência exclusiva ou cumulada para processamento e julgamento dos crimes dolosos contra a vida, das circunscrições judiciárias da Justiça do Distrito Federal e Territórios em 2018. Os resultados obtidos a respeito do desempenho das instituições locais, comparativamente com outras unidades da federação, sugerem melhor desempenho, embora necessitem de ajustes para dar mais celeridade na persecução penal.

PALAVRAS-CHAVE: Sistema de Justiça Criminal – Homicídios – Segurança Pública – Análise do fluxo.

ABSTRACT: The article analyses the flux of the homicides in the criminal justice system of the Federal District. It intends to respond how do the organizations that compose the criminal justice system act on the investigation, criminal prosecution and trial of violent deaths in the Federal District? The adopted methodology consisted of the analysis of data collected on the field research. A full examination was carried out with all criminal cases of tried murders on the 16 (sixteen) courts having reserved or cumulative competence to take legal action and try intentional crimes against life of the judicial districts of the Federal District Justice and Territories in 2018. The obtained results regarding the performance of local institutions suggest better performance compared to similar ones from other units of the federation. However, they still need some adjustments which might make them faster at dealing with the criminal prosecution.

KEYWORDS: Criminal Justice System – Homicides – Public security – Flux Analysis.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Obtenção dos dados e técnicas de pesquisa. 3. Os homicídios no sistema de justiça do Distrito Federal. 4. A atuação das organizações do sistema de justiça criminal no Distrito Federal. 4.1. A atuação da Polícia Civil do Distrito Federal. 4.2. A atuação do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. 4.3. A atuação do Judiciário. 5. Conclusões. 6. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Estudos no campo da segurança pública¹ dedicam cada vez mais atenção para as mortes violentas no Brasil. Uma das frentes de pesquisa é a análise do fluxo do sistema

1. Conferir estudos pioneiros de Coelho, relevantes na construção do campo de estudo: COELHO, E. C. Sobre sociólogos, pobreza e crime. *DADOS – Revista de Ciências Sociais*, v. 23, n. 3, p. 377-383, 1980. COELHO, E. C. A administração da justiça criminal no Rio de Janeiro: 1942-1967. *DADOS – Revista de Ciências Sociais*, v. 29, n. 1, p. 61-81, 1986. COELHO, E. C. A Criminalidade Urbana Violenta. *DADOS – Revista de Ciências Sociais*, v. 31, n. 2, p. 145-183, 1988. COELHO, E. C. *A ecologia do crime na Guanabara*. Rio de Janeiro: Comissão de Justiça e Paz/Educam, 1978b.

MACHADO, Bruno Amaral; GIORDANO, Paulo Rogério Santos. O fluxo dos homicídios no sistema de justiça criminal do Distrito Federal.

Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 184. ano 29. p. 245-276. São Paulo: Ed. RT, outubro 2021.

de justiça, na medida em que evidenciam os distintos gargalos na atuação de distintas organizações, o que revela dificuldades locais para atuação, distintos critérios na definição de prioridades e definição jurídica dos fatos.² Alguns dos achados dos estudos do fluxo dos homicídios pelo sistema de justiça criminal sugerem entraves e deficiências na atuação de distintas organizações do sistema de justiça. Além da reduzida capacidade de responder às demandas, com pequena porcentagem de casos que ultrapassam todas as fases entre o registro policial e a sentença criminal, as organizações envolvidas apresentariam problemas estruturais e organizacionais que redundariam em produto final de má qualidade e moroso³.

A disparidade na produção estatística é um desafio para a pesquisa de campo. Dados oficiais do Sistema de Informações sobre Mortalidade do Ministério da Saúde (SIM/MS), nos anos de 2017 e 2018, indicam, respectivamente, 65.602 (taxa de 31,6 mortes por cem mil habitantes) e 57.956 (taxa de 27,8 mortes por cem mil habitantes) mortes de pessoas causadas por agressão intencional no Brasil⁴. De outro lado, os dados do Anuário Brasi-

-
- COELHO, E. C. A marginalização da criminalidade e a criminalização da marginalidade. *Revista de Administração Pública*, v. 12, n. 2, p. 139-161, 1978a. Mais recentemente, a fim de mapear transformações relevantes na agenda: LIMA, R. S. et al. *Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2018*. Brasília: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 12ª Edição 2018. Relatório de pesquisa. Disponível em: [<https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/03/Anuario-Brasileiro-de-Seguran%C3%A7a-P%C3%BAblica-2018.pdf>]. Acesso em: 05.11.2019. LIMA, R. S.; BUENO, S.; MINGARDI, G. Estado, polícias e segurança pública no Brasil. *Revista Direito GV*, v. 12, n. 1, p. 49-85, 2016. LIMA, R. S.; SINHORETTO, J.; BUENO, S. A gestão da vida e da segurança pública no Brasil. *Sociedade e Estado*, v. 30, n. 1, p. 123-144, 2015. Para uma análise crítica sobre causas e efeitos da intervenção penal, ver AZEVEDO, R. G. Justiça penal e segurança pública no Brasil: causas e consequências da demanda punitiva. *Revista Brasileira de Segurança Pública*, v. 3, n. 1, 2009.
2. COSTA, A. T. M. A (in)efetividade da justiça criminal brasileira. Uma análise do fluxo de justiça dos homicídios no Distrito Federal. *Civitas - Revista de Ciências Sociais*, v. 15, n. 1, p. 11-26, 2015. RIBEIRO, L. A produção decisória do sistema de justiça criminal para o crime de homicídio: análise dos dados do estado de São Paulo entre 1991 e 1998. *DADOS – Revista de Ciências Sociais*, v. 53, n. 1, p. 159-194, 2010. RIBEIRO, L. O tempo da justiça criminal brasileira. *Coleção Segurança com Cidadania*, v. 3, n. 1, p. 37-67, 2009. CANO, I.; DUARTE, T. L. *A Mensuração da Impunidade no Sistema de Justiça Criminal do Rio de Janeiro*. Segurança, Justiça e Cidadania: Pesquisas Aplicadas em Segurança Pública, Ano II, n. 04, p. 09-44, 2010. VARGAS, J. D.; MAGALHÃES, I. B.; RIBEIRO, L. M. L. Tempo da justiça: metodologia de tratamento do tempo e da morosidade processual na Justiça Criminal. *Segurança, Justiça e Cidadania*, p. 45-72, 2003.
 3. Há extensa literatura sobre o tema. Para uma revisão dos estudos pioneiros e recentes que se valem da técnica, conferir OLIVEIRA, Marcus Vinicius Berno N. de; MACHADO, Bruno Amaral. O fluxo do sistema de justiça como técnica de pesquisa no campo da segurança pública. *Direito & Práxis*, Rio de Janeiro, vol. 9, n. 2, 2018, p. 781-809.
 4. CERQUEIRA, D. et al. *Atlas da Violência 2020*. Brasília: Rio de Janeiro: São Paulo: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada; Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2020. Relatório Institucional. Disponível em: [www.ipea.gov.br/atlasviolencia/arquivos/downloads/8733-atlastdexpress-versaofinal-2.pdf]. Acesso em: 08.09.2020. Conforme explicado no Atlas da Violência, a definição

leiro de Segurança Pública – que se trata de uma compilação de informações fornecidas pelas secretarias estaduais de segurança pública pelo Tesouro Nacional, pelas polícias civis, militares e federal, entre outras fontes oficiais da Segurança Pública – documentam 63.895 mortes violentas intencionais (MVI)⁵ em 2017, o que corresponde a uma taxa de 30,77 por cem mil habitantes.

As diferenças não são irrelevantes. Ambos os sistemas de informação consideram as mortes violentas tipificadas como homicídios e também outros crimes. Contudo, deve-se considerar que os dados são obtidos de formas diferentes, pois o Sistema de Informações sobre Mortalidade, do Ministério da Saúde (SIM/MS), registra o óbito segundo o local onde ocorreu, e as fontes oficiais da Segurança Pública registram a morte vinculando-a ao local do fato que a desencadeou. De qualquer forma, há que se reconhecer que a violência letal é um dos graves problemas sociais no Brasil.

Além da possibilidade de diferença global quantitativa das mortes, como resultado, entre outros, da classificação da ocorrência no momento do registro – uma morte registrada como consequência de uma agressão intencional pelo SIM/MS pode posteriormente ser registrada/classificada como suicídio pelo sistema da Segurança Pública –, ou da diferença nas taxas de notificação, é possível que a ação ou omissão intencional causadora do óbito tenha ocorrido num determinado município e a morte se dê noutro, resultando numa diferença de anotação entre os dois sistemas e eventualmente até mesmo impactando as taxas. A variação pode ainda ser maior quando são acessados diretamente os dados das Secretarias de Segurança Pública, pois nestas circunstâncias é possível verificar não somente o total de mortes violentas intencionais, mas, inclusive, discriminadamente os homicídios praticados na respectiva unidade federativa.⁶

No Distrito Federal, a Secretaria de Segurança Pública registrou, em 2017, incluindo-se as mortes decorrentes de intervenção policial, 502 homicídios consumados, a uma taxa de 16,5 homicídios por cem mil habitantes (em 2018, foram 439 homicídios, taxa de

legal de homicídios não é uniforme quando se analisam as legislações de diversos países, razão pela qual de todo conveniente a adoção do termo homicídio para englobar todas as mortes de pessoas causadas intencionalmente por outra (CID-10, categorias X85-Y09 e Y35-Y36).

5. BUENO, S. et al. *Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2019*. Brasília: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 13ª Edição 2019. Relatório de pesquisa. Disponível em: [www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/10/Anuario-2019-FINAL_21.10.19.pdf]. Acesso em: 05.11.2019. Segundo o Anuário Brasileiro de Segurança Pública (2019, p. 20), a categoria Mortes Violentas Intencionais (MVI) “corresponde à soma das vítimas de homicídio doloso, latrocínio, lesão corporal seguida de morte e mortes decorrentes de intervenções policiais em serviço e fora (em alguns casos, contabilizadas dentro dos homicídios dolosos, conforme notas explicativas). Sendo assim, a categoria MVI representa o total de vítimas de mortes violentas com intencionalidade definida de determinado território. O número de policiais mortos já está contido no total de homicídios dolosos e é aqui apresentado apenas para mensuração do fenômeno”. Ver: [https://forumseguranca.org.br].
6. BRASIL. Secretaria de Segurança Pública. *Série histórica*. Publicado em: 18.11.2017. Atualizado em: 16.03. 2020. Disponível em: [www.ssp.df.gov.br/serie-historica/]. Acesso em: 08.09.2020.

14,1 homicídios por cem mil habitantes e em 2019 foram 402 homicídios a uma taxa de 12,8 por cem mil habitantes), enquanto que o SIM/MS registrou 610 crimes (na verdade, mortes de pessoas causadas por agressão intencional de outras), a uma taxa de 20,1 homicídios consumados por cem mil habitantes, e o sistema adotado pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública e consignado no Anuário Brasileiro indica 554 homicídios (mortes violentas intencionais, MVI) e a taxa de 18,2 mortes por cem mil habitantes.

O objetivo do artigo é a análise do fluxo dos homicídios pelo sistema de justiça do Distrito Federal, segundo dados coletados da inspeção direta de todos os processos judiciais de homicídios consumados, julgados pela Justiça do Distrito Federal no ano de 2018, e outros obtidos, e depois tratados, dos sistemas informatizados da Polícia Civil do Distrito Federal, do MPDFT e do TJDF, referentes aos registros, respectivamente, das ocorrências policiais, denúncias e sentenças judiciais do período entre 2014 e 2018. Assim, a pesquisa orienta-se pela seguinte pergunta: como atuam as organizações que integram o sistema de justiça criminal na investigação, persecução penal e julgamento das mortes violentas no Distrito Federal?

Para a consolidação dos dados foram consideradas as estatísticas oficiais da prática do crime de homicídio, conforme art. 121 e seus parágrafos do Código Penal, incluindo-se o feminicídio, definido como crime de homicídio cometido em circunstâncias especiais⁷. A escolha, exclusivamente, dos homicídios consumados como objeto da pesquisa, deve-se ao fato de que a inclusão também dos homicídios tentados acarretaria base muito grande de dados, o que deve ser objeto de pesquisa futura. Não se pretende, neste momento, avançar análises qualitativas detalhadas sobre as condições de trabalho dos atores e organizações envolvidas, o que supõe investimento futuro a ser enfrentado a partir dos dados obtidos com a pesquisa de campo.

2. OBTENÇÃO DOS DADOS E TÉCNICAS DE PESQUISA

A pesquisa utilizou-se como base empírica os dados oficiais produzidos e disponibilizados pela Secretaria de Segurança Pública do Distrito Federal, pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT) e pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (MPDFT). Os dados propiciados pelas referidas organizações, consolidados na base oficial disponibilizada pelo TJDF, propiciaram o material empírico para análise estatística, base do presente artigo⁸.

Inicialmente, a pesquisa utilizou-se da técnica de análise do fluxo de justiça, com foco nos dados disponibilizados pelo TJDF em relação aos julgamentos dos homicídios consumados no ano de 2018, pela Justiça do Distrito Federal. Na base disponível foram

7. Certamente, a atuação organizacional nos casos de feminicídio abrem janela para pesquisas futuras que não foram objeto de detalhamento neste estudo.

8. RAUPP, R. M. *Relatório de Análise Estatística da Sobre Tribunal do Júri do DF* Brasília, 2020. p. 82.

contemplados os dados referentes às decisões das organizações do sistema de justiça criminal (PCDF – Polícia Civil do DF, MPDFT e TJDF), entre 2014 e 2018, documentadas nos autos dos processos instaurados para apurar a prática dos homicídios consumados.

A base de dados dos processos inspecionados diretamente – visando organizar a coleta dos dados, foi elaborado formulário de anotação de todas as informações processuais de interesse, sendo que pequena parte destas informações é que embasa as conclusões do presente artigo – contempla 372 julgamentos de homicídios consumados realizados no DF no ano de 2018, um total de 453 registros, um para cada réu julgado. Os processos em questão são originários de todas as unidades judiciais com competência para a instrução e julgamento dos crimes dolosos contra a vida, em cada uma das circunscrições judiciárias do Distrito Federal – em 2018 o Distrito Federal estava dividido em 31 (trinta e uma) regiões administrativas⁹, e a Justiça do Distrito Federal contava com 16 (dezesseis) circunscrições judiciárias¹⁰ com atuação regionalizada, cada uma delas atendendo a uma ou mais regiões administrativas.

A segunda parte do relatório, que também integra a base empírica do artigo, considera a evolução das ocorrências de homicídios consumados no Distrito Federal no período 2014/2018, e foi realizada com dados obtidos a partir do acesso à base de dados oficiais da Polícia Civil do Distrito Federal, da Secretaria de Segurança Pública do Distrito Federal, do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN), Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas (IPEA), e área de TI da Corregedoria de Justiça do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT).

No transcorrer do artigo, informações complementares em relação às técnicas utilizadas e ao percurso metodológico serão detalhados, sempre que relevantes para o esclarecimento quanto aos procedimentos utilizados.

3. OS HOMICÍDIOS NO SISTEMA DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL

A fim de descrever o fluxo das mortes violentas no Distrito Federal período 2014/2018, em consulta ao sítio da SSP/DF¹¹, em 20.05.2020, obteve-se os dados pertinentes ao número de homicídios registrados no Distrito Federal. Os números, compartimentados por região administrativa, estavam armazenados em planilha eletrônica de nome “CVLI-HOMICIDIO-2.xlsx”, sendo alusivos ao período de 2011 a 2019 e baseados na data da

9. Em 2019 foram criadas as regiões administrativas do Sol Nascente/Pôr do Sol (14 de agosto de 2019) e Arniqueira (30 de setembro de 2019) desmembradas, respectivamente, de Ceilândia e Águas Claras.

10. A circunscrição judiciária do Itapoã foi instalada em 21 de fevereiro de 2020, como desmembramento da circunscrição judiciária do Paranoá.

11. BRASIL. Secretaria de Segurança Pública. *Série histórica*. Publicado em: 18.11.2017. Atualizado em: 16.03.2020. Disponível em: [www.ssp.df.gov.br/serie-historica/]. Acesso em: 08.09.2020.

comunicação da ocorrência independentemente delas terem ocorrido naquele mesmo mês – a sistematização das estatísticas, considerando a data do fato ocorrido iniciou-se em 2018, não tendo sido, por isto, utilizadas.

Foram agrupados por circunscrição e estão apresentados na tabela 1. As circunscrições foram discriminadas em dois grupos: as de atribuição exclusiva e as de atribuição acumulada.

Tabela 1 – Homicídios por Circunscrição Judiciária – 2014-2019

Circunscrição	2014	2015	2016	2017	2018	2019
Exclusiva	479	404	328	289	261	266
Brasília	56	55	42	43	45	48
Ceilândia	138	112	93	81	85	76
Paranoá	59	54	54	32	30	41
Planaltina	62	56	63	60	48	42
Samambaia	113	78	48	50	32	43
Taguatinga	51	49	28	23	21	16
Acumulada	214	214	260	213	178	141
Águas Claras	-	-	11	11	11	14
Brazlândia	11	21	19	11	21	2
Gama	56	38	40	38	26	19
Guará	-	15	4	3	5	1
Núcleo Bandeirante	11	8	5	6	4	0
Recanto das Emas	-	-	47	19	22	17
Riacho Fundo	14	10	15	12	11	11
Santa Maria	41	53	36	36	21	21
São Sebastião	44	26	40	31	27	26
Sobradinho	37	43	43	46	30	30
Total	693	618	588	502	439	407

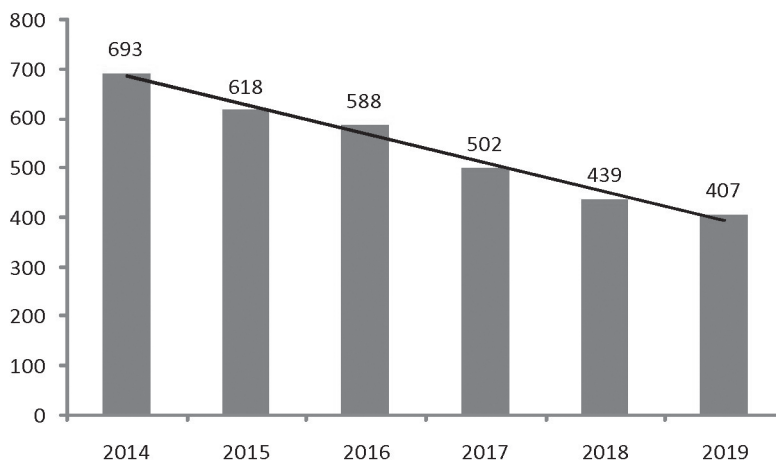
Fonte: elaborado pelo autor (2020).

A Resolução 14 do Pleno do TJDF, de 01.05.2010, criou, entre outras, as circunscrições judiciárias do Guará, Águas Claras e Recanto das Emas, como desmembramento, respectivamente, das circunscrições judiciárias de Brasília, Taguatinga e Samambaia.

O gráfico da figura 1 apresenta a evolução do número de homicídios por ano, a partir dos dados da tabela 1. A análise de regressão do número de homicídios por ano

apresentou coeficiente de determinação $R^2 = 0,985$, o que corresponde a coeficiente de correlação $r = -0,992472$, o que significa correlação negativa, com decréscimo médio de 57 homicídios/ano.

Figura 1 – Evolução dos homicídios



Fonte: elaborado pelo autor (2020).

Ressalte-se que os números se referem exclusivamente a homicídios consumados, incluindo-se as mortes decorrentes de intervenção policial, mas não as mortes resultantes de outros crimes como latrocínio e lesão corporal seguida de morte, conforme consta¹²

12. CERQUEIRA, D. et al. *Atlas da Violência 2019*. Brasília: Rio de Janeiro: São Paulo: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada; Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2019. Relatório Institucional. Disponível em: [www.ipea.gov.br/atlasviolencia/arquivos/downloads/6537-atlas2019.pdf]. Acesso em: 25.05.2020. O IPEA, em parceria com o Fórum Brasileiro de Segurança Pública, publica anualmente o “Atlas da Violência”. Cada edição do Atlas apresenta os dados consolidados com diferença de dois anos entre a data de publicação e a de referência dos dados e, assim, por exemplo, o último Atlas da Violência publicado em junho de 2019 apresenta os dados do ano de 2017. Tais dados têm como fonte os números oficiais do Sistema de Informações sobre Mortalidade, do Ministério da Saúde (SIM/MS), seguindo a definição de “homicídio” estabelecida pelo Protocolo de Bogotá: “o homicídio se define, para o presente propósito, como a morte de uma pessoa causada por uma agressão intencional de outra(s)”, e, assim, são consideradas, inclusive, as mortes por agressão cometidas por agentes públicos no exercício do seu dever profissional, mesmo quando sejam legais, bem como as mortes acontecidas no exercício da legítima defesa por parte de qualquer pessoa. Outra publicação, o Anuário Brasileiro de Segurança Pública, do Fórum Brasileiro de Segurança Pública, opera com o conceito de MVI (Mortes Violentas Intencionais), que corresponde, igualmente, à soma de homicídios, latrocínios, lesões corporais seguidas de morte e mortes decorrentes de intervenção policial.

do Atlas da Violência e do Anuário Brasileiro de Segurança Pública, e se reproduz na tabela 2:

Tabela 2 – Homicídios no DF

	2014	2015	2016	2017	2018
Homicídios (morte intencional causada por outrem) – Atlas da Violência.	843	742	760	610	
MVI (mortes violentas intencionais) Anuário Brasileiro de Segurança Pública.	767	694	659	557	493

Fonte: elaborado pelo autor (2020).

Apesar das divergências entre os números, resultantes da metodologia aplicada para obtê-los, identifica-se a queda das mortes violentas no Distrito Federal, conforme resultados da figura 1 acima.¹³ Contudo, ao cotejar os resultados expressos na tabela 1 com a estimativa da população do Distrito Federal¹⁴, inferem-se faixas diferenciadas de taxas de homicídios. Em 2018, ano de julgamento dos processos pesquisados, a área abrangida pela competência da circunscrição judiciária de Brasília registrava a maior taxa de homicídios por cem mil habitantes (39,22), seguida por Planaltina (27,04), Paranoá (23,48), São Sebastião (23,42), Ceilândia (19,63), Gama (19,62), Sobradinho (19,45), Recanto das Emas (16,91), Santa Maria (16,29), Samambaia (13,74), Taguatinga (10,21), Brasília (10,19), Riacho Fundo (8,65), Núcleo Bandeirante (6,59), Águas Claras (4,83), e Guará, a menos violenta, com taxa de 3,73 homicídios por cem mil habitantes.

O Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (MPDFT), no período entre 2014 e 2018, ofertou denúncias e providenciou a seguinte distribuição de processos referentes a crimes consumados de homicídio (que tiveram ao menos uma incidência penal relativa a esta espécie de crime):

13. Segundo o Anuário Brasileiro de Segurança Pública, entre 2015 e 2016, houve uma queda de 7,0% de crimes violentos letais intencionais no DF; entre 2016 e 2017 queda de 17,2%, e entre 2017 e 2018, outra queda, de 9,6%. Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2019, p. 16-18. Acesso em: 26.06.2020.
14. BRASIL. Companhia de Planejamento do Distrito Federal (CODEPLAN). *Anuário Estatístico do Distrito Federal*. Postado em: 26.04.2018. Atualizado em: 17.02.2020. Disponível em: [www.codeplan.df.gov.br/anuario-estatistico-do-distrito-federal/]. Acesso em: 14.09.2020.

Tabela 3 – Distribuição das ações penais iniciadas relativas a homicídios consumados

Circunscrição	2014	2015	2016	2017	2018	Total
Águas Claras	-	-	4	11	17	32
Brasília	32	39	33	31	35	170
Brazlândia	20	12	6	26	21	85
Ceilândia	68	50	85	58	55	316
Gama	18	18	14	25	17	92
Guará	-	-	4	7	2	13
Núcleo Bandeirante	14	10	4	6	4	38
Paranoá	36	25	25	31	15	132
Planaltina	33	47	38	30	26	174
Recanto das Emas	-	-	21	21	29	71
Riacho Fundo	7	8	9	10	10	44
Samambaia	38	46	24	39	27	174
Santa Maria	47	29	48	21	20	165
São Sebastião	17	15	17	13	26	88
Sobradinho	16	14	13	16	19	78
Taguatinga	23	28	19	22	25	117
Total	369	341	364	367	348	1.789

Fonte: elaborado pelo autor (2020).

A tabela 4 apresenta a ordenação do número de processos relativos a crimes de homicídio consumado concluídos entre 2014 e 2018, num total de 1663 processos distribuídos entre as unidades judiciais.

Tabela 4 – Distribuição dos processos concluídos relativos a homicídios consumados

Circunscrição	2014	2015	2016	2017	2018	Total
Águas Claras	-	-	12	11	15	38
Brasília	8	16	40	32	30	126
Brazlândia	7	10	16	7	7	47
Ceilândia	33	42	47	85	57	264
Gama	21	24	19	11	16	91
Guará	-	10	5	8	10	33

Circunscrição	2014	2015	2016	2017	2018	Total
Núcleo Bandeirante	6	6	5	5	7	29
Paranoá	18	25	32	41	30	146
Planaltina	26	30	27	38	46	167
Recanto das Emas	-	-	36	40	29	105
Riacho Fundo	3	6	12	10	9	40
Samambaia	29	38	26	22	42	157
Santa Maria	24	28	28	28	26	134
São Sebastião	10	19	17	24	14	84
Sobradinho	19	12	18	27	25	101
Taguatinga	13	23	19	22	24	101
Total	217	289	359	411	387	1.663

Fonte: elaborado pelo autor (2020).

Dos 1.663 processos relativos a crimes de homicídio consumado concluídos (tabela 4), houve ao menos um réu condenado em 1.082 deles, o que corresponde a um percentual de 65,1% (tabela 5):

Tabela 5 – Distribuição dos processos concluídos com ao menos um condenado

Circunscrição	2014	2015	2016	2017	2018	Total
Águas Claras	-	-	9	6	11	26
Brasília	6	9	30	26	23	94
Brazlândia	3	8	11	6	3	31
Ceilândia	26	33	36	52	37	184
Gama	12	14	9	9	12	56
Guará	-	7	4	8	7	26
Núcleo Bandeirante	3	3	3	3	3	15
Paranoá	11	14	16	13	17	71
Planaltina	8	21	10	18	29	86
Recanto das Emas	-	-	27	27	23	77
Riacho Fundo	-	6	8	7	7	28
Samambaia	19	22	16	15	33	105
Santa Maria	17	17	15	14	19	82
São Sebastião	8	12	12	21	11	64

Circunscrição	2014	2015	2016	2017	2018	Total
Sobradinho	8	8	12	17	13	58
Taguatinga	11	19	16	18	15	79
Total	132	193	234	260	263	1.082

Fonte: elaborado pelo autor (2020).

Ao considerar as condenações e absolvições de réus processados pela prática de homicídio consumado no ano de 2018 (considerando-se todos os registros, mesmos os com número fictício duplicado), obtém-se o total de 365 condenações e 83 absolvições, valores que correspondem aos números da tabela 6 (367 condenações e 86 absolvições), obtidos por análise direta dos autos.

Tabela 6 – Resultado do julgamento

Circunscrição	Condenação	Absolvição	Total
Águas Claras	16	2	18
Brasília	49	8	57
Brazlândia	5	6	11
Ceilândia	57	16	73
Gama	16	2	18
Guará	8	1	9
Núcleo Bandeirante	3	4	7
Paranoá	20	6	26
Planaltina	36	11	47
Recanto das Emas	27	2	29
Riacho Fundo	7	1	8
Samambaia	51	8	59
Santa Maria	20	7	27
São Sebastião	11	3	14
Sobradinho	18	5	23
Taguatinga	23	4	27
Total	367 (81,0%)	86 (19,0%)	453 (100,0%)

Fonte: elaborado pelo autor (2020).

Para o cálculo do percentual de condenações em cada unidade judicial é possível constatar padrões semelhantes em relação ao resultado final. Em 12 de 15 delas a taxa de condenação variou entre 74% e 88%. Destoam apenas as unidades judiciais de Brazlândia, Núcleo Bandeirante (com taxas de condenação de 45% e 42%, respectivamente) e Recanto das Emas (taxa de 93,10% de condenações). Ao se somarem os totais de condenações e de absolvições de todo o período (2014 a 2018), obtém-se 1.575 condenações e 380 absolvições, com proporções de 80,6% e 19,4%.

A distribuição do total de acusados condenados por ano e circunscrição encontra-se na tabela 7, elaborada a partir do tratamento de dados enviados por meio de planilhas pela Coordenadoria de Sistemas e Estatísticas da Primeira Instância (COSIST) da Corregedoria Geral de Justiça do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios.

Tabela 7 – Distribuição das sentenças condenatórias (acusados condenados por homicídio consumado)

Circunscrição	2014	2015	2016	2017	2018	Total
Águas Claras	-	-	9	8	16	33
Brasília	9	20	37	31	45	142
Brazlândia	4	9	12	7	3	35
Ceilândia	40	61	62	73	67	303
Gama	18	16	11	11	13	69
Guará	-	9	4	11	10	34
Núcleo Bandeirante	4	4	10	15	5	38
Paranoá	16	19	21	17	19	92
Planaltina	15	33	20	28	36	132
Recanto das Emas	-	-	35	39	31	105
Riacho Fundo	1	6	8	8	8	31
Samambaia	22	30	26	17	41	136
Santa Maria	28	21	18	25	24	116
São Sebastião	10	17	21	34	14	96
Sobradinho	13	14	17	27	15	86
Taguatinga	18	30	21	40	18	127
Total	198	289	332	391	365	1.575

Fonte: elaborado pelo autor (2020).

As proporções de processos de homicídio consumado com condenação de ao menos um dos réus em relação aos totais de processos de homicídio consumado concluídos se encontram em forma percentual na tabela 8.

Tabela 8 – Proporção de processos de homicídios consumados concluídos com sentença condenatória (%)

Circunscrição	2014	2015	2016	2017	2018	Total
Águas Claras	-	-	75,0	54,5	73,3	68,4
Brasília	75,0	56,3	75,0	81,3	76,7	74,6
Brazlândia	42,9	80,0	68,8	85,7	42,9	66,0
Ceilândia	78,8	78,6	76,6	61,2	64,9	69,7
Gama	57,1	58,3	47,4	81,8	75,0	61,5
Guará	-	70,0	80,0	100,0	70,0	78,8
Núcleo Bandeirante	50,0	50,0	60,0	60,0	42,9	51,7
Paranoá	61,1	56,0	50,0	31,7	56,7	48,6
Planaltina	30,8	70,0	37,0	47,4	63,0	51,5
Recanto das Emas	-	-	75,0	67,5	79,3	73,3
Riacho Fundo	0,0	100,0	66,7	70,0	77,8	70,0
Samambaia	65,5	57,9	61,5	68,2	78,6	66,9
Santa Maria	70,8	60,7	53,6	50,0	73,1	61,2
São Sebastião	80,0	63,2	70,6	87,5	78,6	76,2
Sobradinho	42,1	66,7	66,7	63,0	52,0	57,4
Taguatinga	84,6	82,6	84,2	81,8	62,5	78,2
Total	60,8	66,8	65,2	63,3	68,0	65,1

Fonte: elaborado pelo autor (2020).

Com base nos dados acima, constantes das tabelas 1, 3 e 5, é possível estabelecer os percentuais de sentenças com ao menos um condenado em relação às ações iniciadas, e também em relação às ocorrências de homicídios consumados registrados no mesmo período.

Tabela 9 – Proporção de sentenças penais condenatórias em relação ao total de ações penais iniciadas (%) – sentenças/denúncias (Tabelas 3 e 5)

Circunscrição	2014	2015	2016	2017	2018
Águas Claras	-	-	225,0	72,7	94,1

Circunscrição	2014	2015	2016	2017	2018
Brasília	28,1	51,3	112,1	100,0	128,6
Brazlândia	20,0	75,0	200,0	26,9	14,3
Ceilândia	58,8	122,0	72,9	125,9	121,8
Gama	100,0	88,9	78,6	44,0	76,5
Guará	-	-	100,0	157,1	500,0
Núcleo Bandeirante	28,6	40,0	250,0	250,0	125,0
Paranoá	44,4	76,0	84,0	54,8	126,7
Planaltina	45,5	70,2	52,6	93,3	138,5
Recanto das Emas	-	-	166,7	185,7	106,9
Riacho Fundo	14,3	75,0	88,9	80,0	80,0
Samambaia	57,9	65,2	108,3	43,6	151,9
Santa Maria	59,6	72,4	37,5	119,0	120,0
São Sebastião	58,8	113,3	123,5	261,5	53,8
Sobradinho	81,3	100,0	130,8	168,8	78,9
Taguatinga	78,3	107,1	110,5	181,8	72,0
Total	53,7	84,8	91,2	106,5	104,9

Fonte: elaborado pelo autor (2020).

Tabela 10 – Proporção de sentenças penais condenatórias em relação ao total de homicídios consumados registrados na polícia (%) – sentenças/registros de ocorrência (Tabelas 1 e 5)

Circunscrição	2014	2015	2016	2017	2018
Águas Claras	-	-	81,8	72,7	145,5
Brasília	16,1	36,4	88,1	72,1	100,0
Brazlândia	36,4	42,9	63,2	63,6	14,3
Ceilândia	29,0	54,5	66,7	90,1	78,8
Gama	32,1	42,1	27,5	28,9	50,0
Guará	-	60,0	100,0	366,7	200,0
Núcleo Bandeirante	36,4	50,0	200,0	250,0	125,0
Paranoá	27,1	35,2	38,9	53,1	63,3
Planaltina	24,2	58,9	31,7	46,7	75,0
Recanto das Emas	-	-	74,5	205,3	140,9
Riacho Fundo	7,1	60,0	53,3	66,7	72,7

Circunscrição	2014	2015	2016	2017	2018
Samambaia	19,5	38,5	54,2	34,0	128,1
Santa Maria	68,3	39,6	50,0	69,4	114,3
São Sebastião	22,7	65,4	52,5	109,7	51,9
Sobradinho	35,1	32,6	39,5	58,7	50,0
Taguatinga	35,3	61,2	75,0	173,9	85,7
Total	28,6	46,8	56,5	77,9	83,1

Fonte: elaborado pelo autor (2020).

Constata-se pelas tabelas 3 e 5 que a proporção entre o total de sentenças em que é condenado ao menos um acusado por homicídio doloso (período de 2014/2018) e o número de denúncias no mesmo período é de 60,48% (1.082 sentenças condenatórias e 1.789 denúncias). Ao somar-se o número total de condenados (1575, conforme tabela 19) produzidos pelas 1.082 sentenças e estabelecer proporção em relação aos registros de homicídio no período (2840, conforme tabela 13), obtém-se a taxa de 55,45% – mas nesse ponto a comparação não pode ser realizada por falta de outros parâmetros necessários.

Alguns dos achados da pesquisa permitem diálogo com os estudos no campo da segurança pública. Cano e Duarte¹⁵, em pesquisa sobre o fluxo do sistema de justiça criminal do Rio de Janeiro buscaram estimar a proporção entre crimes de roubo e homicídios dolosos consumados registrados e condenações criminais. Em relação à prática de homicídios dolosos consumados, parcela do estudo que ora interessa, indicaram o número de 46.372 registros policiais entre os anos de 2000 e 2007, e estimaram que cada registro policial se refere, em média, a 1,1 vítima, e de 22.879 processos de homicídios dolosos consumados tombados no tribunal entre os anos citados.

Assim como no presente estudo¹⁶, foi avaliado o desempenho do sistema de justiça criminal. Calculou-se a proporção, no período 2000/2007, entre o registro ano a ano dos homicídios na polícia e a produção anual de sentenças condenatórias pelo Poder Judiciário, com aplicação do método transversal ou sincrônico. Como a média estimada de registro dos homicídios naqueles anos foi de 6.000, e a média estimada de sentenças criminais condenatórias em relação a tais crimes foi de 470, chegou-se ao índice de menos

15. CANO, I.; DUARTE, T. L. A Mensuração da Impunidade no Sistema de Justiça Criminal do Rio de Janeiro. Segurança, Justiça e Cidadania: Pesquisas Aplicadas em Segurança Pública, ano II, n. 04, p. 09-44, 2010.

16. No item 4 do artigo, p. 16, consta o seguinte: “Em suma, as limitações nos dados disponíveis nos obrigam a renunciar ao cálculo de dois dos estágios intermediários: inquéritos e denúncias. Em função disso, a pesquisa teve de se ater aos estágios inicial e final: ocorrência policial e sentença. Assim, a variável operativa mais importante será a taxa de condenação, isto é, a proporção dos casos registrados pela polícia resultante em condenação judicial”.

de 8% de eficiência do Judiciário, ou, como preferem os autores, de mais de 92% de impunidade.

O estudo também buscou aferir a porcentagem dos processos tombados no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro entre os anos de 2000 e 2007, referentes a homicídios dolosos consumados, que resultaram em sanção aos acusados. Estabeleceu-se correlação entre denúncias e sentenças condenatórias (taxa de 58% de condenações). Deve-se considerar, de outro lado, que ao final do período, 2007, várias das denúncias apresentadas no intervalo de tempo apreciado ainda não haviam provocado a prolação de uma sentença pelo Poder Judiciário.

Os resultados alcançados com os dados fornecidos pelo tribunal fluminense são bastante diversos daqueles analisados por Costa¹⁷, que também tomou como base a produção do sistema judicial do Distrito Federal. Ao revisitar o funcionamento da justiça criminal e fazendo uso de abordagem longitudinal prospectiva a partir de base composta por 556 homicídios registrados pela Polícia Civil do Distrito Federal no ano de 2004 (dos quais 311 originaram processos judiciais), evidencia o desempenho da polícia local. Costa mostra que PCDF apresentou taxa de 69,1% de esclarecimento dos 2.771 homicídios cometidos no Distrito Federal entre 2003 e 2007.

Considerou como esclarecido o crime quando o “relatório final confirmou a ocorrência do crime de homicídio e apontou os supostos agressores”, metodologia distinta da apresentada em outro estudo como adequada para medir a taxa de esclarecimento.¹⁸ Ao se concentrar em 87 processos judiciais daqueles 311 produzidos a partir dos 556 homicídios consumados registrados pela PCDF no ano de 2004, cujas informações estavam disponíveis no site do TJDF, avaliou como baixa a eficiência do sistema, consignando que apenas 32,4% das denúncias ofertadas pelo Ministério Público resultaram em condenações criminais.

4. A ATUAÇÃO DAS ORGANIZAÇÕES DO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL NO DISTRITO FEDERAL

4.1. A atuação da Polícia Civil do Distrito Federal

Os inquéritos policiais que investigam crimes dolosos contra a vida a cargo da Polícia Civil do Distrito Federal – homicídios consumados – são instaurados pelas delegacias de polícia circunscriçionais, todas subordinadas ao Departamento de Polícia

17. COSTA, A. T. M. A (in)efetividade da justiça criminal brasileira. Uma análise do fluxo de justiça dos homicídios no Distrito Federal. *Civitas – Revista de Ciências Sociais*, v. 15, n. 1, p. 11-26, 2015.

18. COSTA, A. T. M. Criação da base de indicadores de investigação de homicídios no Brasil. *Revista Brasileira de Segurança Pública*, v. 8, n. 2, p. 164-172, 2014. Costa argumenta que a taxa de esclarecimento deve ser obtida pela divisão entre o total de homicídios denunciados e o total de registros de homicídios feitos pela polícia em determinado ano.

Circunscricional (DPC). As 31 (trinta e uma) delegacias circunscricionais distribuem-se pelas regiões administrativas do Distrito Federal.¹⁹ Algumas das 33 (trinta e três) regiões contam com mais de uma circunscricional no âmbito de seu território, ao passo que outras não contam com delegacias locais.

Instaurado o inquérito policial na delegacia circunscricional da área do fato que configura o crime doloso contra a vida²⁰, ou quando se tratar de crime contra o patrimônio do qual resulte morte, se não houver a elucidação do crime até o prazo final para o encaminhamento à Justiça os autos devem ser remetidos à Corregedoria da Polícia Civil, para ser redistribuído à delegacia especializada.²¹⁻²²

No âmbito das delegacias circunscricionais as investigações dos homicídios são atribuídas à SICVIO (seção de investigação de crimes violentos), cuja estrutura de pessoal varia bastante, conforme o número de ocorrências de crimes violentos de alçada da delegacia. Em maio de 2020²³ estavam lotados nestas seções 175 (cento e setenta e cinco) Agentes de Polícia. Algumas das delegacias com 11 (onze) policiais lotados, como a 30ª DP de São Sebastião, enquanto outras, como a 9ª 10ª e 38ª DP, contavam com 03 (três) policiais cada.

A redistribuição realizada pela Corregedoria da Polícia Civil, concedida a extensão do prazo legal para a conclusão do inquérito policial, marca o início da atuação da delegacia especializada, que no Distrito Federal é a Coordenação de Repressão a Homicídios e de Proteção à Pessoa (CHPP), diretamente subordinada ao Departamento de Polícia Especializada (DPE).

19. A Constituição Federal dispõe que o Distrito Federal não pode ser dividido em Municípios: “Art. 32. O Distrito Federal, vedada sua divisão em Municípios, reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos com interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços da Câmara Legislativa, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição.” Já a Lei Orgânica do DF dispõe sobre a divisão territorial, em regiões administrativas: “Art. 10. O Distrito Federal organiza-se em Regiões Administrativas, com vistas à descentralização administrativa, à utilização racional de recursos para o desenvolvimento socioeconômico e à melhoria da qualidade de vida.”
20. CPP. “Art. 4º A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria.”
21. Norma de serviço 005/2002-CGP da Polícia Civil do Distrito Federal.
22. Sobre os prazos para conclusão do inquérito policial, salvo evidentemente o disposto em leis especiais (estas que não se aplicam aos crimes dolosos contra vida de competência da justiça do Distrito Federal), dispõe o CPP, art. 10. “O inquérito deverá terminar no prazo de 10 dias, se o indiciado tiver sido preso em flagrante, ou estiver preso preventivamente, contado o prazo, nesta hipótese, a partir do dia em que se executar a ordem de prisão, ou no prazo de 30 dias, quando estiver solto, mediante fiança ou sem ela.”
23. BRASIL. Polícia Civil do Distrito Federal. Corregedoria-Geral de Polícia – CGP. Atualizado em: 15.09.2020. Disponível em: [www.pcdf.df.gov.br/unidades-policiais/corregedoria]. Acesso em: 10.09.2020.

A fim de avaliar a atuação da PCDF, foram solicitadas informações à instituição sobre o quantitativo de inquéritos policiais instaurados e relatados relativos aos homicídios consumados. No dia 21 de maio de 2018 a PCDF disponibilizou relatório da Divisão de Análise Técnica e Estatística do Departamento de Inteligência e Gestão da Informação da Polícia Civil do Distrito Federal²⁴ com as informações reproduzidas nas tabelas que seguem. A remessa das informações possibilitou calcular: i) proporção dos inquéritos instaurados em relação ao número de homicídios registrados; ii) a proporção de inquéritos relatados em relação aos inquéritos distribuídos e iii) a taxa de inquéritos relatados em consideração ao número total de registros de homicídios consumados entre os anos 2014-2018.

Tabela 11 – Inquéritos de homicídios instaurados e relatados no DF 2014-2018

Procedimentos	2014	2015	2016	2017	2018	Total
Ocorrências de homicídio	694	620	594	504	445	2.857
IP instaurados	639	573	570	480	424	2.686
Instaurados/ocorrências	92,1%	92,4%	96,0%	95,2%	95,3%	94,0%
IP relatados	378	356	307	270	224	1.535
Relatados/instaurados	59,2%	62,1%	53,9%	56,3%	52,8%	57,1%
Relatados/ocorrências	54,5%	57,4%	51,7%	53,6%	50,3%	53,7%

Fonte: Dados fornecidos pela PCDF em pesquisa ao Painel POLARIS/PCDF, realizada pela data do registro, em 21.05.2020.

A proporção de inquéritos relatados em relação aos homicídios registrados variou entre 50,3% (2018) a 57,4% (2015), números distantes daqueles 69,1% identificados por Costa ao avaliar a atuação da PCDF na investigação dos homicídios ocorridos entre 2003 e 2007²⁵. A diferença é ainda maior, pois os percentuais encontrados neste estudo consideram apenas se o inquérito foi ou não relatado, sem a exigência do esclarecimento de autoria, ao passo que na outra pesquisa foram computados exclusivamente os inquéritos cujo “relatório final confirmou a ocorrência do crime de homicídio e apontou o(s) nome(s) dos supostos agressores”.

Entretanto, ao se aplicar método que seria o sugerido como ideal por fontes internacionais e que consideram como esclarecido o homicídio que gerou denúncia contra um

24. BRASIL. Polícia Civil do Distrito Federal. *Corregedoria-Geral de Polícia – CGP*. Atualizado em: 15.09.2020. Disponível em: [www.pcdf.df.gov.br/unidades-policiais/corregedoria]. Acesso em: 10.09.2020.

25. COSTA, A. T. M. A (in)efetividade da justiça criminal brasileira. Uma análise do fluxo de justiça dos homicídios no Distrito Federal. *Civitas - Revista de Ciências Sociais*, v. 15, n. 1, p. 11-26, 2015.

ou mais investigados²⁶, os achados são semelhantes aos de Costa. Somando-se o número total de homicídios registrados (2.840 – tabela 1) e o total de denúncias oferecidas no período 2014/2018 (1.789 – tabela 3), chega-se à taxa de esclarecimento de 62,99%.

Tabela 12 – Proporção de processos de homicídios consumados iniciados em relação ao total de homicídios consumados registrados (%)

Circunscrição	2014	2015	2016	2017	2018
Águas Claras	-	-	36,4	100,0	154,5
Brasília	57,1	70,9	78,6	72,1	77,8
Brazlândia	181,8	57,1	31,6	236,4	100,0
Ceilândia	49,3	44,6	91,4	71,6	64,7
Gama	32,1	47,4	35,0	65,8	65,4
Guará	-	0,0	100,0	233,3	40,0
Núcleo Bandeirante	127,3	125,0	80,0	100,0	100,0
Paranoá	61,0	46,3	46,3	96,9	50,0
Planaltina	53,2	83,9	60,3	50,0	54,2
Recanto das Emas	-	-	44,7	110,5	131,8
Riacho Fundo	50,0	80,0	60,0	83,3	90,9
Samambaia	33,6	59,0	50,0	78,0	84,4
Santa Maria	114,6	54,7	133,3	58,3	95,2
São Sebastião	38,6	57,7	42,5	41,9	96,3
Sobradinho	43,2	32,6	30,2	34,8	63,3
Taguatinga	45,1	57,1	67,9	95,7	119,0
Total	53,2	55,2	61,9	73,1	79,3

Fonte: elaborado pelo autor (2020).

O quadro abaixo, elaborado por Costa²⁷ relaciona as taxas de esclarecimento encontradas em outros estudos, referentes a diversas unidades da federação, todas, com

26. COSTA, A. T. M. Criação da base de indicadores de investigação de homicídios no Brasil. *Revista Brasileira de Segurança Pública*, v. 8, n. 2, p. 164-172, 2014.

27. COSTA, A. T. M. A (in)efetividade da justiça criminal brasileira. Uma análise do fluxo de justiça dos homicídios no Distrito Federal. *Civitas - Revista de Ciências Sociais*, v. 15, n. 1, p. 11-26, 2015.

exceção daquela alcançada pelo próprio autor, abaixo dos resultados apresentados nesta pesquisa²⁸⁻²⁹.

Quadro 1 – Taxa de esclarecimento de homicídios: casos selecionados

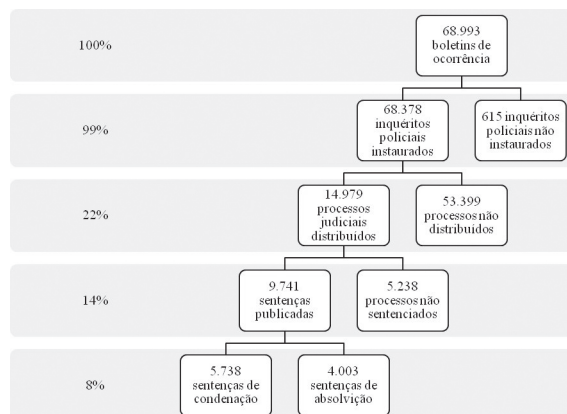
Pesquisa	UF	Período	Taxa de elucidação
Soares (1996)	RJ	1992	8%
Rifiotis (2007)	SC	2000-2006	43%
Ratton e Cireno (2007)	PE	2003-2005	15%
Misse e Vargas (2007)	RJ	2000-2005	14%
Sapori (2007)	MG	2000-2005	15%
Costa (2009)	DF	2003-2007	69%

Fonte: Ribeiro (2010).

Na pesquisa realizada por Ribeiro³⁰, que se utilizou da análise do fluxo de processamento da justiça criminal do Estado de São Paulo entre 1991 e 1998, foram apresentadas as taxas de esclarecimento de homicídios da Polícia Civil de São Paulo (segundo o critério utilizado, ou seja, percentual de inquéritos esclarecidos considerando o total de ocorrências registradas) que variam entre 13% e 29% no período, resultados inferiores ao que foram obtidos nesta pesquisa em relação à atuação da Polícia Civil do Distrito Federal.

28. NÓBREGA, J. M. P. Homicídios em Pernambuco: dinâmica e relações de causalidade. *Coleção Segurança com Cidadania*, v. 3, n. 1, p. 237-260, 2009.
29. LIMA, R. S.; SINHORETTO, J.; BUENO, S. A gestão da vida e da segurança pública no Brasil. *Sociedade e Estado*, v. 30, n. 1, p. 123-144, 2015. Além dos autores referidos por Costa, outros estudos atribuem às polícias civis taxas de elucidação baixas. Lima, Sinhoretto e Bueno mencionam que a taxa varia entre 8% e 14%, enquanto Nóbrega (2009) alude a duas pesquisas, uma do Ministério Público de Pernambuco (2006), segundo a qual dos 2.114 homicídios dolosos cometidos em Recife/PE, entre os anos de 2003 e 2004, apenas 712 (33,68% do total) geraram inquéritos policiais, e 17 foram julgados (0,8% do total) até novembro de 2005, e outra fomentada pelo Instituto Maurício de Nassau, indicando que 82,5% dos entrevistados afirmaram que a polícia não prendeu o autor do homicídio do qual tomaram conhecimento, e que a taxa de confiança no trabalho da polícia é muito pequena.
30. RIBEIRO, L. A produção decisória do sistema de justiça criminal para o crime de homicídio: análise dos dados do estado de São Paulo entre 1991 e 1998. *DADOS – Revista de Ciências Sociais*, v. 53, n. 1, p. 159-194, 2010.

**Figura 2 – Fluxo de processamento da justiça criminal do Estado de São Paulo
Média do período compreendido entre 1991 e 1998**



Fonte: Ribeiro (2010).

Em que pese a relevância das conclusões, obtidas a partir de dados que englobam grande lapso temporal, o estudo não esclarece a data final da compilação realizada pela Fundação SEADE – está expresso que os dados são concernentes ao período entre 1991-1998, mas não informa se houve ou não acompanhamento do desdobramento dos feitos mesmo após o ano de 1998, e por quanto tempo. A informação é relevante, pois, conforme a data, mais próxima ou distante da elaboração do artigo (escrito em 2009), haverá alteração nas taxas em geral, em especial na taxa de sentenciamento (principalmente em relação aos crimes registrados no ano de 1998), considerando que o procedimento dos crimes de competência do júri é longo, bem como que o sistema de justiça muitas vezes demora vários anos para ulatimação dos feitos.

4.2. A atuação do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios

O MPDFT conta com 43 (quarenta e três) promotorias de justiça que atuam nos tribunais do júri das diversas circunscrições judiciárias da Justiça do Distrito Federal e Territórios, conforme o anexo à Resolução 90/2009 do MPDFT. Entretanto, nem todos os ofícios têm atribuição exclusiva para o júri:

Tabela 13 – Distribuição das Promotorias com atribuições nos Tribunais do Júri

Circunscrição	Júri	Júri e Trânsito	Criminal e Júri	Total
Águas Claras	-	-	4	4
Brasília	4	-	-	4

Circunscrição	Júri	Júri e Trânsito	Criminal e Júri	Total
Brazlândia	-	-	2	2
Ceilândia	5	-	-	5
Gama	-	2	-	2
Guará1	-	-	3	3
Núcleo Bandeirante	-	-	2	2
Paranoá	2	-	-	2
Planaltina	2	-	-	2
Recanto das Emas	-	-	4	4
Riacho Fundo	-	-	2	2
Samambaia	2	-	-	2
Santa Maria	-	-	2	2
São Sebastião	-	-	3	3
Sobradinho	-	2	-	2
Taguatinga	2	-	-	2
Total	17	4	22	43

Fonte: elaborado pelo autor (2020).

Nota: 1A 48ª PJ de Apoio Operacional atua na área Criminal e do Tribunal do Júri do Guará, além das duas promotorias Criminais e do Tribunal do Júri (Res. 242-CSMPDFT, de 26/6/2018).

A fim de aferir a atuação do Ministério Público pensou-se inicialmente em cotejar a proporção entre denúncias oferecidas entre 2014/2018, em que fora imputado ao menos um crime de homicídio consumado para qualquer dos denunciados, e as denúncias que efetivamente tenham sido recebidas pelo Poder Judiciário. Entretanto, dado o baixo número de denúncias rejeitadas, afastou-se essa estratégia.

Optou-se pela não utilização dos dados da base do MPDFT, de maneira a evitar prováveis inconsistências. Alternativamente, adotando-se desenho transversal – que não estabelece relação direta entre os inquéritos e as ações penais ponderadas, mas permite tão somente avaliar proporção entre todos os inquéritos relatados e processos criminais iniciados em um determinado período – mediu-se a porcentagem das ações penais de homicídios consumados iniciadas no TJDFT em relação ao número de inquéritos policiais sobre tais crimes relatados na PCDF em cada um dos anos considerados, conforme tabela 19.

Tabela 14 – Ações penais iniciadas e inquéritos de homicídios relatados no DF 2014-2018

Procedimentos	2014	2015	2016	2017	2018
Inquéritos policiais relatados	378	356	307	270	224
Ações penais iniciadas	369	341	364	367	348
Ações iniciadas / IP relatados	97,6%	95,8%	118,6%	135,9%	155,4%

Fonte: elaborado pelo autor (2020).

Constata-se que ao longo dos anos, no período 2014/2018, houve incremento da quantidade de ações penais propostas pelo MP se considerada a relação inquéritos relatados/denúncias oferecidas, passando de 97,6% em 2014 para 155,4%, num total de 1.789 denúncias e 1.535 inquéritos relatados de homicídio consumado (116,54%).

Pode-se cogitar possível contradição entre os números, pois reduzido o prazo legal para oferecimento da denúncia pelo MP após a conclusão do IP (não sendo o caso de retorno dos autos à polícia para diligências complementares) e porque, salvo exceções, as denúncias oferecidas pelo MP são originadas de inquéritos policiais e não de outros “elementos informativos”. Além disso, há inquéritos que sequer são considerados aptos a embasar denúncia e são arquivados.

De outro lado, considerável número de inquéritos policiais que, embora relatados pela polícia, não geram ação penal ou arquivamento, retornando à polícia para novas diligências consideradas imprescindíveis pelo MP para esclarecimento da autoria e da materialidade do homicídio. Como esses inquéritos não geram novo relatório, a explicação mais provável para a produção superior de denúncias quando comparada ao número de inquéritos relatados no período, é a hipótese de que, em anos anteriores a 2014, a polícia relataria uma série de inquéritos que o MP considerou não dispor de provas suficientes para deflagrar ação penal.

4.3. A atuação do Judiciário

No DF há 16 varas do tribunal do júri (juízos) da Justiça do Distrito Federal, instaladas em 16 das 17 circunscrições judiciárias e com competência exclusiva ou cumulada para o processamento e julgamento dos crimes dolosos contra a vida:

Tabela 15 – Distribuição das Varas do Tribunal do Júri da Justiça do Distrito Federal e Territórios

Circunscrição	Júri	Júri e Trânsito	Criminal e Júri	Total
Águas Claras	-	-	1	1
Brasília	1	-	-	1
Brazlândia	-	-	1	1

Circunscrição	Júri	Júri e Trânsito	Criminal e Júri	Total
Ceilândia	1	-	-	1
Gama	-	1	-	1
Guarál	-	-	1	1
Núcleo Bandeirante	-	-	1	1
Paranoá	1	-	-	1
Planaltina	1	-	-	1
Recanto das Emas	-	-	1	1
Riacho Fundo	-	-	1	1
Samambaia	1	-	-	1
Santa Maria	-	-	1	1
São Sebastião	-	-	1	1
Sobradinho	-	1	-	1
Taguatinga	1	-	-	2
Total	6	2	8	16

Fonte: elaborado pelo autor (2020).

O cruzamento dos dados sobre o registro de homicídios, obtidos em consulta ao sítio da SSP/DF, em 20.05.2020, com outros dados fornecidos pelo TJDF, permitiu a aferir a atuação do Poder Judiciário local, calculando-se a taxa de congestionamento dos processos e o índice de atendimento à demanda. A taxa de congestionamento mede o percentual de processos que ficaram represados sem solução, comparativamente ao total tramitado, em um determinado período, que normalmente é de um ano, e que oscila entre 0% a 100%. O extremo superior, 100%, ocorre caso o tribunal não tenha conseguido dar baixa em nenhum processo naquele período, e o limite inferior, 0%, ocorre caso o tribunal termine o período sem acervo, de forma que quanto maior a taxa, menos efetivo é o Tribunal.

Trata-se de indicador utilizado pelo CNJ para mensurar a efetividade do tribunal em um período, que poderia ser sintetizado na seguinte fórmula:

$$\text{Fórmula: } TC = 1 - \frac{TPJB}{TCN + TCPI}$$

Onde TPJB – Total de processos judiciais baixados

TCN – Total de casos novos

TCPI – Total de casos pendentes no início do período

O índice de atendimento à demanda, por sua vez, reflete a capacidade das Cortes em dar vazão ao volume de casos ingressados, e pode variar de 0% a teoricamente qualquer valor. Um índice de atendimento à demanda maior que 100% significa que o tribunal conseguiu dar baixa em número igual ao de processos novos mais parte (ou totalidade) do seu acervo, e um índice de atendimento à demanda menor que 100% significa que o tribunal só conseguiu dar baixa em número menor ao de novos processos no período, aumentando seu acervo.

Para obter-se o acervo (processos em tramitação), em 31 de dezembro de 2018, a área de TI do TJDFDT disponibilizou duas planilhas. A primeira com 2.577 registros referentes a 2.253 procedimentos e que traz as incidências penais, e a segunda com 3.536 registros referentes aos mesmos 2.253 procedimentos e que traz os resultados das sentenças, quando há. Ambas as planilhas trazem informação da circunscrição e, em especial, o número fictício do procedimento, que permite cotejar uma planilha com outra, além de outros dados relativos aos processos.

Após a aplicação dos filtros apropriados, chegou-se aos números de processos em trâmite em 31.12.2018 (acervo) conforme distribuição da tabela 14.

Tabela 16 – Processos em trâmite em 31.12.2018 (acervo)

Circunscrição	Total	Consumado	% Consumado
Águas Claras	64	28	43,8
Brasília	79	46	58,2
Brazlândia	61	41	67,2
Ceilândia	137	71	51,8
Gama	48	21	43,8
Guará	14	3	21,4
Núcleo Bandeirante	16	9	56,3
Paranoá	63	38	60,3
Planaltina	96	51	53,1
Recanto das Emas	55	34	61,8
Riacho Fundo	14	7	50,0
Samambaia	74	43	58,1
Santa Maria	57	37	64,9
São Sebastião	56	27	48,2
Sobradinho	53	26	49,1
Taguatinga	145	70	48,3
Total	1.032	552	53,5

Fonte: elaborado pelo autor (2020).

A partir das informações acima obtidas, pode-se cotejar os homicídios consumados no período de 2014 a 2018, tendo como base os dados de processos iniciados, processos concluídos e o acervo em 31.12.2018 (os dados estão na tabela 14). Os valores assinalados em **negrito** foram obtidos das tabelas 3, 4 e 8. Os demais valores foram calculados.

Tabela 17 – Fluxo de processos relativos a homicídios consumados

Estatística	2014	2015	2016	2017	2018
Acervo inicial	426	578	630	635	591
Entrada	369	341	364	367	348
Saída	217	289	359	411	387
Acervo final	578	630	635	591	552
Índice de atendimento à demanda	58,8%	84,8%	98,6%	112,0%	111,2%
Taxa de Congestionamento	72,7%	68,6%	63,9%	59,0%	58,8%

Fonte: elaborado pelo autor (2020).

As taxas de congestionamento por circunscrição, apresentadas na tabela 16, foram calculadas a partir dos dados de processos concluídos (tabela 8) e dos acervos em 31.12.2018 (tabela 14). O acervo no final de cada ano foi obtido através da equação: casos pendentes no período anterior = processos baixados + casos pendentes do final do período – casos novos.

Tabela 18 – Taxas de congestionamento – processos de homicídio consumado (%)

Circunscrição	2014	2015	2016	2017	2018
Águas Claras	-	-	68,4	70,3	65,1
Brasília	76,5	75,4	51,2	56,2	60,5
Brazlândia	69,6	64,3	33,3	79,4	85,4
Ceilândia	62,1	59,6	68,0	46,2	55,5
Gama	44,7	31,4	24,0	64,5	56,8
Guará	-	56,5	70,6	57,9	23,1
Núcleo Bandeirante	57,1	66,7	68,8	70,6	56,3
Paranoá	79,5	73,7	66,3	56,4	55,9
Planaltina	66,2	69,4	74,5	65,1	52,6
Recanto das Emas	-	-	59,6	45,9	54,0
Riacho Fundo	70,0	60,0	33,3	37,5	43,8
Samambaia	54,7	53,1	61,2	72,5	50,6
Santa Maria	54,7	51,7	64,1	60,6	58,7

Circunscrição	2014	2015	2016	2017	2018
São Sebastião	75,0	57,8	60,5	38,5	65,9
Sobradinho	70,8	80,0	70,5	54,2	51,0
Taguatinga	83,1	75,0	78,4	75,8	74,5
Total	72,7	68,6	63,9	59,0	58,8

Fonte: elaborado pelo autor (2020).

Os índices de atendimento à demanda por circunscrição, apresentados na tabela 17, foram calculados dividindo-se o número de processos concluídos (tabela 4) pelo número de processos iniciados (tabela 3) relativos a homicídios consumados:

Tabela 19 – Índice de Atendimento à Demanda – Homicídio consumado (%)

Circunscrição	2014	2015	2016	2017	2018
Águas Claras	-	-	300,0	100,0	88,2
Brasília	25,0	41,0	121,2	103,2	85,7
Brazlândia	35,0	83,3	266,7	26,9	33,3
Ceilândia	48,5	84,0	55,3	146,6	103,6
Gama	116,7	133,3	135,7	44,0	94,1
Guará	-	-	125,0	114,3	500,0
Núcleo Bandeirante	42,9	60,0	125,0	83,3	175,0
Paranoá	50,0	100,0	128,0	132,3	200,0
Planaltina	78,8	63,8	71,1	126,7	176,9
Recanto das Emas	-	-	171,4	190,5	100,0
Riacho Fundo	42,9	75,0	133,3	100,0	90,0
Samambaia	76,3	82,6	108,3	56,4	155,6
Santa Maria	51,1	96,6	58,3	133,3	130,0
São Sebastião	58,8	126,7	100,0	184,6	53,8
Sobradinho	118,8	85,7	138,5	168,8	131,6
Taguatinga	56,5	82,1	100,0	100,0	96,0
Total	58,8	84,8	98,6	112,0	111,2

Fonte: elaborado pelo autor (2020).

5. CONCLUSÕES

Os homicídios registrados entre 2014/2018 e o número de denúncias ofertadas no mesmo período sugerem que a taxa de esclarecimento da polícia local é superior àquela encontrada em outros estudos no campo, que avaliaram o sistema de justiça de outras unidades federativas. De fato, comparativamente a outros estudos, notam-se percentuais significativos de inquéritos policiais relatados em relação ao número de homicídios registrados anualmente: as proporções variaram de 50,3% (2018) a 57,4% (2015). Certamente, a peculiaridade da estrutura disponibilizada para a investigação policial, a Polícia Técnica e o pequeno território são fatores que devem ser levados em conta no desempenho da polícia judiciária.

A quase totalidade das denúncias ofertadas pelo MP nos crimes de homicídio fundamenta-se nos elementos probatórios coligidos em inquéritos policiais. Razoável, assim, considerar como critério para avaliação da produção da polícia investigativa (taxa de esclarecimento) o número obtido da equação que considera o total de homicídios denunciados e o total de registros de homicídios feitos pela polícia em determinado ano.

Em relação à atuação do MP, nota-se incremento da quantidade de produção ao se coarctar a relação inquéritos relatados/denúncias oferecidas, que passou de 97,6%, em 2014, para 155,4%, num total de 1.789 denúncias e 1.535 inquéritos relatados de homicídio consumado (116,54%), em 2018. Em 2014, o MP ofertou 369 denúncias, ano em que foram 693 os homicídios registrados oficialmente, atingindo-se a proporção de 53,2%. Nos anos seguintes, com a diminuição dos números oficiais de mortes violentas, as proporções subiram, chegando a 79,2% (2018).

A atuação do Poder Judiciário no julgamento dos homicídios também sugere incremento. O índice de atendimento a demanda passou de 58,8% em 2014 para 111,2% em 2018, ou seja, os juízes foram capazes de sentenciar número maior de processos do que aqueles que se iniciaram no período, diminuindo o acervo processual (em 2018, por exemplo, foram 348 ações penais distribuídas e 385 sentenças prolatadas). A taxa de congestionamento sofreu decréscimo, de 72,7% em 2014 para 58,8% em 2018. Sugere-se, assim, cada vez menos processos do total que tramitou em cada ano (acervo mais casos novos) ficaram represados, sem prolação de sentença.

O sistema de justiça criminal do Distrito Federal mostrou-se relativamente capaz de responder às demandas do sistema. Apresenta-se proporção de 60,48% entre o total de sentenças em que condenado ao menos um acusado por homicídio doloso (período de 2014/2018) e o número de denúncias no mesmo período (1.082 sentenças condenatórias e 1.789 denúncias). Comparativamente a outros estudos no campo, as organizações do sistema de justiça do Distrito Federal mostram-se mais aparelhadas a atender a demandas para atuação.³¹

31. CANO, I.; DUARTE, T. L. A Mensuração da Impunidade no Sistema de Justiça Criminal do Rio de Janeiro. *Segurança, Justiça e Cidadania: Pesquisas Aplicadas em Segurança Pública*, Ano II, n. 04,

Certamente, a estrutura organizacional disponibilizada para o sistema de justiça criminal, Polícia, MP e Poder Judiciário, para um território com a dimensão do Distrito Federal, e a especialização para atuação nos crimes dolosos contra a vida são algumas das hipóteses explicativas para o desempenho. O cenário sugere frentes para estudos qualitativos que permitam adensar o conhecimento da realidade local, que deve ser objeto de análise futura. De outro lado, evidente o desafio para o equilíbrio do sistema, pois as 1663 sentenças (absolutórias, condenatórias, e extintivas de punibilidade) produzidas entre 2014/2018 correspondem a 59,18% de todos os homicídios consumados registrados na polícia em igual período.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AZEVEDO, R. G. Justiça penal e segurança pública no Brasil: causas e consequências da demanda punitiva. *Revista Brasileira de Segurança Pública*, v. 3, n. 1, 2009.
- BARATA, R. B.; RIBEIRO, M. C. S. A. Relação entre homicídios e indicadores econômicos em São Paulo, Brasil, 1996. *Revista Panamericana de Salud Publica*, v. 7, n. 2, p. 118-124, 2000.
- BRASIL. POLÍCIA CIVIL DO DISTRITO FEDERAL. *Corregedoria-Geral de Polícia* – CGP. Atualizado em: 15.09.2020. Disponível em: [www.pcdf.df.gov.br/unidades-policiais/corregedoria]. Acesso em: 10.09.2020.
- BRASIL. SECRETARIA DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Série histórica*. Publicado em: 18.11. 2017. Atualizado em: 16.03.2020. Disponível em: [www.ssp.df.gov.br/serie-historica/]. Acesso em: 08.09.2020.
- BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL. RH: Quantitativo. Disponível em: [https://rh.tjdft.jus.br/rh/quantitativo/quantitativo.asp]. Acesso em: 11.09.2020.
- BUENO, S. et al. *Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2019*. Brasília: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 13ª Edição 2019. Relatório de pesquisa.

p. 09-44, 2010. COSTA, A. T. M. A (in)efetividade da justiça criminal brasileira. Uma análise do fluxo de justiça dos homicídios no Distrito Federal. *Civitas – Revista de Ciências Sociais*, v. 15, n. 1, p. 11-26, 2015. FERREIRA, B. A. A.; COELHO, E. F.; ALMEIDA, J. O. R. Homicídios no Distrito Federal: Retratos e relatos. *Revista Bras. Seg. Pública*, v. 9, n. 1, 2015, p. 212-230. LIMA, R. S.; BUENO, S.; MINGARDI, G. Estado, polícias e segurança pública no Brasil. *Revista Direito GV*, v. 12, n. 1, p. 49-85, 2016. RIBEIRO, L. A produção decisória do sistema de justiça criminal para o crime de homicídio: análise dos dados do estado de São Paulo entre 1991 e 1998. *DADOS – Revista de Ciências Sociais*, v. 53, n. 1, p. 159-194, 2010. SACHSIDA, A.; MENDONÇA, M. J. C.; MOREIRA, T. B. S. O Impacto de diferentes tipos de repressão legal sobre as taxas de homicídios entre os estados brasileiros. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 5, n. 3, p. 100-123, 2015.

- Disponível em: [www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/10/Anuario-2019-FINAL_21.10.19.pdf]. Acesso em: 05.11.2019.
- CANO, I.; DUARTE, T. L. *A Mensuração da Impunidade no Sistema de Justiça Criminal do Rio de Janeiro*. Segurança, Justiça e Cidadania: Pesquisas Aplicadas em Segurança Pública, Ano II, n. 04, p. 09-44, 2010.
- CERQUEIRA, D. et al. *Atlas da Violência 2020*. Brasília: Rio de Janeiro: São Paulo: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada; Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2020. Relatório Institucional. Disponível em: [www.ipea.gov.br/atlasviolencia/arquivos/downloads/8733-atlastdexpressversaofinal-2.pdf]. Acesso em: 08.09.2020.
- COELHO, E. C. Sobre sociólogos, pobreza e crime. *DADOS – Revista de Ciências Sociais*, v. 23, n. 3, p. 377-383, 1980.
- COELHO, E. C. A administração da justiça criminal no Rio de Janeiro: 1942-1967. *DADOS – Revista de Ciências Sociais*, v. 29, n. 1, p. 61-81, 1986.
- COELHO, E. C. A Criminalidade Urbana Violenta. *DADOS – Revista de Ciências Sociais*, v. 31, n. 2, p. 145-183, 1988.
- COELHO, E. C. *A ecologia do crime na Guanabara*. Rio de Janeiro: Comissão de Justiça e Paz/Educam, 1978b.
- COELHO, E. C. A marginalização da criminalidade e a criminalização da marginalidade. *Revista de Administração Pública*, v. 12, n. 2, p. 139-161, 1978a.
- COSTA, A. T. M. A (in)efetividade da justiça criminal brasileira. Uma análise do fluxo de justiça dos homicídios no Distrito Federal. *Civitas – Revista de Ciências Sociais*, v. 15, n. 1, p. 11-26, 2015.
- COSTA, A. T. M. Criação da base de indicadores de investigação de homicídios no Brasil. *Revista Brasileira de Segurança Pública*, v. 8, n. 2, p. 164-172, 2014.
- FARR, R. M. Representações sociais: a teoria e sua história. In: GUARESCHI, P.; JOVCHELOVITCH, S. (Orgs.). *Textos em representações sociais*. 7. ed. Petrópolis: Vozes, 2010.
- FERREIRA, B. A. A.; COELHO, E. F.; ALMEIDA, J. O. R. Homicídios no Distrito Federal: Retratos e relatos. *Revista Bras. Seg. Pública*, v. 9, n. 1, 2015, p. 212-230.
- LIMA, R. S. et al. *Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2018*. Brasília: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 12ª Edição 2018. Relatório de pesquisa. Disponível em: [https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/03/Anuario-Brasileiro-de-Seguran%C3%A7a-P%C3%BAblica-2018.pdf]. Acesso em: 05.11.2019.
- LIMA, R. S.; BUENO, S.; MINGARDI, G. Estado, polícias e segurança pública no Brasil. *Revista Direito GV*, v. 12, n. 1, p. 49-85, 2016.
- LIMA, R. S.; SINHORETTO, J.; BUENO, S. A gestão da vida e da segurança pública no Brasil. *Sociedade e Estado*, v. 30, n. 1, p. 123-144, 2015.

- NÓBREGA, J. M. P. Homicídios em Pernambuco: dinâmica e relações de causalidade. *Coleção Segurança com Cidadania*, v. 3, n. 1, p. 237-260, 2009.
- OLIVEIRA, Marcus Vinicius Berno N. de; MACHADO, Bruno Amaral. O fluxo do sistema de justiça como técnica de pesquisa no campo da segurança pública. *Rev. Direito Práx.*, Rio de Janeiro, vol. 9, n. 2, 2018, p. 781-809.
- PROJECT. *O Projeto R para Computação Estatística*. Disponível em: [www.r-project.org]. Acesso em: 05.11.2019.
- RAUPP, R. M. *Relatório de Análise Estatística da Pesquisa Sobre Tribunal do Júri do DF*. 2020, 82p.
- RIBEIRO, L. A produção decisória do sistema de justiça criminal para o crime de homicídio: análise dos dados do estado de São Paulo entre 1991 e 1998. *DADOS – Revista de Ciências Sociais*, v. 53, n. 1, p. 159-194, 2010.
- RIBEIRO, L. O tempo da justiça criminal brasileira. *Coleção Segurança com Cidadania*, v. 3, n. 1, p. 37-67, 2009.
- SACHSIDA, A.; MENDONÇA, M. J. C.; MOREIRA, T. B. S. O Impacto de diferentes tipos de repressão legal sobre as taxas de homicídios entre os estados brasileiros. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 5, n. 3, p. 100-123, 2015.
- SOARES, L. E. A Política Nacional de Segurança Pública: histórico, dilemas e perspectivas. *Estudos Avançados*, v. 21, n. 61, p. 77-97, 2007.
- TUKEY, J. W. *Exploratory Data Analysis*. London: Pearson, 1977.
- VARGAS, J. D.; MAGALHÃES, I. B.; RIBEIRO, L. M. L. Tempo da justiça: metodologia de tratamento do tempo e da morosidade processual na Justiça Criminal. *Segurança, Justiça e Cidadania*, p. 45-72, 2003.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- Faces da violência letal: homicídio-suicídio e *mass murder*-suicídio, de Davi de Paiva Costa Tangerino e Henrique Olive – *RBCCrim* 165/189-244;
- Qualificadora do "homicídio funcional" e morte decorrente de intervenção policial, de Rafael Francisco Marcondes de Moraes – *RT* 972/275-295; e
- Tentativa de latrocínio: a súmula 610 do supremo tribunal federal e a necessária revisão do seu conteúdo normativo, de Helio Luiz Fonseca Moreira, Janari da Silva Pedroso e Raimundo Wilson Gama Raiol – *RBCCrim* 155/71-101.

A TEORIA DA APRENDIZAGEM SOCIAL DO COMPORTAMENTO CRIMINOSO

SOCIAL LEARNING THEORY OF CRIMINAL BEHAVIOR

JÚLIO CÉSAR AGUIAR

Doctor of Philosophy (PhD) in Law, pela Universidade de Aberdeen, Reino Unido. Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Professor da Escola de Políticas Públicas e Governo da FGV. Mestre em Filosofia pela Universidade Federal de Goiás. Procurador da Fazenda Nacional.

ORCID: 0000-0002-8252-2894.

Lattes: [<http://lattes.cnpq.br/7152243130773982>].

juliocesar.deaguiar@gmail.com

MÁRIO ALVES MEDEIROS

Mestre em Direito pela Universidade Católica de Brasília. MBA em Gestão Pública pela FGV. Especialista em processo pela Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia. Procurador da República.

ORCID: 0000-0001-5873-6350.

Lattes: [<http://lattes.cnpq.br/0882199953048859>].

mamedeiros@me.com

Recebido em: 20.01.2021

Aprovado em: 20.07.2021

Última versão dos autores: 23.07.2021

ÁREAS DO DIREITO: Penal; Fundamentos do Direito

RESUMO: O artigo expõe a teoria da aprendizagem social do comportamento criminoso e desviante de Ronald L. Akers. Explicita as suas relações com a teoria da associação diferencial, de Edwin H. Sutherland. Apresenta seus postulados, elementos e hipóteses acerca da recidiva criminal. Ao final, aborda brevemente a teoria da estrutura social e aprendizagem social do crime, igualmente formulada por Ronald L. Akers.

PALAVRAS-CHAVE: Criminologia – Aprendizagem social – Associação diferencial.

ABSTRACT: The article exposes Ronald L. Akers' social learning theory of criminal and deviant behavior. Explains its relations with Edwin H. Sutherland's theory of differential association. The article presents its postulates, elements and the hypotheses in relation to the criminal recidive. In the end it briefly presents the theory of social structure and social learning of crime, also formulated by Ronald L. Akers.

KEYWORDS: Criminology – Social learning – Differential association.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A teoria da associação diferencial. 3. Reformulações da teoria da associação diferencial. 4. A teoria da aprendizagem social do comportamento criminoso ou desviante. 4.1. Os elementos da teoria da aprendizagem social do comportamento criminoso ou desviante. 4.1.1. A associação diferencial. 4.1.2. Reforço diferencial. 4.1.3. Imitação. 4.1.4. Definições e estímulos discriminativos. 4.2. Experimentos envolvendo a teoria da aprendizagem social do comportamento desviante ou criminoso. 4.3. A teoria da aprendizagem e a recidiva do comportamento criminoso. 5. Estrutura social e aprendizagem social do comportamento criminoso. 6. Considerações finais. 7. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

A teoria da aprendizagem social do comportamento desviante ou criminoso, desenvolvida por Ronald L. Akers, está entre as que detêm maior prestígio na criminologia contemporânea. Surgida em fins da década de 1960 do século passado, com a incorporação de princípios do behaviorismo radical de B. F. Skinner à teoria da associação diferencial de Edwin H. Sutherland, ela vem evoluindo continuamente, em diálogo e confronto com teorias rivais.

Além de possuir todos os predicados de uma boa teoria (consistência, escopo bem definido, parcimônia, falseabilidade, validade empírica e utilidade), é uma das mais frequentemente testadas em criminologia, sendo aquela mais fortemente apoiada em dados empíricos (AKERS, 2010, p. XXII; COCHRAN et al., 2015, p. 2).

No entanto, ela ainda é objeto de escassa atenção no Brasil¹. É possível que isso ocorra em razão da predominância, entre nós, da criminologia crítica, que rejeita fortemente as teorias criminológicas com abordagem psicológica (ANDREWS e BONTA, 2010, p. 93).

Para suprir essa lacuna, o presente artigo propõe-se a apresentar a teoria da aprendizagem do comportamento criminoso de modo detido.

1. Em busca realizada no dia 06 de junho de 2019 no Catálogo da CAPES, das 870 teses e dissertações encontradas com o uso do parâmetro “criminologia”, nenhuma tinha a teoria da aprendizagem social do comportamento criminoso por objeto. Tampouco houve resultados positivos em busca realizada naquele mesmo dia na Biblioteca Digital de Teses e Dissertações da USP. Em busca realizada no Google Acadêmico, entre os dias 06 e 07 de junho de 2020, foram encontrados alguns trabalhos de conclusão de curso e artigos que referenciavam Ronald L. Akers. Dessas referências, poucas abordavam – sempre de modo breve – a sua teoria da aprendizagem. Merece destaque trabalho publicado por Thiago de Gustavo Guadalupe em 2012, relatando estudo empírico por ele realizado na região metropolitana de Belo Horizonte/MG, sobre violência nas escolas. Embora o autor afirme que testou, dentre outras, a teoria da aprendizagem social do comportamento criminoso, o escopo do estudo foi um pouco mais restrito, como será visto mais à frente. Quanto aos manuais de criminologia publicados no Brasil, foram localizados dois que tratam da teoria da aprendizagem social de Ronald Akers, com os limites naturais a esse tipo de obra: a versão em português da “Introdução à criminologia”, obra do espanhol Alfonso Serrano Maíllo, e o livro “Criminologia”, de Eduardo Viana.

A primeira parte do trabalho ocupa-se da teoria da associação diferencial, de Edwin H. Sutherland. Há necessidade de abordá-la, ainda que apenas nos limites do necessário para compreensão da relação de paternidade que ela mantém com a teoria da aprendizagem social de Akers.

A segunda parte do artigo trata do desenvolvimento e da evolução da teoria da aprendizagem social do comportamento criminoso. Os seus elementos e proposições são expostos, bem como os estudos e testes que lhe dão suporte. Ainda nesta parte do trabalho, são apresentadas as hipóteses que podem ser derivadas da teoria, a propósito da recidiva² do comportamento criminoso.

A terceira e última parte do artigo é dedicada a uma breve notícia acerca da teoria da estrutura social e aprendizagem social do crime (“social structure-social learning theory”), um modelo ainda em construção, por meio do qual Akers procura integrar a explicação do comportamento criminoso em escala individual ao nível estrutural.

2. A TEORIA DA ASSOCIAÇÃO DIFERENCIAL

A teoria da associação diferencial foi desenvolvida pelo norte-americano Edwin H. Sutherland (1883-1950). Formulada em proposições, ela foi apresentada em 1939, na terceira edição do livro “Principles of Criminology”³.

Sutherland reage às explicações antropológicas do comportamento criminoso, que prosperavam desde meados do século XIX. Ele tampouco endossa a vinculação entre pobreza e criminalidade que vinha sendo trabalhada pela Escola de Chicago havia algumas décadas (ANITUA, 2008, p. 490). Recusa, ainda, a abordagem multifatorial, considerada acientífica (MATSUEDA, 1988, p. 279).

Associações diferenciais são determinadas interações estabelecidas pelos indivíduos em sociedade. Não se trata de qualquer interação, mas sim daquelas com pessoas em relação às quais os indivíduos conferem prestígio e importância, buscando manter intimidade e proximidade. Tendem a ser mais importantes aquelas constituídas mais cedo.

Não é correto limitar as associações diferenciais apenas às interações em bandos ou gangues formadas em zonas degradadas do ambiente urbano, muito embora nessas áreas possa existir com mais frequência o que Sutherland denominou “excesso de definições favoráveis” ao comportamento criminoso.

2. Ao longo deste artigo, deu-se preferência ao uso do termo “recidiva” em lugar de “reincidência”, por seu significado mais amplo, não restrito à conceituação legal. Além disso, o vocábulo “recidiva” pode ser empregado em referência a qualquer comportamento desviante, o que não se pode dizer da reincidência.
3. A primeira edição surgiu em 1924, com o título “Criminology”, publicada pela editora J. B. Lippincott. Uma segunda edição surgiu em 1934, já com o título que se tornaria definitivo. A partir de 1955 (5ª edição), o livro passou a contar com a colaboração de Donald R. Cressey. Inicialmente, a teoria era exposta em sete proposições. Na edição de 1947, Sutherland acrescentou mais duas.

Qualquer grupo pode propiciar o estabelecimento de associações diferenciais, inclusive aqueles formados nos extratos médios e altos da sociedade, como, por exemplo, sociedades mercantis e organizações de profissionais liberais.

A teoria é essencialmente uma teoria de aprendizagem⁴ (BURGESS e AKERS, 1968, p. 128). Nela, é central a noção de que o comportamento criminoso é aprendido pelos mesmos processos e mecanismos que envolvem a aprendizagem do comportamento em conformidade com a lei. O aprendizado inclui desde as técnicas de cometimento de delitos até a racionalização do comportamento (motivação e justificativas).

É por meio da interação comunicativa com os demais membros do grupo, e da observação dos comportamentos que nele são valorizados, que se dá a aprendizagem⁵. Quando no meio social em que a pessoa vive há mais definições favoráveis⁶ à infração da lei do que

4. O Dicionário de Ciências Sociais, coordenado por Benedicto Silva (1986), assim define aprendizagem: “A. O termo procede do latim *apprehendere*, apoderar-se, e refere-se à aquisição de comportamento por oposição ao comportamento inato. B. Segundo E. R. Hilgard (*Teorias da aprendizagem*. São Paulo, Herder, 1966), aprendizagem é o processo pelo qual se origina ou modifica uma atividade mediante a reação a uma situação dada, desde que as características dessa modificação não sejam explicadas a partir de tendências reativas inatas ou por maturação ou por modificações temporais do organismo (como fadiga, drogas etc)”. Apesar das divergências teóricas, há, portanto, consenso quanto a se contrapor a aprendizagem ao comportamento herdado, bem como quanto à existência de mudanças de comportamento que a aprendizagem envolve. (...)”.
5. Esse postulado levou à identificação da teoria da associação diferencial com o interacionismo simbólico. O interacionismo simbólico conta com ricos antecedentes, desde os trabalhos desenvolvidos por George Mead (1863-1931) a respeito da formação do *self* a partir da tomada de consciência de si em razão do confronto com os outros membros do grupo (GONGAWARE e DOTTER, 2005). Também se aponta a influência em Sutherland da obra de Gabriel Tarde (1843-1904), especialmente as três leis da imitação (JONES, 2013, p. 96). Mais certa é a importância das obras de Talcott Parsons (1902-1979) e Robert King Merton (1910-2003) para o desenvolvimento da teoria da associação diferencial. A despeito das significativas divergências, a noção desenvolvida pelo primeiro, da constituição da estrutura social por modelos de cultura normativos, institucionalizados socialmente e internalizados individualmente; e o modelo de contradição entre a estrutura social e a estrutura cultural desenvolvido pelo segundo, encontram ecos perceptíveis na teoria da associação diferencial (ANITUA, 2008, p. 488).
6. Sutherland fala em “an excess of definitions favorable to violation of law”. Segundo Akers, Sutherland pegou o conceito de “definições” de W. I. Thomas, que falava em “definition of the situation” e o generalizou para expressar a noção de “orienting attitudes toward different behavior” (AKERS, 2010, p. 78). Tanto nas versões em espanhol quanto em português das proposições de Sutherland, geralmente se opta pela transliteração de “definitions”. O termo é impreciso, como reconheceu mais tarde o maior colaborador de Sutherland, Donald R. Cressey. Em sua obra, o vocábulo “definitions” aparecerá ligado à noção de que os criminosos racionalizam o seu comportamento por meio de justificativas que constituem parte do próprio processo motivacional (AKERS, 2010, p. 33). Essa ideia será desenvolvida por Sykes e Matza, que falam em “técnicas de neutralização”, englobando justificativas, escusas, desvios representativos e, por vezes, a valorização do comportamento afronioso (AKERS, 2010, p. 35). É com essa conotação que o termo é trabalhado pelas diversas teorias da aprendizagem contemporâneas.

definições favoráveis ao comportamento em conformidade, surge um código valorativo distinto do legal, que passa a ter autoridade normativa e a ser objeto de aprendizagem. Este fenômeno ocorre não apenas em áreas marginalizadas, podendo ter lugar no ambiente dos negócios, quando se erige uma forma de atuação socialmente admitida, transmitidas por aprendizagem, distinta do que preconiza a lei⁷.

Essas ideias, sinteticamente expostas, estão exprimidas nas nove proposições da teoria. São elas (SUTHERLAND e CRESSEY, 1978, p. 80 e ss., tradução nossa):

- “1. O comportamento criminoso é aprendido.
2. O comportamento criminoso é aprendido na interação com outras pessoas em um processo comunicativo.
3. A principal parte da aprendizagem do comportamento criminoso ocorre dentro de grupos pessoais íntimos.
4. Quando o comportamento criminoso é aprendido, a aprendizagem compreende:
a) técnicas para cometer o delito, que podem ser muito complexas ou muito simples;
b) a direção específica de motivações, impulsos, racionalizações e atitudes.
5. A orientação específica dos motivos e impulsos é aprendida a partir de definições dos códigos legais como favoráveis ou desfavoráveis.
6. Uma pessoa se torna delinquente porque um excesso de definições favoráveis à violação da lei prevalece sobre as desfavoráveis.
7. A associação diferencial pode variar em frequência, duração, prioridade⁸ e intensidade.
8. O processo de aprendizagem do comportamento criminoso pela associação com modelos criminosos e não-criminosos envolve todos os mecanismos de qualquer outro processo de aprendizagem.
9. Embora o comportamento criminoso seja uma expressão de necessidades e valores gerais, ele não é explicado por essas necessidades e valores, pois o comportamento não-criminoso também é uma expressão das mesmas necessidades e valores.”

-
7. São diversas as críticas formuladas contra a teoria da associação diferencial, tais como a presença de uma visão determinista, ou a desconsideração de elementos como “intensidade da necessidade”, “oportunidade” e as diferenças individuais. Mais severos são os críticos que a taxam como “teorias do desvio cultural”. Para um panorama completo das críticas e respostas, sugere-se a consulta a Donald R. Cressey (1960) e a Akers (2010, p. 30 e ss.).
 8. Quando Sutherland fala em “priority” não quer enfatizar o grau de importância, mas sim a primazia cronológica. Ele sustenta que o comportamento conforme, e assim também o comportamento afrontoso à lei, desenvolvido na infância pode persistir vida afora.

3. REFORMULAÇÕES DA TEORIA DA ASSOCIAÇÃO DIFERENCIAL⁹

A teoria da associação diferencial granjeou prestígio rapidamente, mas logo mostrou um problema sério para a sociologia criminal: a dificuldade de validação empírica das suas proposições (MATSUEDA, 1988, p. 284). Os seus conceitos são de difícil operacionalização em experimentos¹⁰ e, por outro lado, ela não explicita suficientemente o processo pelo qual o comportamento criminoso é aprendido.

Um primeiro esforço para vencer esses problemas foi feito por C. R. Jeffery, que em 1965 publicou artigo defendendo o reexame da teoria da associação diferencial à luz da teoria da aprendizagem¹¹.

Jeffery afirma que o ato criminoso ocorre em um ambiente no qual o agente sofreu no passado um reforço para se comportar dessa maneira, e as consequências aversivas ligadas ao ato não foram suficientes para levar o indivíduo a evitá-lo (JEFFERY, 1965, p. 295).

Pouco depois do surgimento desse artigo, em 1966, Melvin DeFleur e Richard Quinney publicaram um trabalho apresentando estratégias e propostas para realização de testes das proposições de Sutherland. Conquanto eles não tenham se debruçado especificamente sobre o processo de aprendizagem, afirmam no texto que a “moderna teoria da aprendizagem pelo reforço poderia dar conta desse problema” (DEFLEUR e QUINNEY, 1966, p. 5, tradução nossa).

Somente com a apresentação do artigo “A differential association-reinforcement theory of criminal behavior”, elaborado por Ronald L. Akers e Robert L. Burgess¹²,

9. Para uma visão mais abrangente dos desenvolvimentos ulteriores da teoria da associação diferencial, sugere-se a leitura do artigo “The current state of differential association theory”, de Ross L. Matusueda (1988).

10. Akers e Burgess (1966, p. 129) relacionam uma série de trabalhos nos quais a teoria recebeu algum suporte empírico e nos quais houve resultados negativos ou inconsistentes. Ressaltam que em quase todos eles foram indicadas dificuldades para operacionalização dos conceitos e foi recomendado que a teoria fosse modificada de modo tal que se tornasse mais manejável em testes empíricos. Em outra obra (2010, p. 42), Akers relata que pouco antes de morrer, Sutherland iniciou experimento com alguns de seus alunos, que entrevistaram presidiários na tentativa de empregar o procedimento de indução analítica desenvolvido por Alfred R. Lindesmith para testar a teoria. Todavia, o único resultado que teria advindo desse trabalho foi a observação de que apenas um presidiário em 125 não contava com associação prévia com outros criminosos.

11. Existem outras abordagens, nas quais se reformulam conceitos da teoria da associação diferencial sem recurso à teoria da aprendizagem. As mais conhecidas são as de Sykes e Matza, Frank Hartung e Daniel Glaser. A associação diferencial é elemento-chave de outras teorias criminológicas, como a identificação diferencial e as teorias da transmissão cultural (GONGAWARE e DOTTER, 2007, p. 380). Merton também intentou elaborar uma síntese entre a sua teoria da anomia e a associação diferencial (ANITUA, 2008, p. 488).

12. O trabalho foi publicado no outono de 1966, mas já havia sido apresentado preliminarmente em um encontro da *Pacific Sociological Association*, na primavera daquele mesmo ano (AKERS, 2010, p. 12).

buscou-se efetivamente demonstrar a possibilidade de compatibilização entre a teoria da associação diferencial e uma teoria da aprendizagem.

4. A TEORIA DA APRENDIZAGEM SOCIAL DO COMPORTAMENTO CRIMINOSO OU DESVIANTE

A partir da percepção de que a proposição de Sutherland a respeito do equilíbrio entre definições favoráveis e desfavoráveis para a prática de crimes poderia ser substituída pela ideia de equilíbrio entre recompensas e punições, desenvolvida por B. F. Skinner, Akers e Burgess reformulam as proposições da associação diferencial, com agrupamentos e supressões.

Para boa compreensão do trabalho de Akers e Burgess é interessante revisar alguns dos conceitos do behaviorismo radical skinneriano.

Sinteticamente, Skinner expunha que o aumento ou diminuição da frequência de um padrão comportamental no repertório de um indivíduo é resultado da assim chamada *aprendizagem operante*, que ocorre por meio de um processo de seleção pelas consequências do comportamento (AGUIAR, 2017).

Esse processo de adaptação do comportamento do indivíduo ao seu ambiente chama-se *condicionamento operante* e pode ser descrito por intermédio de quatro variáveis: a) padrão comportamental operante; b) consequência reforçadora ou punitiva; c) contexto; d) estado motivacional (condições de privação, saciedade e estimulação aversiva, também conhecida como “operação estabelecadora”).

O *padrão comportamental operante* é a relação entre comportamento e ambiente circundante, cuja descrição inclui o tipo de ações que o compõem, o contexto e as consequências reforçadoras positivas ou negativas responsáveis pela sua presença no repertório de determinado indivíduo. A sua principal dimensão quantitativa é a frequência, com base na qual se pode estimar a probabilidade de ocorrência futura do mesmo comportamento, dados o estado motivacional e o contexto, e desde que as consequências resultantes, reforçadoras ou punitivas, se mantenham estáveis.

Consequência reforçadora ou punitiva é a variável relacionada à alteração ambiental decorrente de um padrão comportamental, que tem a propriedade de alterar a frequência com que este comportamento tende a ocorrer no futuro. A consequência é denominada *reforçador*, quando tende a aumentar a frequência de ocorrência do comportamento, e é chamada de *punidor* quando tende a diminuí-la. Reforçadores e punidores podem ser positivos ou negativos. Reforçador positivo é a recompensa que torna o comportamento que a proporcionou mais provável; reforçador negativo é a evitação de uma consequência aversiva que conta com o mesmo efeito. Punidor positivo, por sua vez, corresponde à apresentação de um estímulo aversivo que tende a tornar o comportamento que o originou menos provável; punidor positivo corresponde à retirada de um reforçador positivo, com esse mesmo resultado (BAUM, 2019, pp. 67-68). Por outro lado, as

consequências podem ser primárias ou condicionadas. Consequência primária é aquela cuja capacidade de reforçar ou punir um comportamento é inata, isto é, não depende de aprendizagem (v.g. estimulação sexual).

Consequência condicionada é aquela que adquire suas propriedades reforçadoras ou punitivas a partir de um processo de aprendizagem, denominado pareamento, que ocorre com a vinculação a outras consequências reforçadoras ou punitivas (v.g. o som da broca de um dentista é comumente pareado com a estimulação aversiva da dor provocada pela broca; de modo similar, o som dos passos de um agressor pode ser pareado com a estimulação aversiva dos sofrimentos impingidos em sessões de tortura).

O *contexto* representa o controle exercido pelo ambiente sobre a probabilidade momentânea de ocorrência de um determinado padrão comportamental por meio da sinalização da disponibilidade do respectivo reforçador ou punidor. Tecnicamente, o contexto funciona como estímulo discriminativo, em presença do qual o comportamento operante será provavelmente reforçado (BAUM, 2019, p. 99-105).

Por fim, *estado motivacional* é a variável que indica a probabilidade momentânea de ocorrência de um padrão comportamental operante em razão da alteração de um reforçador positivo ou negativo, naquele dado momento. Dentre os estados motivacionais merecem destaque as privações e as estimulações aversivas. A privação tende a aumentar a probabilidade momentânea de ocorrência de padrões comportamentais positivamente reforçados no passado com a obtenção de determinado reforçador. Já a estimulação aversiva é o estado emocional que tende a aumentar a probabilidade momentânea de ocorrência de padrões comportamentais negativamente reforçados no passado com a cessação da estimulação aversiva em questão (AGUIAR, 2017).

A partir do emprego desses conceitos, Akers e Burgess deram às proposições da associação diferencial a seguinte forma (AKERS e BURGESS, 1966, p. 146, tradução nossa):

- “1. O comportamento criminoso é aprendido de acordo com os princípios do condicionamento operante.
2. O comportamento criminoso é aprendido tanto em situações não-sociais que são reforçadoras ou discriminativas, quanto através da interação social na qual o comportamento de outras pessoas lhe é reforçador ou discriminativo.
3. A parte principal da aprendizagem do comportamento criminoso ocorre nos grupos que constituem a principal fonte de reforço do indivíduo.
4. A aprendizagem do comportamento criminoso, incluindo técnicas específicas, motivações e procedimentos de justificação, decorre dos reforçadores efetivos disponíveis e das contingências de reforço existentes.
5. A classe específica de comportamentos que são aprendidos e a sua frequência são decorrência dos reforçadores efetivos disponíveis, e das regras ou normas pelas quais esses reforçadores são aplicados.

6. O comportamento criminoso é uma consequência de normas que lhes são discriminativas, cuja aprendizagem ocorre quando ele é mais fortemente reforçado do que o comportamento em conformidade.

7. A força do comportamento criminoso é uma decorrência direta da quantidade, frequência e probabilidade de seu reforço.”

Em 1973, com a publicação do livro “Deviant Behavior: A Social Learning Approach”, e em paralelo com os primeiros esforços para testar empiricamente a teoria, as proposições foram sendo refinadas e reformuladas por Akers¹³. Nesse processo, ele se afastou gradualmente do behaviorismo radical de Skinner em direção ao behaviorismo social de Albert Bandura. Também resgatou aspectos do interacionismo simbólico presentes na obra original de Sutherland. Esse movimento teria sido motivado pela necessidade de aperfeiçoamento da explicação acerca da formação do comportamento, com a inclusão de processos cognitivos, especialmente a aprendizagem por observação e reforço indireto¹⁴. Akers continuou a se servir da terminologia do comportamento operante, mas passou a definir a sua teoria como sendo “soft behaviorism” (AKERS, 2010, p. 59). Ademais, embora afirme que ainda seja acurado se falar em “associação-reforço diferencial” (AKERS, 2010, p. 47), Akers abandonou a nomenclatura em favor da denominação “aprendizagem social do comportamento desviante”.

Como o novo nome indica, a teoria ganhou maior escopo, incluindo em seu campo de estudo outras formas de comportamento desviante (v.g. uso e abuso de drogas)¹⁵.

Nas três edições de “Deviant Behavior: A Social Learning Approach”, Akers preserva a técnica de formulação de proposições, derivada de Sutherland. Abandonou-a, contudo, no livro “Social learning and social structure: a general theory of crime and deviance”, publicado em 1998, por acreditar que ela não permitia comunicar satisfatoriamente o conteúdo da teoria (AKERS, 2010, p. 49).

Segundo sua formulação atual, a ideia central da teoria da aprendizagem social é a seguinte:

13. Burgess afastou-se da criminologia pouco após a publicação do artigo “A differential association-reinforcement theory of criminal behavior” (AKERS, 2010, p. 13).
14. Nas palavras de Akers: “Eu passei a aceitar o conceito de Bandura de imitação. Nele, a imitação é um mecanismo de aprendizagem separado, caracterizado pela modelagem das próprias ações a partir da observação do comportamento de outros e das suas consequências (reforço indireto), antes de se praticar esse mesmo comportamento e diretamente experimentar suas consequências” (AKERS, 2010, p. 58, tradução nossa).
15. Trata-se de alteração não apenas quantitativa, mas também qualitativa. Anitua (2008, p. 488) explica que, ao mirar o comportamento desviante, a criminologia evita o confinamento do seu objeto de estudos ao que for juridicamente definido como crime; afasta-se das explicações de matriz médica; e se aproxima definitivamente da sociologia.

“A probabilidade de que as pessoas se engajem em comportamentos criminosos e desviantes é aumentada, e a probabilidade de agirem em conformidade com as normas é diminuída, quando elas se associam diferencialmente com outras que adotam comportamentos criminosos e esposam definições favoráveis a ele (associação diferencial); pessoalmente ou simbolicamente estejam relativamente mais expostas a modelos criminosos/desviantes (imitação), definindo-os como desejáveis ou justificáveis em uma situação discriminativa para o comportamento (definições); e tenham recebido no passado e antecipem maior recompensa que punição pelo comportamento (reforço diferencial).” (AKERS, 2010, p. 50, tradução nossa)

A partir daí, Akers formula as seguintes hipóteses testáveis:

“É mais provável que o indivíduo cometa violações quando:

1. Ele ou ela se associe diferencialmente com outros que cometem, modelem¹⁶ e apoiem violações de normas sociais ou legais.
2. O comportamento violador é diferencialmente reforçado em relação ao comportamento em conformidade com as normas.
3. Ele ou ela é mais exposto ou observa mais modelos desviantes que conformes.
4. As suas próprias definições aprendidas são favoráveis para o cometimento de atos desviantes.” (AKERS, 2010, p. 51, tradução nossa)

4.1. *Os elementos da teoria da aprendizagem social do comportamento criminoso ou desviante*

Os quatro elementos-chave da teoria da aprendizagem social do comportamento desviante são a associação diferencial; o reforço diferencial; a imitação e as definições. Um quinto elemento, não explicitamente referido na proposição, mas que também tem relevo é o conceito de estímulo discriminativo. A seguir eles serão individualmente analisados.

4.1.1. *A associação diferencial*

A teoria da aprendizagem social do comportamento desviante incorpora o conceito de associação diferencial de Sutherland, aduzindo que a sua importância vem não somente do seu papel na exposição do indivíduo a definições culturalmente transmitidas e adotadas individualmente, mas também da presença de modelos comportamentais a

16. Modelagem é o processo de manutenção ou redução de determinado comportamento, por meio da administração de reforços e punições (BAUM, 2019, pp. 176-177). Não confundir com *modelação*, conceito que será exposto mais adiante.

serem imitados e do controle sobre quais recompensas e punidores estão disponíveis e são ligados a comportamentos desviantes ou consentidos.

As associações diferenciais não se relacionam apenas com padrões de reforço, mas também modulam a exposição a definições, modelos comportamentais e outros estímulos discriminativos.

A frequência, intensidade, duração e prioridade das associações afetam a quantidade, frequência e probabilidade de reforço do comportamento desviante ou consentido. O controle do indivíduo acerca do seu engajamento com essas associações, por outro lado, é afetado por quão recompensador ou aversivo ele é.

As associações diferenciais não se formam apenas entre pares (“peer association”). Segundo o princípio da prioridade, a associação, o reforço, a modelagem e a exposição a comportamentos e definições desviantes no seio familiar, durante a infância, têm efeitos diretos e seletivos sobre as associações e o comportamento criminoso posterior. A família é o principal socializador inicial e é nela que associações fundamentais, modelos, e treinamento por recompensas e punições são encontrados.

4.1.2. Reforço diferencial

Reforço diferencial, na teoria da aprendizagem social, significa a relação entre recompensas presentes ou antecipadas e punições que seguem ou são consequências do comportamento.

A abstenção, a persistência ou a desistência da prática de atos criminosos ou desviantes é decorrência da frequência, quantidade e probabilidade de recompensas e punições que se percebe estarem ligadas ao comportamento (AKERS, 2010, p. 66)¹⁷.

O reforço diferencial envolve não apenas as reações diretas das pessoas presentes na realização de um ato, mas toda a gama de recompensas tangíveis e intangíveis valorizadas. Essas recompensas podem ser bastante simbólicas, casos nos quais os seus efeitos de reforço vêm do cumprimento de metas ideológicas, religiosas, políticas ou outras.

Muito embora o reforço diferencial seja eminentemente social, a teoria da aprendizagem acolhe a possibilidade de atuação de reforços não-sociais. Trata-se da experiência de efeitos incondicionados positivos ou negativos de estímulos físicos, como, v.g., a excitação causada pela antecipação da ação desviante. No entanto, mesmo nesses casos, tanto a experiência quanto a interpretação das sensações por ela causadas como prazerosas podem ser fruto de condicionamento social (AKERS, 2010, p. 72).

-
17. O processo de mudanças comportamentais do reforço diferencial se dá por condicionamento operante e ele obedece à lei de correspondência (“matching law”), segundo a qual o comportamento mais frequente e fortemente reforçado é escolhido e praticado em exclusão das outras alternativas. Tal princípio é decorrência da dificuldade de se isolar em um ambiente natural unidades de resposta-reforço. Assim, o comportamento responde não à proximidade temporal e espacial comportamento-reforço, mas sim à correlação quantitativa entre os dois (AKERS, 2010, p. 69).

4.1.3. *Imitação*

O conceito de imitação empregado pela teoria da aprendizagem social do comportamento desviante é derivado da teoria da aprendizagem por modelação, desenvolvida por Albert Bandura.

Modelação é o processo de aprendizagem social feito com base na observação e imitação do comportamento de outros. Além de outras variáveis, a prática da imitação é afetada pelas consequências observadas do comportamento, o que se denomina reforço vicário. Os observadores tendem a imitar comportamentos se os modelos são admirados, recebem reforços, dão sinais de prazer, ou estão em um ambiente no qual a imitação é reforçada (AGUIAR, 1998).

Segundo Akers, embora a modelação exerça papel mais proeminente na aquisição de um novo comportamento, ela também pode ter algum efeito facilitador para a sua manutenção ou modificação (2010, p. 75)¹⁸.

A incorporação dos efeitos de modelação à teoria da aprendizagem social do comportamento desviante afastou-a da teoria operante ortodoxa e, também, da afirmação de Sutherland de que “agências de comunicação” são pouco importantes para a gênese do comportamento criminoso (SUTHERLAND e CRESSEY, 1978, p. 81)¹⁹. Akers sustenta que o crescimento do impacto da mídia na sociedade contemporânea mudou esse panorama, de sorte que a prioridade, duração, frequência e, talvez, a intensidade da exposição a padrões de comportamento apresentados na mídia podem sobrepujar as relações contrárias em grupos primários, menos frequentes, intensas e duradouras. Assim, embora os efeitos de modelação da exposição a padrões de comportamento exibidos na mídia tendam a ser mais fracos que aqueles decorrentes da interação pessoal, ainda assim podem ser persistentes e, combinados com o condicionamento dessensibilizante de comportamentos violentos, v.g., podem contrariar definições negativas e fornecer definições adicionais neutralizantes e positivas (AKERS, 2010, p. 76).

4.1.4. *Definições e estímulos discriminativos*

Definições, na teoria da aprendizagem social do comportamento desviante, são as orientações, racionalizações e posturas que qualificam um ato como certo ou errado, bom ou ruim, desejável ou indesejável, justificável ou injustificável.

18. Conquanto Akers defenda os mencionados efeitos facilitadores, o ponto não é isento de controvérsia, pois conceitualmente a modelação é tratada como processo envolvido apenas na aquisição de novos comportamentos (AGUIAR, 1998).

19. Trata-se de anotação feita por Sutherland à terceira proposição da associação diferencial (“A principal parte da aprendizagem do comportamento criminoso ocorre dentro de grupos pessoais íntimos”).

As definições que favorecem o comportamento criminoso ou desviante são positivas ou neutralizadoras. As positivas tornam o comportamento moralmente desejável ou totalmente permissível. As neutralizadoras justificam o comportamento ou lhes fornece escusas, atuando frequentemente de forma *ad hoc*, ou seja, o comportamento é visto como algo indesejável, mas dada a situação particular, é justificável, desculpável, necessário ou tolerável.

Para a teoria da aprendizagem social do comportamento criminoso também são definições neutralizadoras os discursos de isenção de responsabilidade ou desengajamento moral do tipo “eu não posso fazer nada, nasci assim”; “ele mereceu”; “todo mundo tem um defeito”; “eu estava bêbado e não sabia o que estava fazendo” (AKERS, 2010, p. 80)²⁰.

As definições favoráveis ou desfavoráveis ao comportamento criminoso são desenvolvidas por meio da imitação e do reforço diferencial. Assim, as definições são elas também comportamentos objeto de aprendizagem.

Após serem aprendidas, as definições podem atuar como reforço diferencial do comportamento futuro, na medida em que a adesão ou violação dão causa para recompensas positivas ou custos morais (reprovação social ou autorreprovação).

Do ponto de vista cognitivo, as definições engendram um padrão de pensamento que torna alguém mais disposto a se envolver em comportamentos desviantes ou criminosos. Do ponto de vista comportamental, elas servem como estímulos discriminativos; sinalizações que indicam que certos comportamentos são apropriados e recompensáveis, ou inapropriados e provavelmente serão punidos de alguma forma (AKERS, 2010, p. 84).

É possível a prática de atos criminosos sem a presença de definições, mas a probabilidade de que eles aconteçam e se repitam é muito maior quando elas foram aprendidas. Por outro lado, a apreensão de definições favoráveis ao comportamento criminoso não exige necessariamente a participação em uma subcultura criminosa.

4.2. *Experimentos envolvendo a teoria da aprendizagem social do comportamento desviante ou criminoso*

Os processos de condicionamento operante e clássico, aprendizagem observacional, estímulos discriminativos, reforços e outros princípios behavioristas ou do interacionismo simbólico foram objeto de centenas de estudos que lhes validam (AKERS, 2010, p. 107).

20. Outras fórmulas são lembradas por Anitua (2008, p. 507), lembrando os trabalhos de Sykes e Matza: elas podem envolver a condenação dos que condenam (“são todos uns hipócritas”, “os juizes e os policiais são corruptos”); a negação da condição de ilícito (“não fiz nada realmente de mau”, “a proibição não tem sentido, pois se trata de algo sem importância”); ou a remissão a instâncias superiores (“não podia decepcionar os meus amigos”, “me mandaram fazer”).

Desde os anos 1950 do século passado, elementos isolados da teoria da aprendizagem social, como a associação diferencial e as definições²¹, foram submetidos a testes, com achados favoráveis bastante significativos. Dezenas de pesquisas empíricas identificaram a sua correlação de forma moderada ou forte com comportamentos desviantes²².

No entanto, foi somente a partir de meados dos anos 1970 que a teoria da aprendizagem social começou a ser integralmente testada. Em um artigo de metanálise, Pratt e outros listam nada menos que 133 estudos empíricos publicados entre 1974 e 2003 que testaram a teoria (PRATT et al., 2009).

A teoria da aprendizagem social vem assim acumulando evidências que dão suporte às suas hipóteses (SELLERS et al., 2017, p. 109; PRATT et al., 2009)²³, valendo destacar que embora os estudos abranjam uma ampla gama de casos de comportamento desviante, há uma notável concentração em testes envolvendo o uso e abuso de substâncias como álcool, tabaco e drogas ilícitas²⁴.

Os testes mais relevantes²⁵, com achados que ratificam as hipóteses da teoria da aprendizagem social do comportamento criminoso ou desviante, envolvem o uso de drogas e maconha por estudantes do ensino médio (AKERS et al., 1979); consumo de cigarros por adolescentes (SKINNER et al., 1985); abuso no consumo de álcool entre idosos (AKERS et al., 1989); coerção sexual entre estudantes universitários (BOERINGER, SHEHAN e AKERS, 1991; AKERS, 2010, p. 254 e ss.); violência entre namorados (SELLERS,

21. Exemplificativamente, teste empírico conduzido por Piquero, Tibbetts e Blankenship em 2005 resultou na correlação de definições, notadamente das técnicas de neutralização, com crimes corporativos.
22. Para uma relação bastante abrangente, ver Akers, 2010, p. 110 e ss.
23. A metanálise empreendida por Pratt et al. (2009) resultou no encontro de evidências que suportam fortemente a associação diferencial e as definições favoráveis. O reforço diferencial, a modelagem e a imitação encontraram amparo empírico mais modesto. No entanto, os autores advertem para as limitações de um estudo desse tipo, que não substitui a análise dos achados em cada teste, dadas as suas peculiaridades. Advertem ainda para o fato de que certos preditores do reforço diferencial e da imitação foram testados como preditores da associação diferencial, e que a modelagem/imitação foi significativamente menos testada que os demais elementos da teoria, o que afeta os resultados da metanálise. Por isso, concluem o trabalho afirmando que “the results of our meta-analysis clearly show that it [social learning theory] deserves its status as one of the core perspectives in criminology” (PRATT et al., 2009, p. 790). Especificamente acerca do reforço diferencial pode-se acrescentar, por exemplo, que em estudo envolvendo o abuso de álcool entre idosos, ele surge como o elemento mais fortemente relacionado ao comportamento estudado (AKERS et al., 1989, p. 634).
24. Grande parte dos testes com esse objeto tem amostras que recaem em grupos de adolescentes. Como consequência, o achado mais consistente na literatura acerca das causas da delinquência é a associação diferencial entre adolescentes (AKERS, 2010, p. 116). A concentração dos testes empíricos em delitos leves, no entanto, é apontada como uma séria limitação por críticos (MAÍLLO, 2007, p. 209).
25. Assim considerados por serem mais frequentemente mencionados em livros e artigos que tratam da teoria da aprendizagem social (AKERS, 2010; SELLERS et al., 2017; MAÍLLO, 2007).

COCHRAN e WINFREE JR, 2017, p. 109 e ss.; COCHRAN et al., 2015); crimes graves praticados por adolescentes internados (HENDERSON, 2015); pirataria na internet por universitários (GUNTER, 2008); *stalking* entre universitários (FOX, NOBLES e AKERS, 2010); crimes informáticos entre universitários (SKINNER e FREEMAN, 1997).

Muito embora os principais testes da teoria da aprendizagem social do comportamento desviante tenham sido conduzidos nos Estados Unidos, pesquisas realizadas em outros países corroboram os seus achados, o que indica que não se trata de uma teoria vinculada à cultura ou sociedade norte-americanas (AKERS, 2010, p. 115). Dentre esses testes, devem ser mencionados os relacionados a consumo de álcool e tabaco entre estudantes do segundo grau na Coréia do Sul (HWANG e AKERS, 2006), e consumo de álcool entre jovens na França e em Israel (ADLER e KANDEL, 1982).

No Brasil, Guadalupe (2012) afirma haver testado a teoria da aprendizagem social de Akers em uma pesquisa empírica, realizada na região metropolitana de Belo Horizonte/MG, acerca da violência nas escolas. Todavia, a consulta ao seu trabalho revela que, em relação à teoria da aprendizagem social, ele pesquisou apenas o relacionamento dos jovens com pessoas previamente envolvidas em ocorrências policiais. O teste, portanto, envolveu somente a variável da associação diferencial, valendo observar, entretanto, que os achados foram positivos (GUADALUPE, 2012, p. 98).

Muitos dos testes aqui referidos foram realizados de modo a avaliar em paralelo também as teorias criminológicas concorrentes (particularmente as teorias da anomia, dos vínculos sociais e do autocontrole, respectivamente de Merton, Hirsch, e Hirsch e Gottfredson), obtendo melhores resultados que todas elas²⁶.

Os achados em pesquisas longitudinais sugerem que as variáveis da aprendizagem social são bons preditivos de comportamento delinquente futuro²⁷. Entretanto, Akers reconhece que ainda é necessário o desenvolvimento de um longo e substancial corpo de pesquisas concebidas especificamente para prever a delinquência futura (AKERS, 2010, p. 127). Isso, todavia, não é um problema que afeta exclusivamente a teoria da aprendizagem social, sendo comum às teorias concorrentes, em razão de questões que atingem a todas, como a definição da metodologia adequada para as pesquisas e dificuldades éticas, legais e políticas (AKERS, 2010, p. 129).

4.3. A teoria da aprendizagem e a recidiva do comportamento criminoso

A partir da concepção da aprendizagem social como um processo no qual a probabilidade de iniciação ou repetição do ato desviante decorre da história de aprendizagem individual e do conjunto de contingências de reforço e estímulos discriminativos, Akers

26. Para uma relação de diversos outros testes comparativos: Akers, 2010, p. 113.

27. Para uma relação e análise de estudos e testes acerca da predição, e sua possível correlação com variáveis da teoria da aprendizagem social do comportamento criminoso, ver Akers, 2010, p. 127 e ss.

hipotetisa como se dá o processo típico de progressão criminosa ou desviante (AKERS, 2010, p. 53, tradução nossa):

- “1. O equilíbrio entre associações pretéritas e presentes, definições, imitação de modelos desviantes, e o equilíbrio antecipado de reforços em situações particulares, produz ou inibe os atos desviantes iniciais.
2. Os efeitos dessas variáveis continuam presentes na repetição dos atos desviantes, embora a imitação se torne menos importante do que foi inicialmente.
3. Após a iniciação, reforçadores sociais, não-sociais²⁸ e punições afetam a probabilidade de os atos virem ou não a ser repetidos e em qual frequência.
4. Não apenas o comportamento manifesto, mas também as definições a ele favoráveis ou desfavoráveis, são afetadas pelas consequências positivas e negativas dos atos iniciais. Na medida em que eles são mais recompensados do que comportamentos alternativos, as definições favoráveis serão fortalecidas e as definições desfavoráveis serão enfraquecidas, de modo que se tornará mais provável a repetição do comportamento desviante nas mesmas circunstâncias.
5. A progressão do comportamento desviante em direção a padrões mais frequentes e sustentáveis, em lugar da sua cessação ou redução, é promovida na medida em que o reforço, a exposição a modelos desviantes, e definições favoráveis à violação de normas²⁹ não são contrabalançadas por sanções negativas formais ou informais e definições favoráveis ao cumprimento das normas.”

Sinteticamente, a progressão para padrões de comportamento criminoso reiterado é promovida na medida em que a associação diferencial, os reforços, a exposição a modelos desviantes e as definições não são compensadas por associações não-desviantes (“conforming associations”) e definições e sanções negativas ou outras consequências aversivas.

Esse modelo é compatível com os achados de estudos já mencionados, muito embora eles não tenham sido concebidos para avaliá-lo (AKERS et al., 1979; AKERS, 2010, p. 232; AKERS et al., 1989; BOERINGER, SHEHAN e AKERS, 1991).

Outra forma de certificar a validade empírica das hipóteses de Akers sobre a recidiva é a sua compatibilidade com resultados favoráveis de tratamentos correccionais que têm

28. Como as reações fisiológicas incondicionadas ou os efeitos orgânicos da ingestão de drogas ou álcool.

29. Embora a teoria não proponha que as definições favoráveis à violação da lei sempre precedem e não sejam afetadas pela prática do ato criminoso, Akers afirma que a probabilidade da prática do ato aumenta (por imitação ou reforço) na ausência de reflexão acerca do seu conteúdo moral. Ademais, o indivíduo pode usar definições neutralizadoras retrospectivamente, para desculpar ou justificar o ato, mesmo sem tê-las considerado antes; entretanto, na medida em que tais justificativas ou escusas têm sucesso para mitigar sanções negativas ou autopunição, elas se tornam reforços para a repetição de atos desviantes posteriores (AKERS, 2010, p. 54).

por alvo as variáveis da aprendizagem social, especialmente programas cognitivo-comportamentais (ANDREWS e BONTA, 2010, p. 125).

Esse último tópico é controvertido. Como apontado por Cullen et al. (2017, p. 339 e ss.), desde fins dos anos 1960 do século passado, três fatores levam muitos criminólogos a negligenciarem as pesquisas de reabilitação, engrossando o movimento do “nada funciona” (“nothing works movement”)³⁰: 1) o triunfo da abordagem sociológica da criminologia, com o afastamento de aproximações psicológicas³¹; 2) a grande influência da teoria do etiquetamento (“labelling approach”), com o consequente aumento das suspeições em torno dos tratamentos correcionais; 3) a radicalização dessas suspeitas em decorrência da emergência e do prestígio acadêmico angariado pela criminologia crítica.

Nada obstante, Cullen et al. (2017) sustentam que o movimento do “nada funciona” negligencia uma série de estudos e testes empíricos que contradizem suas conclusões, relatando que metanálises contemporâneas, acerca da eficácia de programas de reabilitação, resultaram em achados favoráveis, com significativa redução na recidiva. Acrescentam que esses achados indicam que programas cognitivo-comportamentais consistentes com a teoria da associação diferencial ou da aprendizagem social tendem a obter melhores resultados na redução da recidiva que outros tratamentos (CULLEN et al., 2017, p. 351).

Pearson et al. (2002), a partir da análise de estudos de avaliação de tratamentos correcionais com emprego de terapias cognitivo-comportamentais, realizados entre 1968 e 1996, e compilados ao longo de 04 anos em uma ampla base de dados mantida pela agência norte-americana “National Institute on Drug Abuse”, chegam a essa mesma conclusão. De igual modo, Doris MacKenzie (2006), após analisar inúmeras pesquisas empíricas envolvendo tratamentos correcionais para uma ampla gama de delitos, rejeita fortemente o mantra do nada funciona (“nothing works mantra”), relatando sucesso na diminuição da recidiva em pessoas submetidas a tratamentos com abordagens que atacam variáveis da aprendizagem social, em contraste com grupos de controle.

5. ESTRUTURA SOCIAL E APRENDIZAGEM SOCIAL DO COMPORTAMENTO CRIMINOSO

A teoria da aprendizagem social ocupa-se do processo que relaciona cada indivíduo ao comportamento criminoso. Atua, portanto, em escala individual ou nível micro. Assim, por exemplo, ao especificar a importância das associações diferenciais para o comportamento desviante, não se preocupa em explicar por que a pessoa mantém determinadas associações em lugar de outras.

30. A obra que serviu de estopim para o movimento do “nada funciona” foi o livro “What Works?”, publicado pelo norte-americano Robert Martinson, em 1974.

31. Embora os autores sustentem que Sutherland não advogava uma posição “anti-tratamento”, é certo que ele próprio encarava a aproximação com a psicologia como uma ameaça ao status intelectual da criminologia (CULLEN et al., 2017, p. 340).

Embora desde o princípio do desenvolvimento da sua teoria da aprendizagem social Akers tenha procurado mostrar as relações de compatibilidade existentes entre ela e teorias criminológicas que operam em escala macro (como a teoria da anomia de Merton, por exemplo), foi somente a partir de princípios dos anos 1990 que ele passou a sustentar um modelo que a integra com a estrutura social³². Surge, assim, a teoria da estrutura social e aprendizagem social do crime (*social structure-social learning – SSSL*), que tem por meta prover explicação às variações nas taxas de criminalidade entre classes, gênero e populações.

Esse artigo não tem como objetivo a exposição da SSSL, de modo que os seus principais conceitos serão apresentados de modo sucinto, atendo-se aos limites do suficiente para compreensão de como se produz a sua integração com a teoria da aprendizagem social. Deve-se advertir, contudo, que o próprio Akers entende que o modelo da SSSL é um trabalho ainda em andamento (AKERS, 2010, p. XXXVI).

Akers teoriza que as diferenças nas taxas de comportamento criminoso na sociedade são relacionadas ao grau com que as tradições culturais, normas, organização social e sistemas de controle proporcionam socialização, ambientes de aprendizagem, padrões de reforço, oportunidades e situações conducentes ao comportamento consentido ou desviante (AKERS, 2010, p. 323).

Esses elementos são trabalhados pela SSSL em quatro dimensões: a organização social diferencial, a localização diferencial na estrutura social, as causas estruturais definidas teoricamente, e a localização social diferencial em grupos primários, secundários e de referência.

O conceito de organização social diferencial é derivado da ideia de desorganização social, trabalhada pela Escola de Chicago³³ e reformulada superficialmente por Sutherland.

32. O modelo é apresentado de forma estruturada em 1998, no livro “Social learning and social structure: a general theory of crime and deviance”, publicado pela Northeastern University Press.

33. A noção de desorganização social surge nos estudos de William I. Thomas (1863-1947) e Florian Znaniecki (1882-1958). Sinteticamente, esses autores identificaram a erosão dos meios de controle social baseados na comunidade e nos grupos de relação primários, causada pela heterogeneidade cultural, o anonimato, o individualismo e a concorrência social. Esse processo atingia de modo mais dramático os grupos de imigrantes que habitavam áreas pobres das cidades, dando causa à marginalização e à criminalidade. É de grande importância para o desenvolvimento dessa noção o conceito de “esfera pública”, desenvolvido por John Dewey (1859-1952), umbilicalmente relacionado à noção de “comunidade”, único *locus* onde o indivíduo pode se desenvolver. O conceito de “controle social” foi ulteriormente desenvolvido por Robert Ezra Park (1864-1944) e Ernest W. Burgess (1866-1951), no que se convencionou chamar de estudos a respeito da “ecologia urbana”. Esses autores foram pioneiros na demonstração de que muito embora as cidades se especializassem na tarefa de afastar e segregar pessoas que apresentam comportamento desviante, dessa forma retroalimentando a desagregação dessas pessoas em razão do impedimento da formação de laços sociais sólidos, elas findavam por criar subculturas em pequenos grupos que toleravam e estimulavam os comportamentos desviantes. Também merecem nota os trabalhos realizados por Clifford Shaw (1896-1957) e Henry McKay (1899-1972) a respeito da delinquência juvenil,

Refere-se às diferenças de ecologia social, comunitárias ou geográficas que podem gerar diferenças estruturais capazes de explicar variações nas taxas de criminalidade (AKERS, 2010, p. 332).

A localização diferencial na estrutura social diz respeito às variações prováveis nas taxas de criminalidade relacionadas a características sociodemográficas, tais como raça, classe, sexo, idade, estado civil, religião, ocupação (AKERS, 2010, p. 332). A SSSL ocupa-se aqui, por exemplo, dos fatores que levam homens a serem mais propensos ao crime que mulheres: Akers especula que eles são submetidos com mais frequência e intensidade a modelos desviantes que elas.

Com relação à dimensão das causas estruturais definidas teoricamente, o que Akers propõe é um exercício sincrético, incorporando ao modelo teorias estruturais do crime e do desvio que sustentam haver correlação entre taxas mais elevadas de criminalidade e a presença de níveis mais elevados de algum elemento abstratamente definido, como anomia, conflito, desorganização social, patriarcado ou opressão de classe (AKERS, 2010, p. 332).

Por fim, a dimensão da localização social diferencial em grupos primários, secundários e de referência trabalha com o papel por eles desempenhado no fornecimento do contexto social no qual a organização social diferencial, a localização social diferencial e a desorganização social interferem no indivíduo e na atuação das variáveis da aprendizagem social. Famílias e outros grupos podem ser agentes incompletos ou ineficazes do controle social. Eles refletem a organização e os conflitos diferenciais da sociedade e são o local de operação do *status* e dos papéis indicados pela idade, sexo, raça e classe (AKERS, 2010, p. 335).

Importante observar que a SSSL não tem por objeto explicar a própria estrutura social (v.g., porque há desorganização ou iniquidade em dada sociedade), mas sim como ela se

com a demonstração de que em bairros degradados as instâncias delitivas substituem o controle social das áreas residenciais habitadas pelas classes médias e ricas, de modo que integrar bandos de delinquentes passa a fazer parte do crescimento normal dos jovens habitantes desses bairros. Formulações a respeito da “desorganização social” e do “controle social” continuam a ser feitas até os dias correntes, como se vê em estudos como os de Sampson e Raudenbush, ou de Silver e Miller (AKERS, 2010, p. XXXIV), e estão na base de estratégias para redução de criminalidade com fundamento na construção e melhoria de equipamentos urbanos, espaços de convivência e incentivo ao associativismo. Essa nota é grandemente baseada no capítulo VI do livro “Histórias dos pensamentos criminológicos”, de Gabriel Ignacio Anitua (2008), cuja consulta se recomenda. Advirta-se, no entanto, que referido autor equivocadamente contrapõe “desorganização social” à “organização social diferenciada” (ANITUA, 2008, p. 491). Na realidade, em toda teoria da aprendizagem do comportamento criminoso (dentre elas a de Sutherland), não se rejeita propriamente a noção de desorganização social, estabelecendo-se ao contrário uma relação de precedência parcial na explicação etiológica do crime e do comportamento desviante (há uma questão de nível de explicação e, também, quantitativa, já que nem toda associação diferencial pode ser derivada da desorganização social).

relaciona com as variáveis da aprendizagem social e, mais particularmente, como pode explicar as variações nas taxas de criminalidade.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para muitos criminólogos, a mais importante revisão da teoria da associação diferencial de Edwin H. Sutherland é a teoria da aprendizagem social de Akers (SELLERS et al., 2017, p. 109). No presente artigo, ela foi analisada de modo detido.

Após a exposição dos postulados da associação diferencial e a discussão de algumas das suas limitações, mostrou-se como Akers e Burgess as contornaram com a incorporação de conceitos do behaviorismo radical de B. F. Skinner. Assim, o processo de aprendizagem do comportamento criminoso, que Sutherland não desenvolveu em sua teoria, passou a ser explicado a partir de um sólido marco teórico.

O ulterior desenvolvimento da teoria da aprendizagem social foi apresentado. Viu-se desde a incorporação de elementos do behaviorismo social de Albert Bandura nos anos 1970, até a formulação expositiva atual, com o abandono da técnica de enunciação de postulados.

Os conceitos centrais da teoria da aprendizagem social foram analisados individualmente: a associação diferencial, o reforço diferencial, a imitação e as definições e estímulos discriminativos.

Um dos maiores méritos da teoria da aprendizagem social de Akers é a sua testabilidade, razão pela qual se cuidou de reportar dezenas de experimentos aos quais ela foi submetida. Nesse tópico, foi destacado o fato de que a teoria da aprendizagem social do comportamento criminoso é transcultural. Nada sugere que o seu modelo tenha validade apenas para indivíduos inseridos na sociedade ou cultura norte-americanas.

Na seção seguinte do artigo foram expostas as hipóteses formuladas por Akers com o intuito de explicar a recidiva do comportamento criminoso. As dificuldades para sua validação são discutidas, dando-se relevo aos achados positivos relacionados com a eficácia de tratamentos de reabilitação centrados em variáveis da aprendizagem social, em especial programas cognitivo-comportamentais. Todavia, não foram deixadas de lado as controvérsias que envolvem o tema.

Por fim, foi apresentada brevemente a teoria da estrutura social e aprendizagem social do crime (SSSL), que vem sendo desenvolvida por Ronald Akers desde os anos 1990 com o objetivo de prover uma explicação estrutural do comportamento criminoso, compatível com a sua teoria da aprendizagem, que opera apenas em nível individual. As quatro dimensões da SSSL foram analisadas: a organização social diferencial, a localização diferencial na estrutura social, as causas estruturais definidas teoricamente, e a localização social diferencial em grupos primários, secundários e de referência.

Com razão, Roxin reclama que a dogmática penal foi progressivamente se afastando do empirismo e se enclausurando no estudo das leis penais dentro de um sistema

lógico-formal. Isso a teria levado a um isolamento metodológico que produz boas soluções do ponto de vista formal, mas erradas como política criminal (2002 *apud* CARPENTIERI, 2012, p. 161-162). Assim, seriam de grande valia não apenas uma maior difusão, como a realização de testes da teoria da aprendizagem social do comportamento criminoso no Brasil, com a finalidade de verificar a sua pertinência à nossa realidade. Os fundamentos comportamentalistas da teoria podem ser uma importante referência para a avaliação de uma série de pressupostos da nossa política criminal. No plano legislativo, por exemplo, eles indicam a necessidade de consideração das enormes limitações e subprodutos indesejáveis do controle coercitivo do comportamento (BAUM, 2019, p. 150, 170-171 e 252-254), o que se contrapõe ao contínuo incremento e endurecimento das penas. No plano da execução penal, eles indicam as vantagens da cuidadosa administração de reforços positivos em lugar da pura e simples punição. Fundamentalmente, a teoria da aprendizagem social pode ser útil para o rompimento do enorme ceticismo e consequente imobilismo em relação às perspectivas de sucesso no enfrentamento do comportamento criminoso. Com efeito, a teoria postula que, uma vez aprendido, o comportamento criminoso pode ser resistente à mudança, mas é passível de modificação pelos mesmos processos por meio do qual foi adquirido (AKERS, 2010, p. 161). Trata-se de constatação útil para aqueles que buscam um direito penal que atenda ao ser humano e à esperança.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ADLER, Israel; KANDEL, Denise B. A cross-cultural comparison of sociopsychological factors in alcohol use among adolescents in Israel, France, and the United States. *Journal of Youth and Adolescence*, v. 11, n. 2, 1982.
- AGUIAR, João Serapião. Aprendizagem observacional. *Revista de Educação PUC – Campinas*, v.3, n. 5, novembro de 1998.
- AGUIAR, Julio Cesar de. *Teoria analítico-comportamental do direito*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2017.
- AGUIAR, Julio Cesar de. O direito como sistema de contingências sociais. *Revista da Faculdade de Direito da UFG*, v. 37, n. 2, 2013.
- ANDREWS, D. A.; BONTA, James. *The psychology of criminal conduct*. 5. ed. New Providence: Anderson Publishing, 2010.
- AKERS, Ronald L. *Social learning and social structure: a general theory of crime and deviance*. New Brunswick: Transaction Publishers, 2010.
- AKERS, Ronald L. et al. Social learning and deviant behavior: a specific test of a general theory. *American sociological review*, v. 44, 1979.
- AKERS, Ronald L. et al. Social learning theory and alcohol behavior among the elderly. *The Sociological Quarterly*, v. 30, n. 4, 1989.
- ANITUA, Gabriel Ignacio. *Histórias dos pensamentos criminológicos*. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

- BAUM, William M. *Compreender o behaviorismo*. 3. ed. São Paulo: Artmed, 2019.
- BOERINGER, Scot B.; SHEHAN, Constance; AKERS, Ronald L. Social contexts and social learning in sexual coercion and aggression: assessing the contribution of fraternity membership. *Family Relations*, v. 40, n. 1, 1991.
- BURGESS, Robert L.; AKERS, Ronald L. A differential association-reinforcement theory of criminal behavior. *Social Problems*, v. 14, n. 2, 1966.
- CARPENTIERI, J. R. História crítica do direito penal. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2012.
- COCHRAN, John K. et al. Using structural equations to model Akers' social learning theory with data on intimate partner violence. *Crime & Delinquency*, v. 63, 2015.
- CRESSEY, Donald R. Epidemiology and individual conduct: a case from criminology. *The pacific sociological review*, v. 3, n. 2, 1960.
- CULLEN, Francis T. et al. What correctional treatment can tell us about criminological theory: implications for social learning theory. *Social learning theory and the explanation of crime*. New York: Routledge, 2017.
- FOX, Kathleen A.; NOBLES, Matt R.; AKERS, Ronald L. Is stalking a learned phenomenon? An empirical test of social learning theory. *Journal of Criminal Justice*, v. 39, 2011.
- GONGAWARE, Timothy B.; DOTTER, Daniel. Developing the criminal self: Mead's social psychology and Sutherland's differential association. *Sociological spectrum*, n. 25, 2005.
- GUADALUPE, Thiago de Carvalho. Violência nas escolas: testando teorias de controle social. *Tempo da Ciência*, v. 19, n. 37, 2012.
- GUNTER, Whitney D. Piracy on the high speeds: a test of social learning theory on digital piracy among college students. *Journal of Criminal Justice Sciences*, v. 3, 2008.
- HENDERSON, Brandy Barenna. *Exploring the interactive effects of social learning theory and psychopathy on serious juvenile delinquency*. 109 f. Dissertação (PhD em Criminologia). University of South Florida, 2015.
- HWANG, Sunghyun; AKERS, Ronald L. Parental and peer influences on adolescent drug use in Korea. *Asian Criminology*, v. 1, 2006.
- JEFFERY, C. R. Criminal behavior and learning theory. *Journal of criminal law and criminology*, v. 56, 1965.
- JONES, Stephen. *Criminology*. 5. ed. Oxford: Oxford University Press, 2013.
- MACKENZIE, Doris Layton. *What works in corrections*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.
- MAÍLLO, Alfonso Serrano. *Introdução à criminologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- MATSUEDA, Ross L. The current status of differential association theory. *Crime & Delinquency*, v. 34, n. 3, 1988.

- PEARSON, Frank S. et al. The effects of behavioral/cognitive-behavioral programs on recidivism. *Crime & Delinquency*, v. 48, n. 3, 2002.
- PIQUERO, Nicole Leeper; TIBBETTS, Stephen G.; BLAKENSHIP, Michael B. Examining the role of differential association and techniques of neutralization in explaining corporate crime. *Deviant Behavior*, v. 26, 2005.
- PRATT, Travis C. et al. The empirical status of social learning theory: a meta-analysis. *Justice Quarterly*, v. 27, 2009.
- QUINNEY, Richard; DE FLEUR, Melvin. A reformulation of Sutherland's differential association theory and a strategy for empirical verification. *The journal of research in crime and delinquency*, v. 3, n. 1, janeiro de 1966.
- SELLERS, Christine S.; COCHRAN, John K.; WINFREE JR., Thomas. Social learning theory and courtship violence: an empirical test. In: AKERS, Ronald L.; JENSEN, Gary F. *Social learning theory and the explanation of crime*. New York: Routledge, 2017.
- SILVA, Benedicto (Coord.). *Dicionário de ciências sociais*. Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getúlio Vargas, 1986.
- SKINNER, William F et al. Social influences and constraints on the initiation and cessation of adolescent tobacco use. *Journal of Behavioral Medicine*, v. 8, n. 4, 1985.
- SKINNER, William F ; FREEMAN, Anne M. A social learning theory analysis of computer crime among college students. *Journal of Research in Crime and Delinquency*, v. 34, n. 4, 1997.
- SUTHERLAND, Edwin H.; CRESSEY, Donald R. *Criminology*. Philadelphia: J. B. Lippincott Company, 1978.
- VIANA, Eduardo. *Criminologia*. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.
- WARR, Mark. Age, peers, and delinquency. *Criminology*, v. 31, n. 1, 1993.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- A desnaturalização do punitivismo penal e a ressignificação da ofensa sob a égide restaurativa, de Daniel Soares de Jesus Pinheiro – *RBCCrim* 181/93-116;
- Caminhos para mudanças: diálogos entre criminologia, abolicionismos penais e justiça restaurativa, de Ilton Garcia da Costa, Eluane de Lima Corrales e Gabriele Delsasso Lavorato Manfré – *RBCCrim* 170/143-162; e
- Estrutura social e anomia aspectos da criminalidade contemporânea, analisados a partir de obras de Durkheim, Merton e Young, de Domingos Barroso da Costa – *RBCCrim* 90/315-336.

50 ANOS DO EXPERIMENTO DA PRISÃO DE STANFORD: O PODER DAS CIRCUNSTÂNCIAS SOBRE O COMPORTAMENTO DOS AGENTES DISCIPLINARES PRISIONAIS

50 YEARS OF THE STANFORD PRISON EXPERIMENT: THE POWER OF CIRCUMSTANCES OVER PRISONS' DISCIPLINARY AGENTS' BEHAVIOR

LUCAS FREDERICO VIANA AZEVEDO

Doutorando do Programa de Pós-graduação em Direito da UFMG.
Mestre em Direito pela UFMG (2017). Advogado.
Lattes: [http://lattes.cnpq.br/2207273268933853].
ORCID: [https://orcid.org/0000-0002-8613-1217].
lucasfva09@gmail.com

TÚLIO VIANNA

Pós-doutorado na Università di Bologna (Itália, 2015). Doutor em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná (2006). Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Advogado Criminalista e Conselheiro Titular do Conselho Penitenciário de Minas Gerais.
Lattes: [http://lattes.cnpq.br/6090986439508650].
ORCID: [https://orcid.org/0000-0002-8002-3960].
tuliovianna@tuliovianna.adv.br

Recebido em: 15.03.2021

Aprovado em: 20.07.2021

Última versão dos autores: 07.08.2021

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: O presente artigo analisa o poder das forças situacionais na modulação do comportamento do pessoal prisional enquanto exercem suas funções disciplinares, tendo em vista o amplo grau de discricionariedade legado aos agentes públicos nessas atividades e o poder corruptivo das agendas repressivas, corretivas e sistêmicas que permeiam o sistema prisional. Para tal, empreende-se em estudo interdisciplinar

ABSTRACT: This article aims to analyze the power of situational and systemic forces on the behavior of prison staff while exercising their disciplinary functions, in view of the wide degree of discretion left to prison staff in these activities and the corrupting power of repressive, corrective and systemic agendas that permeate the prison system. To this end, an interdisciplinary study is undertaken rescuing the famous

resgatando o famoso Experimento da Prisão de Stanford, experimento clássico da psicologia social que, em agosto de 2021, completará 50 anos. O experimento ressalta a força dos fatores externos (poder das circunstâncias) e a fragilidade dos fatores internos (valores morais, personalidade etc.) sobre os comportamentos das pessoas, apontando que mesmo pessoas consideradas normais podem ser influenciadas pelo contexto em que estão inseridas a cometerem atos abomináveis. Ao final, conclui-se que a ampla discricionariedade permitida aos agentes detentores do poder disciplinar prisional, aliada a posição de hostilidade e antagonismos que as agendas repressivas, corretivas e sistêmicas criam entre presos e o pessoal prisional, pode dar azo a ambiente propício à corrupção do comportamento de qualquer agente disciplinar e, consequentemente, enseja ambiente receptivo a arbitrariedades contra presos por meio de práticas cruéis e excessivamente restritivas.

PALAVRAS-CHAVE: Execução Penal – Disciplina Prisional – Psicologia Social – Polícia Penal – Experimento da Prisão de Stanford.

Stanford Prison Experiment, a classic experiment in social psychology that reaches 50 years old in August 2021. The experiment highlights the strength of external factors (power of circumstances) and the fragility of internal factors (moral values, personality, etc.) on people's behaviors and pointing out that even those considered normal can be influenced, by the context in which they live, to do abominable things. In the end, it is concluded that the wide discretion granted to prison staff while they exercise their prison disciplinary power can generate an environment open to the corruption of these agent's behavior. Especially when combined with the hostility and antagonistic position that repressive, corrective and systemic agendas create among prisoners and prison staff. This, consequently, produces an environment receptive to arbitrariness against prisoners through cruel and overly restrictive practices.

KEYWORDS: Penal Execution – Prison Discipline – Social Psychology – Prison staff – Stanford Prison Experiment.

“Dentro de ambientes sociais poderosos, a natureza humana pode ser transformada de maneiras tão drásticas quanto a transformação química na cativante fábula de Robert Louis Stevenson, *O médico e o monstro*.” – P. G. Zimbardo em seu livro “O efeito Lúcifer”.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O poder das circunstâncias sobre o comportamento humano. 2.1. O Experimento da Prisão de Stanford. 2.2. Conclusão do Experimento da Prisão de Stanford: fatores situacionais e sistêmicos determinam grande parte das dinâmicas sociais. 3. O sistema corruptivo dos regimes disciplinares prisionais brasileiros. 3.1. A normalização do mal pelas agendas e discursos do sistema disciplinar. 3.1.1. As Agendas Retributivistas/Revanchistas. 3.1.2. As Agendas Sistêmicas. 3.1.3. A Agenda Corretiva. 4. Conclusão. 5. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Episódios em que o pessoal prisional¹, individualmente ou em grupos, infligem contra presos sofrimentos ilegítimos e arbitrários, como torturas físicas e psicológicas, maus-tratos e outras rotinas de humilhação e dor, são, infelizmente, comuns nos sistemas prisionais em todo o mundo. Tais práticas cruéis e aviltantes são uma expressão da parcela subterrânea² do sistema punitivo que extrapolam a medida natural e aceitável de amarguras da pena³, violando o direito e a dignidade das pessoas presas e ainda deteriorando a própria legitimidade do sistema penal-prisional.

No Brasil, a título de exemplo, pode-se destacar, entre os casos de abuso de presos publicados pela mídia, vídeos veiculados no final do mês de dezembro de 2017, que mostram agentes do Grupo de Operações Penitenciárias (GOPE) do Estado de Goiás maltratando e torturando presos⁴. Nos vídeos, que mostram intervenções do GOPE em presídios das cidades de São Luís de Montes Belos (região central do Estado), de Jataí (sudeste do Estado) e Formosa (que fica no entorno do Distrito Federal), é possível ver que presos, rendidos e que não ofereciam qualquer resistência, são repetidas vezes eletrocutados pelos agentes. Em um desses vídeos um preso de Formosa – que estava sentado em posição fetal no chão, com a cabeça baixa, as mãos na nuca e de costas para os agentes do

1. Essa expressão é uma variação da denominação “pessoal penitenciário”, utilizada no art. 76 da Lei de Execução Penal, que identifica os diferentes agentes públicos responsáveis pela administração do sistema prisional, dentre eles: a direção da unidade prisional, demais funcionários administrativos, agentes de segurança prisional, técnicos da Comissão Técnica de Classificação etc. Opta-se pela substituição do termo penitenciário por prisional por esse designar outros meios de execução da pena além da privação de liberdade em estabelecimento penitenciário, englobando assim a realidade variada de instituições e meios de execução da pena.
2. Denominação utilizada por R. E. Zaffaroni et al. (2013, p. 52-53) para designar o poder punitivo paralelo desempenhado pelas agências executivas envolvidas com o poder punitivo que, “[...] conforme o próprio discurso do programa de criminalização primária, seria definido como ilegal ou delituoso”.
3. Como bem expressa L. Ferrajoli (2010, p. 356), “[...] ser desagradável é uma característica insuprível e não mistificável da qualidade da pena, ainda que assim seja somente porque esta se impõe coativamente contra a vontade do condenado”. Portanto, intrínseco a pena está a amargura de sofrê-la. O problema é quando esse sofrimento extrapola os limites previstos em condutas ilegítimas e ilícitas dos detentores do poder punitivo.
4. As informações sobre o caso foram retiradas de reportagem do jornal O Popular, intitulada “Vídeos mostram presos sendo torturados até com arma de choque em presídios de Goiás”; disponível no endereço eletrônico [www.opopular.com.br/noticias/cidades/v%C3%ADdeos-mostram-presos-sendo-torturados-at%C3%A9-com-arma-de-choque-em-pres%C3%ADdios-de-goi%C3%A1s-1.1405885], acesso em: 24.01.2021; e de reportagem do Portal G1 intitulada “MP apura agressões contra detentos em presídios de Goiás; vídeos mostram ação de agentes”; disponível no endereço eletrônico [https://g1.globo.com/go/goias/noticia/mp-apura-suspeita-de-maus-tratos-contradetentos-em-presidios-de-goias-videos-mostram-agressoes.ghtml], acesso em: 24.01.2021.

GOPE – é eletrocutado na região lombar e, logo em seguida – quando levanta a pedido dos agentes – é novamente eletrocutado, desta vez no ânus, ao que cai gritando de dor.

Fora do Brasil, mostrando que práticas cruéis e aviltantes contra presos não são exclusividade do nosso sistema prisional, pode-se mencionar o famoso caso da Prisão Iraquiana de Abu Ghraib, que ficou internacionalmente conhecido após uma série de fotografias que retratavam abusos físicos e psicológicos por parte de policiais militares do exército dos Estados Unidos contra prisioneiros sob sua custódia se espalharem pelo mundo em maio de 2004. Nas fotos⁵, registradas pelos próprios policiais, eles fazem pose e se divertem frente a torturas físicas e psicológicas, agressões, humilhações de variadas formas e naturezas, entre tantas outras práticas que desrespeitam totalmente a integridade e a dignidade dos presos que estavam sob seus cuidados. Sobre o caso, P. G. Zimbardo, psicólogo social e pesquisador responsável pelo Experimento da Prisão de Stanford – experimento clássico da psicologia social sobre comportamento e atitude humana que serve como principal referência ao presente artigo –, que foi testemunha especialista no julgamento dos policiais envolvidos, descreve as várias fotos do incidente da prisão de Abu Ghraib da seguinte forma:

“Nessas ‘fotos troféus’, parecidas com as exposições orgulhosas do passado tiradas por caçadores de animais de grande porte ao lado das presas que abateram, vimos homens e mulheres sorridentes ao abusar de suas criaturas de pequeno porte. As imagens mostram socos, tapas, chutes em detentos; pulos sobre seus pés; detentos desnudos à força, encapuzados, enfileirados ou um sobre os outros formando uma pirâmide; homens nus forçados a usar roupas íntimas femininas sobre as cabeças; homens obrigados a se masturbarem ou a simularem sexo oral enquanto eram fotografados ou filmados ao lado de militares do sexo feminino sorrindo ou encorajando tais ações; prisioneiros nos caibros das celas durante longos períodos; arrastados para lá e para cá com coleiras amarradas aos seus pescoços; sendo assustados por cachorros de ataque sem mordança. A imagem emblemática que ricocheteou, saída daquela masmorra e atingindo as ruas do Iraque e de cada canto do globo, foi a do ‘homem triângulo’: um detento encapuzado em pé sobre uma caixa, em uma posição desconfortável, com braços esticados projetando-se para fora de uma manta que o cobre, revelando fios elétricos amarrados em seus dedos. Disseram-lhe que ele seria eletrocutado se caísse da caixa quando ficasse extenuado. Não importa que os fios terminassem em lugar nenhum; importa que ele acreditava na mentira, e deve ter experimentado uma tensão considerável. Havia ainda muitas outras fotos mais chocantes que o governo norte-americano resolveu não divulgar, para preservar de um dano ainda maior a credibilidade e a imagem moral do Exército dos Estados Unidos e do comando administrativo do presidente Bush. Vi centenas dessas imagens e elas são de fato terríveis.” (ZIMBARDO, 2015, p. 42)

-
5. As fotos são facilmente encontradas na internet. A título de sugestão indica-se o álbum de fotos o site: [<https://original.antiwar.com/news/2006/02/17/abu-ghraib-abuse-photos/>]; acesso em: 10.06.2018; no qual se encontram as principais fotos veiculadas com o incidente com breve explicação de seus conteúdos.

Em consequência ao caso de Abu Ghraib, os soldados envolvidos nos fatos foram condenados pelos tribunais militares estadunidenses, muitos deles à pena de prisão, dispensa desonrosa, e rebaixamento na carreira.

Nos dois casos – que são exceções de publicidade das práticas cruéis e aviltantes sofridas corriqueiramente por presos, pois sua cifra negra⁶ é alimentada pela própria invisibilidade das instituições prisionais⁷ e pelo interesse dos agentes arbitrários em esconder essas práticas – a violência, a crueldade e a perversidade visceralmente arraigada no comportamento dos agentes públicos são evidentes. Assim, nosso sistema prisional convive com a infeliz realidade de que os responsáveis pela integridade e pela segurança dos estabelecimentos prisionais e dos próprios presos são, em variados casos, aqueles que, perpetrando atrocidades variadas, atentam contra a dignidade e humanidade que deveriam proteger.

As razões para tais comportamentos abusivos, todavia, não advêm exclusivamente do indivíduo, ou grupo de indivíduos que abusam de suas posições de domínio sobre a massa de presos, como, muitas vezes, se percebe e enfrenta a questão. Fatores externos e circunstanciais, bem como a própria organização do poder punitivo-disciplinar dos aparelhos de execução penal, são determinantes para a configuração e direcionamento do comportamento do pessoal prisional, e devem, portanto, partilhar essa responsabilidade com os indivíduos envolvidos.

Nesse sentido, é importante que o sistema penal e prisional de nosso país reconheça a força que seus sistemas e discursos têm sobre o comportamento dos seus agentes, pois modulam as circunstâncias e relações que decorrem de seu exercício; bem como a responsabilidade que tem ao influenciar intensamente o comportamento apresentado por seus agentes. Somente ao reconhecer essa força e a sua responsabilidade que o passo seguinte, referente ao enfrentamento direto desses fatores, se abre, que é de transformar suas características para mitigar as influências que levam às más práticas e reforçar aquelas que estimulam os bons comportamentos.

Nesse estado de coisa, o presente artigo procura enfrentar justamente esse problema, com um recorte específico sobre o poder das forças situacionais e sistêmicas na configuração e modulação do comportamento do pessoal prisional no exercício de suas funções

6. Segundo J. Cirino dos Santos (2006, p. 13): “[...] a cifra negra representa a diferença entre aparência (conhecimento oficial) e a realidade (volume total) da criminalidade convencional, constituída por fatos criminosos não identificados, não denunciados ou não investigados (por desinteresse da polícia, nos crimes sem vítima, ou por interesse da polícia, sobre pressão do poder econômico e político), além de limitações técnicas e materiais dos órgãos de controle social”.
7. Destacam essa invisibilidade Y. Catão e E. Sussekind (1980, p. 82), com a seguinte lição: “A invisibilidade da instituição carcerária é outro fator que permite a alienação da comunidade a qualquer problemática que ali se desenvolva. As prisões são circunscritas a certas áreas geográficas, fechadas. Salvo quando certos conflitos (fugas, rebeliões etc.) extravasam os muros e são levados ao conhecimento público pelos meios de comunicação, a comunidade ignora a existência lúgubre dos cárceres onde pessoas humanas recebem tratamento brutal e desumano.”

disciplinares, apontando pontos sensíveis na legislação, distribuição e controle do poder disciplinar que permitem o direcionamento do pessoal prisional a práticas abusivas arbitrárias e ilegítimas. Para isso, inicia-se o texto expondo o poder das circunstâncias sobre o comportamento humano, trabalhando essa questão sobre a ótica da psicologia social, especialmente sobre a ótica e acontecimentos do famoso Experimento da Prisão de Stanford, que completa 50 anos em agosto de 2021 e que tem relação direta com o objeto desse estudo: o comportamento do pessoal prisional. Logo em seguida serão apresentados alguns fatores que, acredita-se, estão visceralmente relacionados às vicissitudes dos comportamentos abusivos do pessoal prisional. Posto isto, ao final, conclui-se não só sobre a importância de se considerar o poder das circunstâncias sobre o comportamento dos agentes públicos do sistema penal e prisional, que podem, diante fatores situacionais e sistêmicos, serem direcionados a práticas abusivas, com também sobre a necessidade de se alterar alguns aspectos da atual forma de legislação, distribuição e implementação da disciplina e da correição dos presos no sistema prisional brasileiro, pois só assim será possível diminuir e desencorajar as más práticas.

Vale deixar claro, para que não reste dúvida, que a consideração dos fatores situacionais e sistêmicos como determinantes ao comportamento humano não exime, ou deve eximir, como será mais bem trabalhado na próxima parte, a responsabilidade dos indivíduos por seus atos. Ela explica certos comportamentos, ela distribui melhor a responsabilidade por eventuais condutas cruéis e abusivas, mas não isenta o indivíduo de suas capacidades e autonomia. Outro ponto importante de se destacar é que inegavelmente diferentes fatores também influenciam e determinam a realidade prisional periclitan vivenciada no Brasil. Todavia, por escolha didática, tais fatores – como a superlotação das unidades prisionais, a estrutura precária das prisões, a carência de pessoal, dentre outros – serão escanteados ao longo do texto a fim de garantir a objetividade do trabalho.

2. O PODER DAS CIRCUNSTÂNCIAS SOBRE O COMPORTAMENTO HUMANO

A crença popular de que o comportamento de uma pessoa é determinado por elementos internos que constituem sua psique – o que, v. g., englobaria a personalidade, a inteligência, as crenças, os sentimentos e emoções, os valores morais, os preconceitos, entre outros compostos da essência de cada humano – desdobra-se, natural e consequentemente, na racionalização, predição e responsabilização dos comportamentos como correlatos à natureza íntima de uma pessoa. Nesta medida, o que explica o comportamento probo e virtuoso de uma pessoa, ou o comportamento cruel e pernicioso de outra, seria a sua essência. Bondosa, pacífica, conforme aos valores e padrões sociais e civilizados etc., no caso das pessoas “boas”. Perversa, maldosa, destituída de valores e virtudes positivos etc., no caso de pessoas “más”.

Nessa lógica, explica P. G. Zimbardo (2015, p.26), o mal, como uma entidade, seria constituído pela existência de pessoas “más”, que, motivadas por sua essência ruim,

espontaneamente o produziram sem que desse processo participassem as pessoas “boas”, que comodamente eximiriam-se da responsabilidade sobre o mal existente, pois imaginariam estar livres de qualquer papel na formação deste mal.

O grande problema é que essa “lógica binária na qual o mal é essencializado” – que é como P. G. Zimbardo (2015, p.26) designa a explicação dicotômica e antitética do comportamento humano entre bem e mal – ignora fenômenos reconhecidos e registrados pela psicologia social, como as nuances da constituição e do comportamento humano que marcam o potencial latente de cada indivíduo tanto para o “bem” quanto para o “mal”, e a importante influência que o ambiente social e as circunstâncias exercem sobre o comportamento humano.

Nesses efeitos, comportamentos desumanos motivados por forças situacionais e sistêmicas (fatores externos) podem ser, e são, erroneamente atribuídos a uma essência “má” (fator interno), ao mesmo passo que pessoas que se compreendem “boas” podem não ver, como muitas vezes de fato não veem, a perniciosidade de alguns de seus comportamentos, agindo, assim, de forma reprovável por não reconhecer ou compreender o próprio potencial latente para comportamentos abomináveis. Isto acontece, como alerta P. G. Zimbardo (2015, p. 301), porque: “Nós superestimamos a personalidade ao explicar qualquer comportamento, enquanto ao mesmo tempo, subestimamos as influências das circunstâncias”. O que dificulta o combate aos comportamentos desumanos e os atos desviantes e em muito prejudica a compreensão comum e o acerto do comportamento humano segundo seus reais motivos e consequências.

Diante disso, buscando justamente desmistificar essa lógica binária do comportamento humano determinado majoritariamente por elementos internos da psique, o presente capítulo expõe os conhecimentos da psicologia social que reconhecem o poder de influência de fatores externos situacionais e sistêmicos sobre o comportamento humano. Para tal, toma-se por base os estudos e conclusões alcançadas com o Experimento da Prisão de Stanford, presente, especialmente, no livro *O efeito Lúcifer: como pessoas boas se tornam más*, do renomado psicólogo social P. G. Zimbardo (2015), e em outros textos da psicologia social que abordam o experimento e o fenômeno observado com ele. Assim, o Experimento da Prisão de Stanford será devidamente apresentado, juntamente com seus resultados para, ao final dessa parte, expor as conclusões alcançadas pelo pesquisador e seus pares sobre os acontecimentos ali ocorridos, quando se tratará especificamente do fenômeno psicológico-social observado; qual seja: o poder das circunstâncias sobre o comportamento humano⁸.

8. Segundo o próprio P.G. Zimbardo, em tradução livre: “Esta pesquisa representa uma das mais extremas demonstrações experimentais do poder dos determinantes situacionais tanto na formação do comportamento quanto na predominância da personalidade, atitudes e valores individuais” (ZIMBARDO, 1973, p. 243). No original: “This research represents one of the most extreme experimental demonstrations of the power of situational determinants in both shaping behaviour and predominating over personality, attitudes and individual values.”

Exposto o problema e delineado o caminho a ser seguido, passa-se então a descrição do Experimento da Prisão de Stanford, com a subsequente apresentação de suas conclusões⁹.

2.1. O Experimento da Prisão de Stanford

Interessados na psicologia do aprisionamento, os pesquisadores em psicologia social Philippe G. Zimbardo, Craig Haney, Curt Banks e David Jaffe da Universidade de Stanford, queriam estudar as dinâmicas interpessoais próprias do ambiente prisional e da relação entre presos e carcereiros¹⁰. Para tanto, ao invés de realizar o estudo em um ambiente prisional real¹¹, os pesquisadores idealizaram investigar o fenômeno de interesse através de um experimento científico consistente na simulação de uma prisão no porão do Jordan Hall, prédio do departamento de psicologia da Universidade Stanford, onde poderiam controlar as variáveis além de observar¹², registrar e catalogar de forma ampla e contínua

-
9. Antes de continuar, é oportuno indicar como uma fonte complementar do capítulo seguinte o site oficial do Experimento da Prisão de Stanford (que pode ser acessado através do endereço eletrônico: [www.prisonexp.org]), pois nele encontram-se diversas informações adicionais além de imagens e vídeos originais que muito acrescem na compreensão do experimento.
 10. Como o próprio P. G. Zimbardo (2015, p. 43-44) aponta em seu livro, o Experimento da Prisão de Stanford inicialmente busca respostas para as seguintes questões: “Como pessoas comuns se adaptam a tais cenários institucionais? Como a diferença de poder entre guardas e prisioneiros atua em suas interações diárias? Se você põe boas pessoas em lugares ruins, as pessoas triunfam ou o lugar as corrompe? A violência, endêmica a maioria das prisões reais, estaria ausente em uma prisão cheia de bons garotos de classe média? Estas são algumas das questões exploratórias a serem investigadas no que começou como um simples estudo sobre a vida na prisão.”
 11. Reconhecendo a dificuldade dos pesquisadores de coletar dados nas prisões reais P. G. Zimbardo (2015, p. 60) explica o motivo pela experiência em laboratório da seguinte forma: “Houve estudos feitos por sociólogos e criminologistas sobre a vida em prisões reais, mas elas passaram por sérios empecilhos. Os pesquisadores nunca estão livres para observar todas as fases da vida na prisão. Suas observações normalmente têm a liberdade de ação limitada, sem muito acesso direto aos prisioneiros, e, ainda menos, aos guardas. Visto haver apenas duas classes de pessoas que povoam as prisões, os agentes e os internos, todos os pesquisadores são forasteiros, vistos com suspeita, ou pior, desconfiança, por todos os que fazem parte do sistema. Eles podem ver apenas o que são autorizados a ver, em visitas guiadas que raramente atravessam a superfície da vida na prisão. Nós gostaríamos de entender melhor a estrutura mais profunda do relacionamento prisioneiro-guarda, recriando o ambiente psicológico da prisão, para então poder observar, registrar e documentar todo o processo de doutrinação no estado mental dos prisioneiros e dos guardas”.
 12. Os dados eram coletados através da aplicação de questionários aos envolvidos, da análise de autoreporte dos turnos, entrevistas realizadas durante o experimento e após seu término, e, principalmente, através da observação direta de todos os comportamentos e interações dos voluntários pelos pesquisadores, que se dividiam em turnos de observação e ainda contavam com o auxílio de aparatos de gravações de áudio (foram plantadas escutas secretas em todas as celas) e vídeo (uma filmadora foi colocada para registrar as interações dos presos e guardas na área comum da prisão de Stanford).

todas as interações e mecanismos que influem na psicologia do aprisionamento. Surge assim o Experimento da Prisão de Stanford, no qual voluntários criteriosamente selecionados e aleatoriamente divididos entre os papéis de carcereiros e prisioneiros viveriam, sem nenhum treinamento formal¹³ – os pesquisadores preferiram uma abordagem crua pela qual “[...] os meios de comunicação culturais já haviam fornecido os modelos que usavam para definir seus papéis”¹⁴ (tradução livre) –, os sentimentos e tensões típicos da rotina, das restrições e das relações interpessoais do ambiente prisional. Sendo cada papel exercido por 09 (nove) participantes ativos e três suplentes (previamente designados para cobrir imprevistos e desistências), onde os carcereiros seriam divididos em 03 (três) turnos de 08 horas de serviço e os prisioneiros seguiriam aprisionados 24 (vinte e quatro) horas por dia.

Não obstante, para que o Experimento da Prisão de Stanford alcançasse o grau de validade e confiabilidade próprio e necessário à pesquisa científica, os pesquisadores precisavam não só recriar ambiente psicológico de uma prisão da forma mais real e verdadeira possível, imprescindível a imersão dos participantes e consequentemente à verificação do fenômeno de interesse, como também manipular as variáveis sociais, institucionais, estruturais e de ambiência, evitando assim que explicações independentes ou falsas correlações sejam observadas e influenciem nos resultados. Cuidados esses observados pelos pesquisadores através da realização criteriosa tanto da seleção e divisão dos participantes do experimento, quanto do aparelhamento estrutural e sistêmico da prisão simulada.

No que diz respeito à seleção dos participantes do Experimento da Prisão de Stanford, o outro ponto sensível à validade e confiança do estudo, foi realizada a partir dos resultados obtidos em testes e entrevistas realizadas pela equipe de pesquisadores junto ao universo de voluntários que responderam aos anúncios publicados nos jornais *Palo Alto Times* e *The Stanford Daily*¹⁵. A intenção com os testes e entrevistas era possibilitar a

13. Quando P. G. Zimbardo (2015, p. 59) é questionado em seu livro se os guardas receberam alguma espécie de treinamento para desempenharem o papel atribuído a eles, ele responde: “Quem me dera eu tivesse tempo para isso, tudo o que fizemos foi dar a eles ontem [um dia antes do início do experimento] uma breve orientação; nenhum treinamento específico sobre como atuar em seus novos papéis. O principal é que mantenham a lei e a ordem, não pratiquem nenhuma violência contra os prisioneiros, e não permitam nenhuma fuga. Também tentei transmitir-lhes o tipo de disposição mental de impotência dos prisioneiros que desejamos criar nesta prisão.”

14. No Original: “[...] the cultural mass media had already provided the models they used to define their roles”. (ZIMBARDO, 1973, p. 244).

15. O anúncio, em tradução livre, dizia: “Precisa-se de estudantes do sexo masculino para estudo psicológico sobre as prisões. U\$15 por dia por duas semanas iniciando em 14 de agosto. Para mais informações ou inscrição, venha à Sala 248 do Jordan Hall na Universidade de Stanford”. No original: “Male college students needed for psychological study of prison life: \$15 per day for 1-2 weeks beginning Aug. 14. For further information & applications, come to Room 248, Jordan Hall. Stanford U”.

escolha de um grupo homogêneo¹⁶ de participantes que, apesar das naturais variações de personalidade entre eles, eram representantes típicos do próprio segmento social, qual seja, homens jovens estudantes universitários dos Estados Unidos da América e do Canadá normais, sadios e inteligentes. Sobre a homogeneidade e ordinariedade do grupo selecionado destaca P. G. Zimbardo:

“Por pré-seleção, nossos sujeitos são geralmente representantes da juventude instruída da classe média. São um grupo homogêneo de estudantes, que, em vários aspectos, são muito semelhantes entre si. Distribuindo-os aleatoriamente nos dois diferentes papéis, começamos com guardas e prisioneiros comparáveis entre si – e que, de fato, poderiam trocar de papéis. Os prisioneiros não são mais violentos, hostis ou rebeldes do que os guardas, e os guardas não são gente autoritária com sede de poder. Nesse momento [o experimento estava prestes a começar com a detenção dos prisioneiros voluntários pela polícia local], ‘prisioneiros’ e ‘guardas’ são a mesma coisa.” (ZIMBARDO, 2015, p. 61)

“Nenhum dos grupos tinha qualquer histórico criminal, debilidade física ou emocional, ou déficit intelectual ou social que pudessem diferenciar tipicamente os prisioneiros dos guardas, ou os prisioneiros do resto da sociedade.” (ZIMBARDO, 2015, p. 281)

Com essa seleção de um grupo homogêneo e a distribuição aleatória deles entre os papéis a serem exercidos no Experimento da Prisão de Stanford, os pesquisadores poderiam mitigar, em termos de disposição preexistente a determinados comportamentos, as explicações alternativas e, conseqüentemente, melhor avaliar os efeitos psicológicos do meio prisional sobre os carcereiros e os prisioneiros.

Em relação às diligências de aparelhamento estrutural e sistêmico da falsa prisão, os pesquisadores investiram grande esforço na ambientação da falsa prisão, na caracterização e assunção dos participantes em seus respectivos papéis e na implementação do sistema totalizante das prisões. Assim, eles montaram toda a estrutura de uma prisão no subsolo do departamento de psicologia da Universidade de Stanford, onde três salas foram adaptadas em celas, com grades nas portas e camas para até três pessoas.

-
16. A homogeneidade da amostra de participantes do Experimento da Prisão de Stanford é atestada pelos resultados dos participantes nos três tipos de escalas de diferenças individuais aplicadas na avaliação pré-experimental deles, não se constatando diferença estatisticamente relevante entre os resultados médios dos guardas e dos prisioneiros. As escalas aplicadas foram: Escala-F, que mede a “[...] aderência aos valores convencionais e uma atitude submissa e acrítica frente à autoridade”; Escala Maquiavélica, que “[...] avalia a defesa de estratégias de conquista de vantagem eficaz em encontros interpessoais”; e a Escala de Personalidade de Comrey, que é utilizada para prever variações de temperamento através de oito subescalas de medida de personalidade, quais sejam: Confiança, Ordem, Conformidade, Atividade, Estabilidade, Extroversão, Masculinidade e Empatia. (ZIMBARDO, 2015, p. 283-284)

Estabeleceram uma estrutura de poder hierárquico típica das prisões¹⁷. Efetuaram as prisões dos participantes com a ajuda da polícia local, que, desde a abordagem inicial até o transporte para a prisão construída em Stanford, submeteram os presos a todos os trâmites que a ação policial ordinária exigia, como a revista pessoal, a colocação de algemas e até mesmo a identificação e registro na delegacia de polícia. Investiram os carcereiros de autoridade e os equiparam com uniforme, óculos, apitos e cassetetes. Estabeleceram com os carcereiros as regras¹⁸ que seriam impostas aos presos, os protocolos e burocracias da prisão e a rotina de atividade a serem seguidas. Submeteram os presos aos procedimentos vexaminosos de higienização quando chegaram à falsa prisão e os vestiu com toucas (para simular a raspagem do cabelo) e uniformes identificados por números.

17. Como explica P. G. Zimbardo em entrevista a S. Drury et al. (2012, p. 63): “Para torná-lo realista, eu era o superintendente, o estudante de graduação David Jaffe desempenhava o papel de diretor, meus dois alunos de pós-graduação [Banks e Haney] desempenhavam o papel de tenentes/consultores da prisão e assim por diante, porque queríamos ter uma noção que havia funcionários da prisão, agentes penitenciários e assim por diante” (tradução livre). No original: “To make it realistic, I was the superintendent, undergraduate David Jaffe played the role of the warden, my two graduate students [Banks and Haney] played the role of prison lieutenants/consultants, and so forth, because we wanted to have a sense that there was prison staff, prison guards, and so forth”.
18. Ao todo foram estabelecidas 17 regras, são elas: “1. Os presos devem permanecer em silêncio durante os períodos de descanso, após o apagamento das luzes, durante as refeições e sempre que estiverem fora dos pátios prisionais. 2. Os presos devem comer durante as refeições e apenas durante as refeições. 3. Os presos devem participar de todas as atividades carcerárias. 4. Os presos devem manter a cela sempre limpa. As camas devem ser feitas e os pertences pessoais devem estar limpos e em ordem; o chão deve estar impecável. 5. Os reclusos não devem mover-se, adular, desfigurar ou danificar paredes, tetos, janelas, portas ou qualquer propriedade da prisão. 6. Os presos nunca podem operar a iluminação das celas. 7. Os presos devem se dirigir entre si apenas por seus números. 8. Os presos devem sempre se dirigir aos guardas como “Sr. Oficial Correccional” e ao diretor como “Sr. Diretor Correccional”. 9. Os presos nunca devem se referir à sua condição como um “experimento” ou uma “simulação”. Eles estão na prisão até a liberdade condicional. 10. Os presos terão 5 minutos no banheiro. Nenhum prisioneiro terá permissão para retornar ao banheiro dentro de 1 hora após o período programado para ir ao banheiro. 11. Fumar é um privilégio. Só será permitido fumar após as refeições ou a critério dos vigilantes. Os presos nunca devem fumar nas celas. O abuso do privilégio de fumar resultará na revogação permanente do privilégio de fumar. 12. O correio é um privilégio. Toda a correspondência que entra e sai da prisão será inspecionada e censurada. 13. Os visitantes são um privilégio. Os presos que têm permissão para receber visitantes devem encontrá-los na porta do pátio. A visita será supervisionada por um guarda. O guarda pode encerrar a visita a seu critério. 14. Todos os presos em uma cela ficarão de pé sempre que o Diretor, o Superintendente Penitenciário ou quaisquer outros visitantes chegarem às instalações. Os presos aguardarão uma ordem para se sentar e retomar as atividades. 15. Os presos devem obedecer a todas as ordens emitidas pelos guardas em todos os momentos. A ordem de um guarda substitui qualquer ordem escrita. A ordem do Diretor substitui tanto a ordem dos guardas quanto as regras escritas. As ordens do Superintendente dos Prisioneiros são supremas. 16. Os prisioneiros devem relatar todas as violações das regras aos guardas. 17. O não cumprimento de qualquer uma das regras acima pode resultar em punição” (tradução livre). Regras disponíveis no endereço eletrônico [<http://pdf.prisonexp.org/rules.pdf>].

Impuseram a obediência completa dos presos aos carcereiros e às regras criadas. Investiram os carcereiros de poderes e mecanismos para que assegurassem a adequação dos presos às normas impostas. Tudo para o experimento chegar o mais próximo possível da realidade¹⁹, assegurando a imersão e o comprometimento dos envolvidos e a replicação das relações e circunstâncias prisionais que moldam a psicologia dos guardas e prisioneiros. O que deu frutos, já que os efeitos dessa aproximação com a realidade refletiram diretamente no comportamento dos envolvidos e, conseqüentemente, nos resultados alcançados, como reconhece P. G. Zimbardo (1973, p. 244-245), que afirma: “Todas essas fontes de dados convergem na conclusão de que esse ambiente simulado foi suficientemente realista e forte para provocar reações intensas, pessoais e muitas vezes patológicas na maioria dos participantes”²⁰.

Dentro desses parâmetros, iniciou-se no verão californiano de 1971, mais precisamente no dia 15 de agosto de 1971, o Experimento da Prisão de Stanford. Todavia, o experimento que estava previsto para durar 15 (quinze) dias teve de ser encerrado prematuramente pelos pesquisadores após apenas 06 (seis) dias de simulação em razão dos comportamentos desumanos e reações preocupantes apresentadas pelos participantes frente à situação estabelecida com a simulação.

Os carcereiros, aderindo desde o primeiro dia de experimento ao antagonismo sistêmico e a arbitrariedade do seu poder repressivo-disciplinar, abusaram repetidamente dos presos, tomando assim verdadeiro gosto pelo sadismo que sua posição lhes permitia.

“Alguns de nossos voluntários designados como guardas logo passaram a abusar de seu poder recém-descoberto, comportando-se dia e noite, de maneira sádica – depreciativa, degradante, e danosa para os ‘prisioneiros’. Suas ações se encaixam na definição psicológica do mal, proposta no primeiro capítulo [21]. Outros guardas representaram seus papéis de modos rígidos e exigentes, e não eram particularmente abusivos, mas

-
19. P. G. Zimbardo reconhece ser praticamente impossível replicar com seu experimento a realidade completa e crua das prisões, pelo que almejava apenas uma aproximação das relações e tensões daquela realidade. Nesse sentido: “Logicamente, havia limites com relação ao que poderia ser realizado em um experimento em que se trabalha com uma ‘falsa prisão’. Os prisioneiros sabiam que estariam encarcerados apenas por um período relativamente curto de duas semanas, diferente dos longos anos que a maioria dos detentos reais têm de cumprir. Também sabiam que haveria limites para o que poderia ser feito com eles em um ambiente experimental, diferentemente das prisões reais, onde os prisioneiros podem ser espancados, eletrocutados, estuprados por uma gangue, e, por vezes, até mesmo assassinados. Deixei claro que não poderíamos, de modo algum, abusar dos ‘prisioneiros’.” (ZIMBARDO, 2015, p. 91)
20. No original: “All of these data sources converge on the conclusion that this simulated environment was sufficiently realistic and forceful to elicit intense, personal and often pathological reactions from the majority of the participants”. (ZIMBARDO, 1973, p. 244-245).
21. Conceito de mal apresentado por P. G. Zimbardo (2015, p.24): “O mal consiste em se comportar de maneiras que agredam, abusem, humilhem, desumanizem ou destruam inocentes – ou utilizar a própria autoridade e poder sistêmicos para encorajar ou permitir que outros o façam em seu nome”.

mostravam pouca simpatia pelo sufoco dos atormentados reclusos. Poucos guardas, que puderam ser classificados de ‘bons guardas’ [22], resistiram à tentação do poder, e se com-padeeceram, às vezes, da condição dos prisioneiros, fazendo pequenas coisas, como dar uma maçã a um, a outro um cigarro, e assim por diante.” (ZIMBARDO, 2015, p. 295)

Assim, os falsos presos foram constantemente submetidos a situações degradantes e vexatórias pelos falsos carcereiros. Dentre elas foram: insultados; submetidos a repetições exaustivas de rotinas, como a contagem de presos – quando deveriam falar o próprio número de identificação em voz alta – ou a leitura e repetição de regras; submetidos a castigos arbitrários, desmedidos e ilegítimos, que geralmente se expressavam pela obrigação de fazer flexões de braço e polichinelo, pelo recolhimento em solitária – quartinho escuro e apertado no qual o preso desobediente deveria ficar até no máximo 1 hora, apesar desse limite ter sido desrespeitado pelos carcereiros –, ou pela supressão de direitos, como fumar, se alimentar e dormir; dentre outros²³. Em diagnóstico desse comportamento P. G. Zim-bardo (1973, p. 244) destaca: “Os sujeitos-carcereiros apresentavam um perfil comportamental marcado pela agressividade verbal e física, arbitrariedade e desumanização dos sujeitos na condição de prisioneiros”²⁴ (tradução livre). Os carcereiros haviam desenvol-vido gosto pela crueldade e submetiam os presos a abusos que, identificados desde o pri-meiro dia de experimento, escalavam em gravidade com o passar dos dias.

Diante de tais tratamentos desumanos e cruéis o nível de estresse do experimento escalou as alturas e a perturbação emocional criada com o comportamento arbitrário e abusivo dos carcereiros fez com que o psicológico dos prisioneiros ruísse. Assim, P. G. Zimbardo (1973, p. 244) conta que “Muitos dos prisioneiros exibiram comporta-mentos característicos da síndrome de desamparo aprendida descrita por Seligman (1973) em sua pesquisa sobre condicionamento traumático de evitação”²⁵ (tradução livre). Ao todo 05 (cinco) dos 09 (nove) presos tiveram colapsos nervosos, o primeiro

22. Sobre esses bons guardar ressalta P. G. Zimbardo (2015, p. 295) que: “Em nosso estudo, ser um bom guarda trabalhando com relutância significava a ‘bondade por omissão’. Realizar pequenos atos gentis para prisioneiros apenas contrastava com as ações demoníacas dos colegas de turno. Como apontado anteriormente, nenhum deles jamais interveio para impedir que os ‘maus guardas’ abusassem dos prisioneiros; nenhum reclamou com a equipe, deixou seu turno mais cedo, chegou tarde ao trabalho ou se recusou a fazer hora extra em emergências.”
23. Sobre esse comportamento P. G. Zimbardo (2015, p. 289) descreve que: “As reações mais carac-terísticas nos guardas ao longo das situações gravadas forma as seguintes: dar ordens, insultar prisioneiros, desindividualizar prisioneiros, manifestar agressões aos prisioneiros, ameaçar e utilizar instrumentos contra eles”.
24. No original: “The guard-subjects displayed a behavioral profile which was marked by its verbal and physical aggressiveness, arbitrariness and dehumanization of the subjects in the prisoner condition”.
25. No original: “Many of the prisoner subjects exhibited behaviors characteristic of the learned helplessness syndrome described by Seligman (1973) in his research on traumatic, avoidance conditioning”.

em menos de 36 (trinta e seis) horas de experimento. Já os que não sucumbiram sob o estresse emocional, aderiram a condutas de obediência cega a corrupta autoridade dos carcereiros e fizeram coisas terríveis uns com os outros; como explica P. G. Zimbardo na passagem a seguir.

“Experimentar perda da identidade pessoal, sujeitar-se ao controle arbitrário contínuo, e ser privado de sono e de privacidade geraram neles uma síndrome de passividade, dependência e depressão, semelhantes ao chamado ‘desamparo aprendido’. (Desamparo aprendido é a experiência de passiva resignação e depressão que se segue a fracassos e punições recorrentes, especialmente quando essas parecem arbitrárias e não contingentes à ação de alguém.) Metade dos nossos estudantes prisioneiros teve de ser libertada mais cedo devido a desordens emocionais e cognitivas severas, transitórias mas intensas. A maioria dos que permaneceram tornaram-se, em geral, negligentemente obedientes às exigências dos guardas, e pareciam ‘zumbis’ com seus movimentos indiferentes, submetendo-se aos caprichos do sempre ascendente poder dos guardas.” (ZIMBARDO, 2015, p. 280)

A simulação vicejara comportamentos e reações perniciosos para a integridade e humanidade dos participantes e nesse nível de estresse, o sofrimento causado com o Experimento da Prisão de Stanford excedia a qualquer limite ético, não havendo assim nenhuma razão a justificar o grau de degradação moral e psicológica observado, o que fez a equipe de pesquisadores encerrar a simulação no dia 20 de agosto de 1971.

Não obstante nenhum dos participantes tenha sofrido em longo prazo os efeitos do experimento após o seu término, na soma desses fatores não é exagero caracterizar o Experimento da Prisão de Stanford como traumático aos participantes, e justamente por isso a equipe de pesquisadores recebeu duras críticas quanto à ética do que fizeram e deixaram acontecer²⁶. Críticas que o próprio P. G. Zimbardo reconhece como plausíveis ao afirmar que a situação do estudo chegou a níveis antiéticos, pois “você não pode fazer pesquisa onde se permite que pessoas sofram nesse nível”²⁷ (DRURY et al., 2012,

26. Curioso que, em entrevista a DRURY et al. (2012, p. 161), P. G. Zimbardo conta que, ao apresentar seu experimento à comunidade acadêmica pela primeira vez em uma convenção da American Psychological Association, o próprio S. Milgram, que foi severamente criticado pela falta de ética do seu clássico experimento sobre obediência, “came up afterward and hugged me and said, ‘Thank you, thank you for taking the heat off my back for having the most unethical study, because yours is even more unethical!’”. A diferença dos estudos, como aborda P. G. Zimbardo na mesma entrevista mencionada acima, é grande. Enquanto o experimento de obediência de Milgram as pessoas ficavam estressadas por 50 minutos (tempo de duração do experimento) e ao fim eram aliviadas da situação em que se encontravam ao descobrir que era tudo armada e elas não tinham ministrado choque algum. No experimento da prisão simulada de Stanford, os voluntários ficaram sobre o alto estresse da situação por cinco dias ininterruptos.

27. No Original: “You can’t do research where you allow people to suffer at that level”.

p. 163 – tradução livre). Assim, o autor admite que deveria ter finalizado o seu estudo após o segundo colapso emocional de um prisioneiro²⁸, reconhecendo que não soube separar os papéis de investigador cientista que deveria se preocupar com a ética do experimento, e de superintendente da prisão simulada de Stanford.

Contudo, ainda que inegavelmente traumático, o Experimento da Prisão de Stanford é também esclarecedor e representa uma valiosa fonte de aprendizagem tanto para os que dele participaram quanto para os que ainda hoje o analisam. Isto porque o que aconteceu no sistema artificial da Prisão de Stanford explica muito da natureza humana, que, mais do que cumprir o objetivo inicial do experimento que era “[...] compreender algumas dinâmicas operativas na psicologia do aprisionamento” (ZIMBARDO, 2015, p. 43), expõe importante aspecto definidor do comportamento humano.

Nada do que se viu no comportamento dos carcereiros e dos prisioneiros era esperado pelos pesquisadores, pelo menos não na intensidade com que aconteceu. Afinal, a transformação dos carcereiros em agentes autoritários e cruéis e a transformação dos prisioneiros em pessoas submissas e complacentes com abusos arbitrários causados a eles e a outros próximos delas foram desvios de comportamento e atitudes que não condiziam ao esperado do grupo – de jovens universitários normais, sadios e inteligentes, que bem representavam a média psicossocial do próprio segmento socioeconômico – selecionados pela equipe de pesquisadores; como bem destaca P. G. Zimbardo (1973, p. 244): “Nenhum desses (e outros) padrões de comportamento individual ou de grupo era previsível a partir das histórias médicas, sociais ou educacionais dos sujeitos, nem de uma bateria de pontuações de testes de personalidade”²⁹ (tradução livre).

Logo, algo naquele sistema prisional artificial causou os intensos comportamentos e reações observados, e não era apenas o fruto da aglomeração de pessoas essencialmente más em um ambiente, já que essa variável estava controlada por uma rigorosa seleção dos participantes que afastava do experimento pessoas que poderiam, por questões psicológicas, viciar a amostra. Além do mais, como os desvios foram apresentados por vários dos participantes, é muito pouco provável o infortúnio da aprovação enganada de tantas pessoas fora do padrão proposto. Mas, se tais comportamentos não foram obras de pessoas essencialmente más, o que explicaria as ações dos participantes?

-
28. A equipe de pesquisadores não acreditou no primeiro colapso emocional de prisioneiro. Como conta Zimbardo em entrevista a Drury et al. (2012, p. 163): “After the first one broke down, we didn’t believe it. We thought he was faking. There was actually a rumor he was faking to get out. He was going to bring his friends in to liberate the prison. And/or we believed our screening procedure was inadequate, [we believed] that he had some mental defect that we did not pick up”.
29. No original: “None of these (and other) group or individual behaviour patterns was predictable from the medical, social or educational histories of the subjects, nor from a battery of personality test scores”.

2.2. *Conclusão do Experimento da Prisão de Stanford: fatores situacionais e sistêmicos determinam grande parte das dinâmicas sociais*

Ao analisar os dados coletados e os resultados alcançados, os pesquisadores concluíram que o elemento causador dos desvios apresentados pelos participantes do Experimento da Prisão de Stanford era a pressão ambiental determinada pelos fatores situacionais e sistêmicos postos com o aparelho prisional artificial. Isto é, o ambiente repressivo-disciplinar instalado junto às grades da prisão de Stanford, e a pressão das circunstâncias estabelecidas com a aplicação desse sistema e das relações que dele decorrem, foram os fatores responsáveis e determinantes para a modulação do comportamento dos participantes do experimento para o pior possível à situação.

“No início do experimento, não havia diferença entre os dois grupos; menos de uma semana depois, não havia semelhança entre eles. É razoável, portanto, concluir que as patologias foram provocadas pelo conjunto de forças das circunstâncias que invadiam constantemente este âmbito de moldes prisionais. [...] Nem guardas, nem prisioneiros poderiam ser considerados ‘maças podres’ antes do momento em que foram pressionados tão poderosamente ao serem inseridos em um ‘barril podre’. O complexo de características deste barril constitui as forças das circunstâncias em ação neste contexto comportamental – os papéis, as regras, as normas, o anonimato de pessoas e de lugar, os processos de desumanização, as pressões adaptativas, a identidade de grupo, dentre outras.” (ZIMBARDO, 2015, p. 281)

Nesses termos, o Experimento da Prisão de Stanford emerge “[...] como uma poderosa ilustração do impacto potencialmente tóxico de sistemas e situações cruéis fazendo com que boas pessoas se comportassem de maneira patológicas estranhas às suas naturezas” (ZIMBARDO, 2015, p. 279). Não se nega, no entanto, que existam prisioneiros psicopatas e agentes prisionais sádicos que causam o mal nas prisões, mas a existência de pessoas com essas personalidades não é suficiente para explicar o que aconteceu com os jovens universitários selecionados para o experimento.

“Não que alguém tenha duvidado dos horrores da prisão, mas sim, presumiu-se que eram as predisposições dos guardas (‘sádicos’) e dos prisioneiros (‘sociopatas’) que tornavam as prisões lugares tão malignos. Nosso estudo mantém constante e positiva a alternativa disposicional e revela o poder das forças sociais e institucionais para fazer os homens bons se envolverem em ações más.” (tradução livre) (ZIMBARDO, 1973, p. 252)³⁰

30. No original: “Not that anyone ever doubted the horrors of prison, but rather, it had been assumed that it was the predispositions of the guards (‘sadistic’) and prisoners (‘sociopathic’) that made prisons such evil places. Our study holds constant and positive the dispositional alternative and reveals the power of social, institutional forces to make good men engage in evil deeds”

AZEVEDO, Lucas Frederico Viana; VIANNA, Túlio. 50 anos do Experimento da Prisão de Stanford: o poder das circunstâncias sobre o comportamento dos agentes disciplinares prisionais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 184. ano 29. p. 301-336. São Paulo: Ed. RT, outubro 2021.

As rígidas rotinas e o meio repressivo-disciplinar posto aos carcereiros e presos no Experimento da Prisão de Stanford estabeleceram um meio prisional altamente corruptivo que acabou por suplantiar os fatores e princípios internos como, v.g., moralidade, personalidade e empatia, que normalmente inibiriam e repudiariam os comportamentos observados. Explica-se melhor.

Como a situação esperava e cobrava dos carcereiros o cumprimento das normas e a garantia da ordem, o exercício do dever/poder repressivo-disciplinar fez emergir, diante as dificuldades e necessidades de se cumprir a atividade, uma postura repressora e totalitária e uma identidade de grupo condizente a ela. Postura essa normalmente reprimida e renegada no meio social, mas que, no meio prisional totalizante e conflitivo da prisão de Stanford (que nesse aspecto não se diferencia de uma prisão real), onde o dever de preservação e promoção do sistema era imperativo, teve seus freios suspensos tanto pelas cobranças e tensões das circunstâncias, quanto pela falta de experiência dos participantes em lidar com aquela situação, tão adversa a suas experiências prévias. Nesse contexto, a cobrança dos pesquisadores sobre os carcereiros para que, sem instrução prévia ou limites claros de atuação, cumprissem seu dever, compôs circunstância que, alinhada a outros fatores como a falta de supervisão, a ampla discricionariedade, a inferiorização e desumanização dos presos, os discursos de superioridade dos carcereiros, por exemplo, foram determinantes à corrupção do comportamento apresentado.

Além disso, no experimento da prisão de Stanford, os carcereiros não enfrentavam limites a seu poder de domínio sobre os presos nem a discricionariedade de seus atos, o que logo fez os testes e provas da própria potência evoluírem para o prazer sádico de exercício da própria autoridade e discricionariedade. Como se observou, por exemplo, entre o autoritarismo lúdico dos carcereiros no primeiro dia que, ante a falta de censura e limites ao comportamento dos carcereiros por parte dos pesquisadores e o acirrar dos ânimos entre carcereiros e presos pelos conflitos que aconteciam, escalaram para rotinas de abusos e crueldades. Ocasão em que o passatempo de afirmação da própria autoridade do primeiro dia, no qual carcereiros obrigaram os presos a repetir várias vezes e de variadas formas a chamada e contagem dos internos, evoluiu para aviltantes abusos físicos e morais trajados de penalidades a comportamentos pontuais ou coletivos que desrespeitassem as regras, desafiassem a autoridade dos carcereiros, ou simplesmente lhes desagradasse. Nessa última hipótese, destacam-se os episódios em que rotinas e abusos foram impostos a preso porque sua complacência e pronta submissão a toda sorte de obrigações e punições que lhe eram impostas irritava alguns dos carcereiros.

Noutro lado, os participantes presos foram dominados pelo sistema repressivo-disciplinar da prisão de Stanford, que, como instituição total de moldes idênticos ao das instituições prisionais reais, impunha um papel de absoluta conformidade e submissão através da ingerência psicológica e física dos presos, do controle e punição disciplinar, da extinção da privacidade, da supressão da autonomia dos presos. Todos os aspectos da vida intramuros dos presos estavam sob o governo e a discricionariedade do sistema e dos agentes que o realizaram, tanto que os presos dependiam desses para quase tudo

(alimentação, higiene, lazer, comunicação com o mundo exterior etc.). Nesse estado, junto à liberdade também são aplacado o senso de independência e autodeterminação dos presos, sendo esses responsáveis, em grande parte, pela identidade de grupo assumida pelos presos e pelas reações patológicas apresentadas pelos presos, que vão da apatia, como observado em alguns presos que aceitavam pacificamente tudo o que lhes era imposto, ao colapso nervoso diante o total desespero ante a situação de desamparo.

Os comportamentos e as dinâmicas psicológicas internas e interpessoais externadas pelos participantes foram, conseqüentemente, uma reação ao meio prisional repressivo-disciplinar e as circunstâncias oriundas da própria realização e dos conflitos que lhe sobrevêm. Assim, carcereiros e presos foram consumidos e modulados pela tensão conflitiva de fatores circunstanciais como: as expectativas para as interações e papéis desempenhados com o experimento; o rigor imposto a assunção das funções e a reprodução da opressão/submissão típica ao cárcere; e a falta de preparação e limites claros para cada atuação.

A prisão de Stanford foi, portanto, um ambiente substancialmente corruptível, e grande parte disso, é importante destacar, deve-se a influência do poder sistêmico. Poder esse que cria, molda e permite circunstâncias segundo princípios e modelos próprios à sua constituição e exercício. Nesse sentido, como se percebe pelo que já foi exposto, o poder das circunstâncias de transformam o comportamento humano não estão ligados apenas ao acaso dos fatores situacionais, sendo o poder sistêmico determinante ao comportamento dos indivíduos. O que se pode observar facilmente no caso da prisão de Stanford é que os comportamentos abusivos apresentados pelos participantes estão diretamente relacionados a fatores sistêmicos variados. Dentre eles, a posição antagonista posta entre carcereiros e presos pelo sistema de submissão às normas e rotinas postas. A postura sistematicamente exagerada de preocupação com a evitação e repressão de desvios e anormalidade. As agendas retributivas e corretivas que buscam o arrependimento e de sobrelevação moral. Os discursos de inferioridade e desumanização dos presos. A orientação autoritária e discricionária das relações e poderes. A rígida rotina de ingerências físicas e psicológicas dos presos pelos carcereiros. Dentre outros. Nesses termos, a responsabilidade pelo mal não é exclusiva do autor do fato (fatores internos), mas remonta a própria ideologia e estruturação do sistema e aos agentes que criaram e a movimentam diariamente.

Os limites, discursos e agendas impostas pelo sistema influem, portanto, no comportamento humano na medida em que definem a dinâmica e tônica das relações em um determinado meio, sendo o poder sistêmico, nestes termos, um importante fator de consideração na compreensão e direção do comportamento humano. Nesse sentido, destaca P. G. Zimbardo (2015, p. 30) que: “Os sistemas, e não apenas os temperamentos e as circunstâncias, precisam ser levados em conta para que se possa compreender padrões complexos de comportamento”.

Nesse estado de coisa, se um sistema é permissivo ou até mesmo estimula relações conflitivas antagonistas e conflitivas; como é o caso da prisão de Stanford; os comportamentos

naquele meio provavelmente replicaram essas posturas em comportamentos repressivos e abusivos. Uma dinâmica cíclica na qual o sistema é responsável por determinar comportamentos e atitudes aberrantes e esses, uma vez normalizados, também acabam por reforçar o sistema, que, nesse ciclo, vai novamente, e cada vez mais facilmente, influenciar os vícios do poder sistêmico.

Nesses termos, P. G. Zimbardo (2015, p. 30) crava a influência do poder sistêmico sobre a constituição de certas circunstâncias corruptivas, reconhecendo a responsabilidade do próprio sistema sobre o comportamento aberrante, ilegal ou imoral de indivíduos no exercício de suas profissões, como a do pessoal prisional. Desta forma, a responsabilidade de certos comportamentos humanos é partilhada entre os indivíduos que perpetraram as ações e o sistema que constituiu as circunstâncias corruptivas que fomentaram e permitiram que elas acontecessem.

“Qualquer ato que tenha sido cometido por um ser humano, não importa quão terrível, pode ser cometido por qualquer um de nós – sob circunstâncias situacionais certas ou erradas. Este conhecimento não desculpa o mal; antes, ele o democratiza, compartilhando sua culpa entre os atores comuns, em vez de declará-lo esfera de ação de alguns desviados e déspotas – Deles, não de nós.” (ZIMBARDO, 2015, p. 300)

Assim, os comportamentos humanos não podem ser vistos apenas como acidentes pontuais de pessoas corrompidas que se infiltraram naquele sistema, pois a situação geralmente não se resume apenas a algumas maçãs podres dentro de um cesto de maçãs boas. Como foi defendido publicamente no caso de Abu Ghraib, onde houve a atribuição pontual de responsabilidade a apenas alguns “soldados inescrupulosos” que, apresentados “algumas maçãs podres” que entraram no cesto, teriam se infiltrado no sistema, sem que o sistema ou os oficiais responsáveis fossem responsabilizados³¹ (ZIMBARDO, 2015, p. 42). O poder das circunstâncias e o poder sistêmico importam, não se podendo ignorar a cesta na qual os indivíduos errantes estão inseridos e o poder corruptivo que ela tem.

“Boas pessoas podem ser induzidas, seduzidas e instigadas a se comportarem de modos cruéis. Elas também podem ser levadas a agir de maneiras irracionais, estúpidas, autodestrutivas, antissociais e automáticas, quando imersas em ‘situações totais’ que abalam a natureza humana de modos que desafiam nosso sentimento de estabilidade e consistência de personalidade, caráter e moralidade individuais.” (ZIMBARDO, 2015, p. 299)

31. Nenhum oficial do exército, responsável pelo comando dos soldados e pelas políticas internas que permitiram os abusos observados, foi condenado. O único levado a julgamento foi considerado inocente das acusações relativas à sua responsabilidade quanto aos descomedimentos perpetrados pelos soldados.

Concordando com essa premissa, A. Clarke, ao tratar da ascensão de uma cultura de tortura do governo norte americano à época da presidência de J. W. Bush³², é categórico ao afirmar que:

“A tortura é um verdadeiro declive escorregadio. Ciências do comportamento e a história ensina o ceticismo sobre a hipótese das ‘poucas maçãs podres’; A maioria das pessoas é capaz de torturar e, na ausência de regras de prevenção, os abusos sistêmicos se tornam prevalentes.”³³ (tradução livre) (CLARKE, 2008, p. 13)

Nesse estado de coisa, como bem destaca P. G. Zimbardo (2015, p.279): “A divisão entre o Bem e o Mal, já pensada como impermeável, revelou-se, pelo contrário, bastante permeável”. Logo, explicar os desvios pontuais de agentes públicos apenas em fatores internos de sua constituição e natureza – como personalidade, valores morais, virtudes etc. – significa ignorar que o ambiente e as circunstâncias em que a pessoa está inserida é tão, ou até mesmo mais relevante para a definição dos comportamentos e atitudes que a pessoa apresentará naquele ambiente e circunstâncias.

Diante tudo isso, a conclusão principal para os estudos aqui expostos é que a explicação para comportamentos e atitudes cruéis e desumanas podem estar relacionada às forças situacionais externas que agiam sobre a pessoa no momento em que ela o realiza, sobrepondo-se a fatores constitucionais internos contrários, como personalidade, valores, virtudes ou qualquer outro atributo particular e inerente à sua natureza. Assim, na constituição do comportamento humano influem não só os fatores determinantes internos, como também o poder das circunstâncias (fatores determinantes externos), de modo que práticas e condutas desviantes podem se originar de qualquer um dos lados ou até mesmo das infinitas possibilidades de comunhão entre eles.

O Experimento da Prisão de Stanford quebra, portanto, o “mito de invulnerabilidade às forças das circunstâncias” (ZIMBARDO, 2015, p. 300). Sobre essa perspectiva, dependendo do contexto em que estão inseridas, parece que ninguém está imune de ser influenciado pelas circunstâncias a cometerem atos desumanos, o que expõe o “[...]” quão frágil realmente é nossa independência ética e nossa integridade”³⁴.

32. Contextualizando: o governo estadunidense admitiu o uso de métodos como *waterboarding* para obter informações de suspeitos de integrar grupos terroristas presos no campo de detenção da baía de Guantanamo. A prática, segundo o governo da época, estaria amparada legalmente e não constituía tortura. Contudo, essa afirmação não encontrava respaldo entre os defensores dos direitos humanos do país, nem da comunidade internacional, que classificavam a prática do *waterboarding* como inquestionável método de tortura.

33. No original: “Torture is a true slippery slope. Behavioral sciences and history teach skepticism about the ‘few bad apples’ hypothesis; most people are capable of torture and in the absence of enforced prevention rules, systemic abuses become prevalent”. (CLARKE, 2008, p. 13)

34. Helmreich, Bakeman and Scherwitz, (1973, p. 343) apud ZIMBARDO, Philip G.. On the ethics of intervention in human psychological research: With special reference to the Stanford prison experiment. In: *Cognition*, Volume 2, Issue 2, 1973, p. 253.

Posto isso, passa-se a análise de como certos aspectos do regime disciplinar prisional que, quando analisados sobre os aprendizados do Experimento da Prisão de Stanford, podem ser relacionados às vicissitudes dos comportamentos abusivos do Sistema Prisional Brasileiro, pois possibilitam que o mal prolifere livremente naquele meio.

3. O SISTEMA CORRUPTIVO DOS REGIMES DISCIPLINARES PRISIONAIS BRASILEIROS

O fenômeno observado com o Experimento da Prisão de Stanford, como se pode perceber, pode ser generalizado a outros contextos além do sistema e circunstâncias criadas naquela simulação. Inclusive elas são aplicadas por P. G. Zimbardo para explicar, junto a outros dados da psicologia social, os comportamentos errantes e desumanos de pessoas comuns em episódios estranhos ao contexto prisional. Como, por exemplo, no holocausto, quando muitos alemães ordinários aderiram e participaram da campanha nazista que, em um dos mais deploráveis acontecimentos da história humana, promoveu o genocídio de milhões de judeus durante a Segunda Guerra Mundial. No violento genocídio ocorrido em Ruanda no ano de 1994, quando centenas de milhares da etnia Tutsi foram indiscriminadamente atacados, estuprados e/ou mortos por seus compatriotas e conviventes da etnia Hutus. Ou ainda, em um contexto mais próximo ao do experimento, nos já relatados abusos da prisão de Abu Ghraib. Portanto, as conclusões alcançadas com o Experimento da Prisão de Stanford não são exclusivas daquelas circunstâncias e sistemas específicos, nem devem se restringir ao meio acadêmico de discussão. Elas transcendem a esses contextos e têm o efeito prático não só de alertar sobre o poder de modulação do comportamento humano por fatores externos aplicáveis a qualquer situação, com também de denunciar aos indivíduos e a sociedade (especialmente aos legisladores e aplicadores do direito) o potencial difuso dos humanos para a prática de atos desumanos ou mesmo abomináveis. Além dos problemas de se ignorar esse fenômeno no desenvolvimento das relações interpessoais, sociais e culturais ou na criação e regulação de mecanismos e sistemas que aportem (no macrocosmo social ou em microcosmos especiais) essas relações humanas.

“Certamente, acreditamos ter descoberto outras coisas de valor acadêmico e científico (por exemplo, a função de regras explícitas e implícitas no controle do comportamento, condições que promovem preferências pelo uso de punição em vez de recompensa por agentes em formação, bem como pistas para investigação de formas sutis de prisões psicológicas, como a timidez). Mas o valor social deste estudo está em demonstrar o que um ambiente de simulação de prisão pode fazer a jovens saudáveis, cumpridores da lei e de classe média em menos de uma semana. Além disso, demonstramos isso para as pessoas de classe média que fazem as leis, as aplicam e pagam a maior parte dos impostos que financiam o funcionamento dos sistemas penitenciários em todos os lugares. São essas pessoas que até agora ignoravam ou ativamente não se preocupavam com o que são as prisões ou com o que estão fazendo a muitos homens, mulheres

e crianças submetidos a seus procedimentos de tratamento.” (tradução livre) (ZIMBARDO, 1973, p. 253)³⁵

Não obstante o estudo mencionado possa ser aplicado a outros contextos que não o prisional, a presente análise não se distancia desse. Pelo contrário, como já se pontuou anteriormente, pois o que se propõe aqui é analisar o mesmo sistema estudado pelos pesquisadores de Stanford, aproveitando dos conhecimentos e conclusões obtidos no Experimento da Prisão de Stanford para avaliar e criticar o aparelho disciplinar do sistema prisional brasileiro. Esse parelho é fonte constante e comum de diversos abusos e excessos por parte do pessoal prisional que, ao mesmo tempo alicerçados e encobertos por problemas estruturais e sistêmicos, se valem de rotinas vis para minar o estado de direito dos presos³⁶. Ilustrando essa realidade de malfeitos, destaca-se abaixo o relato de Luan Cândido, egresso do sistema prisional, que ao descrever sua experiência na prisão pontua como agressões e comportamentos abusivos por parte dos agentes prisionais são não só comuns como naturalizadas pelas agendas ilegítimas e subterrâneas que distorcem a rotina intramuros.

“Para os agentes o esculacho é o jeito certo de negociar com quem está em privação de liberdade, se você fizer o que eles querem você não apanha, mas se fizer algo diferente do procedimento, algo ‘errado’, a tortura é justificada e aceita. Ai os agentes torturam com linchamento e covardia quando pegam o camarada fazendo algo ilícito, que dê falta disciplinar ou processo criminal; ou até mesmo por motivos simples, como algum comportamento, comentário, palavra ou olhar que os agentes desaprovam. Então todos os dias alguém é agredido ou espancado pela instituição prisional e não há registros dessas torturas, da gravidade e da profundidade delas, porque elas passam impunes, são aceitas, são ‘bandidos, homicidas e vagabundos’”. (CÂNDIDO; DOSSANTOS, 2020, p. 48-49)

-
35. No original: “To be sure, we believe we have discovered other things of academic and scientific value (e.g., the function of explicit and implicit rules in behavior control, conditions which promote preferences for the use of punishment over reward by training agents, as well as clues to investigating subtle forms of psychological prisons, such as shyness). But the social value of this study is in demonstrating what a mock-prison environment could do to healthy, law-abiding, middle-class young men in less than a week. Moreover, we demonstrated it to those middle-class people who make the laws, enforce them and pay the bulk of the taxes which finance the operation of prison systems everywhere. It is these people who have hitherto been ignorant of, or actively unconcerned about, what prisons are or what they are doing to too many men, women and children subjected to their treatment procedures.” (ZIMBARDO, 1973, p. 253)
36. “A violência do sistema prisional, por estar fincada em seus alicerces e em suas paredes estruturais, é aplicada de diversas formas, por diversos meios e com diversos efeitos contra a população marginalizada e excluída que lá sobrevive. Não se trata apenas de episódios isolados de agentes públicos violentos contra suspeitos em busca de confissão ou contra condenados que merecem castigo. Trata-se de uma violência sistemática, perene, recorrente, microscópica, que atravessa todos os espaços do cárcere.” (GONÇALVES; BALAN; SANTOS 2020, p. 30)

Essa situação periclitante de violência no sistema prisional por parte do pessoal prisional não é pontual, sendo, inclusive, objeto recorrente de denúncias por parte de órgãos e entes dedicados a proteção de direitos humanos. Como se observa, por exemplo, no relatório recente da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) sobre a situação dos Direitos Humanos no Brasil, que pontua, entre outras coisas, a preocupante rotina de torturas, violência e abusos dentro das unidades prisionais do Brasil³⁷, em especial os tratamentos desumanos e degradantes por parte do pessoal prisional.

“Um tema que merece especial destaque se relaciona aos testemunhos repetidos e consistentes atos de sobre tortura e tratamentos desumanos e degradantes cometidos nos centros prisionais por agentes carcerários. Em particular, a CIDH recebeu informações sobre esse tipo de tratamento cometido por agentes de forças especiais de custódia, como o Grupo de Intervenção Rápida (GIR) e o Grupo de Inteligência Tática (GIT), que, segundo informação, possuíam treinamento militar e têm a função garantir segurança e ordem nos casos de tumultos e tentativas de fuga, bem como executar procedimentos de inspeção para localizar armas, telefones celulares e drogas. [...] Com relação às ações dessas forças especiais, a Comissão recebeu recentemente denúncias sobre o uso excessivo da força e maus-tratos cometidos pelo GIR em São Paulo, a Força-Tarefa de Intervenção Prisional no Rio Grande do Norte e GIRs em outros estados do país. Em particular, segundo informações da sociedade civil, destaca-se o uso de cães treinados para assustar os detentos; inspeções vexatórias de mulheres; dano a pertences dos internos; uso de balas de borracha, gás de pimenta e gás lacrimogêneo indiscriminadamente; além de punições e espancamentos coletivos. A CIDH recorda que o Comitê das Nações Unidas para a Prevenção da Tortura já havia se pronunciado sobre isso, tendo recebido ‘várias queixas sobre o uso da força por unidades especiais da polícia militar que realizam intervenções nas prisões’. A Comissão toma nota com preocupação sobre o fato de um crescente uso dessas operações poderiam ter relação com técnicas punitivas de forma extrajudicial às pessoas privadas de liberdade, bem como a adoção de regimes disciplinares de exceção e suspensão de direitos.” (INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS, 2021, p. 75-76)³⁸

37. “Embora o sistema prisional, o sistema socioeducativo e as comunidades terapêuticas sejam regidos por marcos legais e regulatórios distintos, a CIDH observou, nos três casos, que o Estado não tem sido capaz de garantir a proteção necessária às pessoas que se encontram institucionalizadas, sejam elas públicas ou privadas. Em todos eles há registros de casos de tortura e maus tratos, o que viola normas interamericanas e internacionais de direitos humanos. A CIDH observa que a falta de controle do Estado em relação a esses recintos, o consequente autogoverno e as condições deploráveis de detenção nas instituições de privação de liberdade causaram confrontos e tensões que resultam em altos níveis de violência e graves efeitos sobre a vida e integridade pessoal. Nesse sentido, tanto a Comissão Interamericana quanto a Corte observaram com profunda preocupação que as mortes ocorridas são causadas em um contexto sistemático de atos repetidos de violência, que resultaram na concessão de diversas medidas cautelares e provisórias.” (Inter-American Commission On Human Rights, 2021, p. 64)
38. Contextualizando o que é o GIR, V. N. Oliveira (2018, p. 425), explica que: “O GIR é um agrupamento tático e operacional presente em todas as unidades prisionais do estado para atuar em

Parte da violência intramuros decorre inegavelmente de práticas do pessoal prisional, recorrentemente apontados como perpetradores de torturas e agressões intramuros³⁹. Quantificar e determinar essa porção é, no entanto, uma tarefa difícil haja vista que são encobertos pelos arranjos de poder do meio. Um dos escassos estudos que permitem dimensionar de forma mais empírica a realidade de violência do sistema prisional foi publicado por O. L. Almeida e E. Paes-Machado (2013, p. 262-263) que, ao analisar a vitimização dos presos em uma grande instituição penal da Bahia, pode dimensionar entre outras coisas o alto índice de violência dentro do sistema prisional e a parcela considerável de participação do pessoal prisional nessa violência. Segundo o referido estudo, o índice de vitimização intramuros (54,3%) é mais de duas vezes maior do que o índice extramuros relativo à população em geral (20,6%), sendo os próprios presos responsáveis por 69,3% das agressões relatadas pelos entrevistados e a instituição prisional responsável por 30,7% (10% agressões físicas, 15,9% agressões materiais e 4,8% agressões psicológicas). Tal índice, como destacam os próprios autores, computam apenas o que foi relatado pelos participantes, não sendo possível afirmar “[...] que a frequência encontrada retrate os números reais das ocorrências”, mas tão somente sustentar que as ocorrências de agressão “[...] estão mais presentes no cotidiano de cada um deles a ponto de serem citadas” (ALMEIDA; PAES-MACHADO, 2013, p. 263). Todavia, segundo os autores supracitados, é plausível “supor que os dados indicam uma estimativa mínima de vitimização se levarmos em conta que muitos dos internos não estão preparados para admitir que foram agredidos ou agrediram alguém” (ALMEIDA; PAES-MACHADO, 2013, p. 263)⁴⁰. Ao que, inclui-se, o medo por represálias, que é um fator determinante para que os abusos e violências intramuros continuem, em sua grande parte, submersos nas rotinas do sistema e indetectáveis aos agentes de controle das instituições penais.

Nesse estado de coisa, busca-se identificar a seguir alguns dos principais fatores sistêmicos que permitem que práticas ilegítimas arbitrárias e desumanas tomem forma nas

situações extremas (motins e rebeliões) e garantir a segurança prisional cotidiana. [...] Todos usam uniformes camuflados, coletes à prova de balas, balaclava (gorro que esconde boa parte do rosto), capacetes, escudos de proteção e portam armas de menor potencial ofensivo (calibre 12 com bala de borracha). [...] Os agentes do GIR não interagem constantemente com os presos, mas auxiliam os agentes em situações consideradas de maior risco, como em momentos de soltura para o banho de sol, transferência de presos para os pavilhões e de ‘tranca do banho de sol’.” (OLIVEIRA, 2018, p. 425)

39. A exemplo do relatório publicado por L. Gonçalves, M. Balan e C. Santos (2020, p. 34) que aponta que os agentes penitenciários foram imputados como responsáveis por 82,22% dos casos de tortura reportados e acompanhados pela Pastoral Carcerária no ano de 2020, sendo o restante distribuído entre policiais (11,11%) e agentes não especificados (10%). A conta fecha acima de 100% porque em alguns casos a violência relatada foi supostamente praticada por agentes penitenciários em conjunto a policiais.
40. Um ponto interessante a se considerar sobre os dados acima é que, diferentemente da vitimização pelos pares, relatadas episodicamente, a vitimização pelas instituições foi relatada pelos presos em bloco único como algo contínuo e constante (ALMEIDA; PAES-MACHADO, 2013, p. 263).

unidades prisionais do Brasil, especialmente no comportamento do pessoal prisional quando exercem sua função e autoridade disciplinar. Ao que se identifica a normalização de práticas abusivas e cruéis pelas agendas e discursos do sistema disciplinar, que, como sustentado a seguir, é permeado por vieses corretivo, repressivos e sistêmicos, pelos quais sentimentos de antagonismo e animosidade entre o pessoal prisional (na lógica maniqueísta do sistema prisional, considerados como representantes do “bem”) e os presos (nesta mesma lógica, vistos como representantes do “mal”) justificam o recrudescimento ilegítimo da pena⁴¹. O leitor vai perceber, entretanto, que o antagonismo e animosidade das agendas e discursos do sistema disciplinar, a ampla discricionariedade legada ao sistema disciplinar e ao pessoal prisional, bem como a obsessão pela garantia da ordem, da disciplina e da segurança estão intrinsecamente ligados entre si e influenciam diretamente uns aos outros aumentando o potencial de crueldade do sistema. Todavia, separou-se a análise dos fatores sistêmicos por questões didáticas, deixando-se para fazer a relação entre eles quando pertinente a cada tópico. Posto isso, segue-se à análise dos fatores sistêmicos sensíveis ao estado de abusos e crueldades atual do sistema prisional brasileiro.

3.1. *A normalização do mal pelas agendas e discursos do sistema disciplinar*

O regime disciplinar imposto aos presos nas unidades prisionais brasileiras é permeado por discursos e agendas que, orientados por funções retributivistas/revanchista, corretivas e sistêmicas, intensificam a coerção do ambiente prisional e tencionam a conturbada relação entre o pessoal prisional e os presos. Nessa medida, um número muito maior de restrições ilegítimas é posto ao ambiente prisional por interesses sistêmicos e/ou particulares oriundos de agendas e discursos ilegítimos e nefastos.

As relações intramuros entre os presos e o pessoal prisional se desenvolvem através de inegável tensão que, independentemente de outros fatores, é naturalmente conflitiva. Afinal, ao pessoal prisional recai o dever de assegurar e realizar o sistema posto – garantir às normas, controlar as rotinas e atividades habituais e necessárias (alimentação, lazer, trabalho etc.), evitar indisciplina, pejeas e fugas, e tudo isso primando pela segurança (própria e alheia) e pelo cumprimento escorreito do sistema – o que faz deles a linha de frente e o rosto do sofrimento da pena para os presos. Logo, ante a postura inata e humana de resistir ou repudiar ao sofrimento e as suas fontes, não é difícil realizar uma aversão opositiva dos presos para com o pessoal prisional. Por outro lado, como essa posição de resistência dos presos impede o cumprimento dos deveres inafastáveis postos

41. Vale destacar, a título de curiosidade, que tal fator também se faz presente nas lições da socióloga Martha Huggins (2006) que indica a presença de ideologias de luta contra o mal e a existência de regras executivas arbitrárias e não supervisionadas dentre as seis condições associadas à tortura sistêmica da polícia brasileira. Um estudo que não trata diretamente das relações do sistema prisional, mas de uma dinâmica sistêmica muito próxima e de defeitos muito similares, que é o exercício paralelo e subterrâneo do poder punitivo por policiais.

pelo sistema e, por vezes, irrompe em atentados à autoridade e a integridade do pessoal prisional, também se pode realizar uma aversão opositiva do pessoal prisional para com os presos.

Ocorre que, quando a esse ambiente naturalmente tenso são acrescidos discursos e agendas que reforçam o antagonismo e a rivalidade entre pessoal prisional e os presos, a tendência é haver uma escalada de intensidades dessas atitudes e, consequentemente, uma piora nas relações interpessoais e coletivas, pontuando-se maiores animosidades e conflitos entre grupos e indivíduos no meio prisional. Sendo exatamente isso o que acontece com a promoção de discursos e agendas interpostas por sentimentos e funções retributivistas/revanchista, corretivas e sistêmicas.

3.1.1. *As Agendas Retributivistas/Revanchistas*

Além da porção legal de retribuição própria à pena (função retributiva da pena), há na rotina intramuros uma porção ilegal (e infelizmente comum) de retribuição que, oriunda de um sentimento retributivista/revanchista, é responsável por intervenções arbitrárias e ilegítimas nas penas, que tem como consequência a intensificação da qualidade e a quantidade de sofrimento que elas provocam. Sendo por ela que indivíduos e grupos não satisfeitos com o rigor definido em lei para a pena perfazem desejos privativos e discricionários de justiça (ou qualquer outra motivação própria) incrementando as restrições da pena.

Isso ocorre porque o sistema de execução penal, de forma declarada ou latente, promove ou deixa promover discursos e ideais revanchistas que corrompem seus agentes ao fomentar a insatisfação e a ideia de insuficiência da retribuição legalmente estabelecida. Especialmente na medida em que há uma identificação (natural) abstrata e difusa do pessoal prisional com as vítimas/lesados pelos crimes cometidos pelos presos, haja vista o posicionamento antagônico entre o preso e a sociedade nos discursos punitivos. Afinal, como o pessoal prisional se identifica como ditos “cidadãos de bem” da sociedade, a ação que afeta a sociedade também os afeta. O que, consequentemente, acaba por tensionar ainda mais os ânimos da já naturalmente tensa relação de rivalidade entre presos e pessoal prisional.

Nesse quadro, as práticas arbitrárias e ilegítimas de viés retributivista/revanchista são mais facilmente aceitas e justificadas internamente e/ou para com o grupo ao qual está inserido. O que pode acontecer tanto pelo sentimento (interno) de compensação e justiça que tais práticas trazem, quanto pela conformidade sistemática que elas garantem em vista a maior identidade de grupo e cumplicidade do pessoal prisional (tanto vítima abstrata dos presos quanto agentes da justiça retributiva).

Nesse sentido, um sistema prisional permeado de discursos e agendas retributivistas/revanchistas dá azo a um ambiente em que a oposição entre presos e o pessoal prisional e ainda maior que a naturalmente posta, além de fomentar maiores regimes de restrições impostas aos presos em contrapartida ao mal que os levou à prisão. O que por si só

é bastante reprovável na medida em que desrespeita os limites constitucionais e legais impostos ao poder punitivo intensificando ilegítima e abusivamente os sofrimentos da pena. Porém, vale ressaltar, é ainda pior quando considerado que as críticas feitas às teorias absolutas⁴² (que traçam a função retributiva da pena) também podem ser aplicadas aqui. Isso porque tal postura é uma clara violação do princípio de separação entre o direito e a moral assegurada pelo Estado Democrático de Direito, além de não encontrar qualquer utilidade para o sofrimento que causa, sendo mais um fator de violência sem qualquer efeito profícuo.

3.1.2. *As Agendas Sistêmicas*

Passando adiante, igualmente prejudicial e corruptivo é o exagero com que se realiza o que se optou chamar por agendas sistêmicas, consistente na imposição de medidas e restrições que objetivam garantir a ordem, a disciplina e a segurança do sistema. Têm o intuito primevo de defender a autoridade, o domínio e a integridade do sistema e dos agentes dentro do aparelho de execução penal.

Não há dúvida que a garantia da ordem, da disciplina e da segurança no ambiente prisional é, em certa medida, indispensável para que o aparelho de execução das penas possa operar funcionalmente diante os objetivos postos à pena e o estresse das relações que decorrem do seu exercício. O problema é que a realização dessa defesa sistêmica pelo pessoal prisional é tão hiperbólica e demasiadamente receosa que acaba por se assumir de fato como régua primordial de todo e qualquer medida do aparelho de execução penal. Isto é, toda a composição estrutural ou relacional do aparelho de execução penal é primeiro pautada sobre o seu efeito para a garantia da ordem, da disciplina e da segurança, de forma que conhecer o status de qualquer ação, estado ou direito da vida intramuros dependente mais da categorização que lhe é atribuída dentro desse mote do que da própria lei. Assim, independente da lei afirmar ou negar determinada situação, o que define de fato o que pode e o que não pode ocorrer no ambiente prisional é o arbítrio do sistema e de seus agentes segundo a maior ou menor obsessão pela defesa da própria autoridade e os comandos de ordem, disciplina e segurança.

Com isso, por exemplo, os objetos que os presos podem possuir dentro da prisão dependerão do quanto eles serão considerados perigosos pela administração prisional, apesar da condenação ou da lei não limitarem o direito de propriedade dos presos. Na mesma medida, apesar do direito dos presos de comunicação com o mundo exterior e o direito individual de inviolabilidade de correspondência, esses são ignorados com a

42. “São teorias absolutas todas aquelas doutrinas que concebem a pena como um fim em si própria, ou seja, como ‘castigo’, ‘reação’, ‘reparação’ ou, ainda, ‘retribuição’ do crime, justificada por seu, intrínseco valor axiológico, vale dizer, não um meio, e tampouco um custo, mas, sim, um dever ser metajurídico que possui em si seu próprio fundamento.” (FERRAJOLI, 2010, p. 236)

sistemática violação e censura das correspondências para que essas não tragam perigo para o sistema prisional.

Nesse quadro, o sistema prisional, inserido nesse contexto obsessivamente pautado pela garantia da ordem, da disciplina e da segurança, é permeado por práticas e rotinas ilegítimas, mas corriqueiras, de desrespeito aos direitos dos presos nas mais diferentes formas e níveis. Isso porque, acobertadas sob o verniz de defesa da ordem, da disciplina e da segurança, os discursos da agenda sistêmica permitem e justificam, ante a potência assimétrica do poder disciplinar na escolha de prioridades da Execução Penal e na sorte de sofrimentos imposta aos presos, coerções das mais variada monta e espécies. Assim, não são por outros motivos que Salo de Carvalho (2008, p. 166) pode afirmar que: “A ação executiva é regida pelos princípios da disciplina e da ordem, e sob estes signos viu-se historicamente a justificativa da administração penitenciária para restrição/violação de direitos do condenado que não foram limitados pela sentença penal”. Característica também denunciada por R. D. E Roig no trecho descrito a seguir.

“A execução penal em nosso país ainda é finalisticamente orientada para a proteção de certos ‘bens jurídicos’, tais como ordem, disciplina e segurança, corriqueiramente usados como pretexto para a violação de direitos fundamentais das pessoas presas. Esta é de fato uma realidade mundial atual. Conforme explica Gustavo Arocena, muitas vezes os riscos para os direitos fundamentais das pessoas presas decorrem da sobrevalorizada centralidade que a agência penitenciária atribui às questões relativas à segurança, disciplina e ordem interna no estabelecimento carcerário, sendo frequente que o pessoal penitenciário ajuste toda a sua atividade no sentido de um controle estrito que evite possíveis desvios, sem reparar nas eventuais afetações aos direitos das pessoas presas.” (ROIG, 2017, p. 197-198)

Somado a isso, a legítima, porém exacerbada agendas e discursos do sistema de garantia da ordem, da disciplina e da segurança, gera alguns efeitos psicológicos negativos sobre a atuação do pessoal prisional e dos presos. No pessoal prisional a agenda sistêmica excessiva estabelece e fomenta uma constante e elevada sensação de perigo, pois a ideia transmitida por elas é a de que a qualquer momento pode haver a insurreição de um preso ou grupo de presos e que por isso a integridade do agente público está sempre ameaçada. Circunstância essa que aumenta a tensão das relações interpessoais intramuros e, consequentemente, a animosidade entre o pessoal prisional e os presos. Quanto aos presos, a proteção exagerada das agendas sistêmicas cumpre um papel oposto à sua função de proteção do aparelho de execução e das relações que ele estabelece, aumentando os níveis de violência do cárcere pela estigmatização dos presos como pessoas inerentemente perigosas e adversárias ao sistema. Isso porque, a estigmatização de uma pessoa ou grupo, como no caso dos presos, não raro é acompanhada pela assunção do papel social identificado pelo estigma. Assim, os presos considerados perigosos pelo pessoal prisional podem assumir, como de fato assumem, a periculosidade atribuída a eles, transcrevendo para próprias atitudes a violência que o sistema espera deles.

Nesse estado de coisa, a agenda de proteção sistêmica realizadas de forma exacerbada perfaz um meio prisional mais restritivo e visceral, contradizendo e violando não só as regras de direito e os limites constitucionais, mas a própria natureza que orienta o comportamento humano, ante a força dos papéis sociais identificados a cada pessoa na direção de suas ações.

3.1.3. A Agenda Corretiva

Seguindo a análise, resta falar da função corretiva proclamada pelos discursos e agendas do sistema prisional brasileiro. Amplamente criticada pela doutrina penal⁴³, a função corretiva, produto das ideologias de prevenção especial positiva da pena⁴⁴, é aquela imposta com o intuito de operar a emenda psicossocial do preso, adequando-o às perspectivas sociais de normalidade e conformidade através de tratamento prisional⁴⁵.

“O termo [tratamento do delinquente] é ambíguo como reconhece Plawski, embora seja indiscutível uma expressão destinada a materializar a idéia de prevenção especial. Abrange não somente a pena privativa de liberdade e se concentra nos seguintes domínios: *moral*, pelas tentativas psicológicas de emenda, de correção, de reabilitação; *familiar* e *profissional*, pelo objetivo de readaptação e de reeducação; *social*, pela finalidade de reinserção, de ressocialização.” (DOTTI, 1998, p. 230)

-
43. “Ninguém pode obrigar o homem ao bem porque neste caso a ação perderia o seu mais precioso significado moral. Ninguém é autorizado a penetrar no íntimo da consciência humana para procurar imprimir uma determinada orientação. O sacrário da consciência é inviolável, nem uma condenação sofrida pode autorizar o Estado (um não valor) a ditar leis que possam valer para a consciência de um valor, como, em qualquer situação e em qualquer caso o homem permanece. Árbitro de sua própria orientação, ele não pode ser constrangido à ação, não pode ser constrangido à virtude. A educação coacta – como o é a dada nos cárceres – não pode senão acarretar uma ferida profunda à liberdade de orientação e de consciência do detido. O Estado não pode impôr a virtude. Pode, apenas, ou melhor, deve, criar as condições para que o homem possa levar uma vida virtuosa para que o indivíduo – querendo-o - dela possa aproveitar, por ser a virtude o bem de maior realce e significado que o homem pode adquirir no curso de sua existência; virtude que é sinônimo de inclinação para fazer o bem, facilidade para repetir boas ações e para repelir os atrativos do mal ou do crime. Negando-se tudo isto, nega-se a própria impositação da liberdade.” (BETTIOL, 1964, p. 11)
44. “As doutrinas de prevenção especial positiva atribuem à pena função corretiva, ou seja, buscam emendar o apenado dos vícios que o conduziram a prática delitiva, reproduzindo nele valores positivos para que não volte a delinquir quando retornar ao convívio social. Alcança-se a prevenção especial positiva através das ideologias *re*, conforme denominação de R. E. Zaffaroni et al. (2013, p. 115), que buscam a ressocialização, repersonalização, reeducação, reinserção do apenado pela pena, constituída como um tratamento capaz de fornecer ao apenado os instrumentos necessários a reintegração, reprogramando-o para que internalize os valores e parâmetros considerados aceitáveis pela sociedade de forma a incutir sobre ele o temor e o respeito à ordem posta.” (AZEVEDO, 2017, p. 167)
45. Também conhecido como *tratamento penitenciário* ou *tratamento reeducativo*.

AZEVEDO, Lucas Frederico Viana; VIANNA, Túlio. 50 anos do Experimento da Prisão de Stanford: o poder das circunstâncias sobre o comportamento dos agentes disciplinares prisionais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 184. ano 29. p. 301-336. São Paulo: Ed. RT, outubro 2021.

Desta forma, o tratamento prisional, operado pelo pessoal prisional, se desenvolve, conforme pontua J. Albergaria (1993, p. 41), em: “[...] uma ação empreendida junto ao delinquente, com o objetivo de tentar modelar sua personalidade para preparar a sua reinserção social e afastá-lo da reincidência”. Para tanto, os responsáveis pelo tratamento prisional investem em diferentes frentes sobre o comportamento e a constituição psíquica dos presos procurando cumprir o fim utilitário imposto à pena; que é, ainda na mesma lógica dos sistemas penitenciário Pensilvânico e Auburniano que de certa forma inauguraram a dinâmica corretiva do sistema prisional, “[...] a transformação do ‘sujeito real’ (criminoso) no ‘sujeito ideal’ (encarcerado)” (PAVARINI; MELOSSI, 2006, p. 219) por meio de rígida disciplina.

“A disciplina ‘fabrica’ indivíduos; ela é a técnica específica de um poder que toma os indivíduos ao mesmo tempo como objetos e como instrumentos de seu exercício. Não é um poder triunfante que, a partir de seu próprio excesso, pode-se fiar em seu superpoderio; é um poder modesto, desconfiado, que funciona a modo de uma economia calculada, mas permanente. Humildes modalidades, procedimentos menores, se os compararmos aos rituais majestosos da soberania ou aos grandes aparelhos do Estado.” (FOUCAULT, 2009, p. 164)

Portanto, diante do propósito de emenda do preso imposto pela função corretiva, o pessoal prisional, detentor desse dever sistêmico e do poder disciplinar conferido em parte (ele também é posto a fim de garantir à ordem e a segurança no ambiente prisional) para essa finalidade, é encarregado de uma função institucional altamente valorativa e de uma autoridade quase irrestrita de determinação e controle de inúmeros aspectos da vida intramuros. Assim, a rotinas e horários prisionais, o respeito às normas, o conteúdo e a aparência das atitudes demonstradas pelos presos, o comportamento submisso e complacente, o empenho no trabalho, a aferição de direitos e benefícios, dentre tantos outros elementos da dinâmica prisional são condicionados pelo arbítrio do pessoal prisional sob o pretexto da reformulação, reeducação, repersonalização, ressocialização, reinserção (etc.) do preso. O que estabelece um quadro relacional autoritário pelo qual o pessoal prisional concentra, além da sua atribuição precípua de operador das estruturas e aparelhos da execução penal, a posição de educador moral e comportamental responsável por levar os presos à normalidade⁴⁶ social. Afinal, como detentores do poder disciplinar, eles são responsáveis ao mesmo tempo por dimensionar, formular e aplicar o tratamento prisional, sendo, portanto, os próprios moderadores do conteúdo emendado nos presos.

46. “Na disciplina, a norma é um modelo ideal, construído em função de um certo resultado esperado. É a partir desta norma que se definirá quais indivíduos serão considerados normais ou anormais” (VIANNA, 2006, p. 109).

“A conclusão a que podemos chegar no tocante à disciplina no interior das prisões nos conduz à assertiva de que o indivíduo é submetido a um autêntico processo de aculturação, para que se torne um preso dócil e disposto a cumprir, acriticamente, todas as determinações das autoridades carcerárias, elevadas pelo sistema penitenciário à metafórica condição de patriarcas onipotentes, que elegem o que é bom ou ruim para os apenados, se os mesmos desejarem a ressocialização.” (ROIG, 2005, p. 141)

O problema é que, nesse papel de autoridade disciplinar, o pessoal prisional pode, ante o arbítrio e a potência que o poder disciplinar, parcamente limitado, lhe confere; revestir suas ações ilegítimas e abusivas sob o pretexto da emenda do preso, erigindo livremente uma gama variada de restrições, obrigações e comandos que excedem aos limites de privação de direitos e sofrimento postos com a pena. Circunstância que, nos moldes apresentados anteriormente, acirra ainda mais a animosidade e os conflitos entre presos e o pessoal prisional, pois estabelece mais um ponto de contra interesse entre as partes que, atrelada a inerente oposição de superioridade (ética, moral, psicológica etc.) dos agentes públicos e consequente inferioridade dos presos que a posição de educador e educando estabelece nesse contexto, estabelecerá ainda mais a inimizade e a falta de identidade entre os dois grupos, e reforçará a visão do grupo oposto como obstáculo aos próprios interesses e motivo de frustrações. Neste estado de coisa, os discursos e agendas que promovem a função corretiva representam mais um importante fator de corrupção do sistema prisional, na medida em envolvem o meio prisional, e àqueles que o compõem, em um ilegítimo e arbitrário jogo de poder que fomenta a tensão e a inimizade entre presos e o pessoal prisional, como também permite, ante o pressuposto de anormalidade e periculosidade relacionada à figura dos presos, a desumanização desses. Além disso, ela traz a agravante de permitir a racionalização e justificação de eventuais abusos do pessoal prisional sob o pretexto de emenda dos presos, escondendo práticas subterrâneas e arbitrárias sob o falso verniz de legalidade do objetivo de reeducação e reintegração dos presos, imposto pela lei.

Diante tudo o que foi exposto, fica evidente o conteúdo corruptivo de qualquer sistema prisional que declare, ou simplesmente permita, que discursos e agendas orientadas pelas funções retributivistas/revanchistas, sistêmicas e corretiva. Tais funções representam, portanto, um ponto sensível ao exercício democrático e legítimo dos institutos e relações do sistema prisional, ao que se faz imperativo alarmar e remediar os efeitos que decorrem do exercício vicioso daquelas no meio prisional. Especialmente quando se percebe que elas surgem sem muito esforço e com grande naturalidade nos discursos e agendas do meio coercitivo e disciplinar das prisões.

4. CONCLUSÃO

Considerada a preponderância de fatores externos na modulação do comportamento humano, foi possível constatar que mesmo pessoas comuns podem ser corrompidas por

fatores externos, sendo o comportamento de uma pessoa definido não só por fatores internos (personalidade, valores éticos e morais, desejos etc.), mas também pelas circunstâncias e sistemas aos quais ela está inserida. Nesse sentido, foi possível constatar, especialmente com os acontecimentos e conclusões alcançados pelo Experimento da Prisão de Stanford, que condutas desumanas podem tomar forma mesmo através de pessoas comuns, como bem destaca P. G. Zimbardo (2015).

“[...] a maioria de nós pode passar por transformações de caráter significativas quando apanhados no cadinho das forças sociais. Aquilo que imaginamos que faríamos quando fora deste reduto pode mostrar pouca semelhança com quem nos transformamos e com o que somos capazes de fazer, uma vez dentro desta rede. O EPS [Experimento da Prisão de Stanford] é uma convocatória para a ação de abandonar noções simplistas do EU BOM dominado Más situações. Só teremos maior capacidade de evitar, impedir, desafiar e mudar tais forças negativas das circunstâncias se reconhecermos seu potencial de ‘nos infectar’, como o fizeram com outros que estiveram em situações semelhantes.” (ZIMBARDO, 2015, p. 300)

Sobre esse alerta, expôs-se que, na soma dos fatores e efeitos dos discursos e agendas retributivistas, sistêmicas e corretivas que habitualmente permeiam o ambiente prisional, o sistema prisional desenvolve-se, em consequência aos ânimos e conflitos impostos por esses, como um sistema altamente corruptivo, sendo muito difícil a qualquer pessoa inserida nesse contexto enfrentar e se sobrepor às dinâmicas e efeitos impostos por esses fatores sistêmicos e pelas circunstâncias com o seu exercício.

A consequência prática disso é um sistema que fomenta o antagonismo entre presos e agentes públicos encarregados da execução penal, que se verte em abusos e restrições que elevam as tensões e os riscos do sistema prisional, além de importar na ilegítima elevação dos sofrimentos impostos com a pena.

“Identifica-se, portanto, um uso exagerado de restrições por parte da administração prisional na realização da função corretiva e defensiva assumidas a ela, que, na ausência de normas e limites a sua atuação disciplinar, pode constituir e sobrepor o conteúdo de restrições mais conveniente a sua realidade, que naturalmente tende a incrementar o controle e a restrição imposta aos presos, tanto pelas razões práticas desse controle quanto por motivações revanchistas, desejos latentes de empoderamento, aplicação da concepção própria de justiça, entre tantas outras formas de arbítrio. Desta forma, essa discricionariedade fomenta restrições e medidas disciplinares excessivas não só no âmbito das relações de poder institucionais, como também nas relações de poder interpessoais entre agentes públicos responsáveis pela disciplina e presos, sujeitos a ela.” (AZEVEDO, 2017, p. 71)

Nesse quadro, o pessoal prisional se torna a principal fonte de ilegalidades e abusos do sistema, por influência do sistema posto, que corrompe o comportamento dos agentes públicos afirmando a necessidade e a conformidade de atuações abusivas e repressoras.

Assim, a responsabilidade por episódios e condutas desviantes não recai apenas sobre o indivíduo que deu causa direta a ação, mas a todo o sistema e àqueles que montaram o sistema ou deixaram que ele se perpetuasse.

Ante tudo o que foi posto, é importante que as agendas e discursos retributivistas/re-vanchistas, sistêmicos e corretivos sejam mais bem trabalhados pelos responsáveis pelo sistema prisional; o que inclui não só o Poder Executivo encarregado diretamente pela pasta, mas também o Poder Judiciário e o Legislativo; para que tais efeitos corruptivos sejam afastados ou dirimidos, seja por ações que revertam o quadro de animosidade entre presos e pessoal prisional, seja por uma limitação maior do arbítrio conferido aos agentes do sistema. Só assim será possível diminuir os sofrimentos ilegítimos impostos pelo sistema em razão da má influência das agendas mencionadas.

O sofrimento imposto com a sanção penal, em especial com a pena de prisão, não pode ser considerado apenas como uma consequência do exercício do Direito Penal. Seu trato e suas rotinas importam ao Direito tanto quanto a identificação de uma conduta delitiva e sua posterior sanção. Como instrumento, não deve ser construído apenas para limitar direitos e impor sofrimento. Deve ele, em suas práticas, assegurar o exercício es-correito de direitos e da dignidade humana, além de limitar/eliminar os abusos do Estado e de seus agentes. Essencial o confronto entre as práticas carcerárias e o Direito, pois só assim se poderá garantir o exercício de prerrogativas jurídicas do homem e os ideais de um Estado Democrático de Direito.

A ampla discricionariedade permitida aos agentes detentores do poder disciplinar prisional, aliada a posição de hostilidade e antagonismos que as agendas repressivas, corretivas e sistêmicas criam entre presos e o pessoal prisional, pode dar azo a ambiente propício à corrupção do comportamento de qualquer agente disciplinar e, consequentemente, enseja ambiente receptivo a atos reprováveis e desumanos contra os presos por meio de práticas e rotinas cruéis, excessivamente restritivas e aviltantes que ilegítima-mente aumentam o sofrimento da pena.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALBERGARIA, Jason. *Manual de direito penitenciário*. Rio de Janeiro: Aide Ed., 1993.
- ALMEIDA, Odilza Lines de; PAES-MACHADO, Eduardo. Processos sociais de vitimização prisional. *Tempo Social, revista de sociologia da USP*, v. 25, n. 1, jun. 2013. p. 257-286. Disponível em: [www.scielo.br/jts/a/hYFv589s3fp s8KP6Ws7KfFj/?lang=pt]. Acesso em: 25.07.2021.
- AZEVEDO, Lucas Frederico Viana. *O hiato de legalidade do regime disciplinar prisional do Estado de Minas Gerais*. Dissertação (mestrado). Orientador: Túlio Lima Vianna – Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito. Programa de Pós-graduação em Direito. Defesa: Belo Horizonte, 2017.

- Disponível em: [<http://hdl.handle.net/1843/BUBD-AYSP2W>]. Acessado em: 25.02.2021.
- CÂNDIDO, Luan; DOS SANTOS, Miriam Estefânia. Narrativas da tortura. *Relatório: pandemia da tortura no cárcere*. Pastoral Carcerária, 2020. p. 45-51. Disponível em: [https://ponte.org/wp-content/uploads/2021/01/Relatorio_2020_web.pdf]. Acesso em: 24.07.2021.
- CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantia*. 3. ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- CASTILHO, Ela Wiecko V. de. *Controle da legalidade na execução penal*. Porto alegre: Sergio A. Fabris editor, 1988.
- CATÃO, Yolanda. SUSSEKIND, Elisabeth. Direito dos presos. In: FRAGOSO, Heleno Cláudio; CATÃO, Yolanda e SUSSEKIND, Elisabeth. *Direito dos presos*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.
- CHIES, Luiz Antonio Bogo. *A capitalização do tempo social na prisão: a remição no contexto das lutas de temporalização na pena privativa de liberdade*. São Paulo: Método, 2008.
- CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *A Criminologia Radical*. 2. ed. Curitiba: Lumen Juris, 2006.
- CLARKE, Alan. Creating a Torture Culture. In: *Suffolk Transnational Law Review*. v. 32, 1, 2008. p. 1-50. Disponível em: [<https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/sujtnlr32&collection=journals&id=3&startid=&end=52>]. Acesso em: 08.05.2018.
- DOTTI, René Ariel. *Bases alternativas para o sistema de penas*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.
- DRURY, Scott; HUTCHENS, Scott A.; SHUTTLESWORTH, Duane E.; WHITE, Carole L. Philip G. Zimbardo on his career and the Stanford prison experiment's 40th anniversary. In: *History of Psychology*, 2012, vol. 15, n. 2, 161-170. Disponível em: [www.academia.edu/16050985/PHILIP_G_ZIMBARDO_ON_HIS_CAREER_AND_THE_STANFORD_PRISON_EXPERIMENTS_40TH_ANNIVERSARY]. Acesso em: 15.05.2018.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Trad. Raquel Ramalheite. 37. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. Direito dos presos – os problemas de um mundo sem lei. In: FRAGOSO, Heleno Cláudio; CATÃO, Yolanda e SUSSEKIND, Elisabeth. *Direito dos presos*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.
- GIAMBERARDINO, Andre; PAVARINI, Massimo. *Teoria da Pena e Execução Penal - Uma Introdução Crítica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.
- GONÇALVES, Lucas; BALAN, Mayra; SANTOS, Clariane. A pandemia de tortura: uma análise dos dados coletados pela Pastoral Carcerária Nacional. *Relatório: pandemia da tortura no cárcere*. Pastoral Carcerária, 2020. p. 45-51.

- Disponível em: [https://ponte.org/wp-content/uploads/2021/01/Relatorio_2020_web.pdf]. Acesso em: 24.07.2021.
- HUGGINS, Martha Knisely; HARITOS-FATOUROS, Mika; ZIMBARDO, Philip G. *Operários da violência: policiais torturadores e assassinos reconstróem as atrocidades brasileiras*. Brasília: Ed. Unb, 2006.
- INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS. *Situação dos direitos humanos no Brasil*: Aprovado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos em 12 de fevereiro de 2021 / Comissão Interamericana de Direitos Humanos. OAS. Documentos oficiais; OEA/Ser.L/V/II). ISBN 978-0-8270-7176-6. Disponível em: [www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/Brasil2021-pt.pdf]. Acesso em: 25.07.2021.
- MELOSSI, Dário. PAVARINI, Massimo. *Cárcere e fábrica*. Rio de Janeiro: Revan, 2006.
- MYERS, David G. *Psicologia Social* [recurso eletrônico]. 10. ed. Trad. Daniel Bueno, Maria Cristina Monteiro, Roberto Cataldo Costa; Revisão Técnica: Elaine Rabelo Neiva, Fábio Iglesias. Porto Alegre: AMGH, 2014. Dados eletrônicos.
- OLIVEIRA, Victor Neiva e. Mudanças na administração prisional: Os agentes penitenciários e a construção da ordem nas prisões de Minas Gerais. *Dilemas – Revista de Estudos de Conflito e Controle Social*, v. 11, n. 3, set-dez 2018. p. 412-434. Disponível em: [<https://revistas.ufrj.br/index.php/dilemas/article/view/14939>]. Acesso em: 27.07.2021.
- RODRIGUES, Anabela Miranda. *A posição jurídica do recluso na execução da pena privativa de liberdade: seu fundamento e âmbito*. São Paulo: IBCCRIM, 2000.
- ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Direito e Prática Histórica da Execução Penal no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 2005.
- ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução penal: teoria crítica*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- TÚLIO, Sílvio. MP apura agressões contra detentos em presídios de Goiás; vídeos mostram ação de agentes. *Portal G1*. Goiás. 29 de novembro de 2017. Disponível em: [<https://g1.globo.com/go/goias/noticia/mp-apura-suspeita-de-maus-tratos-contradetentos-em-presidios-de-goias-videos-mostrar-agressoes.ghml>]. Acesso em: 24.01.2021.
- VIANNA, Túlio. *Transparência pública, opacidade privada: o Direito como instrumento de limitação do poder na sociedade de controle*. Tese (doutorado). Orientador: Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito. Defesa: Curitiba, 2006. Disponível em: [<http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/5281/VIANNA,%20T%C3%83%C2%BAluo%20Lima%20-%20Tese%20doutorado%20em%20Direito%20UFPR.pdf?sequence=1>]. Acesso em: 04.05.2017.

VÍDEOS mostram presos sendo torturados até com arma de choque em presídios de Goiás. *O Popular*. 29 de novembro de 2017. Cidade. Disponível no endereço eletrônico [www.opopular.com.br/noticias/cidades/v%C3%ADdeos-mostram-presos-sendo-torturados-at%C3%A9-com-arma-de-choque-em-pres%C3%ADdios-de-goi%C3%A1s-1.1405885]. Acesso em: 24.01.2021.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. BATISTA, Nilo. ALAGIA, Alejandro. SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro: Teoria Geral do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2003. v.1.

ZIMBARDO, Philip G. *O Efeito Lúcifer: como pessoas boas se tornam más*. 3. ed. Trad. Tiago Novaes Lima e revisão técnica de Luiz Pasquali. Rio de Janeiro: Record, 2015.

ZIMBARDO, Philip G. On the ethics of intervention in human psychological research: With special reference to the Stanford prison experiment. In: *Cognition*, vol. 2, Issue 2, 1973, p. 243-256. Disponível em: [https://pdfs.semanticscholar.org/91e0/29d4649fd3926b86ed4c7a05d5690644696d.pdf]. Acesso em: 04.05.2018.

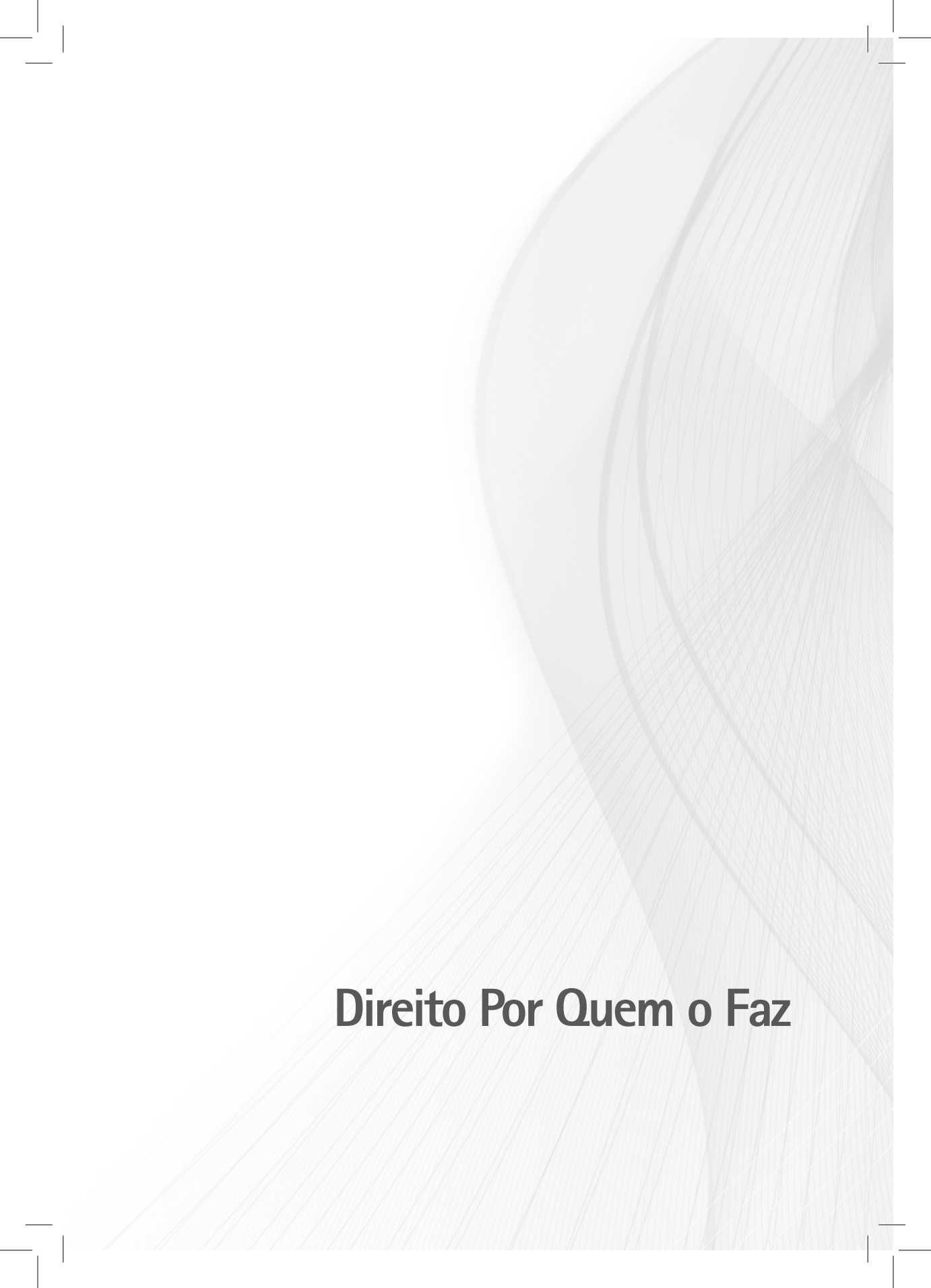
PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

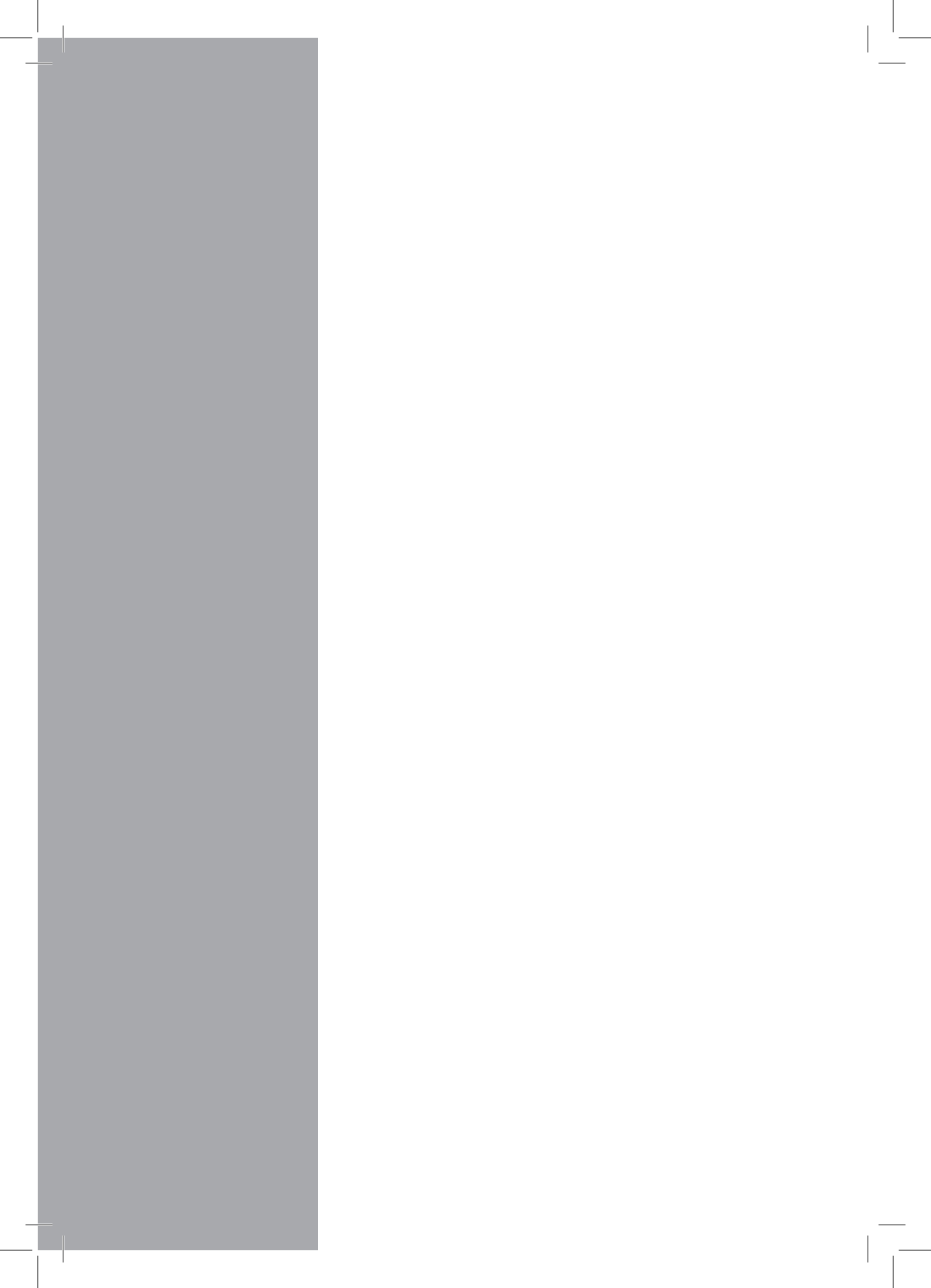
- Contribuições e desafios da psicologia nos procedimentos de execução penal: um estudo qualitativo com profissionais da região central do estado de São Paulo, de Fábio de Carvalho Mastroianni e outros – *RBCCrim* 133/111-131;
- Prisionalização e sofrimento dos agentes penitenciários: fragmentos de uma pesquisa, de Luiz Antônio Bogo Chies e outros – *RBCCrim* 52/309-335; e
- Ser agente na prisão feminina: entre a assistência, a disciplina e o respeito, de Joana Coelho da Silva, Priscila Vargas Mello e Dani Rudnicki – *RBCCrim* 141/187-212.

Veja também Jurisprudência relacionada ao tema

- TJRS ApCiv 70056504145.

The background features a large, light gray circle on the right side, with a series of thin, curved lines radiating from its edge towards the bottom left. The overall design is minimalist and modern.

Direito Por Quem o Faz



PRECEDENTES PERSUASIVOS CRIMINAIS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: O CASO DO *HABEAS CORPUS* 598.051/SP

CRIMINAL PERSUASIVE PRECEDENTS OF THE SUPERIOR COURT OF JUSTICE: THE CASE OF HABEAS CORPUS 598,051/SP

ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

Ministro do Superior Tribunal de Justiça e Mestre em Direito pela PUC-RJ.
gab.saldanha@stj.jus.br

PAULO WUNDER

Promotor de Justiça do MP RJ e Doutor em Direito Processual pela UERJ.
wunder.paulo@gmail.com

Autores convidados

ÁREAS DO DIREITO: Processual; Penal

RESUMO: O presente artigo aborda conhecimentos de direito constitucional e de teoria geral do processo para, por meio de uma análise dogmática, apresentar a necessidade de respeito aos precedentes persuasivos no processo penal, de modo a estimular a interpretação e a aplicação uniforme e isonômica do ordenamento jurídico penal, privilegiando-se a segurança jurídica e a previsibilidade das decisões judiciais, em detrimento de uma postura excessivamente ativista e individualista do magistrado da área penal. A padronização na aplicação do Direito, sem o excesso que engessaria a percepção do juiz sobre particularidades de cada caso concreto, também contribui para a eficiência do sistema de Justiça criminal, pois visa à produção de uma decisão final de mérito mais justa e célere. A partir daí, o *Habeas Corpus* 598.051/SP é usado como exemplo da constituição de um precedente persuasivo

ABSTRACT: This article discusses knowledge of constitutional law and general theory of the process in order to, through a dogmatic analysis, present the need to respect persuasive precedents in criminal proceedings, in order to stimulate the uniform and isonomic interpretation and application criminal legal order, giving priority to legal certainty and the predictability of judicial decisions, to the detriment of an excessively activist and individualistic stance of the criminal area magistrate. Standardization in the application of law, without the excess that would stiffen the judge's perception to the particularities of each specific case, also contributes to the efficiency of the criminal justice system, as it aims at producing a more righteous and swift final decision on the merits. Thereafter, *Habeas Corpus* 598,051/SP is used as an example of the establishment of a persuasive precedent by the

pelo Superior Tribunal de Justiça, o qual deve ser seguido verticalmente pelos juízes e tribunais de segundo grau de jurisdição.

PALAVRAS-CHAVE: Processo penal – Ativismo judicial – Autocontenção – Eficiência – Isonomia – Segurança jurídica – Precedentes persuasivos – *Habeas Corpus* 598.051/SP.

Superior Court of Justice (STJ – Superior Tribunal de Justiça), which must be followed vertically by the judges and courts of the second degree of jurisdiction.

KEYWORDS: Criminal proceedings – Judicial activism – Self-containment – Efficiency – Isonomy – Legal certainty – Persuasive precedents – *Habeas Corpus* 598.051/SP.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Jurisprudência e protagonismo do julgador na criação do Direito. 2.1. Jurisprudência como autocontenção do Poder Judiciário em sua atividade criativa do Direito. 3. Jurisprudência, precedentes e processo penal. 3.1. Aplicação do sistema de precedentes do Código de Processo Civil ao Código de Processo Penal. 4. *Habeas Corpus* 598.051/SP como precedente prospectivo. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

No início da década de 1960, o Supremo Tribunal Federal, sobrecarregado pelo grande número de processos pendentes de julgamento, grande parte deles versando a respeito de questões idênticas, decidiu publicar 370 enunciados de súmulas de sua jurisprudência predominante, que entraram em vigor em 01.03.1964.

O objetivo do Ministro Relator da Comissão, Victor Nunes Leal, era minimizar as divergências acerca das interpretações do Supremo Tribunal Federal sobre questões polêmicas e reiteradas, promovendo maior eficiência, celeridade e divulgação de seus julgados.

Em que pese esse instrumento ter suas origens no Supremo Tribunal Federal, acabou difundido e incorporado tanto ao Superior Tribunal de Justiça quanto aos tribunais de segunda instância, passando, inclusive, a ser previsto na Constituição Federal, por meio da Emenda Constitucional 45 (art. 103-A), bem como no Código de Processo Civil (arts. 926, 927 e 928).

Apesar desses esforços, ainda há muita falta de padronização e uniformização das decisões judiciais. Casos semelhantes são decididos de forma incoerente ou até contrária, o que transmite insegurança e falta de credibilidade do Poder Judiciário como meio de solução de conflitos, gerando imprevisibilidade e descrença ao jurisdicionado.¹

1. Em pesquisas recentes realizadas tanto pelo CNJ, “A força normativa do direito judicial – Uma análise da aplicação prática do precedente no direito brasileiro e dos seus desafios para a legitimação da autoridade do Poder Judiciário”, como pela FGV, “Supremo em números”, nota-se que, não obstante a existência de diversos entendimentos sumulados, ainda não há o costume

Aliás, na pesquisa “Quem somos: a magistratura que queremos”, promovida em 2019 pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), cerca de 52% dos magistrados de 1º e 2º graus concordam que o juiz pode decidir sem se pautar necessariamente pelos sistemas de súmulas e precedentes vinculantes, número que cresce para 55% logo entre os Ministros das Cortes Supremas, ou seja, aqueles que formam esses entendimentos que deveriam ser seguidos pela base.²

Essa mentalidade precisa ser revista. Se os próprios magistrados não seguem os precedentes formados pelo sistema do qual fazem parte, como convencerão o jurisdicionado de que o Poder Judiciário merece sua credibilidade?

Tal problema se torna ainda mais grave na seara criminal, pois a disparidade em critérios decisórios gera consequências diretas sobre a restrição à liberdade e, consequentemente, sobre a quebra da isonomia no tratamento penal.

O presente artigo visa demonstrar que a obediência pelos magistrados a entendimentos consolidados das Cortes de Justiça é, além de compatível com nosso ordenamento jurídico, uma necessidade ao aprimoramento de sua eficiência, uma demonstração de sua uniformidade, segurança e previsibilidade, um imperativo ao resgate da sua credibilidade e, acima de tudo, uma garantia da aplicação isonômica da lei.

Para tanto, será abordado, como exemplo de precedente, o recém-julgado *Habeas Corpus* 598.051/SP, em que a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça fixou, por maioria, entendimentos sobre requisitos da autorização de morador para entrada em residência sem mandado judicial de busca e apreensão.

2. JURISPRUDÊNCIA E PROTAGONISMO DO JULGADOR NA CRIAÇÃO DO DIREITO

Inspirado no Iluminismo e nos valores da Revolução Francesa, Giuseppe Chiovenda separou as funções do legislador e do juiz, atribuindo ao primeiro a criação do Direito, enquanto ao segundo sua aplicação. Daí “não pode haver sujeição à jurisdição senão onde pode haver sujeição à lei” (CHIOVENDA, 2009, p. 55).

A jurisdição era compreendida como a atividade de dizer o Direito, com os juízes exercendo a função de atuar à vontade concreta da lei, em consonância com o sentido semântico da palavra *jurisdictio*. Tratava-se de mera declaração do preceito normativo preexistente pertinente e de sua consequente efetivação ao caso em voga.

De fato, a aplicação do ordenamento jurídico pelo magistrado envolve a identificação da norma que incide em determinada hipótese, assim como da questão controvertida,

entre os magistrados de segui-los, pois tribunais superiores continuam julgando casos apenas para reafirmar sua jurisprudência. Disponíveis em: [www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/06/881d8582d1e287566dd9f0d00ef8b218]; [www.fgv.br/supremoemnumeros/visualizacoes/cfilter-ipea/index.html]. Acessos em: 27.09.2019.

2. Disponível em: [www.amb.com.br/pesquisa/2019/]. Acesso em: 27.09.2019.

em um processo de individualização ou concretização do Direito por meio da fundamentação da decisão judicial.

Assim, “o tribunal não só tem de responder à *quaestio facti*, como também à *quaestio juris*” (KELSEN, 2015, p. 264). A função do magistrado é tanto de identificação do fato controverso, como da respectiva norma legislativa aplicável, já prevista no ordenamento jurídico.

Entretanto, “a norma jurídica geral é sempre uma simples moldura dentro da qual há de ser produzida a norma jurídica individual” (KELSEN, 2015, p. 272). Isso significa que “o tribunal recebe competência para criar apenas uma norma individual, válida unicamente para o caso que tem perante si” (KELSEN, 2015, p. 271).

Na decisão judicial, cabe ao juiz, silogisticamente, fixar a norma especial que vai efetivamente regular o respectivo caso. A partir da norma geral, anteriormente definida pelo Poder Legislativo, o magistrado cria uma norma individual nova, a qual se dirige especificamente ao respectivo caso concreto.

Portanto, a decisão judicial constitui “a continuação do processo de criação jurídica” (KELSEN, 2015, p. 265). A atividade jurisdicional exerce um papel complementar e de coprodução do Direito, agregando-se à atividade legislativa e nela inserindo elementos decorrentes de dados que só podem ser obtidos por ocasião da análise presente do litígio.

O legislador, subordinado à Constituição, cria as normas gerais. Enquanto isso, o juiz, vinculado ao ordenamento jurídico preexistente, cria a norma individual que vai regular determinado conflito de interesses, por meio da sentença.

Inclusive, Francesco Carnelutti e Piero Calamandrei passaram a reconhecer que “a jurisdição, apesar de não deixar de declarar a lei, cria uma regra individual que passa a integrar o ordenamento jurídico”.³

Embora tal legitimação criativa da norma pelo juiz deva ser a princípio apenas *secundum legem*, o magistrado possui, no momento de aplicação da norma, uma tarefa pessoal de delimitação e calibragem de seu alcance, muitas vezes mediante uma ponderação em concreto entre as alternativas interpretativas possíveis.

Por esse motivo, “a interpretação não se caracteriza como um ato de descrição de um significado previamente dado, mas como um ato de decisão que constitui a significação e os sentidos do texto” (ÁVILA, 2004, p. 51).⁴

3. Em outras palavras, Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2019, p. 70) explicam: “[...] quando os processualistas clássicos sustentam que a sentença fixa a lei do caso concreto, obviamente não querem dizer que a sentença não é fiel à lei que preexiste ao processo, mas apenas que a sentença, após o processo ter encerrado e produzido o que se chama de coisa julgada material, vale como lei para as partes”.

4. Ávila (2004, p. 22) menciona que: “Normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado”.

O olhar de um magistrado, ao decifrar a norma que se extrai de um enunciado legal, não pode ser com lupa, mas através de uma visão macro, com espectro sobre todo o ordenamento jurídico.

O juiz não desvenda a norma por meio de uma interpretação individualizada de seu sentido, e sim contextualizada ao sistema jurídico, o qual é impregnado dos valores constitucionais, principalmente dos direitos fundamentais (CF, art. 1º, III).

Logo, é inegável reconhecer que, quando o juiz interpreta uma norma, “valora e decide entre um dos resultados interpretativos possíveis. A norma não está implícita no texto legal, ou seja, não antecede à interpretação, mas dela deriva” (MARINONI, 2019, p. 73).

Em outras palavras, “à luz de um mosaico, formado necessariamente por vários dos elementos integrantes do sistema, que o juiz tem que procurar/criar a solução normativa aplicável aos casos concretos, quando de um hard case se tratar” (WAMBIER, 2012, p. 27).

Portanto, a importância da tarefa criativa do juiz decorre da necessidade de evitar que a simples interpretação fria da lei pudesse levar a uma aplicação injusta do Direito, exatamente porque a ausência de discussão valorativa da norma pode ter contribuído para a legitimação da ordem estabelecida, ainda que não fosse a correta.

O positivismo foi associado à extrema valorização do legalismo acrítico, o que teria servido para a utilização da própria norma em detrimento dos valores originais que supostamente deveria defender.⁵

Sem dúvida, uma das vantagens do positivismo é agradar ao observador externo. Aquele que olha de fora vê, no cumprimento fiel do ato normativo, a segurança jurídica que espera no trato das relações pessoais. Em tese, isso confere maior credibilidade ao Poder Judiciário como instituição capaz de prover decisões previsíveis e isonômicas.

Todavia, a mesma segurança jurídica promovida pela positivação pode ter servido de substrato a profundas inseguranças. Para minimizar esse inconveniente, “a solução para o problema foi oferecida pela Constituição. Diferentemente do direito natural, a Constituição era direito positivo” (GRIMM, 2006, p. 9).

Desenvolveu-se um Estado Constitucional de Direito com a hierarquização das normas baseada em uma estrutura piramidal, que, por sua vez, previa mecanismos de controle concentrado de constitucionalidade para a preservação de sua validade sobre as demais normas de graus inferiores.⁶

5. Nessa linha, a decadência do positivismo acabou associada ao período pós-Segunda Guerra Mundial. Com a derrota de regimes totalitários, que haviam chegado ao poder e promovido a barbárie por meio da lei, tornou-se claro que o ideal de objetividade e neutralidade do Direito seria insuscetível de se realizar, uma vez que a norma seria incapaz de descrever completamente a realidade de um fato.

6. A precursora desse movimento foi a Lei Fundamental de Bonn, promulgada em 1949, que, apesar de concebida como provisória, acabou se tornando a constituição da Alemanha unificada, em 1990.

A validade das leis passou a não depender apenas da forma de sua produção e de sua interatividade com outras leis, e sim de sua compatibilidade valorativa com a Constituição.

Essa jurisdição constitucional instituiu potentes mecanismos de proteção dos direitos fundamentais, mesmo em face do legislador, passando a conter forte conteúdo principiológico, enaltecendo os valores mais importantes da sociedade.⁷

Nota-se, nesse momento, a aceitação de que todas as normas constitucionais eram jurídicas, inclusive os princípios, pelo reconhecimento de sua efetividade, que deixam de ser vistos como fonte subsidiária, critérios de integração de lacunas do sistema, ou meras proclamações políticas.⁸

Doravante, “se o direito não está mais na lei, mas na Constituição, a jurisdição não mais se destina a declarar a vontade da lei, mas a conformar a lei aos direitos contidos na Constituição” (MARINONI, 2019, p. 54).

Ocorre que essa ideia gerou a possibilidade de interpretações mais abertas e dúbias da norma, uma vez que, na busca de seu significado e alcance, permite-se a utilização de elementos e conceitos complexos, subjetivos e de menor precisão semântica, por exemplo, a dignidade da pessoa humana.

Se, no positivismo, a aplicação normativa privilegiava a segurança jurídica de quem sofre os efeitos da norma, ou seja, do observador externo, agora, com a possibilidade de correção do conteúdo normativo pela aferição valorativa da Constituição, o foco passa a ser aquele que interpreta e aplica a própria norma, isto é, o observador interno.

O Direito, antes visto somente em sua dimensão real, passa a incorporar seu aspecto ideal (ou crítico). Por intermédio dessa dupla natureza (real + ideal), o Direito não se satisfaz mais com o que é, buscando aquilo que deveria e efetivamente pretende ser no mundo real, a fim de que a extrema injustiça não seja considerada lei válida.⁹

7. De acordo com Marinoni (2019, p. 54): “O juiz que controla a constitucionalidade da lei obviamente não é submetido à lei. O seu papel, como é evidente, nega a ideia de supremacia do legislativo. Lembre-se de que o juiz, mediante as técnicas da interpretação conforme a Constituição e da declaração parcial de nulidade sem redução de texto, confere à lei sentido distinto do que lhe deu o legislativo. Esta nova feição judicial fica também clara – ou ainda mais evidente – ao se prestar atenção na tarefa que o juiz exerce quando supre a omissão do legislador diante dos direitos fundamentais. Ora, isso apenas pode significar, aos olhos da tradição do civil law, uma afirmação do poder judicial com força de direito”.

8. Segundo Barroso e Barcellos (2010, p. 329): “As normas constitucionais conquistaram o status pleno de normas jurídicas, dotadas de imperatividade, aptas a tutelar direta e indiretamente todas as situações que contemplam. Mais do que isso, a Constituição passa a ser a lente através da qual se leem e se interpretam todas as normas infraconstitucionais. A Lei Fundamental e os princípios deram novo sentido e alcance ao direito civil, ao direito processual, ao direito penal, enfim, a todos os demais ramos jurídicos”.

9. “The conflict between justice and legal certainty may well be resolved in this way: The positive law, secured by legislation and power, takes precedence even when content is unjust and inexpedient, unless the conflict between statute and justice reaches such an intolerable degree that the statute, as lawless law, must yield to justice” (RADBRUCH, GUR 107, RGA 3 89, apud ALEXY, 2010, p. 28).

Essa fase, conhecida como pós-positivismo, favorece a formação de um “arranjo institucional que fortalece significativamente o papel do Poder Judiciário no Estado contemporâneo” (SARMENTO; SOUZA NETO, 2017, p. 202), diminuindo a neutralidade do julgador positivista.

A ideia clássica da separação dos poderes, que estabelecia limites mais rígidos ao exercício das funções desempenhadas por cada um dos poderes, cede lugar ao chamado ativismo judicial,¹⁰ que ganha ainda mais espaço diante da complexidade da vida moderna, a qual pode sugerir que os padrões concebidos em abstrato sejam incapazes de solucionar adequadamente um conflito normativo concreto.¹¹

O enunciado legal pode já existir e até ser válido e eficaz, mas sua aplicação descontextualizada e isolada é considerada insuficiente ou inadequada para a especificidade de determinado caso concreto.

Há uma espécie de lacuna/omissão legislativa, pois a solução proposta pelo enunciado preexistente não resolve a questão adequadamente, o que autoriza o juiz a decidir com base nos princípios gerais de direito (Lei 12.376/2010, art. 4º), extraindo a norma ideal da análise sistemática do ordenamento jurídico completo.

Essas decisões jurisdicionais, em oposição àquelas previstas pelo legislador, poderiam até parecer contra majoritárias, uma vez que o controle pelo juiz seria não democrático, ao afastar uma escolha dos representantes do povo, pois não tem a legitimidade para criar ou derrogar a norma.

Contudo, parafraseando a Constituição norte-americana, Barak (2012, p. 383) lembra que “o mesmo ‘nós o povo’ que adotou a constituição também adotou o instituto da revisão judicial”.¹²

10 . A expressão “ativismo judicial”, inicialmente usada em 1947 por Arthur Schlesinger Jr., descrevia, de forma pejorativa, a tendência então vigente da Suprema Corte dos EUA.

11 . É inegável que nem sempre o Direito anda na mesma velocidade da tecnologia, razão pela qual há situações novas que formulações antigas não previram, foram superadas ou não foram tratadas adequadamente. Por essa razão, não se encaixam perfeitamente nos detalhes fáticos atuais. Aqueles parâmetros da proporcionalidade abstrata, previamente definidos pelo legislador, podem estar equivocados, incompletos ou defasados, levando a uma lacuna normativa ou a uma decisão injusta, caso fossem utilizados objetivamente no caso concreto. Desse modo, diante de um vácuo normativo, ou mesmo que já exista um conjunto de standards à sua disposição, o operador precisa afastá-los ou adaptá-los através de uma nova ponderação em concreto (ou real), cuja “[...] solução adotada no caso poderá aprimorar o modelo geral formulado pela ponderação em abstrato” (BARCELLOS, 2005, p. 154). Tal função é exercida por quem possui a competência constitucional para promover a jurisdição. Atua o magistrado como longa manus do legislador, na tarefa de assegurar a prevalência do direito positivo do ponto de vista sistêmico, ou seja, suprimindo ou eventualmente desconsiderando uma norma específica para aplicar o ordenamento jurídico com harmonia.

12 . “The same ‘we the people’ who adopted the constitution also adopted the institution of judicial review” (tradução livre). Aliás, o preâmbulo da nossa Carta Magna começa com expressão semelhante: “Nós, representantes do povo brasileiro [...]”.

A falta de legitimidade democrática do magistrado não pode afetar o exercício do poder jurisdicional, na medida em que juízes também dela dispõem, ainda que indiretamente, mediante a inafastabilidade da jurisdição e do controle de constitucionalidade, o que os consagram como representantes argumentativos da sociedade.

Assim, aquela proporcionalidade legislativa não inibe outra jurisdicional posterior, pois a separação dos poderes significa um mútuo controle de freios e contrapesos, embora a última palavra, no que se refere à declaração da legalidade e constitucionalidade de atos normativos, sempre caiba ao Poder Judiciário.

Há uma sucessão de cadeias da proporcionalidade, justamente em virtude de os componentes do exercício da atividade ponderativa serem variáveis, o que conduz inexoravelmente a resultados diversos, especialmente quando seus valores forem sopesados por mais de uma vez, em diferentes locais, várias culturas e em épocas distantes entre a elaboração e a aplicação efetiva do enunciado legal.

2.1. *Jurisprudência como autocontenção do Poder Judiciário em sua atividade criativa do Direito*

Apesar de a atividade ponderativa do juiz ser inerente à interpretação que ele próprio promove em cada julgamento para definição da norma individual que vai regular o caso concreto, não deve o magistrado substituir sua ponderação por aquela já operada pelo legislador, simplesmente por considerá-la melhor.

Cabe ao magistrado aferir se a ponderação em abstrato obedeceu aos parâmetros da proporcionalidade e se os critérios nela utilizados continuam com os mesmos pesos por ocasião da nova equação dos valores incidentes no caso concreto.

Portanto, a liberdade da atividade jurisdicional interpretativa não pode ser ilimitada, pois:

“[...] a zona de proporcionalidade é o reino do legislador; manter suas fronteiras intactas é o reinado do juiz. Dentro da zona de proporcionalidade o legislador é livre para escolher como legislar e qual finalidade deseja atingir, além de selecionar os meios que vai utilizar para alcançar esse objetivo. O juiz não tem opinião sobre essas escolhas. O único papel do juiz é o de manter as fronteiras da proporcionalidade e de prevenir a seleção de meios desproporcionais (BARAK, 2012, p. 417).”¹³

13. “The zone of proportionality is the legislator’s kingdom; keeping the boundaries intact is the judge’s kingdom. Within the zone of proportionality, the legislator is free to choose whether to legislate and what purpose it wishes to achieve, and to select any means it wishes to utilize in order to fulfill that purpose. The judge has no opinion about those choices. The judge’s role is to maintain the boundaries of proportionality and to prevent selection of disproportional means” (tradução livre).

Essa noção de “zona de proporcionalidade” reconhece que qualquer opção legislativa razoável, dentro das possíveis escolhas em um conflito normativo, deve ser vista como constitucional, cuja intervenção do Poder Judiciário precisa ser evitada, por meio de uma postura de autocontenção, em nome da separação dos poderes.¹⁴

Deve o magistrado, sempre que possível, prestigiar a decisão já tomada pelo legislador, ainda que não seja aquela que ele teria. Se a escolha legislativa for razoável, não pode o juiz trocá-la pela sua por mero capricho ou vaidade, devendo ser deferente àquele a quem a democracia conferiu o poder de criar as normas que regulam os conflitos.

Havendo regras claras, plenamente válidas e eficazes que cuidem de determinada situação, não deve o magistrado recorrer à normatização dos princípios e criar, mediante uma ponderação pessoal, outra regra casuística, como se o sistema jurídico fosse um mercado com várias opções normativas em que o cliente-juiz escolhe qual deseja aplicar, em cada fato real.

A segurança jurídica, tão cara ao legislador que optou pela positivação de determinada regra de convívio, também deve ser importante ao magistrado, contendo sua vontade criativa ao não seguir enunciados expressos.

O ideal é que tal postura seja excepcional, sempre muito bem fundamentada e desde que o enunciado, caso aplicado, promova uma solução injusta não apenas aos olhos daquele juiz, mas também ao exame de sua compatibilidade com o ordenamento jurídico e do próprio legislador, caso, hoje, fosse reeditar o mesmo texto.¹⁵

Ocorre que é justamente nessa excepcionalidade da atividade criativa do magistrado, dando origem a normas de sentido aparentemente diverso ou complementar ao

14 . Como lembra Sarmiento (2009, p. 138), “[...] pode ser mais recomendável uma postura de autocontenção judicial, seja por respeito às deliberações majoritárias adotadas no espaço político, seja pelo reconhecimento da falta de expertise do Judiciário para tomar decisões que promovam eficientemente os valores constitucionais em jogo, em áreas que demandem profundos conhecimentos técnicos fora do Direito”.

15 . Como “a lei prescreve para o futuro com base em seu conhecimento do passado, está continuamente em risco de enfrentar os imprevistos e de ser forçada a lidar com os problemas de amanhã com ferramentas de ontem”. Segue a precisa lição de Schauer (2012, p. 223) sobre a derrotabilidade das regras: “Da mesma forma que o ritmo do progresso humano se acelera, também a frequência com que a lei do passado parece inadequada para lidar com as questões do presente. [...] Vemos um sistema constantemente planejando métodos para adaptar as restrições das leis existentes e o desejo geral das leis de alcançarem o resultado correto nos casos particulares do presente”. Tradução livre de: “Because law prescribes for the future based upon its knowledge of the past, it’s continuously at risk of confronting the unanticipated, and of being forced to deal with tomorrow’s problems with yesterday’s tools. As the pace of human progress accelerates, so does the frequency with which the law of the past seems inadequate in dealing with the issues of the present. [...] We see a system constantly devising methods for adapting the constraints of existing and general law to the desire to reach the correct result in the particular cases of the present”. Grau (2014, p. 18-19) também ressalta que o Direito “é, sempre, fruto de uma determinada cultura. Por isso não pode ser concebido como um fenômeno universal e atemporal”. Ademais, o “sistema jurídico é um sistema aberto, não fechado. Aberto no sentido de que é incompleto, evolui e de modifica”.

enunciado legal preexistente, que a jurisprudência ganha especial importância como fonte do Direito.

Em outras palavras, naqueles casos em que a solução não vier da aplicação *ipsis literis* de um enunciado legal preexistente, o conhecimento sobre a norma incidente em hipóteses semelhantes derivará da divulgação de como o Poder Judiciário está tratando determinada questão.

Dessarte, não será diretamente do ordenamento jurídico que se retirará a norma a ser aplicada em determinados casos concretos, mas sim por meio do conhecimento de decisões judiciais já tomadas sobre o mesmo assunto.

Logo, as decisões judiciais, especialmente quando forem uniformes e provenientes dos tribunais, são aptas a constituir fonte do Direito, passando a ser adotadas também como paradigmas em outros casos semelhantes.

Isso posto, a adoção de um sistema em que a decisão judicial, especialmente uniforme e reiterada, constitui fonte do Direito para ser usada como norma em casos semelhantes é consequência natural e até desejada da própria aplicação do ordenamento jurídico, inclusive no modelo da *civil law*.¹⁶

Cuida-se de uma maneira organizada de identificar decisões judiciais análogas já tomadas sobre assuntos parecidos, a fim de que instruem outros julgamentos semelhantes, de modo a privilegiar os mesmos objetivos de uma norma que seria extraída de um enunciado legal: impessoalidade, abstração e generalidade.

Assim, reiteradas e uniformes decisões em seus respectivos casos concretos levaram à produção de uma norma geral, com os mesmos atributos de generalidade, impessoalidade e abstração da norma legislativa. A regra específica, estabelecida em determinada decisão judicial, passa a ser aplicada não apenas ao respectivo caso concreto que a originou, mas a todos os que com ele se assemelharem.

Nesse sentido, o artigo 926 do CPC opera certa descentralização legislativa, na medida em que a decisão judicial, ora sistematizada por meio de uma jurisprudência uniforme, deixa de criar somente normas individuais para também dar origem a normas

16. É certo que sistemas podem ser agrupados em tradições jurídicas que reúnam algumas principais características comuns (*common law* e *civil law*). No entanto, dentro daquelas inseridas no mesmo grupo, há diferenças internas entre modelos, processos etc. Não há um bloco fechado de elementos obrigatórios, tampouco sistemas absolutamente genuínos, mas sim híbridos.

De acordo com Damaška (1986, p. 6): “[...] traços adversariais podem ser identificados na Europa continental e podem mesmo ser bastante conspícuos em alguns ramos da administração da justiça, enquanto características inquisitoriais, às vezes muito visíveis, podem ser encontradas em terras anglo-americanas”. Tradução livre de: “[...] adversarial traits can be identified in continental Europe and can even be quite conspicuous in some branches of the administration of justice, while inquisitorial features, sometimes quite conspicuous, can be found in Anglo-American lands”.

gerais, em certa concorrência com a atividade normativa geral, impessoal e abstrata que seria afetada exclusivamente ao Poder Legislativo.¹⁷

Vale frisar que, embora a jurisprudência uniforme, como espécie de norma geral, impessoal e abstrata, advenha do Poder Judiciário, e não do Poder Legislativo, sua origem decorre indiretamente do referido processo de concretização do ordenamento jurídico.

Portanto, não se trata de uma norma criada originariamente pelo Poder Judiciário, mas sim da aplicação erga omnes de norma específica estabelecida pelo Poder Judiciário, a partir da afirmação reiterada e uniforme de norma geral emanada do Poder Legislativo.¹⁸

Por outro lado, a obediência a essa metodologia decorre tanto da submissão à legalidade como da isonomia. As normas que preveem que “todos são iguais perante a lei” e que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (CF, art. 5º, caput e inciso I) precisam ser interpretadas conjuntamente, de modo a exigir do Estado uma aplicação previsível e igualitária da tarefa de dizer o Direito ao caso concreto.

A aplicação do Direito de maneira díspar, tratando casos semelhantes de forma diferente, gera uma perda de credibilidade tanto do sistema jurídico como de suas respectivas

17. “Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. § 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante. § 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.”

18. O artigo 927 do CPC traz situações em que a jurisprudência e, consequentemente, suas respectivas súmulas terão a mesma eficácia vinculante do precedente. “Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: I – as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II – os enunciados de súmula vinculante; III – os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV – os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V – a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados. § 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo. § 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese. § 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica. § 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia. § 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores. Art. 928. Para os fins deste Código, considera-se julgamento de casos repetitivos a decisão proferida em: I – incidente de resolução de demandas repetitivas; II – recursos especial e extraordinário repetitivos. Parágrafo único. O julgamento de casos repetitivos tem por objeto questão de direito material ou processual.”

instituições. Daí decorre um sentimento de descrédito do Poder Judiciário, contribuindo para o esfacelamento da sua legitimidade democrática perante a sociedade civil.

A certeza do Direito não pode se restringir à lei em si mesma (*law in the books*), uma vez que também deve “ser visualizada com o referencial da *law in action*, que diz respeito ao Direito em ação quando efetivamente aplicado, uma vez que há, via de regra, mais de um sentido interpretativo possível” (KIRCHER, 2018, p. 89).

A eficácia vinculante da jurisprudência uniforme não significa um desprezo à segurança jurídica, mas a sua própria preservação, e decorre do “fato de encerrar a última palavra da administração judiciária a respeito da questão sobre a qual versam” (MITIDIERO, 2016, p. 102).

A segurança jurídica decorre não apenas da existência de um arsenal legislativo válido e eficaz, mas principalmente da univocidade de sentido com que essas normas dispersas e subjetivas são interpretadas e aplicadas em hipóteses reais.

Não basta a cognoscibilidade de um conteúdo normativo efetivamente aplicável. É imprescindível que seu usuário ou destinatário final possa prever e calcular as consequências concretas decorrentes do seu cumprimento (ou do descumprimento). Também é preciso que o ordenamento jurídico seja confiável, o que se obtém por meio de decisões que apliquem normas com constância.

Essa estabilidade do Direito se conecta, por sua vez, com a isonomia, na medida em que os precedentes visam à universalidade da aplicação normativa, sem distinções e favorecimentos baseados em supostas questões casuísticas que afastariam a aplicação daquela interpretação vinculante.

Nesse aspecto, “a força gravitacional de um precedente pode ser explicada pelo apelo não à sabedoria do cumprimento de leis promulgadas, mas na justiça de tratar casos semelhantes de maneira igual” (DWORKIN, 1978, p. 113).¹⁹

A justiça individualizada que magistrados buscam, ao desvirtuar uma aplicação consolidada de uma norma, pode estar causando uma injustiça àqueles que, ao contrário, tiveram seus casos decididos com base em uma regra geral e uniforme extraída de um precedente.

Isso posto, a jurisprudência deve ser usada como limite ao recurso infinito da argumentação individualista dos magistrados, garantindo a aplicação uniforme, previsível e isonômica do sistema jurisdicional.

3. JURISPRUDÊNCIA, PRECEDENTES E PROCESSO PENAL

Observada a importância da jurisprudência na autocontenção da atividade normativa criativa dos magistrados, é preciso distingui-la dos precedentes, os quais também devem ser usados com essa mesma finalidade.

19. “The gravitation force of a precedent may be explained by appeal, not a wisdom of enforcing enactments, but of fairness of treating like case alike” (tradução livre).

Em primeiro lugar, jurisprudência “consubstancia-se na atividade de interpretação da lei desempenhada pelas cortes para solução de casos, cuja múltipla reiteração gera a uniformidade capaz de servir de parâmetro de controle, não gozando de autoridade formalmente vinculante” (MITIDIERO, 2016, p. 102).

Desse modo, jurisprudência é o conjunto de acórdãos proferidos pelos tribunais, pacificando o entendimento da respectiva Corte sobre determinado assunto. Embora a fonte primária do Direito seja o ordenamento jurídico,²⁰ como “a legislação não pode prever todas as hipóteses fáticas a serem solucionadas, precisando ser complementada pela jurisprudência a partir da interpretação” (ABBOUD, 2012, p. 499), a jurisprudência integra e concretiza a própria legislação.

Nessa linha, súmulas de jurisprudências dos tribunais constituem um “método de trabalho” (MITIDIERO, 2016, p. 103), isto é, uma organização sistematizada de reiterados julgados uniformes, de modo a facilitar sua pesquisa, compreensão e divulgação, sem apresentar, a princípio, qualquer força vinculante.

Súmulas, portanto, são extratos, ou melhor, enunciados simplificados, resumidos e objetivos. Contudo, assim como a jurisprudência, é possível que os precedentes sejam organizados por meio de súmulas.²¹

Entretanto, diferentemente da jurisprudência, precedente não é um conjunto de decisões reiteradas e uniformes sobre o mesmo assunto, mas a decisão judicial com “potencialidade de se firmar como paradigma para a orientação dos jurisdicionados e dos magistrados” (MARINONI, 2019, p. 154).

Ademais, “se todo precedente ressaí de uma decisão, nem toda decisão constitui precedente” (MITIDIERO, 2016, p. 215), ou seja, o precedente pode surgir de apenas uma decisão, não sendo necessário, ao contrário da jurisprudência, que haja um conjunto reiterado de decisões uniformes.

20 . Art. 4º do Decreto-lei 4.657/1942 (com a redação da Lei 12.376/2010 – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro). Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. Daí Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2019, p. 40) entenderem que: “[...] embora não goze do mesmo status de fonte primária do Direito, a jurisprudência das Cortes de Justiça (dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais) – mormente a jurisprudência uniforme – serve como indicativo de como o Poder Judiciário resolve determinados casos levados para a sua apreciação. É uma fonte secundária do Direito”.

21 . Abordando a redação confusa do artigo 926, § 2º, do CPC, Mitidiero (2016, p. 109) explica que “o legislador deveria ter dito que os precedentes – enunciados ou não em súmulas, vinculantes ou não, obrigam juízes e tribunais. Rigorosamente não são as súmulas que obrigam, mas os precedentes subjacentes”. “Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. § 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante. § 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.”

Precedente é, ainda, aquela decisão judicial especial, a qual foi tomada pela maioria de um colegiado do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça.²²

Logo, uma decisão monocrática, mesmo de um Ministro, não é apta a produzir precedente, embora não haja necessidade de este ser constituído por decisão do plenário, muito menos unânime, conforme Marinoni (2019, p. 314):

“[...] os precedentes do Superior tribunal de Justiça, para adquirirem eficácia vertical obrigatória, obviamente não necessitam ser discutidos mediante embargos de divergência. Os precedentes das Turmas têm eficácia vertical obrigatória ou vinculante, embora não tenham igual eficácia no sentido horizontal. Uma Turma não está obrigada a respeitar precedente firmado pela outra.”

É importante frisar que, para constituir um precedente, “é preciso que a decisão enfrente todos os principais argumentos relacionados à questão de direito posta na moldura do caso concreto” (MARINONI, 2019, p. 154). Sendo assim, precedente será a decisão do colegiado do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça que, em primeiro lugar, analisou ou definiu determinada questão de direito, e não matéria de fato.²³

Vale destacar que os precedentes “são razões generalizáveis que podem ser identificadas a partir de decisões judiciais” (MITIDIERO, 2016, p. 96), razão pela qual “a parte da decisão que realmente vincula é a *ratio decidendi*” (WAMBIER, 2012, p. 43), a qual constitui o raciocínio que levou a Corte à conclusão, equivalendo a uma regra.²⁴

22 . Para Mitidiero (2016, p. 96): “Apenas o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça formam precedentes. Os Tribunais Regionais Federais e os Tribunais de Justiça dão lugar à jurisprudência. As súmulas podem colaborar tanto na interpretação como na aplicação do direito para as Cortes Supremas e para as Cortes de Justiça – e, portanto, podem emanar de quaisquer dessas Cortes”.

23 . Na verdade, como explica Kelsen (2015, p. 278): “[...] um tribunal, especialmente um tribunal de última instância, pode receber competência para criar, através de sua decisão, não só uma norma individual, apenas vinculante para o caso sub judice, mas também normas gerais. Isto é assim quando a decisão judicial cria o chamado precedente judicial, quer dizer: quando a decisão judicial do caso concreto é vinculante para a decisão de casos idênticos. [...] No primeiro caso, o tribunal cria, com a sua decisão dotada de força de precedente, o Direito material novo; no segundo caso, a interpretação contida na decisão assume o caráter de norma geral. Em ambos os casos, o tribunal que cria o precedente funciona como legislador, talqualmente o órgão a que a Constituição confere poder para legislar. A decisão judicial de um caso concreto é vinculante para a decisão de casos idênticos pelo fato de a norma individual que ela representa ser generalizada. Esta generalização, quer dizer, a formulação da norma geral, pode ser realizada pelo próprio tribunal que cria o precedente, mas também pode ser deixada aos outros tribunais que se encontram vinculados pelo precedente”.

24 . Pelo critério qualitativo da diferenciação da estrutura normativa, aqui adotado, regras são normas que obrigam, proíbem ou permitem algo por meio de mandamentos definitivos e apresentam um conteúdo de ordens sobre o que deve ser feito do ponto de vista fático e jurídico. Ademais, regras são sempre satisfeitas ou não. Se uma regra vale, deve ser feito exatamente aquilo que

Nessa perspectiva, os precedentes se relacionam com os casos dos quais decorrem. É imprescindível a contextualização tanto do precedente como do fato em voga, pois respeitar um precedente significa “respeito à ratio decidendi, isto é, às razões necessárias e suficientes constantes da decisão judicial ofertadas pelas Cortes Supremas para solução de determinada questão de um caso” (MITIDIERO, 2016, p. 97).

Dessarte, “o precedente fornece uma regra universalizável que pode ser aplicada como critério de decisão ao caso subsequente em função da identidade ou da similitude entre os fatos do primeiro caso e os do segundo” (KIRCHER, 2018, p. 108).²⁵

O recurso a um precedente, como razão de decidir, requer uma fundamentação que destrinche tanto o fato que gerou o precedente quanto aquele em que o precedente está sendo usado como paradigma,²⁶ o que leva Panutto (2017, p. 130) a pontuar que:

“[...] o uso do precedente somente é possível após o juiz promover verdadeira problematização a fim de determinar como sua incidência será feita caso a caso, de modo a que sua aplicação não se dá de forma automática/silogística como pretende a legislação e a súmula vinculante.”

Outrossim, o artigo 927 do CPC trata dos precedentes obrigatórios, os quais devem ser compulsoriamente observados pelos juízes e tribunais.²⁷ Contudo, ainda há os

ela exige, pois contém as determinações do que é fática e juridicamente possível. Daí Dworkin (1978, p. 24) explicar que: “[...] as regras são aplicáveis do modo tudo ou nada. Se ocorrem os fatos estipulados pela regra, então ou a regra é válida, e nesse caso a resposta prevista deve ser aceita, ou a regra não é válida, e não contribui em nada para a decisão”. Tradução livre de: “Rules are applicable in an all-or-nothing fashion. If the facts a rule stipulates are given, then either the rule is valid, in which case the answer it supplies must be accepted, or it is not, in which case it contributes nothing to the decision”.

25 . Do outro lado da moeda, para que haja o descumprimento de um precedente, o magistrado precisa cumprir um dever de fundamentação reforçado, na medida em que, além da fundamentação normal, ainda se faz necessária uma fundamentação comparativa com o precedente, de modo a mostrar a razão pela qual ele não foi obedecido ou deve ser superado. É imprescindível que a decisão judicial nova, que desafia um precedente, analise não apenas a questão de fato e de direito posta em debate, mas também a diferença de tratamento de uma ou de outra face ao precedente. É preciso ficar claro, portanto, o porquê de o precedente estar sendo desconsiderado, esmiuçando-se as diferenças entre os contextos fáticos e o consequente tratamento jurídico.

26 . Inclusive, o artigo 489, V, do CPC deixa claro que a fundamentação da sentença judicial não pode se resumir a invocar um precedente, sem contextualizá-lo ao caso em julgamento.

“Art. 489. São elementos essenciais da sentença: [...] V – se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos.”

27 . De acordo com Fux (2019, p. 10): “A jurisprudência, anteriormente entendida como fonte de ilustração, passa, com a vigência do Novo Código de Processo Civil, a ter força vinculante, conforme dispõe o seu art. 927 [...]”. Na mesma linha, Dinamarco e Lopes (2019, p. 44): “Somente integram as fontes do direito os precedentes, decisões e linhas jurisprudenciais indicados na lei,

precedentes persuasivos, cuja natureza “deriva da própria estrutura lógica do sistema de produção de decisões judiciais, ao exigir respeito do órgão que proferiu a decisão ou do órgão inferior diante das suas próprias decisões e dos tribunais que lhe são superiores” (MARINONI, 2019, p. 91).

Mesmo em hipóteses de incidência não descritas no artigo 927 do CPC, ainda é possível que juízes e tribunais sejam obrigados a seguir precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Tal norma, que obriga verticalmente o sistema judiciário a acompanhar os precedentes persuasivos, decorre da interpretação dos incisos IV, V e VI do § 1º do artigo 489 do CPC, combinada com o artigo 105, III, c, da CF.²⁸

Ora, se uma das partes embasa uma questão de direito em um precedente do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, e se houver coincidência entre os contextos fáticos do caso que gerou o precedente e do ora posto em exame, o magistrado também estará obrigado a segui-lo.

Isso porque o artigo 105, III, c, da Constituição diz que cabe ao Superior Tribunal de Justiça julgar, em recurso especial, decisão recorrida que “der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal”.

Alerta Marinoni (2019, p. 312) que:

“[...] se o pressuposto da divergência de interpretação é requisito de admissibilidade do julgamento do Superior Tribunal de Justiça, o único sentido da norma constitucional é o de que, após a decisão da Corte afirmando a interpretação cabível, todos os tribunais inferiores estão a ela vinculados.”

Se cabe ao Superior Tribunal de Justiça a uniformização da jurisprudência quanto à interpretação de lei federal, ficam juízes e tribunais proibidos de dar interpretações diferentes a um precedente, a fim de que o Poder Judiciário não produza normas distintas para casos semelhantes e, assim, viole a isonomia e, conseqüentemente, a segurança jurídica daqueles que esperam univocidade na aplicação da lei penal.

especialmente no art. 927 do Código de Processo Civil, os quais, pelo maior peso sistemático de que são dotados, diferenciam-se dos demais e ganham essa eficácia de se projetarem em julgamentos futuros”.

28. “Art. 489. São elementos essenciais da sentença: § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: [...] IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V – se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.”

“Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: [...] III – julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: [...] c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.”

Marinoni (2019, p. 91) ainda explica que:

“O precedente, quando persuasivo, constitui um argumento da parte e, por isso mesmo, não pode ser adotado ou rejeitado sem a devida fundamentação. Aliás, a descon sideração de um precedente é tão grave quanto o descaso em relação à prova, devendo gerar a nulidade da decisão.”

Logo, a única alternativa para um juiz ou tribunal descumprir um precedente persuasivo citado por uma das partes em suas alegações será por meio do *distinguishing*, o qual “revela a demonstração entre as diferenças fáticas entre os casos ou a demonstração de que a ratio do precedente não se amolda ao caso sob julgamento, uma vez que os fatos de um e outro são diversos” (MARINONI, 2019, p. 228).

O *distinguishing*, previsto no artigo 489, VI, do CPC,²⁹ como declaração de que a razão de decidir do precedente não será adotada em outros casos, deve ser devidamente justificado pelo juiz ou tribunal, gerando ao magistrado um ônus de fundamentação reforçado no descumprimento da orientação do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça.

Em suma, embora o artigo 927 do CPC trate de situações especiais em que magistrados devem obrigatoriamente seguir determinadas decisões judiciais, a constituição e a vinculação do sistema judiciário a um precedente não dependem necessariamente de uma previsão legal específica.

De acordo com Mitidiero (2016, p. 99):

“Isso quer dizer que a vinculação ao precedente não existe apenas nos casos em que determinada regra de direito positivo reconhece a eficácia normativa geral às razões que se encontram à base de certas decisões judiciais – como ocorre com o art. 927 do CPC. O precedente, uma vez formado, integra a ordem jurídica como fonte primária do Direito e deve ser levado em consideração no momento de identificação da norma aplicável a determinado caso concreto.”

O precedente constitui fonte primária do Direito e a “fidelidade ao precedente é o meio pelo qual a ordem jurídica ganha unidade, tornando-se um ambiente seguro, livre e isonômico” (MITIDIERO, 2016, p. 100). O juiz que se recusa a aplicar um precedente, ainda que persuasivo, está, na verdade, se negando a aplicar o próprio ordenamento jurídico, pois:

29 . “Art. 489. São elementos essenciais da sentença: § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: [...] VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento” (grifamos).

“[...] parte integrante do ordenamento jurídico, o precedente deve ser levado em consideração como parâmetro necessário para aferição da igualdade de todos perante a ordem jurídica, para conformação do espaço de liberdade de cada um e para a densificação da segurança jurídica” (MITIDIERO, 2016, p. 100).

3.1. *Aplicação do sistema de precedentes do Código de Processo Civil ao Código de Processo Penal*

O Código de Processo Penal não regulamenta um sistema de precedentes vinculantes, apesar de o Código de Processo Civil instituir, de modo formal, regras sobre essa questão.

Não obstante não haver referência expressa no Código de Processo Civil à sua influência sobre o processo penal (o art. 15 do CPC menciona apenas o processo eleitoral, trabalhista e administrativo),³⁰ o próprio Código de Processo Penal, em seu artigo 3º,³¹ foi expresso em reconhecer a possibilidade de interpretação extensiva, aplicação analógica e suplemento dos princípios gerais de direito.³²

O Código de Processo Civil é um importante vetor de interpretação atualizada do Código de Processo Penal,³³ tendo em vista não apenas o fato de ter sido promulgado após a Constituição Federal de 1988, mas principalmente por ter incorporado a noção de supremacia das normas constitucionais sobre todo o ordenamento jurídico, bem como a importância da eficiência do Poder Judiciário.³⁴

São muitas as peculiaridades individuais envolvendo processo civil e processo penal. Todavia, embora sejam diferentes, não podem divergir naquilo que representa o núcleo comum a ambos, o que se refere justamente aos efeitos diretos e indiretos do fenômeno da

30 . “Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.”

31 . “Art. 3º A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito.”

32 . Conforme Zaneti Jr. (2016a, p. 461): “Aplicação subsidiária, supletiva e residual não são sinônimas. Aplicação subsidiária significa a integração da legislação subsidiária na legislação principal, de modo a preencher os claros e as lacunas da lei principal [...] Aplicação supletiva ou complementar ocorre quando uma lei complementa a outra, dando-lhe um sentido geral. [...] Há, por fim, a aplicação residual, será residual a aplicação do CPC quanto ao respeito à lógica e princípios próprios dos demais sistemas”.

33 . De acordo com Gabriel (2017, p. 65), “o advento do CPC/2015 atrai a invocação do ‘diálogo das fontes’, permitindo que diversos de seus dispositivos tenham seu campo de aplicação espalhado para outros ramos processuais”.

34 . O novo Código de Processo Penal, diante de seu perfil vanguardista, pode e deve ser aplicado também ao processo penal, o que não significa que sempre que houver uma lacuna normativa no Código de Processo Penal possa se recorrer ao Código de Processo Civil. Na verdade, “a aplicação do CPC ao processo penal será sempre residual. Como forma de controle da adequação, a regra da residualidade é negativa, não se aplica o CPC se o CPP e os princípios e a lógica própria do direito penal e do processo penal não permitirem” (ZANETI JR., 2016a, p. 461-462).

filtragem das normas constitucionais e a respectiva prevalência dos direitos fundamentais sobre as normas infraconstitucionais.³⁵

Não há razão lógica para estimular a aplicabilidade do sistema de precedentes apenas no processo civil, mas negá-lo no processo penal, se, logo neste último, observa-se maior necessidade de enfatizar a importância de decisões judiciais uniformes, diante da aplicação isonômica do *jus puniendi*.³⁶

Como visto anteriormente, a regra do *stare decisis* não decorre propriamente dos artigos 926 e 927 do CPC e, por essa razão, não deve estar restrita ao processo civil. Mais do que isso, “a regra do *stare decisis* constitui uma norma que densifica a segurança jurídica e promove a liberdade e a igualdade em uma ordem jurídica que se serve de uma perspectiva lógico-argumentativa da interpretação” (MITIDIERO, 2016, p. 95).

Outrossim, a valorização do sistema de precedentes visa a um objetivo comum tanto ao processo civil quanto ao processo penal: a promoção da sua eficiência. É claro que, caso fosse concedido um valor exagerado à eficiência, “nada importaria senão tornar mais efetivo o processo, e nenhum preço seria excessivo para garantir o acesso a tal meta” (BARBOSA MOREIRA, 1995, p. 200).

Entretanto, não se deve entender a eficiência como um princípio colidente com outros que se apresentam como direitos fundamentais (ampla defesa, contraditório etc.). Não há como optar entre ser ou não eficiente, pois tal postulado importa no dever de interpretação do modo pelo qual as normas (regras ou princípios) em conflito são aplicadas.³⁷

35 . Não se trata de defender aqui um ramo autônomo do processo, mas sim uma estrutura única a todas as subdivisões, da qual nenhuma pode se esquivar de cumprir por se dizer supostamente especial.

Por essa razão, “a condensação metodológica e sistemática dos princípios constitucionais do processo toma o nome de direito processual constitucional” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2014, p. 79).

36 . De acordo com Tucci (2011, p. 126): “[...] a igualdade repousa na identidade de situação jurídica em que todas elas se postam. Assim também que proporcional deve ser a verdadeira igualdade. Tem de se considerar as diversidades existentes entre os homens, posto que o tratamento igual a pessoas que se encontrem em situações diferentes constituiria autêntica iniquidade”.

37 . Para Ávila (2005, p. 9): “Os postulados, de um lado, não impõem a promoção de um fim, mas, em vez disso, estruturam a aplicação do dever de promover um fim; de outro, não prescrevem indiretamente comportamentos, mas modos de raciocínio e de argumentação relativamente a normas que indiretamente prescrevem comportamentos. Rigorosamente, portanto, não se podem confundir princípios com postulados”.

A eficiência não entra em conflito nem se choca com outras regras ou princípios. Sua aplicação não ocorre no modelo tudo ou nada, como as regras. Ela também não precisa ser otimizada ou desvalorizada por ter peso superior ou inferior em oposição a outro princípio que seja menos ou mais importante na análise das condições fáticas e jurídicas concretas.

Definida a eficiência como postulado, e não princípio, sua aplicação não colide com os direitos fundamentais, justamente porque a eficiência não é um princípio que se opõe aos direitos fundamentais,

Toda norma deve ser interpretada da forma mais eficiente possível, a fim de atingir seu real alcance e significado. Qualquer regra ou princípio, quando incidir na regulação de um caso concreto, deve ser enquadrado da maneira mais eficiente, isto é, atribuindo ao máximo o valor que estiver inserido naquela respectiva norma.³⁸

A constitucionalização do Direito e a efetividade de suas normas não importam apenas na normatização das regras e princípios, ainda que previstos na Carta Magna. É importante que, além de serem aplicados como normas efetivas do sistema jurídico, seja levada em consideração a forma mais eficiente possível para o respectivo comando.

A eficiência deve orientar a atividade do aplicador do Direito, fazendo com que ele extraia de cada dispositivo legal e, conseqüentemente, de cada norma a interpretação que mais promover sua própria efetividade. É preciso, pois, enxergar a eficiência como um valor coerente com o respeito aos direitos fundamentais,³⁹ pois podem conviver conjuntamente.

Eficiência e garantismo devem ser interpretados um pelo outro, de maneira recíproca, com os conceitos interferindo-se mutuamente na busca de concepções que os considerem como definições do alcance e conteúdo de cada um.⁴⁰

mas sim um postulado que indica como os direitos fundamentais, que eventualmente colidem entre si, devem ser aplicados em cada caso concreto.

- 38 . De acordo com Ávila (2004, p. 22): “Normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado”.

Para Sarmento e Souza Neto: (2017, p. 391-392) “[...] os valores constitucionais não são normas jurídicas – embora penetrem profundamente em algumas normas constitucionais [...]. Ao serem inseridos nas constituições, expressa ou implicitamente, eles se convertem em princípios ou em regras, de acordo com as características que venham a assumir, saindo do plano puramente axiológico para incorporarem-se à esfera deontológica”.

Igualmente para Pereira (2006, p. 11), ao declarar que a inserção dos valores no ordenamento jurídico “relaciona-se ao fato de serem tutelados por normas, não de serem normas”.

- 39 . Sánchez (2004, p. 65) reconhece que: “embora provavelmente aceite-se que a eficiência é elemento integrante da noção de justiça, também parece aceitável que apenas com o instrumento da eficiência não é possível um pleno cumprimento de todos os fins do Direito”. Em seguida, conclui que o “Direito Penal não pode se fundamentar apenas em considerações de eficiência”, bem como que “os direitos fundamentais apareceriam, assim, como limite intransponível das considerações de eficiência”.

- 40 . Nessa linha, ao negar a antinomia entre eficiência e garantismo, Grinover (1998, p. 206) assevera que: “[...] duas preocupações, aparentemente contraditórias, têm moldado o espírito das reformas mais recentes no processo penal brasileiro. De um lado, relacionada com a maior ênfase às garantias individuais, resultante da superação do modelo político autoritário instaurado no país a partir de 1964; de outro lado, a decorrente da necessidade de uma maior eficiência na repressão da criminalidade, organizada e violenta, cujos índices alarmantes intranquilizam a população e exigem pronta resposta por parte do Estado”.

Daí Fernandes (2008, p. 13) também declarar que “o direito ao procedimento processual penal é, em síntese, direito a um sistema de regras e princípios que permita a atuação eficaz dos órgãos

Doravante, a eficiência nada mais é do que a forma de interpretação de todo o ordenamento jurídico, inclusive do processo penal. A eficiência é uma norma constitucional de incidência na atividade jurisdicional, independentemente de sua esfera de atuação.

Não importa se o processo é civil ou penal, pois ambos precisam ser eficientes. A eficiência é a qualidade que deve estar presente na aplicação do ordenamento jurídico como um todo, não sendo uma característica exclusiva do processo civil.⁴¹

Daí a eficiência se caracterizar como “um conceito de justiça adequado e imputável aos juízes” (POSNER, 2010, p. 10), inclusive àqueles com competência criminal, uma vez que a aplicação eficiente do ordenamento jurídico também promove a potencialização das normas sobre direitos fundamentais.

Nesse sentido, a obediência a um sistema de precedentes no processo penal também se relaciona com o compromisso de gestão de um processo que deve ser, além de meio de entrega da prestação jurisdicional, uma forma de atingir essa responsabilidade de modo efetivo.

Isso significa uma preocupação com a eficiência do processo. Não basta qualquer processo, pois o direito não é de acesso a qualquer justiça. Também não importa apenas chegar ao resultado final. O meio pelo qual esse resultado foi perseguido e obtido também precisa ser adequado.

Essa necessária adequação do processo como meio de prestação da atividade jurisdicional corresponde, entre outras características, à busca, “em tempo razoável, [de] decisão de mérito justa e efetiva” (CPC, arts. 6º e 8º).⁴² Julgamentos anteriores sobre casos semelhantes não apenas contribuem como norte, mas também orientam o Poder Judiciário a uma coesão interpretativa sem perda desnecessária de tempo.

Havendo um precedente já firmado pelos tribunais, o magistrado, que não o segue, estaria atuando de forma ineficiente, na medida em que, por mais convicto que esteja do acerto de sua conduta, só promoverá atraso na entrega da prestação jurisdicional efetiva, uma vez que sua decisão será certamente revista.

Nesse sentido, Mitidiero (2016, p. 103-104) concluiu que:

“[...] o Novo Código, ao introduzir o conceito de precedentes e ressignificar os conceitos de jurisprudência e de súmulas, rigorosamente não está tratando de matéria

encarregados da persecução penal e que, ao mesmo tempo, assegure a plena efetivação das garantias do devido processo penal”.

41 . Aliás, a eficiência “repercuta sobre a atuação do Poder Judiciário em duas dimensões: a) Administração Judiciária e b) a gestão de um determinado processo”, seja cível ou penal (DIDIER JR., 2013, p. 434).

42 . “Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.”

atinente exclusivamente ao direito processual civil. Na verdade, está cuidando de conceitos ligados à teoria geral do direito, especificamente concernentes à teoria da norma – que por essa razão são transsetoriais, servindo a todo o ordenamento jurídico brasileiro. Vale dizer: os arts. 489, § 1º, V, 926 e 927, do CPC, são normas gerais que devem guiar a interpretação e aplicação do direito no Brasil como um todo.”

4. *HABEAS CORPUS* 598.051/SP COMO PRECEDENTE PROSPECTIVO

Em julgamento realizado no dia 02 de março de 2021, a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça decidiu que os agentes policiais, caso precisem entrar em uma residência para investigar a ocorrência de crime e não tenham mandado judicial, devem registrar a autorização do morador em vídeo e áudio como forma de não deixar dúvidas sobre seu consentimento. A permissão para o ingresso dos policiais no imóvel também deve ser averbada, sempre que possível.

Além do relator, Ministro Rogerio Schietti Cruz, votaram os Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Laurita Vaz e Sebastião Reis Júnior. Logo, a Turma, por unanimidade, concedeu habeas corpus, requerido pela Defensoria Pública de São Paulo, para anular prova obtida durante invasão policial não autorizada em uma casa e absolver um homem condenado por tráfico de drogas.

Conforme se depura dos autos, os policiais alegaram que tiveram autorização do morador para ingressar na casa, onde encontraram cerca de cem gramas de maconha. No entanto, o acusado afirmou que os agentes forçaram a entrada e que ele não teve como se opor.

Não havendo como os policiais presumirem que havia substância entorpecente no interior da residência, e sendo pouco crível que o próprio acusado, voluntariamente, ofertasse essa prova contra si próprio aos policiais, a Turma viu com pouca verossimilhança a afirmação de que o morador concordou livremente com o ingresso dos policiais.

A posição defendida pelo Ministro relator foi amparada, entre outras fontes, em precedente do Supremo Tribunal Federal, o qual, ao julgar o RE 603.616, decidiu que a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em razões concretas, devidamente justificadas posteriormente, que indiquem que dentro da casa ocorria situação de flagrante delito.

Nesse sentido, a 6ª Turma estabeleceu cinco teses centrais:

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 de natureza permanente, nem sempre autoriza a entrada sem mandado no domicílio onde supostamente se encontra a droga. Apenas será permitido o ingresso em 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 (ou a própria droga) 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 registrada em áudio/vídeo e preservada tal prova enquanto durar o processo.

5) A violação a essas regras e condições legais e constitucionais para o ingresso no domicílio alheio resulta na ilicitude das provas obtidas em virtude da medida, bem como das demais provas que dela decorrerem em relação de causalidade, sem prejuízo de eventual responsabilização penal dos agentes públicos que tenham realizado a diligência.

Com base em todo o exposto, pode-se dizer que essa decisão da 6.^a Turma do Superior Tribunal de Justiça constitui um novo precedente, o qual, embora não elencado no rol do artigo 927 do CPC, possui nítido efeito vinculante sobre o sistema judiciário.

Todos os juízes e tribunais de 2º grau deverão, obrigatoriamente, adotar a mesma regra de julgamento, considerando que o mero consentimento verbal do morador não é suficiente ao ingresso de policiais sem mandado judicial em sua residência, especialmente quando eventual crime em flagrante somente é descoberto após a entrada.

Ademais, o colegiado estabeleceu o prazo de um ano para o aparelhamento das polícias, o treinamento dos agentes e demais providências necessárias para evitar futuras situações de ilicitude que possam, entre outros efeitos, resultar em responsabilização administrativa, civil e penal dos policiais, além da anulação das provas colhidas nas investigações.

Há, portanto, uma modulação temporal prospectiva dos efeitos erga omnes da referida decisão judicial, a qual ocorre quando “julga-se o caso concreto com base no novo precedente que, afirma-se, será aplicado apenas aos casos que vierem a ocorrer depois da alteração” (ALVIM, 2021, p. 195).

Em outras palavras, o precedente vale, desde logo, ao caso em que foi constituído. Entretanto, sua eficácia vinculante a outros casos semelhantes fica suspensa até o transcurso de condição suspensiva, qual seja, o prazo de um ano.

Ora, se a ideia do precedente é conferir segurança jurídica e tratamento jurídico isonômico a fatos semelhantes, “sobrestar a produção dos efeitos do novo precedente até determinada data ou evento [...] pode ser recomendável quando o precedente altera regra utilizada há muito tempo, passando a exigir repentina mudança de atitude” (MARINONI, 2019, p. 357-358).

A Turma não quis surpreender todos os órgãos policiais, de todos os entes federativos do Brasil, que apenas obtinham o consentimento verbal do morador para a entrada na sua

residência. A Turma também não desejou causar espanto a juízes e tribunais brasileiros, que sempre se satisfizeram com esse consentimento verbal como meio suficiente de dispensa de um mandado judicial.

A cultura do ingresso na residência de morador, sem mandado judicial e amparada apenas em sua própria autorização, especialmente quando eventual crime somente passa a ser notado no interior do domicílio, é tão errada quanto é antiga, razão pela qual precisa ser mudada, mas com prazo para sua adaptação, sem ruptura brusca desse costume.

A norma que se extrai desse precedente inaugura, assim, nova era de valorização dos direitos fundamentais do acusado, principalmente da casa como asilo inviolável de sua intimidade e privacidade, bem como da igualdade, pois a proteção constitucional independe da riqueza ou pobreza do respectivo habitat.⁴³

5. CONCLUSÃO

Isso posto, a adoção, por determinado magistrado ou Tribunal, de postura contrária àquilo que o Superior Tribunal de Justiça ou o Supremo Tribunal Federal insistentemente determinam ou rechaçam atenta contra a própria eficiência do Poder Judiciário.

Decisões individualistas, que desafiam o sistema judicial e tendem a desmoralizar as Cortes superiores perante a sociedade, têm vida muito curta, pois, certamente, serão reformadas no futuro, de nada servindo a não ser a aumentar exponencialmente o número de recursos e causar uma exposição efêmera a seus protagonistas, a preço de muita insegurança jurídica à coletividade.

Um efetivo sistema de precedentes vinculantes, inclusive no processo penal, é importante para conter excessos ativistas, estimulando-se a interpretação e a aplicação uniforme e isonômica do ordenamento jurídico, bem como privilegiando-se a segurança jurídica, a previsibilidade das decisões judiciais e, consequentemente, a credibilidade do Poder Judiciário.

Nessa linha, o Habeas Corpus 598.051/SP, recentemente julgado pela 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, apesar de não elencado no rol do artigo 927 do CPC, constitui precedente que deve ser seguido obrigatoriamente pelos magistrados brasileiros, assim que ultrapassada a modulação temporal de sua eficácia.

43 . CF, art. 5º “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XI – a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial.”

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABBOUD, Georges. Precedente judicial versus jurisprudência dotada de efeito vinculante – A ineficácia e os equívocos das reformas legislativas na busca de uma cultura de precedentes. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). Direito jurisprudencial. São Paulo: RT, 2012.
- ALEXY, Robert. Principais elementos de uma teoria da dupla natureza do direito. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 253, p. 9-30, 2010.
- ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. 2. ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2014.
- ALVIM, Teresa Arruda. Modulação na alteração da jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes. 2. ed. São Paulo: RT, 2021.
- ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- ÁVILA, Humberto. Moralidade, razoabilidade e eficiência na atividade administrativa. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, n. 4, p. 1-25, out./dez. 2005.
- ÁVILA, Humberto. Teoria da segurança jurídica. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- BARAK, Aharon. Proportionality. Constitutional rights and their limitations. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Efetividade do Processo e técnica processual. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 20, n. 77, p. 168-173, jan.-mar. 1995.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Por um processo socialmente efetivo. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 27, n. 105, p. 181-190, jan.-mar. 2002.
- BARCELLOS, Ana Paula de. Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2010.
- CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual civil. São Paulo: Bookseller, 2009.
- CINTRA, Antonio Carlos; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- DAMAŠKA, Mirjan R. The faces of justice and state authority. A comparative approach to the legal process. New Haven: Yale University Press, 1986.
- DIDIER JR., Fredie. Apontamentos para a concretização do princípio da eficiência no processo. In: DIDIER JR., Fredie et al. (Coord.). *Novas tendências do processo civil. Estudos sobre o Projeto do Novo CPC*. Salvador: JusPodivm, 2013.
- DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. Teoria geral do novo processo civil. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

- DWORKIN, Ronald. Taking rights seriously. Cambridge: Harvard University Press, 1978.
- FERNANDES, Antonio Scarance. Reflexões sobre as noções de eficiência e de garantismo no processo penal. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de (coord.). Sigilo no processo penal. Eficiência e garantismo. São Paulo: RT, 2008.
- FUX, Luiz. Teoria geral do processo civil. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- GABRIEL, Anderson de Paiva. O contraditório participativo no processo penal. Uma análise da fase pré-processual à luz do Código de Processo Civil de 2015 e da Constituição. Rio de Janeiro: Gramma, 2017.
- GRAU, Eros Roberto. O direito posto e o direito pressuposto. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- GRIMM, Dieter. Constituição e política. Apresentação Inocêncio Mártires Coelho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. v. 3.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. O processo em evolução. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.
- KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2015.
- KIRCHER, Luís Felipe Schneider. Uma teoria dos precedentes vinculantes no processo penal. Salvador: JusPodivm, 2018.
- MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. 6. ed. São Paulo: RT, 2019.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Curso de processo civil. 4. ed. São Paulo: RT, 2019.
- MITIDIERO, Daniel. Precedentes: da persuasão à vinculação. São Paulo: RT, 2016.
- PANUTTO, Peter. Precedentes judiciais vinculantes. O sistema jurídico-processual brasileiro antes e depois do Código de Processo Civil de 2015 (Lei 13.105, de 16 de março de 2015). Florianópolis: Empório do Direito, 2017.
- PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos direitos. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- POSNER, Richard A. A economia da justiça. Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. Eficiência e direito penal. Barueri: Manole, 2004.
- SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: SARMENTO, Daniel (coord.). Filosofia e teoria constitucional contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Direito constitucional. Teoria, história e métodos de trabalho. 2. ed. Curitiba: Fórum, 2017.
- SCHAUER, Frederick. Is defeasibility an essential property of law? In: BELTRÁN, Jordi Ferrer; RATTI, Giovanni Battista (ed.). The logic of legal requirements. Essays on defeasibility. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 77-88.

- TUCCI, Rogério Lauria. Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro. 4. ed. São Paulo: RT, 2011.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e evolução do direito. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). Direito jurisprudencial. São Paulo: RT, 2012.
- ZANETI JR., Hermes. Aplicação supletiva, subsidiária e residual do CPC ao CPP. Precedentes Normativos formalmente vinculantes no processo penal e sua dupla função. Pro futuro in malam partem (matéria penal) e tempus regit actum (matéria processual penal). In: CABRAL, Antonio do Passo; PACHELLI, Eugênio; CRUZ, Rogério Schietti (Coord.). Processo penal. Salvador: JusPodivm, 2016a. p. 453-466. (Coleção Repercussões do Novo CPC, v. 13.)
- ZANETI JUNIOR, Hermes. O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016b.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- A autoridade dos precedentes judiciais e a unidade do direito: uma análise comparada Brasil-Alemanha (III), de Gisele Mazzoni Welsch – *RePro* 314/315-335; e
- Do cabimento da reclamação constitucional na dimensão da competência do STJ em face dos precedentes da Ação Penal 937 do STF, de Thiago Murilo Nóbrega Galvão e Rocco Antonio Rangel Rosso Nelson – *RT* 1015/61-77.

PARECER — BUSCA E APREENSÃO SEM MANDADO E BUSCA E APREENSÃO INCIDENTE À EXECUÇÃO DE UM MANDADO DE PRISÃO

WARRANTLESS SEARCH AND SEIZURE AND SEARCH INCIDENT TO AN ARREST

DANILO KNIJNIK

Doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Mestre pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Diretor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (2012-2020). Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Advogado.

Lattes: [<http://lattes.cnpq.br/2458040210353272>].

ORCID: [<https://orcid.org/0000-0001-9659-0268>].

danilo@knk.adv.br

ÁREAS DO DIREITO: Processual; Penal

RESUMO: Este parecer analisa a legalidade de uma busca e apreensão sem mandado, incidental a uma suposta situação de flagrância, no curso do cumprimento de mandado de busca e apreensão destinado a local diverso, não obstante o flagrante já se encontrar sob custódia policial, horas antes da diligência. O parecer verifica a conformidade do ingresso em domicílio sem mandado com precedentes do Supremo Tribunal Federal, da Suprema Corte dos Estados Unidos da América e com históricos julgados da *common law*, distinguindo: (i) apreensões sem mandado; (ii) prisões incidentais a buscas e (iii) buscas incidentais a prisões. Considerando que os objetos apreendidos não estavam no imóvel indicado no mandado, e que a busca não poderia ser considerada, sob a perspectiva constitucional, incidental à prisão em flagrante, o parecer conclui pela ilicitude da diligência.

ABSTRACT: This legal opinion analyses the legitimacy of a warrantless search and seizure as an incident to an arrest. Although the search warrant specified the premises where it was meant to be executed, police gained access to a different location, where contraband was eventually seized. Meanwhile, the purported arrestee was already under the custody of police. Even though the police had acted facially outside the scope of the warrant, the trial judge held that the search was incident to an arrest and, hence, the evidence was admissible. This legal opinion puts it into perspective precedents of the Supreme Court of Brazil, the Supreme Court of the United States and historical *common law* leading cases between 1660 and 1800, distinguishing (i) warrantless search, (ii) arrest incident to a search, (iii) search incident to an arrest. Considering that the seized objects were found in a dwelling facially outside the scope of the warrant, that police did not request a valid warrant to the issuant

PALAVRAS-CHAVE: Parecer – Busca e Apreensão sem Mandado – Causa Provável – Precedentes do Supremo Tribunal Federal: RE 603.616/RO (Repercussão Geral) e MS 23.642-6 (Pleno). Precedentes da Suprema Corte Americana: *Byars v U.S.*, 273 U.S. 28 (1927); *U.S. v. Di RE*, 332 U.S. 595 (1948), *Henry v. U.S.*, 391 U.S. 103 (1959). Precedentes Históricos: *Semayne v. Gresham*, de 1604 (5 Co. Rep., at 91b; 77 Eng. Rep., at 196) e *Entick v. Carrington*, de 1765 (5 Co. Rep. 91a. 194). Art. 5º, inciso XI da CF. *Busca incidente à prisão, Prisão incidente à Busca, Busca sem mandado.* Ilícitude da Prova.

magistrate, and that the search could not have been held incidental to an arrest, this legal opinion concludes that such evidence was illicit and, therefore, inadmissible in court.

KEYWORDS: Legal Opinion – Warrantless search and seizure – Probable cause – Precedents from the Brazilian Supreme Court: RE 603,616/RO (*Repercussão Geral*) and MS 23,642-6 (*Pleno*). Precedents from the United States Supreme Court: *Byars v U.S.*, 273 U.S. 28 (1927); *U.S. v. Di RE*, 332 U.S. 595 (1948), *Henry v. U.S.*, 391 U.S.103 (1959). Historical precedents: *Semayne v. Gresham*, de 1604 (5 Co. Rep., at 91b; 77 Eng. Rep., at 196) e *Entick v. Carrington*, de 1765 (5 Co. Rep. 91a. 194). Article 5, XI of the Brazilian Constitution. Search incident to an arrest. Arrest incident to a search. Warrantless Search. Illicit evidence.

SUMÁRIO: 1. Da consulta e dos quesitos. 2. Discussão e exame. 3. Do exame do caso concreto. 4. Resposta aos quesitos. 5. Referências bibliográficas. Legislação. Jurisprudência. Jurisprudência internacional.

1. DA CONSULTA E DOS QUESITOS

Consultam-me os ilustres Professores e causídicos Diogo Nicolau Pítsica e Maurício Natal Spillere sobre a licitude de busca e apreensão de determinados objetos (impresora Linx 7900, modelo 7900; e 25 peças plásticas, coletivamente “Objetos”), admitidos como prova em ação penal a que responde seu cliente (Senhor X).

Os elementos submetidos à consulta revelam que, em 25.04.2015, 07h15m, o Senhor X foi preso em cumprimento de um mandado de prisão preventiva. Em seguida, equipes policiais dividiram-se com determinados mandados de busca e apreensão para cumprimento cada qual em logradouros diversos e específicos. Incidentalmente, mercê de novas informações, o juízo competente foi instado a modificar o destino de alguns desses mandados, ensejando o ingresso em locais até então não previstos. A equipe incumbida do cumprimento do mandado destinado à Rua [...] nº x [...], contudo, decidiu, mercê de supostos novos indícios, cruzar a Rua [...] até a calçada oposta, ingressando, por conta própria e sem mandado, no prédio existente no nº y do mesmo logradouro, estranho ao mandado de que dispunha, onde os Objetos foram apreendidos.

Em função disso, no curso do feito, as defesas objetaram à introdução dos objetos como prova, haja vista a violação dos termos do mandado judicial disponível. O magistrado, porém, rejeitou a alegação, ao fundamento de que “não há necessidade de consentimento do morador/proprietário e até autorização judicial”, pois “a situação de flagrância se protraí no tempo”, de modo que, cuidando-se do art. 294 do Código Penal, seria “ilógico e contraproducente”, prossegue o *decisum*, “entender que os agentes [...] fossem agir no sentido de representar por um novo mandado de busca e apreensão para acessarem o galpão onde foram localizadas impressoras [...] e demais petrechos”, donde “não há nulidade, ilicitude, ilegalidade na prova”.

Na consulta que nos foi trazida a exame, os consulentes esclarecem que: (i) “não houve autorização de ingresso pelo Senhor X” e que (ii) “a porta estava trancada” quando do ingresso, havendo notícia de arrombamento. Os consulentes também esclarecem que esparsas referências sobre uma suposta permissão de ingresso ao local por parte de terceiros acham-se prejudicadas, pois o Auto de Arrecadação e Apreensão contém apenas as assinaturas das próprias autoridades, não havendo registro documental ou mesmo formal no sentido de efetiva autorização, *in verbis*:

“Não há, portanto, qualquer registro formal e demonstração acerca de que o ingresso tenha sido consentido por quem podia consentir, nem há registro preciso de que um terceiro legitimado a fazê-lo tenha, por hipótese, expedido tal consentimento, visto que nada a respeito foi formalizado nos autos; e o auto de apresentação e arrecadação é subscrito exclusivamente pelas autoridades”.

Assentadas tais premissas, indagam os consulentes:

“Considerando que o Senhor X, a quem foi atribuído o flagrante, estava preso preventivamente desde as 07:15 e em local diverso, haveria justificativa para busca e apreensão incidental à situação de flagrância as 12:00 horas do mesmo dia?

É legítimo a autoridade policial proceder a extensão do cumprimento do mandado em endereço diverso do especificado?

Diante das respostas acima, foi lícita a busca e apreensão de elementos apreendidos no dia [...] no imóvel situado no endereço da Rua [...] n° y?”.

Interpostas apelações, os autos subiram ao Tribunal Regional Federal da 4ª Região, perante o qual ora se encontram, sob a relatoria da eminente Desembargadora Federal Salise Monteiro Sanchotene.

2. DISCUSSÃO E EXAME

Respeitosamente, parece-nos configurada a ilicitude probatória.

Partindo das informações prestadas pelos consulentes e à vista da sentença, é incontroverso que, em investigação versando sobre os delitos do art. 293 e 294 do CP, foram requeridas e deferidas diligências de busca e apreensão para cumprimento, dentre outros alvos, junto ao imóvel existente na Rua [...] nº x. Os executores da medida, contudo, conscientemente, desviaram-se do mandado de que dispunham, apreendendo os objetos em prédio localizado do outro lado da rua, existente no nº y.

A sentença concluiu, no ponto, que, tratando-se de investigação sobre o art. 294 do CP, o próprio mandado seria dispensável para realizar a busca e apreensão, pois aplicável a excepcionalidade do art. 5º, inciso XI da Constituição Federal.

Data venia, tal dispositivo, a nosso juízo, não se aplica à hipótese em análise.

Como se sabe, historicamente, buscas e apreensões domiciliares nascem como ofícios privados. Ab initio, guildas e titulares de privilégios de invenção, imprensa e fabricação tinham assegurado em suas cartas-patentes faculdades de ingresso em casas e locais de trabalho alheios, para verificar contrafações a seus direitos, conforme relatos da doutrina medieval, representada, v.g., por Ranulf de Granville (1188) e Henry de Bracton (1258).

Além das cartas-patentes, o mundo medieval também conhecia o costume do “hue and cry”¹, consistente na perseguição ruidosa de suspeitos, facultando invadir domicílios em série, até encontrar o objeto ou a pessoa perseguida. Integrava ainda esse quadro difuso inicial o chamado e odioso *writ of assistance*, verdadeiros mandados abertos e vagos, pelos quais agentes da coroa inglesa eram empoderados a ingressar em locais indeterminados para também apreender pessoas ou coisas indeterminadas².

Imemoriais precedentes ingleses, no entanto, prenunciavam que a regularidade de uma busca e apreensão, a despeito da modalidade empregada, deveria ser conferida de acordo com os pressupostos em vigor ao tempo de sua realização, e jamais à vista de seus resultados.

Em 1604, *Semayne v. Gresham*³ definiu que o cumprimento de mandado em residência só poderia ocorrer “depois de pedida e negada” a admissão. Assim, “o xerife pode abrir a porta”, mas “apenas depois de ter feito a solicitação”⁴. Em 1765, o *writ of assistance*

1. Para esse panorama medieval e sobre a prática do *hue and cry*: CUDIHY, William J. *The fourth amendment: origins and original meaning*, 602–1791. New York: Oxford University Press, 2009. p.110.
2. CUDIHY, William J. *The Fourth Amendment: Origins and Original Meaning*, 602–1791, New York: Oxford University Press, 2009. p. 388.
3. *Semayne v. Gresham*, 5 Co. Rep. 91a. 194 (1604).
4. A doutrina medieval construiu toda uma discussão a partir disso. Assim, “quando os oficiais já estão dentro da casa, eles podem arrombar qualquer porta interna ou baús, para executar o *writ*”. Nesse sentido: *Foster* 320. *Lee v. Gunsell*, Cowp. 1. S.C. Loft. 374; *Astley v. Pinder*, Cowp. 7; *Ratcliffe v. Burten*, 3 Bos & Pull, 223. Da mesma forma, “se a porta da rua está aberta, o agente pode entrar forçadamente, tanto por uma porta interna ou por uma janela”. Nesse sentido: *Lloyd v. Sandilands*, 8 Taunt. 250. SC 2 B. *Moore* 207. E o oficial não precisa demandar entrada nas portas internas, antes de arrombá-las. Nesse sentido: *Hutchinson v. Birch*, 4 Taunt. 619, 5 Co.

foi reprovado no célebre caso *Entick v. Carrington*⁵, sustentando a doutrina de então, Coke especialmente, que o ingresso sem causa provável e destino certo representaria uma violação ao art. 31 da Magna Charta.

Em 1791, sobreveio a 4ª emenda à Constituição Americana, *divortium acquirum* que não só substituiu os mandados gerais por mandados específicos, como instituiu, para sempre, a permanente sindicância e controle sobre a legalidade do ingresso em casa ou em seus equivalentes funcionais (escritórios, salas fechadas, quartos de hotéis etc.).

No Brasil, evidentemente, não temos fontes paralelas em período mais remoto, mas o art. 190 do Código de Processo Criminal de Primeira Instância de 1832 e o art. 10 da Lei 261 de 1841 já estabeleciam claramente que, “para a concessão de um mandado de busca, ou para sua expedição ex officio, nos casos em que este procedimento tem lugar, bastarão veementes indícios, ou fundada probabilidade da existência dos objetos, ou do criminoso no lugar da busca”⁶ e que “não se dará jamais um mandado de busca sem veementes indícios firmados com juramento da parte, ou de uma testemunha”.⁷ O art. 212 do Código Criminal Imperial de 1830, a sua vez, já consignava que só se poderia entrar na casa do indivíduo mediante “ordem escrita de quem determinou a entrada com expressa designação da diligência e do motivo dela”.⁸

Portanto, em resumo apertado, retroage a tempos imemoriais a noção de que a validade de uma diligência deve ser aferida à luz dos pressupostos vigorantes, precisamente, quando de seu início, não depois, sendo insuscetível de convalidação por força de seu desenvolvimento, progresso ou resultado. Ao menos, em pleno século XIX, a prática judiciária demonstra tal premissa cabalmente.

Em *Byars v. U.S.*,⁹ a Suprema Corte dos EUA assentou o seguinte entendimento:

Rep. 92b, at 197. Afirma-se que *Semayne* teria sido o julgado precursor da regra universalmente aceita de que, antes de invadir a casa de alguém, mesmo de posse de um mandado, é obrigatório anunciar-se antes de prorromper no recinto. Nesse sentido: *Wilson v. Arkansas*, 514 U.S. 927 (1995). Entre nós, o art. 245 do CPP determina que “os executores mostrarão e lerão o mandado ao morador ou a quem o represente, intimando-o, em seguida, a abrir a porta”; então, “em caso de desobediência, será arrombada a porta e forçada a entrada”.

5. *Entick v. Carrington*, SC. 19 How. St. Tri. 1030 (1765).
6. BRASIL. Lei 261, de 3 de dezembro de 1841. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim261.htm]. Acesso em: 22.02.2021.
7. BRASIL. Código de Processo Criminal de Primeira Instância, de 29 de novembro de 1832. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-29-11-1832.htm#:~:text=LEI%20DE%2029%20DE%20NOVEMBRO%20DE%201832.&text=Promulga%20o%20Codigo%20do%20Processo,da%20administra%C3%A7%C3%A3o%20da%20Justi%C3%A7a%20Civil.&text=4%-C2%BA%20Haver%C3%A1%20em%20cada%20Districto,de%20Justi%C3%A7a%20C%20que%20parecerem%20necessarios]. Acesso em: 22.02.2021.
8. BRASIL. Código Criminal do Império do Brasil, de 16 de dezembro de 1830. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm]. Acesso em: 22.02.2021.
9. *Byars v. U.S.*, 273 U.S. 28 (1927).

“[É] irrelevante que a busca tenha sido frutífera na revelação de provas de crime federal. Uma busca realizada com violação à Constituição não se torna legítima pelo que ela traz à luz; essa doutrina nunca foi reconhecida por este tribunal, nem poderia ser tolerado em nosso sistema constitucional que provas de crime descobertas por um agente ao realizar busca sem mandado legítimo possam ser usadas contra a vítima da busca”.¹⁰

Em *U.S. v. Di Re*,¹¹ afirmou que “uma busca e apreensão não se torna legal pelo que ela resulta; juridicamente, será boa ou ruim quando de seu começo; e sua natureza não se modificará conforme seus resultados”.¹²

Em *Henry v. U.S.*,¹³ decidiu que, “quando os policiais interromperam dois homens, e restringiram sua liberdade de movimento, a prisão, para os fins deste caso, estava completa”,¹⁴ de modo que:

“[É] necessário, então, se no momento ou antes eles possuíam justa causa para acreditar que um crime havia sido cometido. O fato de que, posteriormente, contrabando fora descoberto não é o bastante. Uma prisão não está justificada por subseqüentes descobertas em buscas”.¹⁵

Em *Johnson v. U.S.*,¹⁶ entendeu-se que, “considerando que o policial não tinha justa causa para prender o peticionário até o momento em que ele entrou no quarto de hotel e encontrou-o como seu único ocupante, a busca não pode ser mantida como incidental a uma prisão válida”,¹⁷ não se podendo “ao mesmo tempo justificar uma prisão por meio de uma busca e uma busca por meio de uma prisão”.¹⁸

10. *Ibid.*

11. *U.S. v. Di Re*, 332 U.S. 581 (1948).

12. *Ibid.*

13. *Henry v. U.S.*, 361 U.S. 98 (1959).

14. *Ibid.*

15. *Ibid.*

16. *Johnson v. U.S.*, 333 U.S. 10 (1948).

17. *Ibid.*

18. *Ibid.* O acórdão explica que “foram, portanto, com base nas observações dentro do quarto, depois de terem obtido admissão na sua condição de policiais, que eles fizeram a prisão. Então, o governo está obrigado a justificar a prisão com base na busca; e ao mesmo tempo justificar a busca com base na prisão. Isso não é possível. *Um policial obtendo acesso a um quarto particular sob sua condição de policiais e segundo a lei que ele personifica, deve ter uma base legal válida para essa intrusão*”. (g.n)

Ainda, na década de 1960, a Suprema Corte dos EUA estendeu essa metodologia a abordagens investigatórias em patrulhamento ostensivo, sobretudo nos seminais *Terry v. Ohio*¹⁹ e *Sibron v. New York*.²⁰

No Brasil, a história não se fez diferente. No MS 23.642-6, rel. Ministro Néri da Silveira, o Pleno da Suprema Corte consignou que a eventual autorização de perícia sobre frutos de uma diligência ilícita não a podem convalidar, demonstrando, portanto, que não os resultados – frutuosos ou não de uma diligência discutida – são inaptos a legitimar a própria busca:

“O fato da autorização judicial para a perícia dos equipamentos, oriunda de autoridade judiciária de primeiro grau, após a apreensão, sem mandado judicial, não legitima os resultados da perícia que se tenha realizado ou em curso. Mandado de Segurança que se defere para determinar a devolução dos bens e documentos apreendidos, declarando-se ineficaz eventual prova decorrente dessa apreensão com infração do art. 5.º, XI, da Lei Maior”.²¹

No RE 603.616/RO-RG, o STF assentou que o ingresso sem mandado em casa para efetuar prisão em flagrante igualmente não poderá ser avaliado à luz de seus resultados. A “proteção contra a busca arbitrária exige que a diligência seja avaliada com base no que se sabia antes de sua realização, não depois”, para que se tenha “a possibilidade de contestação de uma medida de busca e apreensão que deu resultados. Assegura-se à defesa a oportunidade de impugnar, em um processo contraditório, a existência e suficiência das razões para a medida”.²² A Corte prossegue:

“Ou seja, a validade da busca é testada com base no que se sabia antes de sua realização, não depois. A mudança cria espaço para formação de jurisprudência acerca dos limites da atuação policial, possibilitando o desenvolvimento e a concretização da garantia, a partir da avaliação jurisprudencial dos casos concretos”, registrando-se que “a tese é um avanço para a concretização da garantia”.²³

Este precedente é sucedido por vários julgados, v.g. REsp 1.574.681/RS, destacando a necessidade de “elementos objetivos, seguros e racionais” e “justificativas e de elementos seguros a legitimar a ação dos agentes públicos, diante da discricionariedade policial na

19. *Terry v. Ohio*, 392 U.S. 1 (1968).

20. *Sibron v. New York*, 392 U.S. 40 (1968).

21. STF, MS 23642, Relator(a): Néri da Silveira, Tribunal Pleno, j. 29.11.2000, DJ 09.03.2001.

22. STF, RE 603.616, Relator(a): Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 05.11.2015, Repercussão Geral - Mérito DJe-093, Divulg. 09.05.2016, p. 10.05.2016.

23. STF, RE 603.616, Relator(a): Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 05.11.2015, Repercussão Geral - Mérito DJe-093, Divulg. 09.05.2016, p. 10.05.2016.

identificação de situações suspeitas”.²⁴ Assim, “não se há admitir, portanto, que a mera constatação de situação de flagrância, posterior ao ingresso, justifique a medida”.²⁵ Isso porque, conforme prossegue o Ministro Schietti Cruz:

“[S]e o próprio juiz (um ‘terceiro neutro e desinteressado’) só pode determinar a busca e apreensão durante o dia, e mesmo assim mediante decisão devidamente fundamentada, após prévia análise dos requisitos autorizadores da medida, *não seria razoável conferir a um servidor da segurança pública total discricionariedade para, a partir de mera capacidade intuitiva, entrar de maneira forçada na residência de alguém e, então, verificar se nela há ou não alguma substância entorpecente*”.²⁶

3. DO EXAME DO CASO CONCRETO

In casu, como visto, tramitava inquérito policial sobre os arts. 293 e 294 do Código Penal. Às 07h15m de [...], Senhor X fora preso preventivamente e posto sob a custódia de autoridades policiais estaduais. Em paralelo, policiais saíram a campo, munidos de vários mandados de busca e apreensão, competindo a determinada equipe ingressar na Rua [...] nº x.

Em dado momento, mas certamente após 10h00m, teriam recebido a informação de que material de interesse probatório poderia ser encontrado em outro endereço, estranho ao mandado, mais exatamente em prédio existente na calçada oposta àquela indicada no mandado, ou seja, no nº y. Decidiram, ao contrário do que outra equipe fizera, ali ingressar sem mandado.

Suscitada a ilicitude, o magistrado mirou para o resultado da diligência, qual seja, a apreensão dos Objetos atinentes ao art. 294 do CP, delito permanente, de modo que, a seu ver, a apreensão teria sido incidental ao flagrante, atraindo a incidência do art. 5º, XI da CF.

Salvo melhor juízo, parece-nos inexata tal conclusão.

De início, a análise do caso não poderia partir do resultado da diligência, obliterando o momento analítico importante, que vem a ser o do ingresso, e nenhum outro. Impõe-se, então, retroceder para o exato instante em que a equipe, à míngua de mandado, abandonou o alvo nele apostado, atravessou a rua e penetrou no prédio existente em outro local, alterando por conta própria o objeto da diligência.

24. STJ, REsp 1.574.681/RS, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, j. 20.04.2017, DJe 30.05.2017.

25. *Ibid.*

26. STJ, REsp 1.574.681/RS, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, j. 20.04.2017, DJe 30.05.2017.

De saída, constatamos que tais agentes policiais não compareceram à Rua [...] em perseguição ao suposto flagrado Senhor X. Isso seria impossível. Mais cedo, 07h15m, tal cidadão fora preso em cumprimento a mandado de prisão preventiva, sendo posto sob a custódia de autoridades estaduais. Ele, portanto, não poderia ser flagrado na Rua [...] ou redondezas.

Ao mirar o resultado – a apreensão dos objetos – sem atentar para a natureza do ato, a sentença supôs incidente o art. 5º, inciso XI da CF. Dito preceito, contudo, não regula busca e apreensão, senão que prisão em flagrante. Dele, portanto, não decorre autorização para promover busca e apreensão sem mandado em investigações sobre crimes permanentes. Na verdade, o art. 5º, inciso XI da CF cuida da prisão em flagrante, em crimes permanentes ou não, e, deste modo, pode, quando muito, cobrir uma eventual apreensão incidental à prisão em flagrante, regulada pelo art. 244 do CPP.

Quer dizer, havendo situação de flagrante, a autoridade policial não necessita de mandado para ingressar em local protegido a fim de executar a prisão; e, aí estando, ou seja, aí ingressando legitimamente sem mandado, estará autorizada e inclusive deverá, incidentalmente, promover as apreensões que couberem. Esse é o retrato normativo do art. 5º, inciso XI da CF.

Feita tal observação, é incogitável que a apreensão questionada possa ser considerada incidental à prisão em flagrante de Senhor X, como se pretendeu colorir na espécie, inclusive com a respectiva lavratura do ato. Explica-se: a busca ocorreu e se exauriu antes do flagrante, não podendo ser um incidente deste. Isto porque o flagrado fora preso às 07h15m de [...]. No momento da busca, encontrava-se sob a custódia de autoridades estaduais. Entrementes, autoridades, executando o mandado de busca e apreensão de que dispunham, receberam informação de que logradouro diverso poderia conter elementos de interesse para a investigação. Em lugar de instar pela expedição de novo mandado – como, inclusive, determinada equipe observou – optaram tais agentes por ingressar em local diverso do indicado no mandado. Concluída a apreensão, então foram os policiais ao encontro do Senhor X; e, aí sendo, efetivaram sua prisão em flagrante, levando-o às dependências da Polícia Federal para lavratura.

Ora, no momento da mencionada prisão em flagrante – abstração feita, aqui, à sua legalidade²⁷ – a busca e apreensão já estava consumada e exaurida, enquanto ato realizado principaliter. Assim, tal busca e apreensão não poderia ser, ao mesmo tempo, um incidente da prisão em flagrante e causa deste. Como decidiu a Suprema Corte americana em *Johnson v. U.S.*,²⁸ de forma muito semelhante ao caso em exame, “considerando que o policial não tinha justa causa para prender o peticionário até o momento em que ele entrou no quarto de hotel e encontrou-o como seu único ocupante, a busca

27. É desnecessário analisar, para os fins de definir a licitude da prova, se o flagrante foi válido. Basta, na espécie, constatar que ele ocorreu após consumada a busca e apreensão, que, consequentemente, não poderia ser um incidente desta.

28. *Johnson v. U.S.*, 333 U.S. 10 (1948).

não pode ser mantida como incidental a uma prisão válida”, isto é, não pode “ao mesmo tempo justificar uma prisão por meio de uma busca e uma busca por meio de uma prisão”.²⁹

Verifica-se, assim, que a real natureza do que ocorreu consistiu numa busca e apreensão do art. 240 do CPP. Sendo tal a hipótese, os limites fixados pela autoridade judiciária eram de observância compulsória, sem qualquer margem de manobra por parte de seus executores. No ponto, equivocava-se a sentença ao sustentar ser dispensável novo mandado judicial para desviar-se daquele expedido. Pelo contrário, essa era exatamente a conduta exigível, pois, conforme decidido no MS nº 23.454, o Supremo Tribunal Federal assentou que “os limites objetivos e subjetivos da busca e apreensão hão de estar no ato que a determine”.³⁰

Nas palavras de Stefan Grawe, os executores de um mandado não podem desviar-se conscientemente de seus termos quando de seu cumprimento, mesmo que repute necessário fazê-lo. Segundo o tratadista alemão, “a formulação [da decisão judicial] deve garantir que permaneçam sem dúvida os objetivos, a amplitude e os limites da busca”, sendo que “a ordem de busca não é apenas a permissão para a realização da busca, mas é, ao mesmo tempo, o seu limite”, daí que “nenhuma formulação em branco será suficiente”.³¹ Portanto, ainda de acordo com Johnson, “como regra geral, a questão de saber quando o direito à privacidade deve dar lugar ao direito de busca e apreensão deve ser decidida por um agente judicial, não por policiais ou agentes governamentais”.³²

A propósito, em [...], poucos dias antes do ato questionado, a Suprema Corte analisou no HC 106.566 o surgimento de novas informações no curso do cumprimento de mandado de busca e apreensão no contexto de complexas relações corporativas ou societárias entre o alvo apontado e dependências formalmente separadas. Segundo o julgado, ainda que exista contexto de proximidade física (v.g., andares de um mesmo prédio), verificado no curso da execução a necessidade de ampliar a diligência, será compulsória a

29. *Ibid.* O acórdão explica que “foram, portanto, com base nas observações dentro do quarto, depois de terem obtido admissão na sua condição de policiais, que eles fizeram a prisão. Então, o governo está obrigado a justificar a prisão com base na busca; e ao mesmo tempo justificar a busca com base na prisão. Isso não é possível. *Um policial obtendo acesso a um quarto particular sob sua condição de policiais e segundo a lei que ele personifica, deve ter uma base legal válida para essa intrusão*”. (g.n)

30. STF, MS 23.454, Relator(a): Marco Aurélio, Tribunal Pleno, j. 19.08.1999, DJ 23.04.2004.

31. GRAWE, Stefan. *Die Strafprozessuale Zuffallsverwendung*. Tübingen: Mohr-Siebeck, 2008. p. 67-70. No original, “die formulierung muss sicherstellen, das über Ziel, Rahmen und Grenzen der Durchsuchung keine Zweifel verbleiben. ‚Die durchsuchungsanordnung stellt nicht nur die Erlaubnis für die Durchführung der Durchsuchung dar, sondern zugleich auch deren Begrenzung, insofern genügt keine blankettartige Formulierung’.

32. Johnson v. U.S., 333 U.S. 10 (1948).

expedição de novo mandado, não se autorizando espécie de autotutela policial baseada em pretenso estado de necessidade investigativo.³³ Confira-se:

“Habeas corpus. 2. Inviolabilidade de domicílio (art. 5º, IX, CF). Busca e apreensão em estabelecimento empresarial. Estabelecimentos empresariais estão sujeitos à proteção contra o ingresso não consentido. 3. Não verificação das hipóteses que dispensam o consentimento. 4. Mandado de busca e apreensão perfeitamente delimitado. Diligência estendida para endereço ulterior sem nova autorização judicial. Ilicitude do resultado da diligência. 5. Ordem concedida, para determinar a inutilização das provas”.³⁴

A ratio decidendi do julgado deixa claro que é inadmissível à autoridade policial desviar-se do assentado no mandado, devendo obter nova ordem, à vista de nova justa causa, cujo exame competirá ao magistrado:

“[D]urante a execução da busca, foram descobertos *elementos que levavam a crer que havia ligação do escritório do 28º andar com a sede do Banco Opportunity*. É certo, também, que a ligação do paciente ao Grupo Opportunity é fato conhecido – muito embora ele negue participar da administração do Banco Opportunity, que não seria parte do grupo. Esses elementos talvez servissem de justa causa a postular um novo mandado judicial – desta feita, *direcionado à sede do Banco Opportunity, no 3º andar. Incumbiria ao juiz competente avaliar a justa causa da medida e, se fosse o caso, ordenar a diligência*”.³⁵

Da mesma forma, no Habeas Corpus 91.610/BA, o STF decidiu que eventual equívoco quanto à própria natureza jurídica do local informado, em que uma busca e apreensão deva ser realizada, a despeito da exatidão física do logradouro fornecido (por exemplo, escritório profissional em um lugar de residência) não autoriza sua correção administrativa, reclamando prévia retificação junto à autoridade judicial responsável pela emissão do mandado:

“HABEAS CORPUS. BUSCA E APREENSÃO FUNDAMENTADA. VERIFICAÇÃO DE QUE NO LOCAL FUNCIONAVA ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA. NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO ESPECÍFICA. AUSÊNCIA DE COMUNICAÇÃO AO MAGISTRADO ANTES DA EXECUÇÃO DA MEDIDA. IMPOSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO EM SITUAÇÃO DISTINTA DAQUELA DETERMINADA NA ORDEM JUDICIAL. NULDADE DAS PROVAS COLHIDAS. ORDEM CONCEDIDA. 1. O sigilo profissional constitucionalmente determinado não exclui a possibilidade de cumprimento de

33. STF HC 106.566, Relator(a): Gilmar Mendes, Segunda Turma, j. 16.12.2014, DJe-053: Divulg. 18.03.2015, p. 19.03.2015.

34. STF HC 106.566, Relator(a): Gilmar Mendes, Segunda Turma, j. 16.12.2014, DJe-053: Divulg. 18.03.2015, p. 19.03.2015.

35. *Ibid.*

mandado de busca e apreensão em escritório de advocacia. O local de trabalho do advogado, desde que este seja investigado, pode ser alvo de busca e apreensão, observando-se os limites impostos pela autoridade judicial. 2. Tratando-se de local onde existem documentos que dizem respeito a outros sujeitos não investigados, é indispensável a especificação do âmbito de abrangência da medida, que não poderá ser executada sobre a esfera de direitos de não investigados. 3. *Equívoco quanto à indicação do escritório profissional do paciente, como seu endereço residencial, deve ser prontamente comunicado ao magistrado para adequação da ordem em relação às cautelas necessárias, sob pena de tornar nulas as provas oriundas da medida e todas as outras exclusivamente delas decorrentes.* 4. Ordem concedida para declarar a nulidade das provas oriundas da busca e apreensão no escritório de advocacia do paciente, devendo o material colhido ser desentranhado dos autos do INQ 544 em curso no STJ e devolvido ao paciente, sem que tais provas, bem assim quaisquer das informações oriundas da execução da medida, possam ser usadas em relação ao paciente ou a qualquer outro investigado, nesta ou em outra investigação”.³⁶

O voto condutor assinala que cabe ao magistrado, ex ante, apreciar – corrigindo ou ampliando – o mandado deferido, do que deriva a única conduta admissível à autoridade policial em campo, qual seja, reportar-se, previamente, ao juiz da causa. Assim,

“a Polícia Federal deveria *ter previamente se reportado à Ministra Relatora*, noticiando o fato, para que, dessa forma, pudesse a autoridade judiciária decidir pela manutenção ou não da diligência, com especificação daquilo que se deveria buscar, coisa que não foi feita, insistindo-se na prática do ato em local distinto daquele que desejava”.³⁷

Destarte, caso as autoridades policiais efetivamente julgassem necessário realizar busca e apreensão de natureza investigatória em outros logradouros, objetivando corpo de delito – do art. 294 do CP ou qualquer outro – deveriam “postular um novo mandado judicial”,³⁸ “reportando-se previamente” ao magistrado, sendo que incumbiria ao juiz competente avaliar a justa causa da medida e, se fosse o caso, ordenar a diligência.³⁹

A propósito, decidiu o TRF da 4ª Região, em caso envolvendo diligência que se estendeu por outros andares de um grupo econômico, apesar de o mandado indicar o andar em que a diligência deveria ocorrer:

36. STJ HC 91.610, Relator(a): Gilmar Mendes, Segunda Turma, j. 08.06.2010, DJe-200: Divulg. 21.10.2010, p. 22.10.2010.

37. STJ HC 91.610, Relator(a): Gilmar Mendes, Segunda Turma, j. 08.06.2010, DJe-200: Divulg. 21.10.2010, p. 22.10.2010.

38. STJ HC 106.566, Relator(a): Gilmar Mendes, Segunda Turma, j. 16.12.2014, DJe-053: Divulg. 18.03.2015, p. 19-03-2015.

39. STJ HC 91.610, Relator(a): Gilmar Mendes, Segunda Turma, j. 08.06.2010, DJe-200: Divulg. 21.10.2010, p. 22.10.2010.

“PENAL. PROCESSO PENAL. OPERAÇÃO LAVAJATO. RESTITUIÇÃO DE COISA APREENDIDA. EXCESSO NO CUMPRIMENTO DO MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO. RESTITUIÇÃO. 1. Às buscas domiciliares foi conferida proteção constitucional, que também se estende aos locais em que alguém exerce profissão ou atividade (artigo 5º, XI, da CF e artigo 246 do CPP). 2. A busca e apreensão é medida de natureza cautelar, excepcional, destinada a viabilizar a obtenção de dados probatórios e poderá ser determinada somente quando fundadas razões a autorizarem. 3. Os requisitos do mandado de busca e apreensão estão previstos na legislação processual, não se podendo acolher mandado genérico, franqueando amplo acesso a qualquer lugar. 4. Hipótese em que a operação policial extrapolou os limites do mandado, apreendendo bens em empresa distinta daquele objeto da constrição, situada em outro andar do mesmo prédio. 5. A dinâmica do cumprimento de ordens judiciais pode ensejar situações que a atuação da autoridade policial seja necessária e consequência lógica do cumprimento do mandado, devendo ser valorada a boa-fé no cumprimento da diligência. Todavia, quando há evidente atuação fora dos limites da autorização judicial, caberia novo pedido e deliberação específica. 6. Apelação provida para determinar a devolução dos itens apreendidos na sede da empresa requerente”.⁴⁰

A propósito, no caso *Marron v. U.S.*,⁴¹ a Suprema Corte americana distinguiu com precisão os fenômenos aqui envolvidos do ponto de vista analítico: prisão incidental à busca e apreensão e busca e apreensão incidental à prisão. Segundo esse interessante *decisum*, embora o mandado estabelecesse o objeto da apreensão:

“[O]s agentes, ao realizarem a busca e apreensão de um local onde bebidas intoxicantes estão sendo ilegalmente vendidas, podem *prender, sem mandado*, uma pessoa que, *na presença dos oficiais*, esteja envolvida numa conspiração para explorar tal local; e, ao mesmo tempo, podem, *incidentalmente à prisão*, apreender livros e papéis não descritos no mandado de busca e apreensão, encontrados no recinto e sob a posse imediata e controle da pessoa presa”.⁴²

Segundo o Tribunal, uma vez legalmente admitidos *in loco* por força do mandado de busca e apreensão, os agentes “tinham a prerrogativa de, sem mandado, promover, ao mesmo tempo, a busca do local a fim de encontrar e apreender as coisas empregadas na execução na empreitada criminoso”.⁴³

40. TRF4, ACR 5081686-38.2014.4.04.7000, Oitava Turma, Relator João Pedro Gebran Neto, juntado aos autos em 16.10.2015.

41. *Marron v. U.S.*, 275 U.S. 192 (1927).

42. *Marron v. U.S.*, 275 U.S. 192 (1927).

43. *Ibid.*

Marron destacou, pois, três fenômenos em sequência: (i) busca e apreensão com mandado; (ii) prisão incidental à busca e apreensão; (iii) nova busca, sem mandado, incidental à prisão.

In casu, deu-se que, no curso de uma busca e apreensão, teria sobrevivido causa provável em relação a outro local. Os policiais cruzaram a rua e, por conta própria, realizaram-na. Concluída e exaurida essa busca de natureza tipicamente probatória, e não-incidental a qualquer prisão, aí sim, *fait accompli*, dirigiram-se à Polícia Estadual e, lá chegando, efetuaram a prisão em flagrante de Senhor X, que já estava preso desde as 07h15m daquele dia. A apreensão, portanto, foi realizada sem mandado, completando-se; a prisão, a sua vez, foi realizada depois daquela busca, pelo que a última jamais poderia ser um incidente daquela. Descabe, aqui, formular outras hipóteses, pois tal é o fato formalizado pelas autoridades. E, como tal, a ilicitude salta aos olhos.

Os indícios supostamente relevados em interceptação telefônica ocorrida às 10h12m, quando muito, poderiam servir de justa causa para representar-se pela expedição de um novo mandado para um novo endereço. Diferentemente do que fez a equipe em questão, verifica-se que, no desenrolar da operação A*** II, houve equipes que, durante a diligência, instaram ao magistrado, exibindo justa causa, pela expedição de novos mandados, o que foi deferido.⁴⁴ A equipe em análise resolveu agir por conta própria, substituindo-se à magistratura. Diga-se de passagem, que nada impediria à Polícia permanecer nos limites do prédio, assegurando-se de que nada seria retirado. Porém, resolveu proceder por conta e risco.

Ocorre que a justa causa eventualmente fornecida pela interceptação não toma o lugar do mandado, nem investe a autoridade policial do juízo privativo dos magistrados. Quando muito, a interceptação pode ser compreendida como requisito probatório à formulação de um pedido, nunca o próprio deferimento deste ou mesmo a sua dispensa.

De fato, conforme decidido em *Collins v. Virginia*,⁴⁵ “qualquer busca e apreensão sem mandado válida exige que a polícia tenha o direito legal de ter acesso ao objeto em si mesmo;⁴⁶ e, “mesmo quando o objeto seja ilícito, esta Corte tem repetidamente entendido e determinado a regra básica de que a polícia não pode entrar e fazer uma busca e apreensão sem mandado”.⁴⁷ Havendo notícia de causa provável sobre a existência de objetos de interesse, cabe à autoridade instar por novo mandado, e não transformar elemento de prova em flagrante delito, para, depois, sair em busca de um flagrado, transformando aquela em incidente deste.

44. No curso da busca e apreensão realizada naquele dia, sobreveio petição registrando que a força-tarefa “obteve deste alvo a informação de que o servidor de dados da empresa x, com informações filiais e outras empresas utilizadas nos negócios da empresa y estão na sala de n. 8 no segundo andar da farmácia [...], na Rua [...], Bairro [...], nesta cidade”.

45. *Collins v. Virginia*, 548 U.S. (2018).

46. *Ibid.*, citando p. 8, *Horton v. California*, 496 U.S. 128 (1990).

47. *Ibid.*, citando p. 8, *G.M. Leasing Co. v. U.S.*, 429 U.S. 338 (1977).

Assim, considerando (i) que a apreensão dos Objetos não estava abrangida pelo mandado; (ii) que, em face de suposta justa causa, a autoridade policial não providenciou a obtenção de novo mandado; (iii) que, quando efetuada a prisão em flagrante, tal busca e apreensão já estava exaurida e consumada; (iv) que, portanto, não poderia tal busca ser considerada como incidental à prisão de Senhor X, o art. 5º, inciso IX da CF é inaplicável à espécie, razão pela qual ilícita a diligência em análise.

4. RESPOSTA AOS QUESITOS

Isso posto, respondemos negativamente aos três quesitos que nos foram submetidos à análise, o que significa dizer que, segundo nossa melhor avaliação, a apreensão dos objetos constitui prova ilícita.

É o nosso parecer, *sub censura*.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CUDIHY, William J. *The fourth amendment: origins and original meaning*, 602–1791. New York: Oxford University Press, 2009. p.110.
- GRAWE, Stefan. *Die Strafprozessuale Zuffalsverwendung*. Tübingen: Mohr-Siebeck, 2008. p. 67-70.

Legislação

- BRASIL. *Lei 261 de 3 de dezembro de 1841*. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim261.htm]. Acesso em: 22.02.2021.
- BRASIL. *Código Criminal do Império do Brasil, de 16 de dezembro de 1830*. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm]. Acesso em: 22.02.2021.
- BRASIL. *Código de Processo Criminal de Primeira Instância, de 29 de novembro de 1832*. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-29-11-1832.htm#:~:text=LEI%20DE%2029%20DE%20NOVEMBRO%20DE%201832.&text=Promulga%20o%20Codigo%20do%20Processo,da%20administra%C3%A7%C3%A3o%20da%20Justi%C3%A7a%20Civil.&text=4%C2%BA%20Haver%C3%A1%20em%20cada%20Districto,de%20Justi%C3%A7a%20que%20parecerem%20necessarios]. Acesso em: 22.02.2021.

JURISPRUDÊNCIA

- STF, HC 106.566, Relator(a): Gilmar Mendes, Segunda Turma, j. 16.12.2014, DJe-053: Divulg. 18.03.2015, p. 19.03.2015.
- STF, HC 91.610, Relator(a): Gilmar Mendes, Segunda Turma, j. 08.06.2010, DJe-200: Divulg. 21.10.2010, p. 22.10.2010.
- STF, MS 23.454, Relator(a): Marco Aurélio, Tribunal Pleno, j. 19.08.1999, DJ 23.04.2004.
- STF, MS 23.642, Relator(a): Néri da Silveira, Tribunal Pleno, j. 29.11.2000, DJ 09.03.2001.
- STF, RE 603.616, Relator(a): Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 05.11.2015, Repercussão Geral - Mérito DJe-093, Divulg. 09.05.2016, p. 10.05.2016.
- STJ, REsp 1.574.681/RS, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, j. 20.04.2017, DJe 30.05.2017.

Jurisprudência internacional

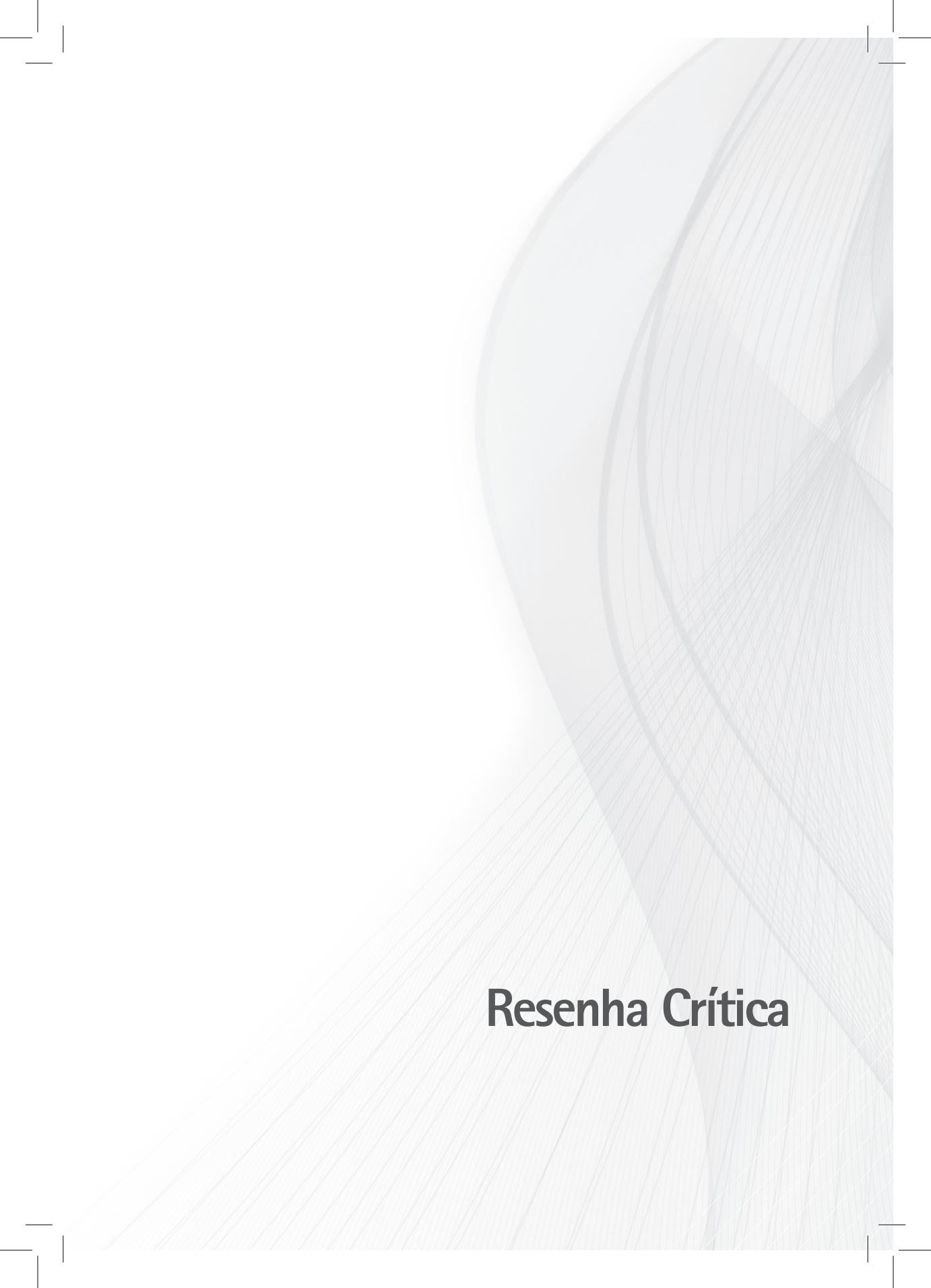
- Astley v. Pinder, Cowp. 7.
- Byars v. U.S., 273 U.S. 28 (1927).
- Collins v. Virginia, 548 U.S. (2018).
- Entick v. Carrington, SC. 19 How. St. Tri. 1030 (1765).
- G.M. Leasing Co. v. U.S., 429 U.S. 338 (1977).
- Henry v. U.S., 361 U.S. 98 (1959).
- Horton v. California, 496 U.S. 128.
- Johnson v. U.S., 333 U.S. 10 (1948).
- Lee v. Gunsell, Cowp. 1. S.C. Loft. 374.
- Lloyd v. Sandilands, 8 Taunt. 250. SC 2 B. Moore 207.
- Marron v. U.S., 275 U.S. 192 (1927).
- Ratcliffe v. Burten, 3 Bos & Pull, 223.
- Semayne v. Gresham, 5 Co. Rep. 91a. 194 (1604).
- Terry v. Ohio, 392 U.S. 1 (1968).
- U.S. v. Di Re, 332 U.S. 581 (1948).
- Wilson v. Arkansas, 514 U.S. 927 (1995).
- Sibron v. New York, 392 U.S. 40 (1968).

TRF4, ACR 5081686-38.2014.4.04.7000, Oitava Turma, Relator João Pedro Gebran Neto, juntado aos autos em 16.10.2015.

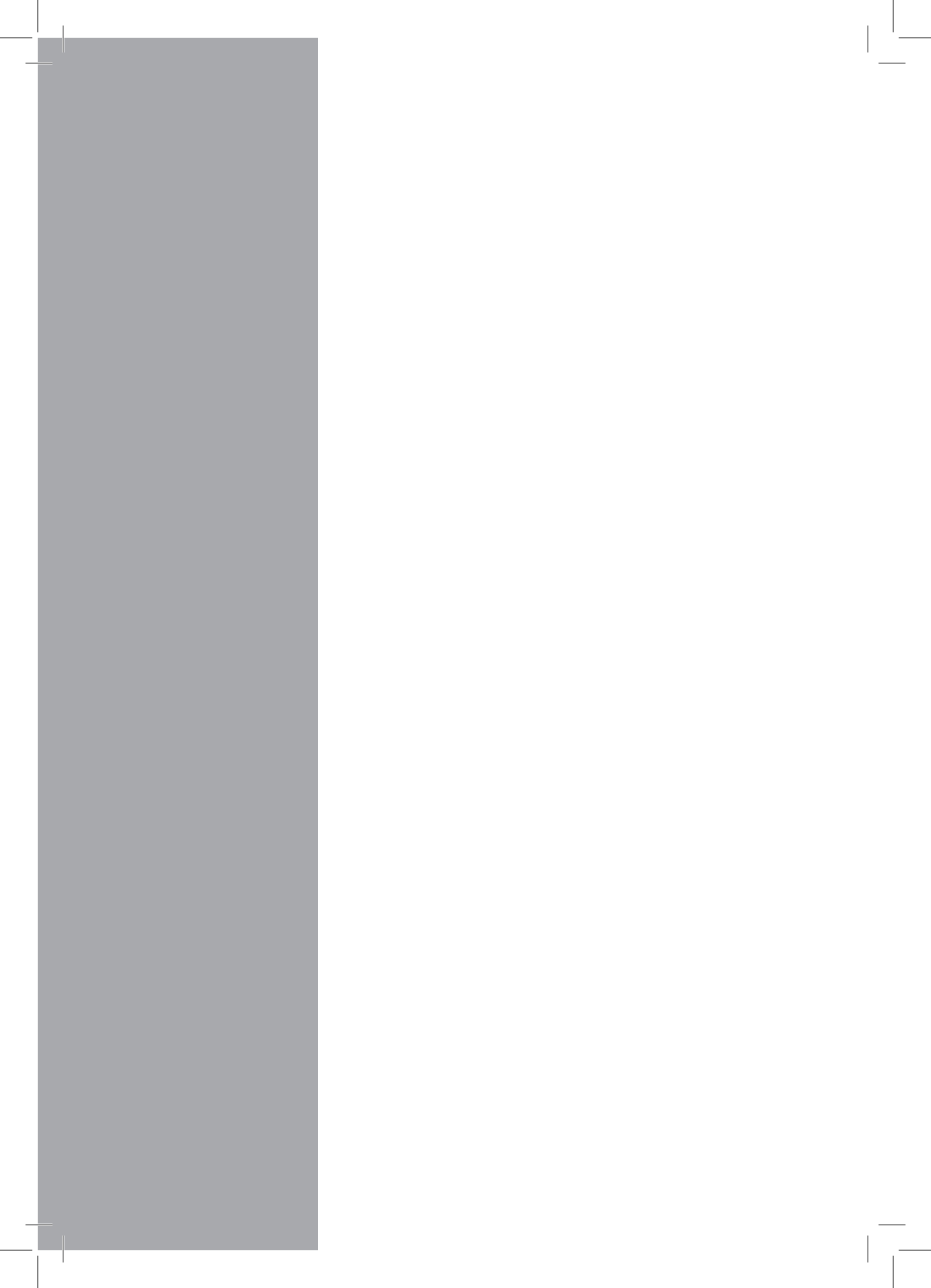
PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- A "guerra contra o crime" e os crimes da guerra: flagrante e busca e apreensão nas periferias, de Rosivaldo Toscano dos Santos Júnior – *RBCCrim* 117/287-309; e
- Bengalas e malhetes: A influência da emenda 88 na jurisdição constitucional, de Andréa Magalhães – *RDCC* 100/137-159.

The background of the page is a light gray with a complex, abstract pattern. It features several overlapping circles and a dense network of thin, curved lines that create a sense of depth and movement. The pattern is more prominent on the right side of the page, fading towards the left.

Resenha Crítica



RESENHA DE *FREIHEIT UND SCHULD ALS ANERKENNUNG*:
DIE ENTWICKLUNG DES STRAFRECHTLICHEN SCHULDBEGRIFFS
IM DEMOKRATISCHEN UND SOZIALEN RECHTSSTAAT

(CULPABILIDADE, LIBERDADE E RECONHECIMENTO: CONTRIBUTO
AO DESENVOLVIMENTO DO CONCEITO DE CULPABILIDADE
NO ESTADO SOCIAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO)

REVIEW OF *FREIHEIT UND SCHULD ALS ANERKENNUNG*: *DIE ENTWICKLUNG DES STRAFRECHTLICHEN SCHULDBEGRIFFS IM DEMOKRATISCHEN UND SOZIALEN RECHTSSTAAT*
(CULPABILITY, FREEDOM AND RECOGNITION: CONTRIBUTION TO THE DEVELOPMENT OF THE CONCEPT OF CULPABILITY IN THE SOCIAL AND DEMOCRATIC STATE OF LAW)

GÜNTHER JAKOBS

Professor Emérito de Direito Penal e Filosofia do Direito na Universidade de Bonn.

Traduzido por

BRUNO TADEU BUONICORE

Professor Titular do PPG em Direito do Centro Universitário de Brasília. Assessor de Ministro do Supremo Tribunal Federal. Doutor em Direito Penal – *summa cum laude* – pela Universidade de Frankfurt. ORCID: [0000-0002-0536-268X].
bruno.buonicore@gmail.com

RAMON NEGÓCIO

Professor da Universidade 7 de Setembro (Uni7). Doutor em Teoria do Direito pela Universidade de Frankfurt. ORCID: [0000-0003-4724-9658].
negocioramon@gmail.com

ÁREAS DO DIREITO: Fundamentos do Direito; Penal

RESUMO: Trata-se da tradução de resenha da tese de Bruno Tadeu Buonicore, apresentada para obtenção do Título de Doutor na Universidade de Frankfurt/Alemanha, confeccionada pelo Professor de Direito Penal Günther Jakobs. A tese que é objeto da resenha trata do conceito de culpabilidade no Estado Social e Democrático de Direito.

PALAVRAS-CHAVE: Resenha – Jakobs – Culpabilidade – Liberdade – Reconhecimento.

ABSTRACT: This is the translation of the review of Bruno Tadeu Buonicore's thesis, presented to obtain his Doctor's Degree at the University of Frankfurt/Germany, written by Professor of Criminal Law Günther Jakobs. The thesis which is the object of this review is about the concept of culpability in the Social and Democratic State of Law.

KEYWORDS: Review – Jakobs – Culpability – Freedom – Recognition.

De plano, defende Bruno Tadeu Buonicore, em seu trabalho apresentado na Universidade de Frankfurt, a tese de que a liberdade individual e, com isso, a culpabilidade, não podem ser representadas pela perspectiva naturalista, que a perspectiva ontológica não é passível de verificação e que a perspectiva funcionalista não deixa de tratar a liberdade individual como uma ficção. Os dois últimos modelos – “conceitos deficitários” – deveriam então ser substituídos pela “noção de reconhecimento material da liberdade individual como uma realidade intersubjetiva, historicamente construída e mediada pelo Estado” – trata-se de um anúncio poderoso.

Buonicore começa seu primeiro capítulo imediatamente com a apresentação da concepção naturalista, que é diagnosticada, já no título do capítulo, como portadora de um *deficit de normatividade*, um posicionamento que tem procedência, uma vez que os naturalistas não lidam com normatividade, mas tão somente com efetividade. Buonicore esclarece que no sistema de v. Liszt e Beling existiriam dificuldades para conceituar a omissão e demonstra as consequências do naturalismo para o conceito psicológico de culpabilidade, que seria considerado insuficiente desde as contribuições de Frank. O cerne da crítica reside no fato de que o sistema causal de ação resulta em uma “ação sem subjetividade individual como conteúdo e uma culpabilidade sem autodeterminação como pressuposto”. O capítulo se encerra com uma apresentação realmente vasta das problemáticas naturalistas que se ligam aos “novos achados da neurociência.” Além da teoria de Kant, na qual o determinismo valeria apenas para os fenômenos da natureza (“compatibilismo não naturalista”), Buonicore demonstra ainda, entre outros, três pontos de vista na teoria do conhecimento, nomeadamente: (1) privilégio cognitivo da empiria naturalista – um “incompatibilismo naturalista” (Markovitsch, Prinz, Roth, Singer); (2) minimização naturalista do conceito de liberdade (Biere e em parte Libet); (3) liberdade como mera atribuição formal – modelo funcionalista (Roxin, Jakobs e eventualmente Klaus Gütntner). Como resultado, todas as três maneiras recebem de Buonicore a crítica de que não consideram ou até mesmo não tem condições de considerar o reconhecimento intersubjetivo material como fonte da liberdade individual.

Do segundo capítulo são feitas aqui apenas algumas observações acerca da “concepção ontológica da liberdade individual.” Após Binding, Buonicore trata de trabalhar

Welzel, que pressupõe a ontologização dos conceitos por meio das chamadas *estruturas lógico-objetivas*, algo que fora, como apresentado por Buonicore, criticado por Arthur Kaufmann. Na doutrina de Welzel, busca-se encontrar uma alternativa sólida para a perspectiva naturalista (fatos objetivos/fatos subjetivos). A partir disso, conforme discorre Buonicore, a culpabilidade deixa de ser um fato psíquico e passa a ser a censura da formação incorreta da vontade livre, que significa mais do que a mera externalização da vontade não obstaculizada – a liberdade individual é concebida como o *poder-agir-de-outra-maneira*. Nesse ponto, Buonicore identifica um *déficit de verificabilidade*: “o *poder-agir-de-outra-maneira* não é mais do que uma ficção”, que se relaciona “com aquilo que se passa ontologicamente na realidade existencial e subjetiva do outro.” Por essa razão, Buonicore compreende o conceito de liberdade individual de Welzel como produto de uma “especulação metafísica não verificável” – este ponto será abordado ainda ao fim desta resenha.

No terceiro capítulo, Buonicore trata da “concepção funcionalista da liberdade individual”, que recebe, já no título do capítulo, um certificado de “*déficit de legitimidade*.” Após breves apontamentos sobre Durkheim, Parsons e Luhmann (circunscritos aos “sistemas sociais”), Buonicore realiza uma minuciosa discussão com o funcionalismo teleológico de Roxin, que, todavia, não oferece atenção direta a nenhum dos três sociólogos. Já no início, Buonicore formula um ponto crítico: já que, como o próprio Roxin afirma, sua pressuposição de liberdade individual revela uma proposição normativa, tenderia Roxin, segundo Buonicore, a deixar de lado a busca por um “conceito material e concreto de liberdade individual, plausível no nível epistemológico,” em nome de uma atribuição ficcional como pressuposição utilitarista orientada pela prevenção geral; uma limitação da pretensão da política criminal em nome de um direito do agente ativo do delito não poderia ser fundamentada desta forma. A posição de Roxin sobre a relação entre política criminal e sistema penal também é rejeitada: a introdução de valores de política criminal no sistema penal levaria a um utilitarismo ancorado em fins de prevenção geral. As observações acerca da imputação objetiva que seguem são breves. A *permeabilidade ao apelo normativo* como pressuposto da culpabilidade para Roxin é apontada como possuidora de fundamentos de ordem “naturalista”; além disso, esse pressuposto não poderia também ser verificado, assim como o *poder-agir-de-outra-maneira*, o que deveria deixar clara a intenção de Buonicore de se afastar da dimensão de uma pessoa isolada e partir para uma linha de argumentação intersubjetiva.

Antes de Buonicore elaborar mais sobre esse ponto, ele critica ainda a teoria social-funcionalista deste resenhista. Nesta abordagem, a sociedade não poderia “ser estruturada a partir de relações intersubjetivas entre sujeitos realmente autônomos (...) mas apenas a partir de normas que protegem os interesses do grupo” (a esse respeito, em referência muito próxima a H. Schneider) e a atuação das pessoas seria então dominada por interesses do grupo (!). Porém, o direito do “indivíduo ontológico” teria que preceder seus deveres (mas, incidentemente, como pensar em um direito sem dever correspondente?). Como resultado, segundo Buonicore, a perspectiva social-funcionalista

padeceria tanto de um *déficit de legitimidade* quanto de um *déficit de reconhecimento*. Tal crítica se baseia no pressuposto de que a orientação da imputação para a preservação da estrutura normativa da sociedade “instrumentaliza” os indivíduos, sujeitos, ou pessoas, vez que “a capacidade de seguir a norma encontra fundamento antes em um *dever* generalizado do que em uma capacidade individualizada.” Para falar sem rodeios, a abordagem teórica social-funcionalista sujeitaria os indivíduos aos interesses da sociedade, ao passo em que não levaria em consideração a condição previa de sua liberdade e, com isso também, de sua culpabilidade.

Essa é, no entanto, uma falha recorrente na compreensão da argumentação teórica sistêmica: na imputação, os indivíduos só existem na medida em que eles não podem ser representados como pessoa, ou seja, são separados da operação de imputação (!). Aquele, porém que pode ser representado como pessoa e, portanto, não deve ser julgado de acordo com o código livre/não livre, mas sim de acordo com o código responsável/não responsável, não está ligado à arbitrariedade de alguém, como pensa Buonicore, mas segue os princípios estabelecidos na lei, que são consolidados nos sistemas vinculados à lei por um acoplamento estrutural. Se isso resultar em uma visão geral liberal de sociedade, seria uma tolice, se não um crime, não querer suportar nenhum custo próprio em benefício do contexto social; pois as benesses de uma sociedade liberal não vêm de graça. Mas se a ordem perde sua aceitação geral (e na modernidade isso pressupõe liberdade), então seria inútil querer excluir o direito penal dessa perda de cultura (ou dessa mudança cultural) ou mesmo usá-lo contra ela; pois não se pode romper a relação entre direito penal e sociedade.

Em seu 4º (e último) capítulo, Buonicore começa com uma apresentação crítica da doutrina de Günther, baseando-se principalmente na obra “Schuld und kommunikative Freiheit” (“*Culpabilidade e liberdade comunicativa*”) (2005). Primeiramente, a teoria do discurso de Habermas é delineada; trata-se do estabelecimento de condições do agir com uma “reivindicação transsubjetiva de validade”, isto no contexto de uma democracia deliberativa. Com Günther, como afirma Buonicore, “o sujeito ativo do delito, (...) na qualidade de pessoa deliberativa, deve ser considerado não apenas como o destinatário (pessoa jurídica), mas também como o próprio autor (cidadão) das normas penais”, com a consequência de possuir o dever de seguir a norma, na medida em que tem a capacidade de se posicionar criticamente diante de suas ações e declarações. De acordo com Günther, no caso de normas que tenham surgido de acordo com o procedimento previsto, o dever de seguir a norma é consequência de uma “identificação entre o direito subjetivo à participação política (...) e a atribuição da liberdade individual” como pressuposto da culpabilidade. Assim, para Günther, o dever de seguir as normas resulta “não de uma subjetividade individual monologicamente concebida, mas do espaço intersubjetivo de comunicação entre os indivíduos” – Buonicore, entretanto, critica a representação “generalizada” (“idealizada”) do sujeito em Günther, que não levaria em conta as suas condições sociais concretas. A partir disso, estaria ausente a consideração da cidadania material que preenche a cidadania formal.

Esse déficit é superado se utilizando Honneth (principalmente “Das Recht der Freiheit”, 2011) (*O direito da liberdade*), principalmente pela consideração de uma ideia social da liberdade individual. A partir disso, exige-se a consideração das respectivas condições de “trabalho, educação, saúde, cultura, alimentação, socialização, etc.”, com a consequência direta: “não há pena sem reconhecimento – *nulla poena sinne recognitio*”, e trata-se de um “reconhecimento material”. Se tal reconhecimento material existe ou não, poderia ser observado no caso concreto: “A possível falha do Estado em cumprir com seus deveres sociais para com o sujeito ativo do delito, nos termos previstos na Constituição, poderia ser empiricamente verificada” (!). A determinação empírica da situação social concreta oferece, portanto, uma base para a proposição normativa. Entretanto, isto não deve se dar de forma totalmente livre da metafísica, já que na posição da liberdade ontologicamente pressuposta (ver os comentários do capítulo 2) surge um direito à liberdade, também não fundamentado empiricamente.

O resenhista, que admite, sem desculpas, uma propensão parcial, é forçado a levantar uma série de perguntas: (1) o Estado constitucional social e democrático é introduzido como um *deus ex machina*. Como deve ser pensado o seu surgimento? (2) se o Estado deve fornecer o reconhecimento material, por que isso tem algo a ver com intersubjetividade? O reconhecimento parece ser mediado institucionalmente; (3) Que medida do *status* de cidadania material deve ser garantida pelo Estado social e democrático? Condições “celestiais” dificilmente podem ser postulados na terra; (4) A justiça no caso individual concreto depende de quanta complexidade ela permite ainda administrar. Devem ser descartadas então todas as generalizações? Contra uma resposta afirmativa, a doutrina de Günther (apresentada no início do capítulo 4) parece quase como um baluarte jurídico; (5) O que deve ser feito com aqueles que permaneceram irrecuperáveis? Dificilmente se pode deixá-los continuar a agir sem obstáculos, e uma integração – tardia – também pressupõe sua disposição; (6) A falta de aceitação da participação democrática e dos serviços sociais oferecidos pelo Estado pode mascarar o estado culturalmente miserável de um delinquente? (7) Principalmente: qual é a razão para punir um culpado de acordo com a doutrina de Buonicore? Considerando que ele é também autor da norma, poderia se fundamentar um dever de tolerância, mas seria muito difícil retirar essa medida da noção de “justiça”, o que conhecidamente já sabia Liszt. Buonicore descarta todos os outros propósitos de punição como “utilitários” e “instrumentalizadores” do indivíduo.

De fato, não se pode esperar de um primeiro acesso à construção diferenciada de Honneth sobre as condições da liberdade individual uma representação absolutamente completa. Portanto, deve-se “reconhecer” que Buonicore abriu uma grande porta em seu capítulo 4 e que sistematizou e desenvolveu muitas críticas nos três capítulos anteriores, de modo que adesões às suas construções podem ser esperadas com entusiasmo.

PESQUISAS DO EDITORIAL

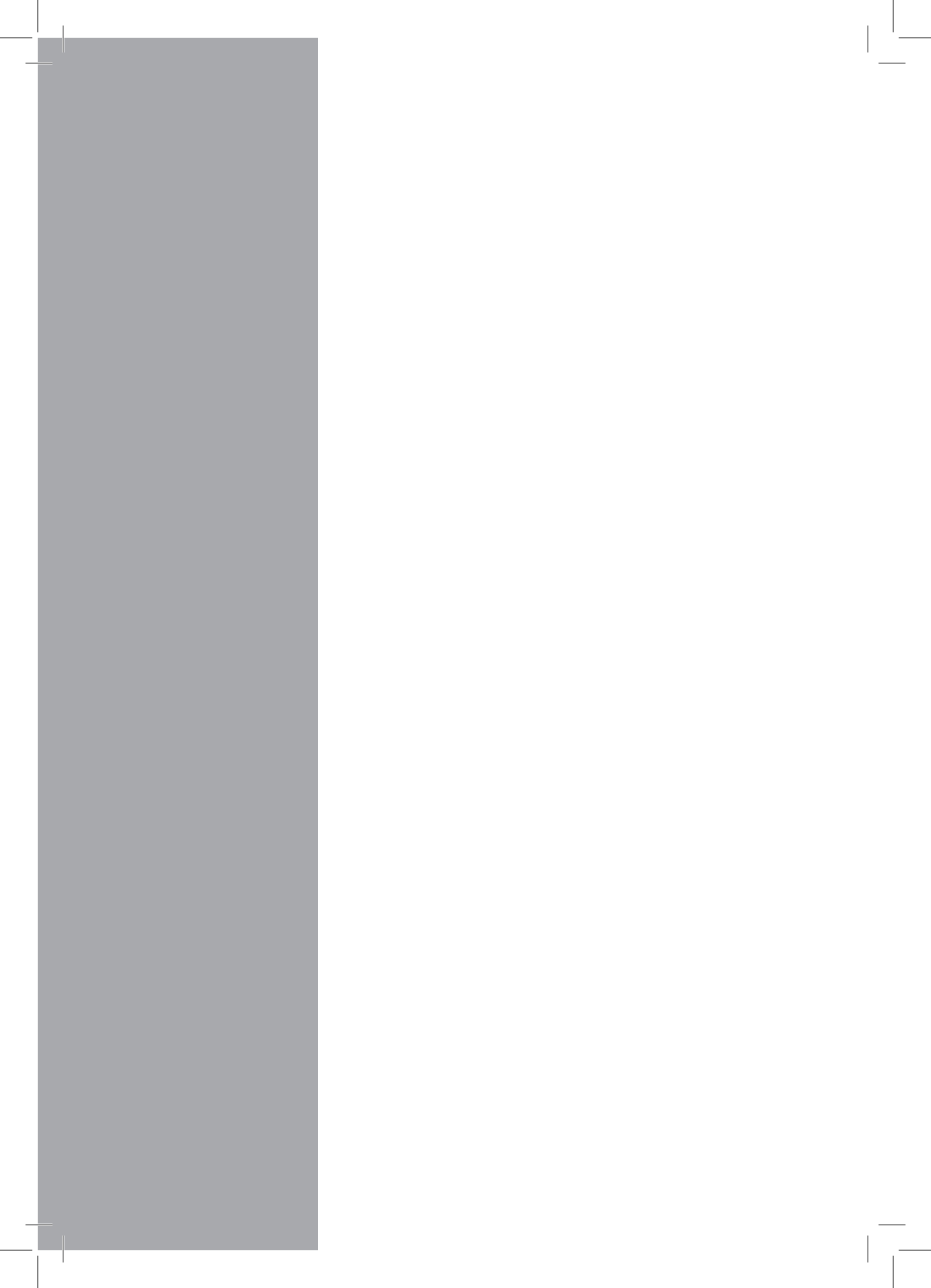
Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- Culpa e castigo: modernas teorias da culpabilidade e os limites ao poder de punir, de Karyna Batista Sposato – *RBCCrim* 56/33-59 e *Doutrinas Essenciais de Direito Penal* 3/745-767;
- Culpabilidade e funcionalismo: uma análise a partir das concepções de Roxin e Jakobs, de Oliveiros Guanais – *RBCCrim* 169/81-116; e
- Foucault e o economismo penalógico, de Clécio Lemos – *RBCCrim* 176/211-231.

The background of the page is a light gray with a complex, abstract pattern. It features several overlapping circles and a dense network of thin, curved lines that create a sense of depth and movement. The pattern is more prominent on the right side of the page, where it appears to be a close-up of a larger, curved surface.

Índice

Alfabético–remissivo



AUTORES

A

AGUIAR, Júlio César

- A teoria da aprendizagem social do comportamento criminoso, p. 277

ALBRECHT, Diego Alan Schöfer

- Clonagem terapêutica e direito penal: fundamentos e limites da tutela do embrião *in vitro*, p. 17

AZEVEDO, Lucas Frederico Viana

- 50 anos do Experimento da Prisão de Stanford: o poder das circunstâncias sobre o comportamento dos agentes disciplinares prisionais, p. 301

B

BUONICORE, Bruno Tadeu (Tradutor)

- Resenha de Freiheit und Schuld als Anerkennung: Die Entwicklung des strafrechtlichen Schuldbegriffs im demokratischen und sozialen Rechtsstaat (Culpabilidade, liberdade e reconhecimento: contributo ao desenvolvimento do conceito de culpabilidade no Estado Social e Democrático de Direito), p. 387

D

DIAS, Eduardo Augusto da Silva

- Defensor público de garantias e consenso no processo penal, p. 183

G

GIORDANO, Paulo Rogério Santos

- O fluxo dos homicídios no sistema de justiça criminal do Distrito Federal, p. 245

J

JAKOBS, Günther

- Resenha de Freiheit und Schuld als Anerkennung: Die Entwicklung des strafrechtlichen Schuldbegriffs im demokratischen und sozialen Rechtsstaat (Culpabilidade, liberdade e reconhecimento: contributo ao desenvolvimento do conceito de culpabilidade no Estado Social e Democrático de Direito), p. 387

K

KNIJNIK, Danilo

- Parecer – busca e apreensão sem mandado e busca e apreensão incidente à execução de um mandado de prisão, p. 367

L

LIMA, George Marmelstein

- A justiça em seu pior e melhor ângulo: vieses cognitivos na análise da prova audiovisual, p. 161

M

MACHADO, Bruno Amaral

- O fluxo dos homicídios no sistema de justiça criminal do Distrito Federal, p. 245

MEDEIROS, Mário Alves

- A teoria da aprendizagem social do comportamento criminoso, p. 277

N

NEGÓCIO, Ramon (Tradutor)

- Resenha de Freiheit und Schuld als Anerkennung: Die Entwicklung des strafrechtlichen Schuldbegriffs im demokratischen und sozialen Rechtsstaat (Culpabilidade, liberdade e reconhecimento: contributo ao desenvolvimento do conceito de culpabilidade no Estado Social e Democrático de Direito), p. 387

NICOLITT, André

- Prova ilícita, hackeamento, incompetência e suspeição: as subversões de Ferrajoli, p. 141

P

PALHEIRO, Antonio Saldanha

- Precedentes persuasivos criminais do Superior Tribunal de Justiça: o caso do *Habeas Corpus* 598.051/SP, p. 339

Q

QUEIROZ, Marisse Costa de

- Incorporação do feminicídio pela dogmática penal brasileira: a violência letal contra mulheres entre reconhecimento e naturalização, p. 101

S

SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna

- Defensor público de garantias e consenso no processo penal, p. 183

SCHIOCCHET, Taysa

- Incorporação do feminicídio pela dogmática penal brasileira: a violência letal contra mulheres entre reconhecimento e naturalização, p. 101

SIQUEIRA, Flávia

- Violência na assistência ao parto e (des)respeito à autonomia da mulher: o tratamento penal das intervenções médicas arbitrárias em gestantes e parturientes, p. 55

SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de

- Clonagem terapêutica e direito penal: fundamentos e limites da tutela do embrião *in vitro*, p. 17

SZESZ, André

- O discurso de combate à corrupção: análise por uma perspectiva dos estudos de Eugenio Raúl Zaffaroni, p. 217

V

VIANNA, Túlio

- 50 anos do Experimento da Prisão de Stanford: o poder das circunstâncias sobre o comportamento dos agentes disciplinares prisionais, p. 301

W

WUNDER, Paulo

- Precedentes persuasivos criminais do Superior Tribunal de Justiça: o caso do *Habeas Corpus* 598.051/SP, p. 339

TEMAS

A

Acordo de não persecução penal - Defensor público de garantias e consenso no processo penal, p. 183

Análise do fluxo - O fluxo dos homicídios no sistema de justiça criminal do Distrito Federal, p. 245

Aprendizagem social - A teoria da aprendizagem social do comportamento criminoso, p. 277

Art. 5º, inciso XI da CF - Parecer - busca e apreensão sem mandado e busca e apreensão incidente à execução de um mandado de prisão, p. 367

Assistência ao parto - Violência na assistência ao parto e (des)respeito à autonomia da mulher: o tratamento penal das intervenções médicas arbitrárias em gestantes e parturientes, p. 55

Associação diferencial - A teoria da aprendizagem social do comportamento criminoso, p. 277

Ativismo judicial - Precedentes persuasivos criminais do Superior Tribunal de Justiça: o caso do *Habeas Corpus* 598.051/SP, p. 339

Autocontenção - Precedentes persuasivos criminais do Superior Tribunal de Justiça: o caso do *Habeas Corpus* 598.051/SP, p. 339

Autonomia, gestantes - Violência na assistência ao parto e (des)respeito à autonomia da mulher: o tratamento penal das intervenções médicas arbitrárias em gestantes e parturientes, p. 55

B

Bem jurídico-penal - Clonagem terapêutica e direito penal: fundamentos e limites da tutela do embrião *in vitro*, p. 17

Busca e apreensão sem mandado - Parecer - busca e apreensão sem mandado e busca e apreensão incidente à execução de um mandado de prisão, p. 367

Busca incidente à prisão - Parecer - busca e apreensão sem mandado e busca e apreensão incidente à execução de um mandado de prisão, p. 367

Busca sem mandado - Parecer - Busca e apreensão sem mandado e busca e apreensão incidente à execução de um mandado de prisão, p. 367

C

Causa provável - Parecer - busca e apreensão sem mandado e busca e apreensão incidente à execução de um mandado de prisão, p. 367

Células-tronco - Clonagem terapêutica e direito penal: fundamentos e limites da tutela do embrião *in vitro*, p. 17

Clonagem terapêutica - Clonagem terapêutica e direito penal: fundamentos e limites da tutela do embrião *in vitro*, p. 17

Corrupção - O discurso de combate à corrupção: análise por uma perspectiva dos estudos de Eugenio Raúl Zaffaroni, p. 217

Criminal - O fluxo dos homicídios no sistema de justiça criminal do Distrito Federal, p. 245

Criminologia - A teoria da aprendizagem social do comportamento criminoso, p. 277

Culpabilidade - des strafrechtlichen Schuldbegriffs im demokratischen und sozialen Rechtsstaat (Culpabilidade, liberdade e reconhecimento: contributo ao desenvolvimento do conceito de culpabilidade no Estado Social e Democrático de Direito), p. 387

D

Defensor público - Defensor público de garantias e consenso no processo penal, p. 183

Defensor público de garantias - Defensor público de garantias e consenso no processo penal, p. 183

Disciplina prisional - 50 anos do experimento da prisão de *Stanford*: o poder das circunstâncias sobre o comportamento dos agentes disciplinares prisionais, p. 301

Dogmática penal - Incorporação do feminicídio pela dogmática penal brasileira: a violência letal contra mulheres entre reconhecimento e naturalização, p. 101

Domesticação - Incorporação do feminicídio pela dogmática penal brasileira: a violência letal contra mulheres entre reconhecimento e naturalização, p. 101

E

Eficiência - Precedentes persuasivos criminais do Superior Tribunal de Justiça: o caso do *Habeas Corpus* 598.051/SP, p. 339

Embrião in vitro - Clonagem terapêutica e direito penal: fundamentos e limites da tutela do embrião *in vitro*, p. 17

Eugenio Raúl Zaffaroni - O discurso de combate à corrupção: análise por uma

perspectiva dos estudos de Eugenio Raúl Zaffaroni, p. 217

Execução penal - 50 anos do experimento da prisão de *Stanford*: o poder das circunstâncias sobre o comportamento dos agentes disciplinares prisionais, p. 301

Experimento da prisão de Stanford - 50 anos do experimento da prisão de *Stanford*: o poder das circunstâncias sobre o comportamento dos agentes disciplinares prisionais, p. 301

F

Feminicídio - Incorporação do feminicídio pela dogmática penal brasileira: a violência letal contra mulheres entre reconhecimento e naturalização, p. 101

G

Garantismo - Prova ilícita, hackeamento, incompetência e suspeição: as subversões de Ferrajoli, p. 141

H

Habeas Corpus 598.051/SP - Precedentes persuasivos criminais do Superior Tribunal de Justiça: o caso do *Habeas Corpus* 598.051/SP, p. 339

Homicídios - O fluxo dos homicídios no sistema de justiça criminal do Distrito Federal, p. 245

I

Ilícitude da prova - Parecer - busca e apreensão sem mandado e busca e apreensão incidente à execução de um mandado de prisão, p. 367

Incompetência - Prova ilícita, hackeamento, incompetência e suspeição: as subversões de Ferrajoli, p. 141

Intervenções médicas arbitrárias - Violência na assistência ao parto e (des)respeito à autonomia da mulher: o tratamento penal das intervenções médicas arbitrárias em gestantes e parturientes, p. 55

Isonomia - Precedentes persuasivos criminais do Superior Tribunal de Justiça: o caso do *Habeas Corpus* 598.051/SP, p. 339

J

Jakobs - Resenha de Freiheit und Schuld als Anerkennung: Die Entwicklung des strafrechtlichen Schuldbegriffs im demokratischen und sozialen Rechtsstaat (Culpabilidade, liberdade e reconhecimento: contributo ao desenvolvimento do conceito de culpabilidade no Estado Social e Democrático de Direito), p. 387

Justiça de gênero - Incorporação do feminicídio pela dogmática penal brasileira: a violência letal contra mulheres entre reconhecimento e naturalização, p. 101

Justiça penal consensual - Defensor público de garantias e consenso no processo penal, p. 183

L

Liberdade - Resenha de Freiheit und Schuld als Anerkennung: Die Entwicklung des strafrechtlichen Schuldbegriffs im demokratischen und sozialen Rechtsstaat (Culpabilidade, liberdade e reconhecimento: contributo ao desenvolvimento do conceito de culpabilidade no Estado Social e Democrático de Direito), p. 387

O

Operação Lava Jato

- O discurso de combate à corrupção: análise por uma perspectiva dos estudos de Eugenio Raúl Zaffaroni, p. 217
- Prova ilícita, hackeamento, incompetência e suspeição: as subversões de Zaffaroni, p. 217

P

Parecer - Busca e apreensão sem mandado e busca e apreensão incidente à execução de um mandado de prisão, p. 367

Polícia penal - 50 anos do experimento da prisão de *Stanford*: o poder das circunstâncias sobre o comportamento dos agentes disciplinares prisionais, p. 301

Política criminal - O discurso de combate à corrupção: análise por uma perspectiva dos estudos de Eugenio Raúl Zaffaroni, p. 217

Precedentes da Suprema Corte Americana: *Byars v U.S.*, 273 U.S. 28 (1927); *U.S. v. Di RE*, 332 U.S. 595 (1948), *Henry v. U.S.*, 391 U.S. 103 (1959) - Parecer - Busca e apreensão sem mandado e busca e apreensão incidente à execução de um mandado de prisão, p. 367

Precedentes do Supremo Tribunal Federal: RE 603.616/RO (Repercussão Geral) e MS 23.642-6 (Pleno) - Parecer - Busca e apreensão sem mandado e busca e apreensão incidente à execução de um mandado de prisão, p. 367

Precedentes históricos: *Semayne v. Gresham*, de 1604 (5 Co. Rep., at 91b; 77 Eng.Rep., at 196) e *Entick v. Carrington*, de 1765 (5 Co. Rep. 91a. 194) - Parecer - Busca e apreensão sem mandado e busca e apreensão incidente à execução de um mandado de prisão, p. 367

Precedentes persuasivos - Precedentes persuasivos criminais do Superior Tribunal de Justiça: o caso do *Habeas Corpus* 598.051/SP, p. 339

Prisão incidente à busca - Parecer - busca e apreensão sem mandado e busca e apreensão incidente à execução de um mandado de prisão, p. 367

Probática - A justiça em seu pior e melhor ângulo: vieses cognitivos na análise da prova audiovisual, p. 161

Processo penal

- A justiça em seu pior e melhor ângulo: vieses cognitivos na análise da prova audiovisual, p. 161

- O discurso de combate à corrupção: análise por uma perspectiva dos estudos de Eugenio Raúl Zaffaroni, p. 217

- Precedentes persuasivos criminais do Superior Tribunal de Justiça: o caso do *Habeas Corpus* 598.051/SP, p. 339

Provas audiovisuais - A justiça em seu pior e melhor ângulo: vieses cognitivos na análise da prova audiovisual, p. 161

Provas judiciais - A justiça em seu pior e melhor ângulo: vieses cognitivos na análise da prova audiovisual, p. 161

Prova ilícita - Prova ilícita, hackeamento, incompetência e suspeição: as subversões de Zaffaroni, p. 217

Psicologia social - 50 anos do experimento da prisão de *Stanford*: o poder das circunstâncias sobre o comportamento dos agentes disciplinares prisionais, p. 301

R

Reconhecimento

- Incorporação do feminicídio pela dogmática penal brasileira: a violência letal contra mulheres entre reconhecimento e naturalização, p. 101

- Resenha de Culpabilidade, liberdade e reconhecimento: contributo ao desenvolvimento do conceito de culpabilidade no Estado Social e Democrático de Direito, p. 387

Resenha - Resenha de Culpabilidade, liberdade e reconhecimento: contributo ao desenvolvimento do conceito de culpabilidade no Estado Social e Democrático de Direito, p. 387

S

Segurança jurídica - Precedentes persuasivos criminais do Superior Tribunal de Justiça: o caso do *Habeas Corpus* 598.051/SP, p. 339

Segurança pública - O fluxo dos homicídios no sistema de justiça criminal do Distrito Federal, p. 245

Sistema de justiça - O fluxo dos homicídios no sistema de justiça criminal do Distrito Federal, p. 245

Suspeição - Prova ilícita, hackeamento, incompetência e suspeição: as subversões de Zaffaroni, p. 217

V

Vida humana embrionária - Clonagem terapêutica e direito penal: fundamentos e limites da tutela do embrião *in vitro*, p. 17

Vieses cognitivos - A justiça em seu pior e melhor ângulo: vieses cognitivos na análise da prova audiovisual, p. 161

Violência obstétrica - Violência na assistência ao parto e (des)respeito à autonomia da mulher: o tratamento penal das intervenções médicas arbitrárias em gestantes e parturientes, p. 55

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:** mensal
- **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 correio eletrônico da RBCCrim, para o endereço revista@ibccrim.org.br e mediante o preenchimento do formulário <http://bit.ly/30JjvSo>. 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). As referências bibliográficas completas deverão constar apenas 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 não se inclui 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 até três linhas 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 mais de três linhas 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, resumizando 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 crítica intelectual importante de seu conteúdo; c) aprovação final da versão a ser publicada. A simples participação na coleta de dados não justifica autoria.¹
- 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.

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>

- 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 (RBC-Crim) 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 científica, 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

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://docs.google.com/forms/d/1q8yIS1jaoaNiYyEPjEhr_nJVOaMpnB3t7FLxGnH4dwo/view-form?edit_requested=true

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 terá 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 científica 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 AVALIAÇÃO¹

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

1. Recomendações adaptadas do Guia de avaliação de TCC do programa de pós-graduação lato sensu da FGV Direito SP | GVLaw, disponível online.

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 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.
-

CONDIÇÕES PARA SUBMISSÃO (*CHECK LIST*)

(ou “como evitar uma rejeição preliminar”)

- * 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 formulário de submissão foi preenchido em sua integralidade? <http://bit.ly/30J-jvSo>
- ✓ 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 dividido 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?

EDITAL I – CHAMADA DE ARTIGOS DOSSIÊS – 2022



DOSSIÊ “A POSIÇÃO DA VÍTIMA NAS CIÊNCIAS CRIMINAIS” – RBCCRIM Nº (189)



Com o objetivo de adequar-se às melhores práticas de periódicos internacionais e incentivar a democratização do conhecimento aplicado aos artigos direcionados à **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, periódico científico **QUALIS A1**, a Equipe Editorial da RBCCRIM torna público que receberá, no período determinado abaixo, artigos científicos a serem publicados no volume 189, sobre o tema: “A posição da vítima nas Ciências Criminais”.

Editores(as)-Associados(as):

Profa. Dra. Maria Auxiliadora Minahim

(Universidade Federal da Bahia – UFBA)

Endereço para acessar este CV: <http://lattes.cnpq.br/3711110042226464>

<https://orcid.org/0000-0002-9183-7011>

Profa. Dra. Alessandra Rapassi Mascarenhas Prado

(Universidade Federal da Bahia – UFBA)

Endereço para acessar este CV: <http://lattes.cnpq.br/2158993363327030>

<https://orcid.org/0000-0001-9001-653X>

Profa. Dra. Sônia Mariza Florêncio Fidalgo

(Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Portugal)

Endereço para acessar este CV: <https://www.cienciavitaet.pt/portal/en/1613-10C4-494F>

<https://orcid.org/0000-0001-7554-3040>

- **Ementa:** A proposta desta publicação é a de examinar a posição da vítima nas Ciências Criminais, compreendendo, especialmente, análise do comportamento da vítima nos campos de abordagem da dogmática penal. Com essa proposta, este veículo pretende investigar o desenvolvimento de institutos dogmáticos como o

consentimento do ofendido, a vitimodogmática, a participação em autocolocação em perigo e a heterocolocação em perigo consentida, e outras que põem em realce a autorresponsabilidade do titular do bem jurídico como fundamento à ampliação de espaços sociais de ação. A análise envolve a distinção entre as construções e seus acertos, põe em evidência a adequação do direito penal, no Estado social democrático de Direito, quando recua na proteção ao cidadão tido como negligente ou descuidado na proteção de seus bens. Discute a topologia correta para inserção dessas figuras na teoria do delito. Pretende, também, propor uma reflexão sobre os limites que podem e devem ser opostos à juridicidade da ação do autor em razão da compreensão do cidadão como sujeito autônomo; a vítima na criminologia; e a vítima no processo penal.

- **Prazo submissão: 10 de outubro 2021**

Normas:

Os artigos deverão ser cadastrados e enviados pelo site do IBCCRIM (<https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/pagina/7>) contendo folha de rosto com informação sobre o Dossiê ao qual é submetido.

Os textos devem respeitar todas as regras determinadas na Política Editorial da RBCCRIM (<https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/pagina/7>), sob pena de ser rejeitado preliminarmente. A avaliação será feita por meio do sistema de *controle duplo-cego por pares*, de acordo com as diretrizes da Qualis/CAPES.

A equipe editorial da RBCCRIM poderá encaminhar artigos submetidos à chamada geral de fluxo contínuo, que abordem temática relacionada a algum dos dossiês, para a sua avaliação conjunta; os textos já aprovados e em fila para publicação que tratem do tema de algum dos dossiês poderão ser nele publicados.

Clique para acessar o edital nº 1 de chamada de artigos para dossiês da RBCCRIM em 2021: <https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/pagina/7>

EDITAL II – CHAMADA DE ARTIGOS DOSSIÊS – 2022



DOSSIÊ “ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E JUSTIÇA NEGOCIAL” – RBCCRIM Nº (191)



Com o objetivo de adequar-se às melhores práticas de periódicos internacionais e incentivar a democratização do conhecimento aplicado aos artigos direcionados à **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, periódico científico QUALIS A1, a Equipe Editorial da RBCCRIM torna público que receberá, no período determinado abaixo, artigos científicos a serem publicados no volume 191, sobre o tema: “Acordo de Não Persecução Penal e Justiça Negocial”.

Editores-Associados:

Prof. Dr. Elmir Duclerc Ramalho Junior

(Universidade Federal da Bahia - UFBA)

Endereço para acessar este CV: <http://lattes.cnpq.br/3306637869298105>

Prof. Dr. André Luiz Nicolitt

Universidade Federal Fluminense – UFF; e UniFG/BA

Endereço para acessar este CV: <http://lattes.cnpq.br/5066963398936027>

Profa. Ms. Jéssica Oníria Ferreira de Freitas

Endereço para acessar este CV: <http://lattes.cnpq.br/9330393568016639>

Ementa: ANPP, justiça consensual e dogmática processual penal; ANPP, sujeitos processuais e sistema acusatório; ANPP e política criminal: despenalização ou expansão do poder penal? Institutos análogos ao ANPP no direito estrangeiro; ANPP: confissão, descumprimento e rescisão; aspectos procedimentais dos acordos de não persecução penal; configuração da voluntariedade e liberdade na celebração do ANPP e suas restrições; natureza jurídica do ANPP e das condições nele propostas.

- **Prazo submissão: 01 de fevereiro de 2022**

Normas:

Os artigos deverão ser cadastrados e enviados pelo site do IBCCRIM (<https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/pagina/7>) contendo folha de rosto com informação sobre o Dossiê ao qual é submetido.

Os textos devem respeitar todas as regras determinadas na Política Editorial da RBCCRIM (<https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/pagina/7>), sob pena de ser rejeitado preliminarmente. A avaliação será feita por meio do sistema de *controle duplo-cego por pares*, de acordo com as diretrizes da Qualis/CAPES.

A equipe editorial da RBCCRIM poderá encaminhar artigos submetidos à chamada geral de fluxo contínuo, que abordem temática relacionada a algum dos dossiês, para a sua avaliação conjunta; os textos já aprovados e em fila para publicação que tratem do tema de algum dos dossiês poderão ser nele publicados.

EDITAL III – CHAMADA DE ARTIGOS DOSSIÊS – 2022



DOSSIÊ “CRIMINOLOGIA CULTURAL” – RBCCRIM Nº (193)



Com o objetivo de adequar-se às melhores práticas de periódicos internacionais e incentivar a democratização do conhecimento aplicado aos artigos direcionados à **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, periódico científico **QUALIS A1**, a Equipe Editorial da RBCCRIM torna público que receberá, no período determinado abaixo, artigos científicos a serem publicados no volume 193, sobre o tema: “Criminologia Cultural”.

Editores(as)-Associados(as):

Prof. Dr. Salah H. Khaled Jr.

(Universidade Federal do Rio Grande – FURG)

Endereço para acessar este cv: <http://lattes.cnpq.br/6155872393221444>

Prof. Dr. José Antônio Gerzson Linck

(Universidade La Salle – UNILASALLE)

Endereço para acessar este cv: <http://lattes.cnpq.br/6669388540100428>

Prof. Dra. Michelle Brown

(Universidade do Tennessee, EUA)

Ementa: Subculturas, resistência e reação social; Fenomenologia da violência, primeiro plano do crime e ação-limítrofe; Pânico moral, criminalização da cultura e movimentos sociais; Meios de comunicação e representação da criminalidade; Crime, modernidade tardia e capitalismo global; Criminologia Cultural, guerra e terrorismo; Crime, cultura de consumo e comodificação da transgressão; Criminologia Cultural e estudos urbanos; Metodologias da Criminologia Cultural; Criminologia Cultural e estudos étnico-raciais; Criminologia Cultural e feminismos; Criminologia cultural, teorias queer e estudos de gênero; Criminologia Cultural e Criminologia Verde; Intersecções entre a Criminologia Cultural e a justiça social; Criminologia Cultural e Política Criminal; Inserção da Criminologia Cultural no campo

teórico criminológico; Estudos psicanalíticos, violência urbana e psicologia social; Criminologia Cultural, transdisciplinaridade e arte; Criminologia Cultural e interdisciplinaridade.

- **Prazo submissão: 01 de abril de 2022**

Normas:

Os artigos deverão ser cadastrados e enviados pelo site do IBCCRIM (<https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/pagina/7>) contendo folha de rosto com informação sobre o Dossiê ao qual é submetido.

Os textos devem respeitar todas as regras determinadas na Política Editorial da RBCCRIM (<https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/pagina/7>), sob pena de ser rejeitado preliminarmente. A avaliação será feita por meio do sistema de *controle duplo-cego por pares*, de acordo com as diretrizes da Qualis/CAPES.

A equipe editorial da RBCCRIM poderá encaminhar artigos submetidos à chamada geral de fluxo contínuo, que abordem temática relacionada a algum dos dossiês, para a sua avaliação conjunta; os textos já aprovados e em fila para publicação que tratem do tema de algum dos dossiês poderão ser nele publicados.

EDITAL IV – CHAMADA DE ARTIGOS DOSSIÊS – 2022



DOSSIÊ “DOSSIÊ JUSTIÇA RESTAURATIVA” – RBCCRIM Nº (195)



Com o objetivo de adequar-se às melhores práticas de periódicos internacionais e incentivar a democratização do conhecimento aplicado aos artigos direcionados à **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, periódico científico QUALIS A1, a Equipe Editorial da RBCCRIM torna público que receberá, no período determinado abaixo, artigos científicos a serem publicados no volume 195, sobre o tema: “Dossiê Justiça Restaurativa”.

Editores(as)-Associados(as):

Prof. Dr. Daniel Achutti

(Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – Porto Alegre/RS)

Endereço para acessar este CV: <http://lattes.cnpq.br/4216504259102555>

Profa. Dra. Raffaella Pallamolla

(Universidade La Salle – Canoas/RS)

Endereço para acessar este CV: <http://lattes.cnpq.br/9298767854135130>

Ementa: O dossiê pretende explorar o desenvolvimento da justiça restaurativa – em termos teóricos e práticos – no campo da justiça criminal e juvenil, com ênfase no Brasil e na América Latina. O intuito é observar se a justiça restaurativa tem sido capaz de incorporar as particularidades desses contextos periféricos, relacionados à justiça social. Especialmente em relação ao caso brasileiro, esta publicação pretende verificar se a justiça restaurativa se mostra um espaço adequado para discutir características da sociedade brasileira responsáveis pela manutenção de desigualdades sociais, refletidas na atuação do sistema penal, a exemplo do racismo estrutural, da violência de gênero e da violência institucional. Pretende, ainda, especificamente em relação à aplicação da justiça restaurativa aos conflitos criminais, discutir seu papel na redução do superencarceramento e da seletividade penal, suas possibilidades de impactar no desfecho do processo penal e sua relação com o acordo de não persecução penal e

outros institutos de natureza consensual existentes no Brasil e na América Latina. Busca, também, analisar quais os movimentos e teorias influenciaram a introdução e o desenvolvimento da justiça restaurativa nos contextos mencionados.

- **Prazo submissão: 01 julho de 2022**

Normas:

Os artigos deverão ser cadastrados e enviados pelo site do IBCCRIM (<https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/pagina/7>) contendo folha de rosto com informação sobre o Dossiê ao qual é submetido.

Os textos devem respeitar todas as regras determinadas na Política Editorial da RBCCRIM (<https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/pagina/7>), sob pena de ser rejeitado preliminarmente. A avaliação será feita por meio do sistema de *controle duplo-cego por pares*, de acordo com as diretrizes da Qualis/CAPES.

A equipe editorial da RBCCRIM poderá encaminhar artigos submetidos à chamada geral de fluxo contínuo, que abordem temática relacionada a algum dos dossiês, para a sua avaliação conjunta; os textos já aprovados e em fila para publicação que tratem do tema de algum dos dossiês poderão ser nele publicados.

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

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 indubitado 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. 442, 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.

Diagramação eletrônica:
Thomson Reuters

Impressão e encadernação:
Forma Certa Gráfica Digital Ltda., CNPJ 07.691.829/0001-27

