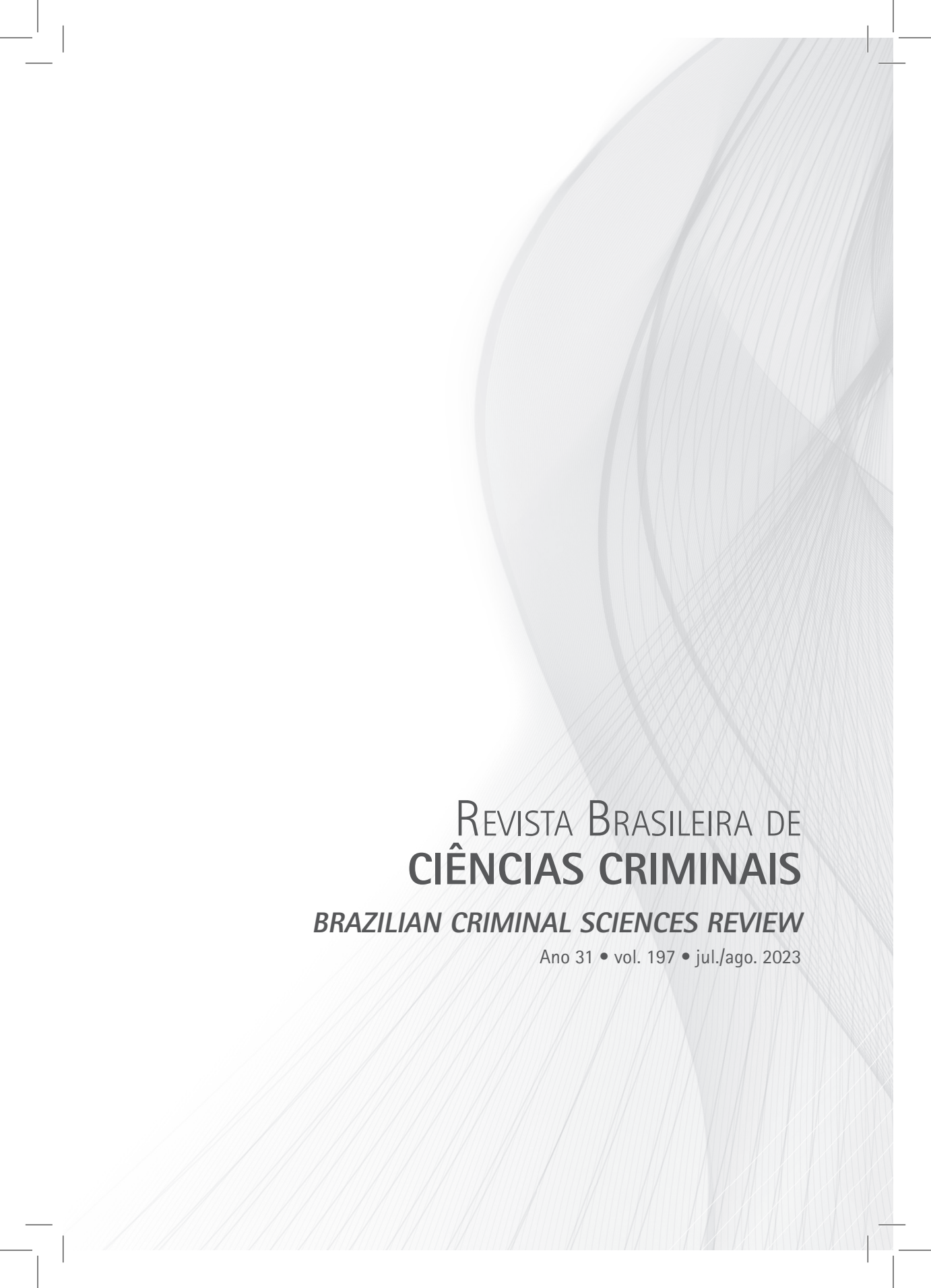


The background of the cover features a large, light gray circle on the right side, with a series of thin, curved lines radiating from its center towards the bottom left corner. The text is centered in the lower half of the page.

REVISTA BRASILEIRA DE **CIÊNCIAS CRIMINAIS**

BRAZILIAN CRIMINAL SCIENCES REVIEW

Ano 31 • vol. 197 • jul./ago. 2023

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 31 • vol. 197 • jul./ago. 2023

Presidência

Renato Stanzola Vieira

Coordenação

André Nicolitt

EQUIPE EDITORIAL DA REVISTA – IBCCRIM

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

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

Editores-executivos:

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

Auxiliar de publicações: Helen Christo (Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM – São Paulo/SP)

CONSELHO EDITORIAL

Adolfo Ceretti (Università degli Studi di Milano-Bicocca – Itália)

Afranio da Silva Jardim (UERJ – Rio de Janeiro/RJ)

Alejandro Aponte (Pontifícia 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 Scaranze Fernandes (USP – São Paulo/SP)

Antonio Vercher Noguera (Universidade de Salamanca – Espanha)

Aury Lopes Jr. (Pontifícia Universidade Católica do Rio

Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS)

Bernardo del Rosal Blasco (Universidade de Alicante – Espanha)

Carlos María Romeo-Casabona (Universidad del País Vasco – Espanha)

Cláudia Maria Cruz Santos (Universidade de Coimbra – Portugal)

Cornelius Prittwitz (Universität Johann Wolfgang Goethe de

Frankfurt – Alemanha)

David Baigún (Universidad de Buenos Aires – Argentina)

Edmundo Hendler (Universidad de Buenos Aires – Argentina)

Emílio García Méndez (Universidad de Buenos Aires – Argentina)

Ernesto Calvanese (Università degli Studi di Milano – Itália)

Esther Gimenez-Salinas I Colomer (Universidad Ramon Llull – ESADE –

Espanha)

Eugenio Raúl Zaffaroni (Universidad de Buenos Aires Argentina)

Fernanda Regina Vilarés (FGV – FGVSP – São Paulo/SP)

Fernando Acosta (University of Ottawa – Canadá)

Fernando Santa Cecilia García (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 Francisco de Faria Costa (Universidade de Coimbra – Portugal)

Juan Felix Marteau (Universidad de Buenos Aires – Argentina)

Juan Pablo Montiel (Universidad de San Andrés – Argentina)

Juarez Cirino dos Santos (UFPR – Curitiba/PR)

Juarez Tavares (UERJ – Rio de Janeiro/RJ)

Kai Ambos (Georg-August-Universität Göttingen – Alemanha)

Leandro Ayres França (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande

do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS)

Luis Alberto Arroyo Zapatero (Universidad de Castilla-La Mancha –

Espanha)

Luis Fernando Niño (Universidad de Buenos Aires – Argentina)

Luiz Regis Prado (UEM – Maringá/PR)

Maria Paz Arenas 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 Araújo (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 (Universidade Complutense de Madrid – Espanha)
Raúl Cervini (Universidade da República do Uruguai – Uruguai)
Salo de Carvalho (Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ – Rio de Janeiro/RJ)
Sergio Moccia (Università di Napoli Federico II – Itália)

Sérgio Salomão Shecaira (Universidade de São Paulo – USP – São Paulo/SP)
Stella Maris Martinez (Universidad de Buenos Aires – Argentina)
Urs Kindhäuser (Universität de Bonn – Alemanha)
Vicente Greco Filho (USP – São Paulo/SP)

CORPO DE PARECERISTAS (DESTE VOLUME)

Andre Carneiro Leão (Faculdade Damas da Instrução Cristã – FADIC – Recife/PE)
Andressa Loli Bazo (Universidade Presbiteriana Mackenzie – UPM – São Paulo/SP)
Artur Barbosa da Silveira (Universidade Presbiteriana Mackenzie – São Paulo/SP)
Augusto Tarradt Vilela (UNISINOS – São Leopoldo/RS)
Camila Belinaso (Universidade LaSalle – LASALLE – Canoas/RS)
Carlos Frederico Braga da Silva (Universidade de Ottawa – Canadá)
Catiane Steffen (Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Vale do Rio dos Sinos/RS)
Clarissa de Baumont (Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – TJRS – Porto Alegre/RS)
Cláudio Ribeiro Lopes (Universidade Federal de Mato Grosso do Sul – UFMS – Câmpus de Três Lagoas)
Fernanda Cavalcanti Costa (Universidade Federal Fluminense – UFF – Rio de Janeiro/RJ)
Fernanda Martins (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS)
Flávio Bortolozzi Júnior (Centro Universitário Autônomo do Brasil – UNIBRASIL – Curitiba/PR)

Jackson Silva Leal (Universidade do Extremo-Sul Catarinense – Unesc – Criciúma/SC)
Leandro Ayres França (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS)
Leonardo Costa de Paula (Universidade Federal do Paraná – UFPR – Curitiba/PR)
Leonardo Massud (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUCSP – São Paulo/SP)
Lucas Catib de Laurentiis (Pontifícia Universidade Católica de Campinas – PUC Campinas – Campinas/SP)
Luiz Antônio Bogo Chies (Universidade Católica de Pelotas – UCPel – Pelotas/RS)
Mariana Garcia Mariana Garcia (Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC – Florianópolis/SC)
Ramiro Gomes von Saltiel (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS)
Rodrigo Faucz Pereira e Silva (Universidade Tuiuti – Curitiba/PR)
Taysa Matos do Amparo (Universidade Federal da Bahia – UFBA – Salvador/BA)
Tiago Caruso (Pontifícia Universidade Católica – PUCSP – São Paulo/SP)

AUTORES(AS) (DESTE VOLUME)

Beatriz Ferruzzi Sacchetin (Universidade Presbiteriana Mackenzie – UPM – São Paulo/SP)
Bruno Cavalcante Leitão Santos (Centro Universitário – CESMAC – Maceió/AL)
Bruno Milenkovich Caixeiro (Pontifícia Universidade São Paulo – PUCSP – São Paulo/SP)
Carlos Hélder Carvalho Furtado Mendes (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS)
Francisco de Assis de França Júnior (Universidade de Coimbra – Portugal)
Gabriel Brezinski Rodrigues (Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ – Rio de Janeiro/RJ)
Jackson Silva Leal (Universidade do Extremo-Sul Catarinense – Unesc – Criciúma/SC)
José Mário Ramos Correia de Araújo (Faculdade de Olinda – FOCCA – Olinda/PE)

M.e Fernando Martinho de Barros Penteado (Pontifícia Universidade São Paulo – PUCSP – São Paulo/SP)
Marcos Afonso Johnner (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS)
Nilo Batista (Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ – Rio de Janeiro/RJ)
Simone de Sá Rosa Figueirêdo (Faculdade Damas da Instrução Cristã – FADIC – Recife/PE)
Túlio Vianna (Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG – Belo Horizonte/MG)
Wagner Amorim Madoz (Centro Universitário de Brasília – UniCEUB – Brasília/DF)
Yuri Felix (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS)

BASES DE DADOS/DIVULGADORES INDEXADOS:



As opiniões expressas nos artigos são de responsabilidade dos autores.

Revista Brasileira de Ciências Criminais
revista@ibccrim.org.br – www.ibccrim.org.br

ISSN 1415-5400

REVISTA BRASILEIRA DE
CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 31 • vol. 197 • jul./ago. 2023

Coordenação (editor-chefe)

ANDRÉ NICOLIT

Publicação oficial do

Instituto Brasileiro de Ciências Criminais



THOMSON REUTERS

**REVISTA DOS
TRIBUNAIS™**

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 31 • vol. 197 • jul./ago. 2023

Presidência

RENATO STANZIOLA VIEIRA

Coordenação (editor-chefe)

ANDRÉ NICOLITT

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

© edição e distribuição da

THOMSON REUTERS BRASIL CONTEÚDO E TECNOLOGIA LTDA.

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 08h às 17h)

Tel. 0800-702-2433

e-mail de atendimento ao consumidor: sacrt@thomsonreuters.com

e-mail para submissão dos originais: aval.artigo@thomsonreuters.com

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

Acesse o nosso eComm

www.livrariart.com.br

Impresso no Brasil: [07.2023]

Profissional

Fechamento desta edição: [22.05.2023]





Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

Diretoria da Gestão 2023/2024

DIRETORIA EXECUTIVA

PRESIDENTE

Renato Stanzola Vieira

1º Vice-Presidente

Maria Carolina de Melo Amorim

2º Vice-Presidente

Vinicius de Souza Assumpção

1º Secretária

Raquel Lima Scalcon

2º Secretário

Bruno Shimizu

3º Secretária

Carina Quito

1º Tesoureira

Camila Torres Cesar

2º Tesoureiro:

Antonio Pedro Melchior

1ª Diretora Nacional das Coordenadorias Regionais e Estaduais

Juliana Sanches Ramos

2ª Diretora Nacional das Coordenadorias Regionais e Estaduais

Luanna Tomáz de Souza

3ª Diretora Nacional das Coordenadorias Regionais e Estaduais

Fernanda Pascoal Valle Bueno de Castilho

CONSELHO CONSULTIVO

MEMBROS

Marina Pinhão Coelho Araújo

André Nicolitt

Ester Judite Rufino

Felipe Cardoso Moreira de Oliveira

Cleunice Aparecida Valentim Bastos Pitombo

Marcos Alexandre Coelho Zilli

OUVIDORA

Alessandra Rapacci Mascarenhas Prado

CONSELHO DE DIVERSIDADE

MEMBROS

Andre Pires de Andrade Kehdi
Clarice Beatriz
Débora Viviane
Isadora Brandão
Lúcia Ribeiro

Marcio Romualdo
Maria Sylvia de Oliveira
Michael Mary Nolan
Priscila França
Priscila Pamela C Santos

DEPARTAMENTOS

ACESSIBILIDADE

Luciana Dias
Luiz Otávio Rodrigo Romeiro

AMICUS CURIAE

Débora Duprat

BIBLIOTECA

Simone Henriques

BOLETIM

Fernando Gardinali

CONVÊNIOS NACIONAIS

Luan Moyano

CONVÊNIOS INTERNACIONAIS

Livia Moscatelli

CURSOS

Daniel Zaclis

ESTUDOS E PROJETOS LEGISLATIVOS

Chiavelli Falavigna

CURSOS IBCCRIM – COIMBRA

Marcelo Ruivo

GRUPO DE ESTUDOS AVANÇADOS (GEAS)

Debora Mota

INFÂNCIA E JUVENTUDE

Ana Paula Freitas

INICIAÇÃO CIENTÍFICA (LABORATÓRIOS)

Camila Forigo

JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA

Monique De Carvalho Cruz

JUSTIÇA RESTAURATIVA

Fabiana Zanatta

MONOGRAFIAS

Ana Cristina Gomes

NOVAS TECNOLOGIAS NA JUSTIÇA PENAL

Maíra Fernandes

POLÍTICA DE DROGAS

Dudu Ribeiro

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

André Nicolitt

SISTEMA PRISIONAL

Roberto Moura

COMISSÃO ORGANIZADORA

29º SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE CIÊNCIAS CRIMINAIS – PRESIDENTES

Diogo Malan
Marta Saad
Marcela Diório
Saulo Mattos
Bartira Miranda

EQUIPE DO IBCCRIM NÚCLEOS DE PUBLICAÇÕES

SUPERVISÃO

Willians Meneses

EQUIPE

Helen Christo

NÚCLEO DE ADMINISTRAÇÃO, EDUCAÇÃO E BIBLIOTECA

SUPERVISÃO

Fernanda Barreto

EQUIPE

Alexandre Soledade de Oliveira

Patrícia Jardim Grellet

Ana Paula da Silva

Hegle Borges da Silva

Anderson Fernandes Campos

NÚCLEO FINANCEIRO

SUPERVISÃO

Roberto Seracinskis

EQUIPE

Andrea Pereira dos Santos

Vanessa dos Santos Lima

Sara Lemos de Oliveira

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

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 31 • vol. 197 • jul./ago. 2023

Diretora de Conteúdo e Operações Editoriais

JULIANA MAYUMI ONO

Gerente de Conteúdo

ANDRÉIA R. SCHNEIDER NUNES CARVALHAES

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

Assistente de Conteúdo Editorial: Juliana Menezes Drumond

Analista de Conteúdo Editorial Júnior: Ana Carolina Francisco

Estagiária: Aline Pavanelli

Produção Editorial

Gerente de Conteúdo

MILISA CRISTINE ROMERA

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

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

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

Estagiárias: Michelle Kwan e Thabata Flausino Almeida

Capa: Andréa Cristina Pinto Zanardi

Adaptação capa: Linotec

Líder de Inovações de Conteúdo para Print

CAMILLA FUREGATO DA SILVA

Gerente de Operações e Produção Gráfica

MAURICIO ALVES MONTE

Analistas de Produção Gráfica: Ana Paula de Araújo Evangelista e Jéssica Maria Ferreira Bueno

SUMÁRIO

DIREITO PENAL

A medida da pena de prisão em abstrato: a competência penal da União Europeia e os argumentos de pretensão legitimadora na Diretiva (2014/57/UE) sobre o abuso de mercado

The measure of imprisonment in the abstract: the criminal competence of the European Union and the arguments of legitimizing pretension in the Directive (2014/57/EU) on market abuse

BRUNO CAVALCANTE LEITÃO SANTOS e FRANCISCO DE ASSIS DE FRANÇA JÚNIOR... 19

O crime de posse de pornografia infantil: considerações a partir da pornografia juvenil produzida em contexto consentido e da pedopornografia simulada

The crime of possession of child pornography: a study based on consensual juvenile pornography and simulated child pornography

GABRIEL BREZINSKI RODRIGUES 61

Racionalidade legislativa em matéria penal: proposta de um modelo de elaboração das leis penais expansivas do poder punitivo

Legislative rationality in criminal matters: proposal of a model for the elaboration of expansive criminal laws of punitive power

MARCOS AFONSO JOHNER..... 97

Dolo sem vontade?!

Criminal malice without intent?!

NILO BATISTA 139

Transplante legal: o domínio da organização em Claus Roxin e na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Legal transplants: the domain of organization in Claus Roxin and in the Supreme Court

SIMONE DE SÁ ROSA FIGUEIRÊDO e JOSÉ MÁRIO RAMOS CORREIA DE ARAÚJO ... 155

PROCESSO PENAL

- Uma análise científicizada ao julgamento do *Habeas Corpus* 166.373 pela corte constitucional pátria: imunologia jurídica?
A scientific analysis of the judgment of Habeas Corpus 166,373 by the Brazilian constitutional court: legal "immunity"?
 BRUNO MILENKOVICH CAIXEIRO..... 187
- Aquisição das fontes de prova penal digital: reflexões a partir do informativo de jurisprudência 763 do STJ
Acquisition of digital criminal evidence sources: reflections based on jurisprudence newsletter 763 of the STJ
 CARLOS HÉLDER CARVALHO FURTADO MENDES e YURI FELIX 215
- O juiz das garantias e o juízo da acusação no procedimento do Tribunal do Júri
The judge of guarantees and the preliminary examination in the Jury Procedure
 FERNANDO MARTINHO DE BARROS PENTEADO 249

CRIMINOLOGIA

- Correlação entre laudos psiquiátricos e sentenças judiciais na determinação de medidas de segurança: dados de São Paulo/SP em 2019
Correlation between psychiatric reports and court sentences in the determination of security measures: data from São Paulo/SP in 2019
 BEATRIZ FERRUZZI SACCHETIN..... 293
- O sonho benthamiano, a prisão rentável e o ciclo da exploração: a subsunção virtual do trabalho ao capital realizada pela prisão
The benthamian dream, the profitable prison and the exploration cycle: the virtual subsumption of labor to capital carried out by prison
 JACKSON SILVA LEAL 339
- Questões de ética na pesquisa criminológica
Ethical issues in criminological research
 WAGNER AMORIM MADOZ 371

DIREITO POR QUEM O FAZ

Parecer: crime de trânsito com concentração de álcool inferior a 0,3 mg/l de ar alveolar: impossibilidade de presunção de culpa e inaplicabilidade qualificadoras previstas nos art. 302, § 3º e art. 303, § 2º do CTB

Legal opinion: traffic offenses with an alcohol concentration lower than 0.3 mg/L of alveolar air: impossibility of presuming reckless and inapplicability of the aggravating circumstances of art. 302, § 3 and art. 303, § 2 of the CTB

TÚLIO VIANNA..... 407

ENTREVISTA

Entrevista do Prof. Dr. Luís Greco a Beatriz Camargo e Guilherme Ceolin, por ocasião da tradução do manual "Roxin/Greco, Strafrecht Allgemeiner Teil – Bd. 1: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre. 5. Aufl. München: Beck, 2020" para o português

Interview with Prof. Dr. Luís Greco by Beatriz Camargo and Guilherme Ceolin on the occasion of the translation of the handbook "Roxin/Greco, Strafrecht Allgemeiner Teil – Bd. 1: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre. 5. Aufl. München: Beck, 2020" into Portuguese

PROF. DR. LUÍS GRECO, LL.M. (1978). Entrevistadores: BEATRIZ CORRÊA CAMARGO e GUILHERME CEOLIN 423

ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO

AUTORES..... 433

TEMAS..... 435

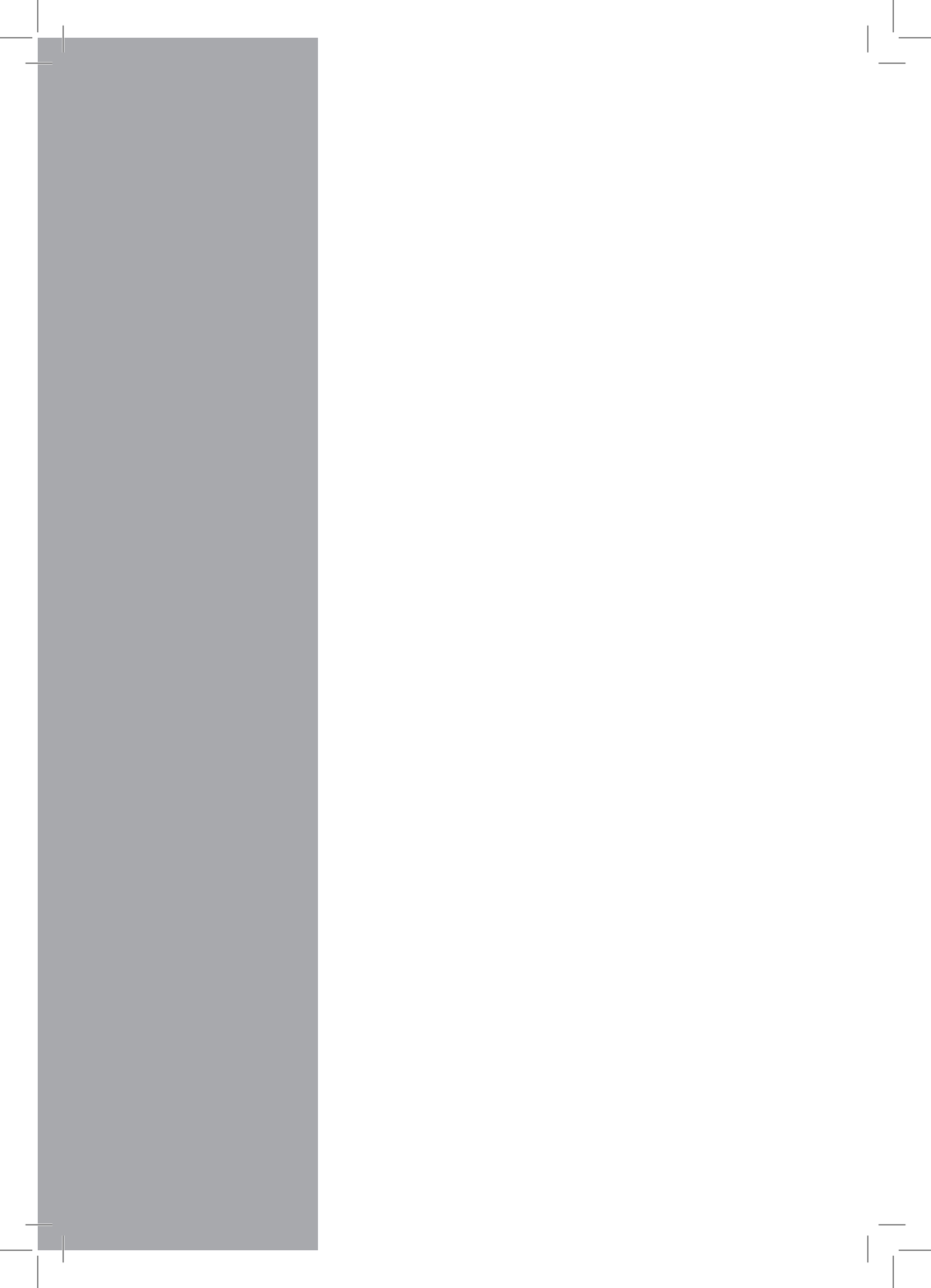
MELHORES AVALIADORES DA REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS (1º SEMESTRE – 2023)..... 439

NORMAS DE PUBLICAÇÃO – REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS 441

DIRETRIZES AO CORPO DE AVALIADORES – REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS	453
CONDIÇÕES PARA SUBMISSÃO (<i>CHECK LIST</i>)	459

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.

Direito Penal



A MEDIDA DA PENA DE PRISÃO EM ABSTRATO: A COMPETÊNCIA PENAL DA UNIÃO EUROPEIA E OS ARGUMENTOS DE PRETENSÃO LEGITIMADORA NA DIRETIVA (2014/57/UE) SOBRE O ABUSO DE MERCADO

THE MEASURE OF IMPRISONMENT IN THE ABSTRACT: THE CRIMINAL COMPETENCE OF THE EUROPEAN UNION AND THE ARGUMENTS OF LEGITIMIZING PRETENSION IN THE DIRECTIVE (2014/57/EU) ON MARKET ABUSE

BRUNO CAVALCANTE LEITÃO SANTOS

Doutor em Direito pela PUC/RS (2019). Mestre em Direito Público pela UFAL (2014). Professor de Direito Penal nos Cursos de Graduação e Pós-graduação do Centro Universitário CESMAC. Líder do Grupo de Pesquisa Sistema Penal, Democracia e Direitos Humanos. Pesquisador do Grupo Direito, Contemporaneidade e Transformações Sociais (CESMAC). Advogado.
ORCID: [<https://orcid.org/0000-0001-7556-2348>].
Lattes: [<http://lattes.cnpq.br/9699629460607799>].
bruno.santos@cesmac.edu.br

FRANCISCO DE ASSIS DE FRANÇA JÚNIOR

Doutorando e Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal. Pós-graduado em Psicologia Jurídica e em Ciências Penais. Professor de Direito Penal e Criminologia no Centro Universitário CESMAC – Maceió/AL. Líder do Grupo de Pesquisa Sistema Penal, Democracia e Direitos Humanos. Advogado.
ORCID: [<https://orcid.org/0000-0002-6958-920X>].
Lattes: [<http://lattes.cnpq.br/2739102277898461>].
francajunior direito@gmail.com

DOI: [<https://doi.org/10.54415/rbccrim.v197i197.382>].

Recebido em: 04.12.2022

Aprovado em: 10.04.2023

Última versão do(a) autor(a): 27.04.2023

ÁREAS DO DIREITO: Processual; Penal

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo principal analisar criticamente os critérios para a determinação da medida da pena em

ABSTRACT: The main objective of this article is to critically analyze the criteria for determining the measure of the punishment in the abstract – that

SANTOS, Bruno Cavalcante Leitão; FRANÇA JÚNIOR, Francisco de Assis de. A medida da pena de prisão em abstrato: a competência penal da UE e os argumentos de pretensão legitimadora na Diretiva (2014/57/UE) sobre o abuso de mercado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 197. ano 31. p. 19-60. São Paulo: Ed. RT, jul./ago. 2023.
DOI: [<https://doi.org/10.54415/rbccrim.v197i197.382>].

abstrato – aquela determinada pelo legislador, portanto –, alinhada ainda às dificuldades e às possíveis consequências da determinação da competência penal da União Europeia pelo Tratado de Lisboa (2007). Como problemáticas centrais no desenvolvimento da pesquisa, questiona-se, por exemplo: quais seriam as bases seguras para a determinação da pena em abstrato? Como entrelaçar coerentemente ordens jurídicas de diferentes culturas? Como harmonizar a necessidade de resolução de problemas que afligem os Estados Membros com os postulados da dogmática jurídico-penal? A hipótese básica que nos serve de parâmetro é a de que existem mais argumentos retóricos (de política criminal) do que fundamentos sólidos (essencialmente dogmáticos) para justificar as sanções de privação da liberdade. Partindo-se do método hipotético-dedutivo, com o auxílio de uma revisão pontual da literatura clássica e contemporânea, sem pretensões de esgotar o assunto, conclui-se que seria necessário reinventarmos uma *teoria da pena* que se coadune com as circunstâncias presentes de um mundo que, para além de regionalizado, está cada vez mais *globalizado*.

PALAVRAS-CHAVE: Medida da pena em abstrato – Privação da liberdade – Competência penal – União Europeia – Teoria da pena.

determined by the legislator, therefore –, still aligned with the difficulties and possible consequences of the determination of the European Union's criminal competence by the Treaty of Lisbon (2007). As central issues in the development of the research, certain questions arise: what would be the safe bases for determining the penalty in the abstract? How to coherently intertwine legal orders from different cultures? How to harmonize the need to solve problems that afflict the Member States with the postulates of legal-criminal dogmatics? The basic hypothesis that serves as a parameter is that there are more rhetorical arguments (of criminal policy) than solid foundations (essentially dogmatic) to justify the sanctions of deprivation of liberty. Thus, starting from the hypothetical-deductive method, with the aid of a punctual review of the classic and contemporary literature, without intending to exhaust the subject, it is concluded that it would be necessary to reinvent a *theory of punishment* that is in line with the present circumstances of a world which in addition to being regionalized is increasingly *globalized*.

KEYWORDS: Measuring the penalty in the abstract – Deprivation of liberty – Criminal competence – European Union; theory of punishment.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Apontamentos sobre as características de um direito penal eminentemente simbólico. 3. A problemática definição da medida da pena de prisão em abstrato: a exigência de uma adequada fundamentação no processo de criminalização e punição. 3.1. Um enfoque na competência penal da União Europeia. 4. Os argumentos da dissuasão, da eficácia e da proporcionalidade no caso paradigmático da Diretiva (2014/57/UE) sobre abuso de mercado. 5. Considerações finais. 6. Referências. 7. Legislação. 8. Jurisprudência.

1. INTRODUÇÃO

A pena de prisão, tal como a conhecemos, apesar de naturalizada no ideário popular contemporâneo, não existe desde sempre. Ela é tributária das inquietações, manifestadas especialmente em meados do século XVIII, contra o exercício do poder punitivo estatal¹. Seu surgimento tem sido apontado como um importante

1. Para contextualizar o período citado, recomenda-se: FARIA COSTA, José de, 2015.

SANTOS, Bruno Cavalcante Leitão; FRANÇA JÚNIOR, Francisco de Assis de. A medida da pena de prisão em abstrato: a competência penal da UE e os argumentos de pretensão legitimadora na Diretiva (2014/57/UE) sobre o abuso de mercado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 197. ano 31. p. 19-60. São Paulo: Ed. RT, jul./ago. 2023.
DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v197i197.382].

avanço civilizacional, tendo se consolidado a partir daí. Evidentemente que, entre a excruciante (e pública) ritualidade da responsabilização daquele período e a proposição da pena de prisão, esta haveria de se destacar como a *mais civilizada* das formas de tentativa de prevenção e de resolução de conflitos.

Não obstante a aparente simplicidade do ato de se determinar penas de prisão para comportamentos que são reprovados socialmente, a privação da liberdade como política estatal impõe inúmeras dificuldades ainda hoje discutidas por doutrinadores, legisladores e julgadores. Seus fundamentos de legitimidade, por exemplo, além de suas reais finalidades, são questões historicamente problemáticas², o que, aqui, há de impor uma espécie de recorte metodológico que, apesar de *aparentemente estreito*, permitirá o aprofundamento recomendado num trabalho como o que se desenvolverá a seguir.

Assim, como se já não bastassem as tormentosas questões que tradicionalmente acompanham o desenvolvimento da dogmática sobre a *teoria da pena* em nível local, a consagração da competência penal da União Europeia, por meio do Tratado de Lisboa (2007)³, acabou por alçar as complexidades existentes a outro patamar. Nesse processo de lapidação de tipos legais de crime, como entrelaçar coerentemente as ordens jurídicas de diferentes culturas? Como harmonizar a necessidade de resolução de problemas que afligem os Estados Membros com os postulados da dogmática jurídico-penal?

Como se percebe, são muitas as questões ainda em aberto e que precisam de uma análise crítica aprofundada sobre como há de se concretizar esse emergente “direito penal da União Europeia”⁴ sem provocar graves rupturas na estrutura da dogmática jurídico-penal. Por isso, nos referimos à necessidade de um recorte metodológico “aparentemente estreito”, que nos permitisse, ao menos em parte, intermediar esse inevitável *diálogo*. Nossa problematização, portanto, residirá no processo legislativo e, mais especificamente, recairá sobre os fundamentos e critérios para a quantificação das penas de prisão em abstrato. É nessa direção que, a partir de uma pontual revisão bibliográfica, nosso trabalho estará orientado.

A primeira manifestação da competência penal atribuída à União Europeia traduziu-se na Diretiva 2014/57/UE, que – dito a traço grosso – trata das *infrações* e das *sanções penais* aplicáveis aos casos de *abuso de mercado*⁵. Parece-nos ter an-

2. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, 2012, p. 43 e ss.; CORREIA, Eduardo, 2007, p. 39 e ss. FARIA COSTA, José de, 2005, p. 205 e ss.

3. LOPES PORTO, Manuel; ANASTÁCIO, Gonçalo, 2012.

4. RODRIGUES, Anabela Miranda, 2008.

5. UNIÃO EUROPEIA. *Diretiva 2014/57/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 16 de abril de 2014 – relativa às sanções penais aplicáveis ao abuso de informação privilegiada e à*

SANTOS, Bruno Cavalcante Leitão; FRANÇA JÚNIOR, Francisco de Assis de. A medida da pena de prisão em abstrato: a competência penal da UE e os argumentos de pretensão legitimadora na Diretiva (2014/57/UE) sobre o abuso de mercado.

Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 197. ano 31. p. 19-60. São Paulo: Ed. RT, jul./ago. 2023.

DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v197i197.382].

dado mal o legislador europeu⁶. Nela, além de não explicitados os critérios para as estabelecidas penas de prisão, não restou devidamente fundamentada a própria convocação do direito penal. Os pretextos genéricos da *dissuasão*, da *eficácia* e da necessidade de *uniformização* do sistema de proteção dos interesses financeiros comunitários não estão suficientemente justificados.

É nesse sentido que – para que deixemos clara a dinâmica do desenvolvimento da pesquisa que segue –, embora apresentemos uma proposta de análise crítica sobre os fundamentos e os critérios de uma alegada legitimação da *medida da pena em abstrato*, pareceu-nos inevitável, em determinados momentos, transitar entre esta e alguns dos meandros da pretensão legitimadora do próprio processo de criminalização, tendo em vista possuírem, como é evidente, incontornáveis vínculos jurídico-dogmáticos.

Feitas as considerações introdutórias sobre o percurso que se inicia, não haveremos de nos comprometer com a apresentação de *fórmulas definitivas*. Não dispomos de *algoritmos* solucionadores das grandes questões que a dogmática jurídico-penal nos apresenta contemporaneamente, porquanto estamos aqui diante de um ramo em construção. Nosso trabalho visa contribuir com reflexões críticas que nos parecem ser úteis na manutenção e no alargamento de um verdadeiro *espaço de liberdade, segurança e justiça*. Tudo na exata medida dos valores garantidos pelo *Título V* do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia⁷.

2. APONTAMENTOS SOBRE AS CARACTERÍSTICAS DE UM DIREITO PENAL EMINENTEMENTE SIMBÓLICO

A estruturação e o desenvolvimento do direito penal no curso da história incluem necessariamente “duas realidades nucleares, elementares e indissociáveis, quais sejam: o crime e a pena”⁸. São, segundo José de Faria Costa⁹, duas “realidades

manipulação de mercado (abuso de mercado). Disponível em: [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0057&from=PT]. Acesso em: 05.11.2022.

6. Daqui por diante, sempre que nos referirmos ao “legislador europeu” (o Parlamento Europeu e o Conselho da União Europeia), estamos a indicar aquele a quem foi dada a competência penal a partir do Tratado de Lisboa, em 2007.
7. UNIÃO EUROPEIA. *Tratado sobre o funcionamento da União Europeia*. Disponível em: [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=PT]. Acesso em: 05.11.2022.
8. FARIA COSTA, José de, 2015, p. 5.
9. FARIA COSTA, José de, 2015, p. 5.

que vivem em mutação constante dentro da própria história e que são por ela moldadas ou conformadas”. Para o catedrático de Coimbra, “é, por conseguinte, dentro do tempo histórico, e não baseados em qualquer *epoché* ou em qualquer outro ‘tempo’, que temos de perceber o crime e a pena”¹⁰. Um trabalho sobre a dogmática jurídico-penal estará, portanto, sempre preocupado com tais contingências.

Dessa maneira, como também destacou Américo Taipa de Carvalho¹¹, para além de assumir uma “tarefa meramente técnica, dogmática e não interveniente”, é preciso que nos preocupemos em identificar o contexto sociocultural com o qual se relaciona o direito penal no tempo em que é estudado. A história há de nos auxiliar nessa tarefa de dialogar com a “‘lógica’ dello ‘spirito del tempo’”¹². Mais contemporaneamente, para irmos direto ao ponto – já que, pela natureza do trabalho que aqui se desenvolve, não nos é dado realizar uma pormenorizada análise histórica –, é do *perigo* que mais se tem falado¹³.

Ocorre que, por conta dessa preocupação, a abertura proporcionada pela dogmática jurídico-penal, sobretudo com a Revolução Industrial, no sentido de abarcar determinados tipos legais de crime, cujos objetos de preocupação são bens e valores de natureza abstrata, impôs enormes desafios na tentativa de manter o sistema funcionando coerentemente¹⁴. Incriminações muito controvertidas se consolidaram a partir daí, especialmente no que se refere à tutela dos interesses econômicos¹⁵. O Estado, pressionado socialmente, optou por não mais aguardar a aparição de danos efetivos, antecipando-se, portanto, a eventuais prejuízos¹⁶.

Nesse contexto, a atividade do legislador penal contemporâneo haveria de ficar, ao menos em tese, cada vez mais cuidadosa e conectada com as discussões em curso, quer seja com aquelas travadas no âmbito dos tribunais, quer seja com aquelas ocorridas na doutrina. No entanto, em boa medida, não é o que temos observado. Como há décadas constatava José Joaquim Gomes Canotilho¹⁷, temos “muitas e

10. FARIA COSTA, José de, 2015, p. 6.

11. TAIPA DE CARVALHO, Américo, 1985, p. 9-12.

12. Lógica do espírito da época (tradução livre) Cf. DE LALLA, Paolo, 1978, p. 525.

13. Para uma melhor compreensão do contexto: FARIA COSTA, José de, 2000. Recomendam-se também: FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, 2002; LOUREIRO, João Carlos, 2001, p. 797-891; e, por fim, numa perspectiva essencialmente sociológica, tem-se ainda: BECK, Ulrich, 2011.

14. BOTTINI, Pierpaolo Cruz, 2013.

15. Veja-se, em especial: AIRES DE SOUSA, Susana, 2006.

16. FARIA COSTA, José de, 2000, p. 358 e ss.

17. GOMES CANOTILHO, José Joaquim, 1984, p. 6.

muitas leis, muitas e demasiado más leis no conteúdo e na forma”. Infelizmente, temos de reconhecer que o problema persiste ainda hoje, com desdobramentos que devem nos preocupar.

François Ost¹⁸, por sua vez, conclui estarmos diante de uma “normatividade flexibilizada”, que seria “própria de um direito ‘mole, vago, no estado gasoso’”. Utilizando-se da conhecida metáfora de Karl Popper¹⁹ sobre “relógios” (mecânicos e previsíveis) e “nuvens” (aleatórias e imprevisíveis), o autor aduz ainda que, diante de um “tempo meteorológico”, o pior cenário seria aquele em que “o acaso da regulação significa desinstituição e perda de referências”. Teríamos, pois, insinuará Ost²⁰ mais adiante, uma “inflação legislativa” com “obsolescência programada dos textos”.

Não à toa, José de Faria Costa e Bruno de Oliveira Moura²¹, que apontam para “um sensível empobrecimento material e formal do princípio da legalidade”, aduzem que:

“enquanto as leis de conteúdo incriminador se multiplicam, rápida e de jeito desordenado, para não dizermos caótico, de tal sorte que, em muitas circunstâncias, nem os meios informáticos nos podem dar, com segurança, a certeza de que uma determinada norma está ou não em vigor, os seus intérpretes tendem a assumir cada vez mais um trabalho de correção justicialista que introduz uma elevada dose de arbitrariedade e decisionismo na sua aplicação.”

Há, inegavelmente, nos dias atuais, um claro esgarçamento de nossa capacidade de acompanhar toda essa *produção legislativa*²², mormente em matéria penal, o que nos leva a questionar se tudo isso seria realmente necessário na tentativa de lidar com os conflitos sociais alegadamente graves. O fato é que o rigor das características que definem a *legalidade*²³, que tem como função primeva a garantia

18. OST, François, 2001, p. 323.

19. POPPER, Karl, 1991, p. 319 e ss.

20. OST, François, 2001, p. 358.

21. FARIA COSTA, José de, 2016, p. 96.

22. Dito aqui no sentido mais amplo, uma vez que, também o Poder Executivo tem assumido essa função, digamos que, legiferante. FARIA COSTA, José de; MOURA, Bruno, 2016, p. 97. Veja-se ainda: KADRI, Omar Francisco do Seixo, 2004.

23. Não nos é dado esquecer, porém, da crítica anunciada por Hans Welzel sobre a errônea e perigosa crença de que o tratamento do Direito Penal seria um assunto de mera “técnica jurídica”. Sabemos que não o é. Para o professor de Bonn, erram aqueles que, sob a perspectiva positivista, cômoda, contemplativa e asséptica, supõem que o direito é, em

jurídica²⁴, ao menos em um Estado (que se pretende) de direito democrático, está colocado à prova, especialmente a partir da consagração, pelo Tratado de Lisboa (2007), da (nova) competência penal da União Europeia.

É nesse tipo de contexto que se pode vir a favorecer um terreno fértil para a disseminação de um *direito penal de natureza eminentemente simbólica*, ou seja – para que nos situemos na polissemia ínsita à expressão convocada –, de instrumentos cuja função está consubstanciada tão somente no discurso, mas não na resolução efetiva dos problemas que lhes serviram de impulso. Com legisladores dependentes do voto popular, na ânsia por soluções do tipo *definitivas*, não tem sido rara a opção pela “mera oportunidade política”²⁵.

Como destacado por Jesús-María Silva Sánchez²⁶, influenciado por Winfried Hassemer:

“esta función simbólica o retórica de las normas penales se caracteriza por dar lugar, más que a la resolución directa del problema jurídico-penal (a la protección de bienes jurídicos), a la producción en la opinión pública de la impresión tranquilizadora de un legislador atento y decidido.”

Já para João Carlos Loureiro²⁷, “hipóteses tradicionais de legislação simbólica” seriam aquelas “em que, por várias razões, se cria legislação incapaz de, de modo relevante, conformar a realidade, sendo a norma sistematicamente inobservada”.

sua integralidade, um produto do legislador, e arremata que: “o legislador pode administrar arbitrariamente a matéria jurídica e que a dogmática jurídica é, portanto, apenas a elaboração técnica dessa matéria jurídica ‘causal’. Se isso fosse verdade, então as palavras do procurador do estado, von Kirchmann, sobre a ciência jurídica seriam corretas: ‘três palavras corretivas do legislador e bibliotecas inteiras se tornam folhas impressas inúteis’. [...] O legislador não é de forma alguma onipotente, e está vinculado a certos limites dados em matéria de direito. Encontrar e trazer esses limites ao conhecimento é a missão de uma tarefa científica do direito penal.” (tradução livre) Cf. WELZEL, Hans, 1956, prólogo.

24. Sobre as demais características, vale a leitura de: CASTANHEIRA NEVES, António, 1988, p. 7 e ss.

25. LOUREIRO, João Carlos, 2010, p. 226. O autor ventila essa possibilidade, não a indica como tendência, assim como o fizemos. Ademais, sobre o contexto, ele nos remete a: NEVES, Marcelo, 2007.

26. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, 1992, p. 305.

27. LOUREIRO, João Carlos, 2010, p. 226.

Também lastreada em Winfried Hassemer, Inês Fernandes Godinho²⁸, por sua vez, perspectiva como *simbólica* “uma norma penal cuja função latente ultrapassa a função manifesta”, sendo tal norma “aquela em relação à qual é expectável que, através dela e da sua aplicação sejam realizados outros propósitos que não aqueles por si enunciados”. Na sequência, a autora rememora a lição de Carbonell Mateu²⁹, para quem “todo el abuso del Derecho penal y, de manera específica, el recurso al llamado Derecho penal simbólico constituye algo que me parece más grave que cualquier otra cosa: la ‘banalización’ de la libertad”³⁰.

Em bom rigor, pelo que nos esforçamos para resumir, diante dos critérios estabelecidos pelo próprio sistema, é de se resguardar ao máximo a utilização do direito penal³¹, sobretudo quando uma de suas consequências mais gravosas se destina à privação da liberdade das pessoas. O que se espera de um processo legislativo, portanto, é que se fundamente suficiente e coerentemente o mecanismo invasivo adotado na tentativa de prevenir ou de resolver determinados conflitos. Uma legislação penal simbólica “constituye además una manifestación especialmente clara de un Derecho penal de connotación ‘educativa’ o ‘ético-social’”³².

Um *direito penal simbólico* – precipitado e sem a devida fundamentação, repise-se –, ao ser prestigiado, estaria a colocar em xeque a ideia de que, numa democracia, esse seria um instrumento que, como pontuou Claus Roxin³³:

“solo es incluso la última de entre todas las medidas protectoras que hay que considerar, es decir que sólo se le puede hacer intervenir cuando fallen otros medios de solución social del problema – como la acción civil, las regulaciones de policía o jurídico-técnicas, las sanciones no penales, etc.”³⁴

28. GODINHO, Inês Fernandes, 2016, p. 81-82.

29. CARBONELL MATEU, Juan Carlos, 2001, p. 139.

30. Todo o abuso do direito penal e, concretamente, o recurso ao chamado direito penal simbólico constitui algo que me parece mais grave do que qualquer outra coisa: a ‘banalização’ da liberdade (tradução livre).

31. E da própria pena de prisão, como diremos na sequência, quase sempre a alternativa colocada à mão do sistema de controle e de punição, como se fossem expressões sinônimas (direito penal = prisão).

32. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, 1992, p. 306.

33. ROXIN, Claus, 1997, p. 65-66.

34. É mesmo apenas a última de todas as medidas protetivas que deve ser considerada, ou seja, só pode ser feita para intervir quando falham outros meios de solução social para o problema – como a ação civil, a polícia ou os regulamentos técnico-jurídicos, sanções não penais etc. (tradução livre).

O autor³⁵ destaca ainda que este tipo de limitação ao uso do direito penal “se desprende del principio da proporcionalidad”³⁶, pois sua violação haveria de vulnerar “la prohibición de exceso”³⁷.

Bem se vê que, muito longe de ser uma tarefa das mais simples, “mil e uma responsabilidades arcam os ombros largos do legislador penal”³⁸. Não obstante, apesar das complexidades, as leis de natureza penal espalham-se, dentro e fora de regimes pretensamente democráticos, e o fazem com ainda maior facilidade em países periféricos, como, aliás, é o caso do Brasil³⁹. Para o futuro, com esse já sedimentado alargamento da competência penal, agora também exercida em nível regional – com todo destaque para o espaço europeu –, as preocupações tendem a ficar ainda mais intensas, tanto com a *quantidade* quanto com a *qualidade* do que se está a produzir⁴⁰.

Diante do quadro que desenhamos, ainda que de maneira reconhecidamente palmar, a *profecia* oferecida por Jorge de Figueiredo Dias⁴¹ merece, no fechamento deste capítulo, ser destacada. Para o autor, não seria arriscado “profetizar que, considerado o processo global da criminalização/descriminalização, o direito penal do futuro assistirá a um incremento – o menos lato possível, confio, mas de todo o modo sensível – da mancha da criminalização”. Com tal alargamento, “torna-se igualmente previsível que os índices da criminalidade registrada – por toda a parte em crescimento contínuo desde há décadas – continuarão a aumentar”.

Em sendo assim, ou tomamos os cuidados devidos agora no sentido de contermos avanços desarrazoados e desproporcionais do sistema de controle e de punição, ou arcamos, num futuro não muito distante, com as consequências de um ambiente em que a privação da liberdade, também na teoria, acabe (infelizmente!) perspectivada como uma regra.

35. ROXIN, Claus, 1997, p. 65-66.

36. Decorre do princípio da proporcionalidade (tradução livre).

37. A proibição do excesso (tradução livre).

38. CUNHA, Paulo Ferreira da, 2013, p. 154.

39. GOMES, Luiz Flávio; GAZOTO, Luís Wanderley, 2016.

40. Ressalta essa necessidade de nos preocuparmos com os rumos do direito penal pós-Lisboa: RODRIGUES, Anabela Miranda, 2017, p. 320-334. Recomenda-se ainda a interessante abordagem de Juan Pablo Montiel Fernández em: FERNÁNDEZ, João Carlos Montiel, 2009, p. 123-174.

41. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, 2013, p. 269.

SANTOS, Bruno Cavalcante Leitão; FRANÇA JÚNIOR, Francisco de Assis de. A medida da pena de prisão em abstrato: a competência penal da UE e os argumentos de pretensão legitimadora na Diretiva (2014/57/UE) sobre o abuso de mercado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 197. ano 31. p. 19-60. São Paulo: Ed. RT, jul./ago. 2023.
DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v197i197.382].

3. A PROBLEMÁTICA DEFINIÇÃO DA MEDIDA DA PENA DE PRISÃO EM ABSTRATO: A EXIGÊNCIA DE UMA ADEQUADA FUNDAMENTAÇÃO NO PROCESSO DE CRIMINALIZAÇÃO E PUNIÇÃO

Consideradas algumas das preocupações que entendíamos como pertinentes para que não se permita que o direito penal, sobretudo com o alargamento dessa competência no espaço europeu, siga pelo caminho *mais fácil*, numa espécie de *demagogia legiferante*, importa-nos, a partir de agora, lançar nossa atenção na *realidade* da pena, especialmente, na de prisão. É sobre ela que nos debruçaremos com o intuito de refletir sobre os fundamentos e critérios (ou técnicas) que devem ser levados em conta no momento da determinação de sua moldura em abstrato. Logo, estaremos situados exclusivamente no âmbito de seu processo *legislativo*.

Dadas as circunstâncias – que não nos permitem um trabalho de natureza mais alargada –, apesar de reconhecermos sua importância, não haverá espaço para que reflitamos sobre a medida da pena no processo de sua concreta aplicação, ou seja, no seu “momento judicial”. A determinação da medida concreta da pena – ao menos em ambiente que se pretende democrático –, ou, se quisermos, da medida da pena em *sentido estrito*, também está repleta de questões que exigem certo tempo, espaço e disposição acadêmica para uma qualificada articulação das diversas problemáticas que o tema nos apresenta⁴².

Tais preocupações sobre as *consequências jurídicas do crime*, longe de se resumir a uma mera discussão teórica, são de uma importância prática fundamental, possuindo, aliás, para que não parem dúvidas, “exactamente a mesma hierarquia jurídico-científica que a doutrina do crime”⁴³. O que nos foi permitido observar durante a pesquisa bibliográfica é que tem sido mais fácil encontramos trabalhos sobre os critérios para a determinação da pena em *sentido estrito* do que sobre sua elaboração legal. Os debates sobre a determinação da *moldura penal*, com a qual – é sempre bom frisarmos – se vinculará o juiz, ainda são escassos e, por isso, mereceram nossa dedicada atenção.

É, portanto, a partir dessa constatação que nos parece absolutamente correta a crítica feita por José Luis Díez Ripollés⁴⁴:

42. Sobre a temática – de onde, aliás, retiramos a expressão entre aspas –, com a profundidade necessária, por todos, recomenda-se: RODRIGUES, Anabela Miranda, 1995. Para consultar opúsculos também importantes, recomenda-se: FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, 2006; FERREIRA, Manuel Cavaleiro de, 1939.

43. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, 1993, p. 41.

44. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, 2005, p. 16.

“certamente resulta incongruente que o controle decisório tenha sido confinado ao âmbito de aplicação do Direito, enquanto o seu processo de criação tenha ficado à margem de qualquer controle material, ou ao menos formal, digno de consideração.”

Na perspectiva do autor⁴⁵, com a qual, aliás, concordamos, “só a instrumentalização de um adequado controle da racionalidade legislativa permitirá a defesa desta ante as tendências sempre presentes do irracionalismo voluntarista”.

Perceba-se que, como destacou Maria João Antunes⁴⁶, em primeiro lugar,

“ao legislador cabe estatuir as molduras penais cabidas a cada tipo de factos que descreve na parte especial do CP e na legislação extravagante, valorando a gravidade máxima e mínima que cada um daqueles tipos de factos pode presumivelmente assumir.”

Na sequência, ao juiz incumbe:

“determinar a moldura cabida aos factos dados como provados no processo; encontrar aí a pena concreta em que o agente da prática do crime deve ser condenado; escolher a espécie ou o tipo de pena a aplicar concretamente, sempre que o legislador tenha previsto mais do que uma.”

Nesse passo, a pena, sobretudo a de prisão – que é a que nos interessa, por impactar diretamente no exercício de direitos e garantias fundamentais –, exige-nos um considerável esforço de fundamentação para que se obtenha algum tipo de validade. Logo, tanto a determinação da *moldura penal* quanto a da *pena em concreto* requerem, de *legisladores e juízes*, ao menos em um sistema de raiz democrática, justificativas públicas, racionais e coerentes com o exercício de suas atividades. Sobretudo quando sabemos que, no caso dos países que aboliram formalmente a pena de morte⁴⁷, a utilização da pena de prisão representa a providência estatal mais invasiva contra o cidadão, o que, por consequência, requer a devida e suficiente *fundamentação*.

Apesar de estarmos a discorrer sobre o tema da pena de prisão de uma maneira geral, o que há de nos interessar mais especificamente são os critérios e a necessidade

45. Díez RIPOLLÉS, José Luis, 2005, p. 86.

46. ANTUNES, Maria João, 2013, p. 38.

47. É o caso, por exemplo, de Portugal. Conforme prescreve o art. 24.º da Constituição da República.

SANTOS, Bruno Cavalcante Leitão; FRANÇA JÚNIOR, Francisco de Assis de. A medida da pena de prisão em abstrato: a competência penal da UE e os argumentos de pretensão legitimadora na Diretiva (2014/57/UE) sobre o abuso de mercado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 197. ano 31. p. 19-60. São Paulo: Ed. RT, jul./ago. 2023.
DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v197i197.382].

de fundamentação quanto à sua escala de gravidade. Caso exista uma fundamentação suficiente do legislador quanto ao uso do direito penal sobre um determinado tipo de conflito, nosso pressuposto (que é o que nos parece ser a *lógica do sistema*) é o de que isso não o exime de também ter de fundamentar a escala encontrada para a pena correspondente ao conflito criminalizado. Ocorre que esse tipo de providência tem sido negligenciado.

Um dever de fundamentação tão amplo quanto possível, a abarcar toda a administração pública, nos seus mais variados níveis, é próprio de um ambiente que preza pelos valores democráticos, já que nos ajuda a perceber a motivação, que se pressupõe idônea, do agente público no exercício de suas funções. Para Edgardo Alberto Donna⁴⁸, “el fundamento obligatorio de las sanciones se confunde con el deber ser, ya que ellas surgen de la voluntad del legislador, que se expresa en una ley concreta”⁴⁹. Nesse sentido, ainda, segundo o autor, “se puede decir que el fundamento del deber ser es la ley dictada conforme a la Constitución”⁵⁰. Logo se conclui que a referência ao Estado de Direito é mais que óbvia.

Não nos parece, portanto, ter sido ao acaso que a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, no seu artigo 41.º, mais propriamente na alínea c – a exemplo do que também prevê o artigo 296.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia –, tenha prescrito a obrigação, dos que compõem a Administração Pública, de fundamentar suas decisões. Segundo Cláudia Viana⁵¹, esse, aliás, “tem sido um dos direitos mais desenvolvidos pelo TJUE [Tribunal de Justiça da União Europeia]”, para o qual o grau da exigência vai variar “em função das circunstâncias do caso concreto”. Sendo assim, é de nos questionarmos: por que essa exigência não haveria de valer também para a atividade legislativa?

Ademais, não é à toa que Michael Köhler⁵² desenvolve o raciocínio de que “a adequada fundamentação jurídica da sanção penal abrange necessariamente também o princípio da dosimetria da pena (qualidade e quantidade)”. Com amparo em Feuerbach, o professor emérito de Hamburgo, na Alemanha, sustenta ainda que as fundamentações das penas, tanto em abstrato quanto em concreto, estão

48. DONNA, Edgardo Alberto, 1996, p. 2.

49. O fundamento obrigatório das sanções se confunde com o dever de ser, pois decorrem da vontade do legislador, que se expressa em lei específica (tradução livre).

50. Pode-se dizer que o fundamento do dever de ser é a lei promulgada de acordo com a Constituição (tradução livre).

51. VIANA, Cláudia, 2013, p. 488.

52. KÖHLER, Michael, 2014, p. 77.

correlacionadas, e “se os parâmetros utilizados para a determinação, por exemplo, da concreta pena privativa de liberdade se distanciarem dos parâmetros de fundamentação da pena em abstrato, tal modo de proceder deverá ser rejeitado como uma contradição insustentável”. O grande problema, com o qual aqui estamos a trabalhar, repise-se, é justamente saber os reais fundamentos da medida da pena em abstrato.

Constate-se que, *grosso modo*, a pena em abstrato traduz o grau de relevância que determinados bens ou valores *aparentam possuir* no regular funcionamento da dinâmica social⁵³. Como uma de suas principais finalidades precípua é a proteção de tais bens ou valores⁵⁴, é na observância da atuação estatal diante de determinados comportamentos contra aqueles que percebemos o quão importante lhes parecem ser, por exemplo, a vida, a dignidade, a liberdade, o patrimônio, e assim por diante. Dito mais incisivamente: a moldura penal dos crimes há de nos dizer “cuál es la posición de un bien jurídico en relación con otro”⁵⁵.

Sobre a questão, diz-nos Patricia S. Ziffer⁵⁶ que: “Dreher ha sostenido que el marco penal configura una escala de gravedad continua en la que el legislador establece todos los casos posibles, desde el más leve hasta el más grave que se pueda concebir, y de crecimiento paulatino.”⁵⁷

A principal consequência dessa escala de gravidade contínua, segundo a autora⁵⁸, é parametrizar o limite inferior para casos mais leves, intermediários para tais casos, bem como, no máximo para casos mais graves. Mas isso também não passa

53. Utilizamos a ideia de que tais bens ou valores “aparentam possuir” relevância social apenas para que deixemos em evidência o fato de que determinados tipos legais de crime (são criados ou) persistem no ordenamento não propriamente por destacada relevância social, mas por pura conveniência política. Veja-se, por exemplo, a contravenção do jogo do bicho no Brasil. Prática, aliás, já absorvida socialmente, mas que permanece tipificada pelo art. 58 do Decreto-Lei 3.688, de 3 de outubro de 1941.

54. Não teremos espaço para as inúmeras teorias que estão relacionadas às finalidades das penas, até mesmo porque fugiria ao nosso propósito, razão pela qual nos utilizamos de uma perspectiva mais palmar. De todo modo, a ideia de legitimação da pena está ligada à sua própria finalidade. Sobre tais teorias, de maneira concisa e rigorosa, recomenda-se: FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, 2012, p. 43 e ss.

55. ZIFFER, Patricia S., 2013, p. 37.

56. ZIFFER, Patricia S., 2013, p. 37.

57. Dreher tem defendido que o quadro penal configura uma escala de severidade contínua em que o legislador estabelece todos os casos possíveis, dos mais leves aos mais graves que se possa conceber, e de crescimento gradativo (tradução livre).

58. ZIFFER, Patricia S., 2013, p. 38.

imune às críticas, tendo em vista a dificuldade em se mensurar o grau de sofrimento humano que a imposição de uma pena inevitavelmente proporciona.

Desse modo, o que, na realidade, há de significar o tempo de prisão sobre uma pessoa?⁵⁹ Para François Ost⁶⁰, o tempo “apresenta uma realidade objectiva, tão bem ilustrada pelo curso das estrelas, pela sucessão do dia e da noite, ou pelo envelhecimento do ser vivo”. Assim como, prossegue o autor, “também é verdade que depende da experiência mais íntima da consciência individual que pode experimentar um minuto de relógio, ora como tempo interminável, ora como como instante fulgurante”. A resposta, portanto, depende das circunstâncias. Como não nos deixa esquecer Albert Einstein⁶¹:

“quando um homem se senta ao lado de uma moça bonita, durante uma hora, tem a impressão de que passou apenas um minuto. Deixe-o sentar-se sobre um fogão quente durante um minuto somente – e esse minuto lhe parecerá mais comprido que uma hora. – Isso é relatividade.”⁶²

Se sustentarmos, por exemplo, a ideia de que a pena essencialmente serve para ressocializar⁶³, o que se deve fazer se tal desiderato for constatado antes do tempo

59. Reflexões a esse respeito podem ser exploradas com alguma profundidade em: MOSCONI, Giuseppe, 1997.

60. OST, François, 2001, p. 12.

61. EINSTEIN, Albert, 2002, p. 100.

62. Sobre as perspectivas sobre o tempo e sua medida é inolvidável a observação do poeta português Fernando Pessoa: “Não sei o que é o tempo. Não sei qual a sua verdadeira medida, se é que a possui. A dos relógios, sei que é falsa. Divide o tempo especialmente, de fora. A das emoções, sei que é falsa: não divide o tempo, mas a sensação do tempo.” (PESSOA, Fernando, 1988, p. 222. Mais desenvolvidamente, de onde, aliás, retiramos a passagem supra, com a perspectiva de que “o tempo é antes do mais uma construção social – e, logo, uma questão de poder, uma exigência ética e um objecto jurídico”, recomenda-se: OST, François, 2001, p. 12-24.

63. É certo que, propositalmente, renunciamos ao desenvolvimento de uma análise acurada das finalidades da pena. Abrir esse debate nos pareceu alongar demasiadamente a problemática proposta. Ainda que julguemos importante essa discussão, manter o foco especificamente na mensuração da pena, legitimada ou não por suas alegadas finalidades, é providência que se impõe pela natureza da presente investigação. Assim, legitimada ou não, a pena é uma realidade, de modo que discutir critérios para sua mensuração parece ser providência mais urgente e necessária no presente estágio evolutivo. Como se estivessemos tentando articular uma espécie de política de “redução de danos”. Talvez numa tese de doutoramento todos esses temas devessem estar exaustivamente dispostos no desenvolvimento da pesquisa. O exemplo e o raciocínio que se desenvolve sucintamente

que lhe foi determinado? Resta-nos evidente que, seja como for, “pena é tempo e tempo é pena”⁶⁴. Não é por mero acaso que, amparado em R. Sue, a obra de François Ost⁶⁵ destaca que “o verdadeiro detentor do poder é aquele que está em posição de impor aos outros componentes sociais a sua construção temporal”.

Nessa senda, diz-nos Ana Messuti⁶⁶ que, para os penalistas, os questionamentos que fizemos parecem estar no âmbito de tema abstrato, pontualmente vinculados a problemas que os preocupam. A autora observa que “cuando se habla del tiempo de la pena se habla de números, como si los números pudieran decirnos algo de lo que sucede durante el tiempo que miden”⁶⁷, como se a pré-compreensão do tempo de pena se referisse apenas a um cálculo.

A realidade é que, como bem observa Vincenzo Guagliardo⁶⁸, “la lógica de la memoria adulta se encuentra en el transcurso del tiempo, procede de acuerdo con una secuencia que nos viene de la lectura del calendario, del reloj”⁶⁹. Segundo o autor, os muros dos espaços de encarceramento são famosos pelos símbolos que registram os dias lá vividos. Nesse contexto, para ele:

“perderse en el tiempo es como perderse en el espacio. El encarcelado descubre este lado terrible de la relatividad: mientras más largos sean los días, más cortos son los años transcurridos puesto que si el espacio físico que se nos concede es restringido, el tiempo no vuela, sino que se dilata en la monstruosidad del segundo que nunca termina.”⁷⁰

adiante servem apenas ilustrar as dificuldades argumentativas no âmbito da problemática proposta.

64. PASTOR, Daniel, 2002, p. 85.

65. OST, François, 2001, p. 27; SUE, Roger, 1994, p. 20.

66. MESSUTI, Ana, 2012, p. 34-35. Como há de se perceber, para a autora, o tempo se constitui no mais destacado significante da pena. Em língua portuguesa: MESSUTI, Ana, 2003, p. 33 e ss.

67. Ao falar sobre o tempo de punição, estamos nos referindo a números, como se os números pudessem nos dizer algo sobre o que acontece durante o tempo que eles medem (tradução livre).

68. GUAGLIARDO, Vincenzo, 2013, p. 169.

69. A lógica da memória adulta encontra-se no decorrer do tempo, segue uma sequência que nos chega da leitura do calendário, do relógio (tradução livre).

70. Perder-se no tempo é como se perder no espaço. O prisioneiro descobre esse lado terrível da relatividade: quanto mais longos os dias, mais curtos os anos decorridos, pois se o espaço físico que nos é concedido é restrito, o tempo não voa, mas se expande na monstruosidade do segundo. Isso nunca acaba (tradução livre). Ver GUAGLIARDO, Vincenzo, 2013, p. 169.

Embora existam inúmeras controvérsias sobre esses critérios a respeito das consequências do tipo legal de crime, é possível apontarmos pelo menos um consenso: é fundamental a existência de limites máximos quando se impõem (legal ou judicialmente) sanções penais, especialmente, quando se trata de privar alguém da liberdade. O mesmo já não se pode dizer com relação aos limites mínimos, cuja necessidade tem sido discutida. A baliza mínima seria “una inconveniente limitación de los poderes jurisdiccionales que debieran ser amplificados en pos de la búsqueda de una pena más equitativa”⁷¹.

Essa não é, por exemplo, ao que podemos perceber, a perspectiva acolhida por Claus Roxin⁷², para quem a falta de limitação – no caso aqui discutido, a mínima – violaria uma exigência fundamental do princípio da legalidade, porquanto não permitiria ao cidadão “una estimación de las consecuencias que pueden afectarle”. Para o autor, ainda que, ao que nos parece, não tenha enfrentado o problema que propusemos aqui frontalmente, seria inadmissível um tipo legal de crime com uma pena do tipo *indeterminada*, uma vez que esta não seria capaz de proporcionar aos cidadãos “una garantía suficiente frente a la arbitrariedad”⁷³.

O legislador, ainda segundo Roxin⁷⁴, que se encontra pouco ciente dos problemas nesse âmbito, deverá atuar “según consideraciones preventivas de diferente naturaleza, y su actividad sólo está limitada por las normas constitucionales que le impiden fijar [entre outras] penas cruéis”⁷⁵. Por conta disso, o que também nos é dado concluir sem sobressaltos, por ora, é que os únicos critérios que realmente nos são apresentados como relativamente claros, e que podem ser encontrados nos ordenamentos (ditos democráticos), estão relacionados com as suas vedações.

No caso da legislação portuguesa, não podem ser estabelecidas pena de morte (art. 24.º da Constituição da República Portuguesa, doravante CRP), penas cruéis, degradantes ou desumanas (art. 25.º da CRP), com carácter perpétuo ou de duração

71. FLEMING, Abel; LÓPEZ VIÑALS, Pablo, 2009, p. 298. Sobre a questão, recomenda-se ainda: FERRAJOLI, Luigi, 1995.

72. ROXIN, Claus, 1997, p. 174.

73. “Uma estimativa das consequências que podem afetá-lo.” Para o autor, ainda que, ao que nos parece, não tenha enfrentado de frente o problema que aqui propomos, seria inadmissível um tipo jurídico de crime de pena indeterminada, pois este não seria capaz de proporcionar aos cidadãos “uma garantia suficiente contra a arbitrariedade” (tradução livre). Ver GUAGLIARDO, Vincenzo, 2013, p. 169.

74. ROXIN, Claus, 1997, p. 175.

75. De acordo com considerações preventivas de natureza diferente, a sua atividade é apenas limitada pelas normas constitucionais que a impedem de estabelecer [entre outras] penas cruéis (tradução livre). Ver ZIFFER, Patricia S. 2013, p. 40.

ilimitada ou *indefinida*⁷⁶ (art. 30.º da CRP). Ademais, em linhas gerais, no Código Penal português, vê-se que a pena de prisão deverá ter, “em regra, a duração mínima de um mês e a duração máxima de vinte anos”. Seu limite máximo será “de vinte e cinco anos nos casos previstos na lei” e “em caso algum pode ser excedido o limite máximo referido no número anterior”⁷⁷.

A propósito, é possível encontrarmos menções muito genéricas à moldura penal ideal nas atas de revisão do Código Penal português. Na parte geral, por exemplo, vê-se: “Mas não mostremos um arsenal apenas aparente, ameaçando com coisas gravíssimas, que depois vem a verificar-se serem só para casos muito contados. Nem se tenha medo da benevolência, pois não é ela que irá motivar o aumento da criminalidade.” Como disse Montesquieu, “quando se examina a causa de todos os relaxamentos, ver-se-á que ela resulta da *impunidade* dos crimes e não da *duração* das penas”⁷⁸. Já em sua parte especial, tem-se que:

“O significado antropológico da medição do tempo alterou-se radicalmente nos nossos dias. A vida adquiriu um ritmo tão rápido que não suporta penas tão pesadas como as praticadas anteriormente. O limite a partir do qual a pena prejudica ou inutiliza a recuperação social do delinquente tende a diminuir.”⁷⁹

A conviver com essa escassez de parâmetros seguros que nos permitam acessar a efetiva motivação legislativa quando da confecção da *moldura penal*, é que a história da pena em abstrato vem se desenvolvendo, razão pela qual José Luis Díez Ripollés⁸⁰, inspirado em Manuel Atienza, propõe que:

“de uma forma ou de outra, a racionalidade legislativa penal seria o ponto de chegada de uma teoria da argumentação jurídica, a ser desenvolvida no plano do procedimento legislativo penal, que garantisse decisões legislativas suscetíveis de obter acordos sociais por sua adequação à realidade social na qual são formuladas.”

Antes, porém, José Luis Díez Ripollés constata:

“a comprovação de que em sua elaboração houve uma adequada participação cidadã e de que foram averiguadas as opiniões da sociedade lhe confere bases de

76. Ou, se quisermos, *indeterminada*, na exata medida da preocupação de Roxin que anteriormente explicitamos.

77. Veja-se o inteiro teor do artigo 41.º do Código Penal português.

78. PORTUGAL, 1965, p. 275.

79. PORTUGAL, 1965, p. 17.

80. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, 2005, p. 93.

SANTOS, Bruno Cavalcante Leitão; FRANÇA JÚNIOR, Francisco de Assis de. A medida da pena de prisão em abstrato: a competência penal da UE e os argumentos de pretensão legitimadora na Diretiva (2014/57/UE) sobre o abuso de mercado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 197. ano 31. p. 19-60. São Paulo: Ed. RT, jul./ago. 2023.
DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v197i197.382].

racionalidade ética; a verificação de que foram realizados os correspondentes estudos prévios sobre a realidade social sobre a qual irá incidir, os objetivos a perseguir, os meios de que dispõe e as possíveis conseqüências da decisão legislativa deveriam assegurar um grau aceitável de racionalidade teleológica e pragmática; a coerência com o resto do ordenamento jurídico promoverá uma racionalidade lógico-formal.”⁸¹

O que nos parece é que não existem critérios seguros de mensuração da pena em abstrato. Uma das hipóteses que nos é possível sustentar⁸² é a de que, a partir do século XVIII, quando se deflagra o processo de codificação⁸³, sobretudo na Europa, os legisladores criaram punições partindo de critérios extremamente subjetivos que não fundamentavam adequadamente. Tanto é assim que as motivações sobre a moldura penal são praticamente inexistentes nesses documentos. As legislações posteriores, por sua vez, referiam-se a essas codificações, sem que se preocupassem dedicadamente com a verificação desses critérios, apenas aumentando ou diminuindo as molduras que já existiam, o que nos leva, em dada medida, ao quadro atual.

Como descrito por Nils Christie⁸⁴, “the difficulty is the absence of data: the deterrent impact of an untried scale of penalties is not known. It will be necessary to choose the scale’s magnitude on the basis of surmise – on a best guess of what its deterrent effect is likely to be”⁸⁵. E prossegue:

81. DíEZ RIPOLLÉS, José Luis, 2005, p. 90.

82. Devemos, aliás, a referida hipótese, a Clécio Lemos, jurista capixaba, que gentilmente nos ajudou a refletir criticamente sobre o assunto.

83. Que é também quando a prisão se institucionaliza como uma espécie de pena.

84. A dificuldade é a ausência de dados: não se conhece o impacto dissuasor de uma escala de penalidades não experimentada. Será necessário escolher a magnitude da escala com base em suposições – em um melhor palpite de qual provavelmente será seu efeito de dissuasão (tradução livre). Ver CHRISTIE, Nils, 2007, p. 51. Devemos também a lembrança da obra de Nils Christie ao jurista capixaba Clécio Lemos.

85. No processo editorial de avaliação do presente artigo, pensamos que deve inquietar também o que se observou em um dos pareceres: a “intangibilidade dos efeitos preventivos da pena de um modo geral, especialmente, se considerarmos todas as dificuldades impostas pelas cifras ocultas e as outras razões que interferem no processo decisório de se cometer ou não determinados crimes (as quais, inclusive, são muito variáveis conforme a natureza da infração penal que se tem em consideração)”. Aprofundar essas questões demandaria um espaço e um tempo do qual não dispomos no presente contexto, e seria ampliar demais os objetivos já delineados.

“Once a scale has been implemented, with its magnitude chosen in somewhat arbitrary fashion, it can then be altered with experience. If the magnitude selected leads to a substantial rise in overall crime rates, an upward adjustment can be made (within the upper bounds of commensurate deserts). If no such rise results, it would then be appropriate to experiment with further reductions diminishing the scale’s magnitude in stages and observing whether any significant loss of deterrent effect occurs.”⁸⁶

Contudo, por pior que seja esse quadro, o legislador nacional deverá ter por certo que é no respeito das características vinculadas à legalidade que a pena começa a encontrar seu amparo de validade. Assim, longe de tais parâmetros, ela já não passa de puro arbítrio, o que não é de se tolerar em ambiente pretensamente democrático. Como se não bastasse toda essa complexidade, a disseminação e a valorização dos tratados a partir do fim da Segunda Grande Guerra fizeram com que os legisladores nacionais passassem também a ter de observá-los (*pacta sunt servanda*) nesse processo de estabelecimento de crimes e de penas⁸⁷.

Seja como for, embora tenhamos claramente focado na crítica pela ausência de critérios seguros na determinação da pena em abstrato, o debate sobre a construção de tais critérios é urgente – que é, aliás, o que esse texto pretende estimular –, e, sem dúvida, deve levar em conta, por exemplo, o tipo de bem ou valor ofendido, a expectativa de vida das pessoas em cada país, as condições do cárcere, entre tantas outras que certamente serão apresentadas na medida em que o tema receber a atenção que merece.

3.1. *Um enfoque na competência penal da União Europeia*

No caso específico de nosso interesse – para irmos direito ao ponto –, o Tratado de Lisboa (2007) conferiu à União Europeia uma responsabilidade há muito

86. Uma vez que uma escala tenha sido implementada, com sua magnitude escolhida de forma um tanto arbitrária, ela pode ser alterada com a experiência. Se a magnitude selecionada levar a um aumento substancial nas taxas gerais de criminalidade, um ajuste para cima pode ser feito (dentro dos limites superiores dos desertos comensuráveis). Se não houver tal aumento, seria apropriado experimentar novas reduções diminuindo a magnitude da escala em etapas e observando se ocorre alguma perda significativa do efeito dissuasor (tradução livre). Ver CHRISTIE, Nils. 2007, p. 51. Devemos também a lembrança da obra de Nils Christie ao jurista capixaba Clécio Lemos.

87. No caso de Portugal, a necessidade de cumprimento dos compromissos internacionais assumidos pelo país recebe a guarida do art. 8.º da Constituição da República.

SANTOS, Bruno Cavalcante Leitão; FRANÇA JÚNIOR, Francisco de Assis de. A medida da pena de prisão em abstrato: a competência penal da UE e os argumentos de pretensão legitimadora na Diretiva (2014/57/UE) sobre o abuso de mercado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 197. ano 31. p. 19-60. São Paulo: Ed. RT, jul./ago. 2023. DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v197i197.382].

desejada⁸⁸, tendo, enfim, sido essa plasmada no art. 83, 2, do Tratado, sobre o Funcionamento da União Europeia, que estabelece:

“Sempre que a aproximação de disposições legislativas e regulamentares dos Estados-Membros em matéria penal se afigure indispensável para assegurar a execução eficaz de uma política da União num domínio que tenha sido objeto de medidas de harmonização, podem ser estabelecidas por meio de diretivas regras mínimas relativas à definição das infrações penais e das sanções no domínio em causa. Essas diretivas são adotadas de acordo com um processo legislativo ordinário ou especial idêntico ao utilizado para a adoção das medidas de harmonização em causa, sem prejuízo do artigo 76º.”

Segundo Pedro Caeiro⁸⁹ – é bom que deixemos claro desde o início –, “a UE não goza do poder de emanar normas penais com eficácia imediata, tendo apenas competência para impor aos Estados-Membros deveres de editar normas primárias e respectivas regras de aplicabilidade”. A União Europeia dispõe, portanto, ainda na perspectiva do autor, de uma jurisdição *prescritiva*, e não judicativa ou executiva, jurisdições pelas quais os Estados Membros exercem suas soberanias. Apesar disso, um sistema punitivo próprio, federativo, relativamente independente, seria um dia possível? Seria realmente eficaz? Essas são questões que extrapolam nossas pretensões aqui, mas que nos ajudam a perceber que, diante dessa (nova) competência, é preciso que o legislador europeu tome os cuidados para manter uma necessária coerência sistêmica.

Percebe-se nitidamente que a ideia de dar *eficácia* à execução das políticas gestadas pela União Europeia permeou o advento do (novo) dispositivo. Foi esse, sem dúvidas, o seu principal motor⁹⁰. Mas, mesmo antes do Tratado de Lisboa, cumpre-

88. E é somente a partir daí que se pode falar em uma competência penal da União Europeia, em um direito penal, digamos que, em sentido próprio. Além disso, não percamos de vista que a consagração de tal competência é fruto de cobranças pela eficácia do direito europeu que podem, aliás, ser constatadas em julgamentos paradigmáticos no Tribunal de Justiça da União Europeia. A propósito, o direito penal europeu, reconheça-se, tem seu desenvolvimento vinculado às decisões do Tribunal de Justiça da União Europeia. Vejam-se, por exemplo, os acórdãos do *ambiente*, de 13 de setembro de 2005, e o da *poluição*, de 23 de outubro de 2007, ambos do mencionado tribunal. O debate em torno dessa competência, portanto, é antigo. A esse respeito, recomenda-se ainda: RODRIGUES, Anabela Miranda, 2006, p. 1213-1258. Ainda sobre a importância do papel do tribunal mencionado, recomenda-se: RODRIGUES, Anabela Miranda, 2007, p. 387-413.

89. CAEIRO, Pedro, 2012, p. 181-182.

90. Nesse sentido: RODRIGUES, Anabela Miranda, 2018.

-nos registrar, existia – como ainda existe – uma série de ingredientes facilitadores da cooperação penal entre os Estados Membros. Partia-se do pressuposto de que, com o crescimento do mercado econômico e a intensa circulação de mercadorias e de pessoas, “os sistemas penais, individualmente considerados, são inoperantes para responder ao desafio da criminalidade”⁹¹. Desde há muito, mirava-se o direito penal como um mecanismo de utilidade comunitária.

Diante desse olhar *esperançoso* sobre o papel potencialmente *inibidor* que o direito penal parece exercer na dinâmica social, a concessão formal da competência penal ao legislador europeu surge como uma espécie de *cereja do bolo*, fornecendo “las posibilidades de actuación del *ius puniendi* europeu a partir de la armonización *autónoma* y *accessoria* del artículo 83 y del artículo 86 TFUE en combinación con el artículo 325 TFUE, en lo que concierne a la protección de los intereses financieros de la Unión.”⁹² Mas, evidentemente, não é só sobre isso que versa o Tratado de Lisboa.

Marta Muñoz de Morales Romero⁹³, em resumo, elenca as inovações:

“En lo que al Derecho penal concierne, el Tratado de Lisboa introduce múltiples novedades como son la desaparición del Tercer Pilar y, por tanto, la comunitarización de las materias relativas a la cooperación judicial y armonización en materia penal; la sustitución de la decisión marco por la directiva como acto normativo para proceder a la aproximación de las legislaciones penales de los EE MM; la instauración del procedimiento por codecisión como cauce procedimental ordinario para la adopción de directivas penales y el consecuente aumento de los poderes del PE; el establecimiento de una base jurídica para la instauración en el futuro de una Fiscalía europea; la ampliación de competencias del TJUE para controlar la legalidad de las directivas penales; el fortalecimiento del papel de los parlamentos nacionales con la posibilidad de pronunciarse sobre el respeto del principio de subsidiariedad en el procedimiento de alerta temprana; la introducción del procedimiento de emergencia (*emergency brake*) para bloquear toda propuesta normativa penal que afecte a los derechos fundamentales de los EE MM, etc.”⁹⁴

91. RODRIGUES, Anabela Miranda; MOTA, José Luís Lopes da, 2002, p. 14-15.

92. MORALES ROMERO, Marta Muñoz de, 2011, p. 267.

93. MORALES ROMERO, Marta Muñoz de, 2011, p. 266.

94. No que diz respeito ao direito penal, o Tratado de Lisboa introduz múltiplas inovações como o desaparecimento do Terceiro Pilar e, por conseguinte, a comunitarização das matérias relativas à cooperação e harmonização judiciária em matéria penal; a substituição da decisão-quadro pela diretiva como ato normativo para proceder à aproximação das legislações penais da EE MM; a instauração do processo de decisão conjunta como via processual

Perante as inovações, vê-se aflorar, com uma intensidade reforçada, a necessidade de harmonização entre as diversas ordens jurídicas envolvidas. Uma aproximação dos interesses nacionais junto ao interesse regional revela-se providência fundamental para que se preserve a unidade e a estabilidade do bloco que há muito tempo deixou de possuir um viés apenas econômico. Estruturam-se, ao que nos parece, as bases de um sistema punitivo próprio da União Europeia. A partir daí, assim como acontece com o legislador nacional, o legislador europeu deverá ter em conta que a construção de uma espécie de *parte especial do direito penal comunitário* precisa começar a se organizar para evitar problemas de coerência intrínseca⁹⁵.

No entanto, um processo como esse, em que se discute a utilização do direito penal, deve se submeter, como é evidente, à principiologia básica do próprio direito europeu, notadamente aos princípios da *subsidiariedade* e da *proporcionalidade*⁹⁶.

É a partir daí que tais princípios (subsidiariedade e proporcionalidade) ganham demasiada importância. Esse não é um campo que nos pareça devidamente explorado, em boa medida, pela doutrina, que tem se debruçado com pouca frequência sobre o assunto, mesmo porque, cumpre-nos reconhecer, essas questões são relativamente recentes em comparação com o direito da União Europeia. E é justamente por isso que uma atenção redobrada é devida ao tema, incluindo-se nesse contexto o

ordinária para a adoção de diretivas penais e o consequente aumento das competências do PE; o estabelecimento de uma base jurídica para a futura criação de uma Procuradoria Europeia; a extensão dos poderes do TJUE para controlar a legalidade de diretivas criminais; reforço do papel dos parlamentos nacionais com a possibilidade de se pronunciarem sobre o respeito do princípio da subsidiariedade no procedimento de alerta precoce; a introdução do procedimento de emergência (freio de emergência) para bloquear qualquer proposta de regulamentação penal que afete os direitos fundamentais dos Estados Membros, etc. (tradução livre).

95. Algumas das questões sobre a necessidade de manutenção dessa coerência sistêmica na parte especial dos códigos podem ser encontradas em: GOMES, Mariângela Gama de Magalhães, 2014. Em sentido mais crítico e conciso: FARIA COSTA, José de, 2004.

96. Pela natureza ensaística do presente trabalho, não nos debruçaremos mais do que o necessário sobre tais princípios; no entanto, para uma perspectiva um pouco menos palmar, recomenda-se: BERNARDI, 2012. Atente-se ainda que tais princípios, por evidente, articulam-se com a difundida ideia do *primado do direito europeu*, que, aliás, tem sido a base de funcionamento da União Europeia, e, que, por sua vez, é a base da ideia da eficácia do direito europeu. É, aliás, o que se consagrou a partir do acórdão Costa v. Enel, de 15 de julho de 1964, do Tribunal de Justiça da União Europeia. Veja-se ainda: MARTINS, Patrícia Frágoso, 2006. No entanto, mesmo para esse direito comunitário, como é óbvio, podem existir alegadas limitações, ou se quisermos, “contralimites”, conforme se tem discutido atualmente no âmbito do caso Taricco I e II. Recomenda-se: BERNARDI, Alessandro, 2017.

princípio da *atribuição*, plasmado no art. 5º, 1, do Tratado da União Europeia⁹⁷, que nos remete à própria base jurídica do direito da União Europeia.

Tanto é assim que, em maio de 2008, com o intuito de “fixar as condições de aplicação dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade consagrados no artigo 5º do Tratado da União Europeia, bem como a instituir um sistema de controlo da aplicação dos referidos princípios”, a União Europeia vê a necessidade de emitir um Protocolo (n. 2), e o faz, relativo à aplicação dos princípios já mencionados, instituindo regras essencialmente procedimentais quanto às suas efetividades⁹⁸. Logo na sequência, em 2009, um grupo de juristas de diversas nacionalidades fez publicar um manifesto, *The Manifesto on European Criminal Policy*⁹⁹, com preocupações sobre os possíveis rumos de um direito penal comunitário.

Em setembro de 2011, tendo por objetivo uma política penal “coerente e homogênea até 2020”, faz-se publicar uma comunicação da Comissão Europeia ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, cujo título diz: “Rumo a uma política da UE em matéria penal: assegurar o recurso ao direito penal para uma aplicação efectiva das políticas da UE”. No instrumento, além de se destacar o respeito à proporcionalidade e à subsidiariedade, reconhece-se, sem rodeios, que o uso do direito penal pode vulnerar direitos fundamentais, o que requer especial atenção do legislador às disposições da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e da Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais.

Ademais, a referida comunicação destaca também que, “ao abrigo do artigo 83.º do Tratado, a legislação da UE relativa à definição das infracções e das sanções penais limita-se a ‘regras mínimas’”, e esclarece que “esta limitação exclui uma harmonização total”. Nela, diz-se ainda que “ao mesmo tempo, o princípio da segurança jurídica exige uma definição clara do comportamento que deve ser considerado infracção”. E, adiante, conclui:

97. UNIÃO EUROPEIA. Tratado da União Europeia. Disponível em: [http://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0019.01/DOC_2&format=PDF]. Acesso em: 05.11.2022.

98. UNIÃO EUROPEIA. Protocolo (n. 2) relativo à aplicação dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade. Disponível em: [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A12008E%2FPRO%2F02]. Acesso em: 05.11.2022.

99. Entre os quais, os Professores Doutores Luigi Foffani, da Universidade de Modena, em Itália, e Adán Nieto Martín, da Universidad de Castilla-La Mancha, em Espanha. Ambos estiverem no Colóquio “Direito Penal Económico em Mudança”, realizado no Auditório da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, em 20 de março de 2018 Cf. ZIS. *The Manifesto on European Criminal Policy – European Criminal Policy Initiative*. Disponível em: [www.zis-online.com/dat/artikel/2009_12_383.pdf]. Acesso em: 06.11.2022.

“No que diz respeito às sanções, as ‘regras mínimas’ podem consistir em exigir um certo tipo de sanção (por exemplo: coimas, prisão, destituição de direitos), um certo nível de sanção ou impor uma definição aplicável em toda a UE do que deve ser considerado circunstância agravante ou atenuante. Em todos os casos, o instrumento da UE só pode estabelecer que as sanções devem, ‘pelo menos’, estar ao dispor dos juízes em cada Estado-Membro.”

Já em abril de 2012, o Comité Económico e Social Europeu emitiu um parecer sobre a antevista comunicação, apontando algumas de suas falhas, especialmente quanto à falta de clareza em determinados pontos. No documento, o Comité, enfaticamente, sustenta que “a Comissão teve manifestamente o propósito de lançar um debate antes mesmo de definir certas noções essenciais. Daí constatar-se uma certa falta de clareza na comunicação”. O órgão arremata dizendo não ter:

“dúvidas quanto ao alcance político do documento, mas lamenta que o debate não possa fundar-se, como teria desejado, em bases sólidas. Salienta, nomeadamente, a complexidade de uma distinção, aliás necessária, entre as noções de sanção penal e de sanção administrativa, interrogando-se o que se entende por ‘violação grave’ do direito da União.”¹⁰⁰

Diante de todo esse instrumental disponibilizado, importa-nos questionar uma vez mais: caso sejam entendidas como *necessárias*, quais os critérios para a fixação das balizas (mínima e máxima) das penas de prisão? Isso não resta claro. Argumentou-se, por exemplo, naquela comunicação da Comissão Europeia, que “as penas não devem ser desproporcionadas em relação à infracção”. Mas como irá o legislador europeu realizar tal mensuração de maneira a respeitar a proporcionalidade e a segurança jurídica no âmbito dos Estados Membros? Como se perceberá, mesmo em se tratando do tempo de vida em cárcere, sequer se aventou levar em conta as diversas expectativas de vida entre os países que compõem a União Europeia¹⁰¹.

100. UNIÃO EUROPEIA. Parecer do Comité Económico e Social Europeu sobre a Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões – Rumo a uma política da UE em matéria penal: assegurar o recurso ao direito penal para uma aplicação efetiva das políticas da UE [COM(2011) 573 final]. Disponível em: [\[http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A52012AE1045\]](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A52012AE1045). Acesso em: 05.11.2022.

101. Um dos estudos mais recentes apontou que os cinco países da Europa com a maior expectativa de vida para os homens em 2030 foram: Suíça (84,0), Holanda (83,7), Espanha (83,5), Irlanda (83,2) e Noruega (83,2). Já para as mulheres o *ranking* é o seguinte: França (88,6), Espanha (88,1), Suíça (87,7), Portugal (87,5) e Eslovênia (87,4). KONTIS, Vasilis; BENNETT, James E.; MATHERS, Colin D; LI, Guangquan; FOREMAN, Kyle; EZZATI,

Afinal, para que nos conectemos mais diretamente com o parâmetro anunciado inicialmente, quais os reais fundamentos e critérios utilizados para o estabelecimento dos limites mínimos da pena máxima para os casos de *abuso de mercado* na Diretiva 2014/57/UE?

Se nos é dado reconhecer alguma coisa desde já, é o fato de que o legislador europeu, na fase que antecedeu a publicação daquela que foi sua primeira diretiva em matéria penal – que, aliás, é o que enfocaremos no capítulo seguinte –, até demonstrou preocupação quanto ao exercício dessa (nova) competência, mas não a fez valer na prática, ou seja, na primeira vez em que se pronunciou, ao que nos parece, andou mal, tendo sido demasiadamente vago e impreciso quanto aos fundamentos nos quais procura se sustentar para justificar os mandamentos de criminalização e suas respectivas penas. Não é por acaso que, no que se refere “às sanções penais no domínio do abuso de mercado”, a conclusão de Anabela Miranda Rodrigues¹⁰² é a de que a Diretiva de 2014 se constituiu em um “motivo de preocupação”.

Embora não possamos firmar aqui, de maneira incontroversa, um critério definitivo (se é que isso é possível), pelas evidentes dificuldades no desenvolvimento da dogmática a respeito da medida da pena de prisão, parece-nos ao menos possível afirmar com algum grau de segurança *o que não se coaduna* com o almejado pelos instrumentos de garantia oferecidos historicamente pela União Europeia. É, portanto, o que desenvolveremos no capítulo que segue. Partindo, como já sinalizamos, do exemplo da Diretiva 2014/57/UE, nossa contribuição crítica, com todas as vênias possíveis, vai no sentido de tentar mostrar por que os “fundamentos” que utiliza para justificar a pena de prisão são, no mínimo, bastante *discutíveis*.

4. OS ARGUMENTOS DA DISSUAÇÃO, DA EFICÁCIA E DA PROPORCIONALIDADE NO CASO PARADIGMÁTICO DA DIRETIVA (2014/57/UE) SOBRE ABUSO DE MERCADO

Em 16 de abril de 2014, instituiu-se a Diretiva 2014/57/UE sobre o abuso de mercado¹⁰³. Com o objetivo principal de preservar efetivamente a integridade do

Majid, 2017, p. 1323-1335. doi: 10.1016/S0140-6736(16)32381-9. Disponível em: [www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(16)32381-9/abstract]. Acesso em: 07.11.2022. Em outras palavras, há variações, algumas não tão irrisórias, que precisam ser levadas em conta na propositura de uma pena privativa de liberdade no espaço europeu.

102. RODRIGUES, Anabela Miranda, 2017, p. 323.

103. “(23) O âmbito de aplicação da presente diretiva está definido de modo a completar e assegurar a execução efetiva do disposto no Regulamento (UE) n. 596/2014.” Ver UNIÃO

SANTOS, Bruno Cavalcante Leitão; FRANÇA JÚNIOR, Francisco de Assis de. A medida da pena de prisão em abstrato: a competência penal da UE e os argumentos de pretensão legitimadora na Diretiva (2014/57/UE) sobre o abuso de mercado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 197. ano 31. p. 19-60. São Paulo: Ed. RT, jul./ago. 2023. DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v197i197.382].

mercado, como antevisto, foi a primeira vez que o legislador europeu exerceu formalmente sua (nova) competência em matéria penal. Daí nos referirmos a esta como um *caso paradigmático*. Nela, portanto, foram prescritas instruções para infrações penais como: a) o abuso de informação privilegiada e recomendação ou indução de terceiros à prática de abuso de informação privilegiada (art. 3.º); b) a transmissão ilícita de informação privilegiada (art. 4.º); c) a manipulação de mercado (art. 5.º); d) além do interesse pela instigação, cumplicidade e tentativa (art. 6.º).

Já no tocante a sanções, no artigo 7.º, a diretiva estabeleceu:

“1. Os Estados-Membros devem tomar as medidas necessárias para garantir que as infrações referidas nos artigos 3.º a 6.º sejam puníveis com sanções penais efetivas, proporcionais e dissuasoras.

2. Os Estados-Membros devem tomar as medidas necessárias para garantir que os crimes referidos nos artigos 3.º e 5.º sejam puníveis com uma *pena máxima de prisão não inferior a quatro anos*.

3. Os Estados-Membros devem tomar as medidas necessárias para garantir que os crimes referidos no artigo 4.º sejam puníveis com uma *pena máxima de prisão não inferior a dois anos*.¹⁰⁴

Para justificar as providências, o legislador europeu utilizou argumentos que, como dissemos, são bastante *discutíveis*, senão demasiadamente *indeterminados*. Sustentou, por exemplo, que:

“(6) É essencial que o cumprimento das normas relativas aos abusos de mercado seja reforçado através da existência de sanções penais que demonstrem uma desaprovação social mais forte do que as sanções administrativas. A previsão de infrações penais, pelo menos para as formas mais graves de abuso de mercado, estabelece um limiar claro dos tipos de comportamento que devem ser considerados particularmente inaceitáveis e transmite ao público e aos potenciais infratores a mensagem de que estes são levados muito a sério pelas autoridades competentes.”

EUROPEIA. Regulation (EU) No 596/2014 of the European Parliament and of the Council of 16 april 2014 on market abuse (market abuse regulation) and repealing Directive 2003/6/EC of the European Parliament and of the Council and Commission Directives 2003/124/EC, 2003/125/EC and 2004/72/EC Text with EEA relevance. Disponível em: [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32014R0596]. Acesso em: 05.11.2022.

104. Os destaques são nossos.

SANTOS, Bruno Cavalcante Leitão; FRANÇA JÚNIOR, Francisco de Assis de. A medida da pena de prisão em abstrato: a competência penal da UE e os argumentos de pretensão legitimadora na Diretiva (2014/57/UE) sobre o abuso de mercado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 197. ano 31. p. 19-60. São Paulo: Ed. RT, jul./ago. 2023. DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v197i197.382].

Para contextualizarmos o que teria levado à conclusão apresentada no referido considerando (6), de que o uso do direito penal seria um “reforço” ao cumprimento de normas sobre o abuso de mercado, em primeiro lugar, é preciso ir aos considerandos (2) e (4), nos quais se vê destacada a *falta de poderes* de determinados agentes públicos para o enfrentamento do problema objeto de preocupação, além de se reconhecer a *falta de unidade* de um sistema de proteção que se pretende comunitário. Depois, já no considerando (3), avança-se no sentido de frisar que um relatório oferecido por um Grupo de Alto Nível havia concluído que “os regimes sancionatórios dos Estados-Membros são, em geral, fracos e heterogêneos”.

Como uma espécie de desdobramento dos argumentos expostos anteriormente, já no considerando (5), o legislador europeu, sem apresentar qualquer tipo de estudo a respeito, afirma simples e taxativamente que: “A adoção de sanções administrativas pelos Estados-Membros revelou-se, até ao momento, insuficiente para assegurar o cumprimento das normas em matéria de prevenção e luta contra os abusos de mercado.” No que se avançou para a ideia de que era o direito penal (e a pena de prisão) o ramo adequado para corrigir as falhas identificadas.

De início, como não nos deixa esquecer Anabela Miranda Rodrigues¹⁰⁵, tal como o referido pelo “Advogado Geral Ján Mazák, no seu parecer no Acórdão Poluição, ‘pode ser demasiado simples defender que o direito penal é sempre o remédio adequado para a falta de eficácia’”. Esse, aliás, é o tipo de dinâmica comumente utilizada em ambiente fértil para a disseminação de um *direito penal eminentemente simbólico*, conforme enfocamos no capítulo 2.

Diante dos argumentos apresentados nos considerandos da diretiva, cabe-nos questionar: aquelas sanções administrativas revelaram-se *insuficientes* porque não aplicadas adequadamente pelos agentes responsáveis, ou porque, mesmo aplicadas, não funcionaram como o esperado? Se, por acaso, as sanções revelaram-se insuficientes porque não aplicadas adequadamente pelos agentes responsáveis, o uso do direito penal, como é óbvio, não se vê justificado desde logo. Seria o caso de se verificar o porquê da falta de aplicação ou da aplicação inadequada das sanções de natureza administrativa. E isso não restou claro na diretiva.

Se, ao contrário, o caso for o de aplicação de tais sanções tal como o prescrito no ordenamento, mas, ainda assim, os problemas persistiram, isso também, segundo pensamos, não autoriza a pronta convocação do direito penal. Antes, seria o caso de se verificar se a sanção administrativa escolhida, pois muitas são as espécies possíveis¹⁰⁶,

105. RODRIGUES, Anabela Miranda, 2017, p. 323.

106. Para uma visão panorâmica sobre as possibilidades de sanção no âmbito de um direito administrativo sancionatório, recomenda-se: PALMA, Maria Fernanda; SILVA DIAS,

SANTOS, Bruno Cavalcante Leitão; FRANÇA JÚNIOR, Francisco de Assis de. A medida da pena de prisão em abstrato: a competência penal da UE e os argumentos de pretensão legitimadora na Diretiva (2014/57/UE) sobre o abuso de mercado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 197. ano 31. p. 19-60. São Paulo: Ed. RT, jul./ago. 2023. DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v197i197.382].

seria realmente a mais adequada para os casos com os quais se está a lidar. A imposição de uma multa, por exemplo, pode não ser tão penosa quanto a inabilitação de determinadas pessoas ao exercício de algumas atividades profissionais¹⁰⁷.

Michael G. Faure e Claire Leger¹⁰⁸ argumentam que uma política de aplicação otimizada da lei:

“should be achieved by first, using maximum monetary sanctions as well as proportional and wealth-related ones, and second, by complementing them with non-monetary sanctions, starting with the less costly ones (considering control, infrastructure, maintenance, and indirect and consequential costs) and the less restrictive ones, in order to induce a similar deterrent effect”¹⁰⁹

Ainda, segundo os autores, para alcançar a dissuasão:

“non-incapacitating, non-monetary sanctions should be used first (naming and shaming sanctions should be dealt with carefully because of the irreversible stigma they impose and their error costs and potential is proportionate consequences), followed by the economically incapacitating ones (status ban penalty, withdrawal of licenses, disqualification of managers) and lastly, by the socially incapacitating ones.”¹¹⁰

Augusto; SOUSA MENDES, Paulo de, 2009. De uma maneira mais geral: NIETO, Alejandro, 2005; Sobre o uso de sanções de natureza não penal, vale a leitura de: BRANDÃO, Nuno, 2016.

107. Um sujeito que, por exemplo, retira seu sustento da profissão de motorista, que depende, portanto, da regularidade de sua carta de habilitação, normalmente, há de se sentir mais prejudicado com sua inabilitação para a direção do que com a imposição de uma multa, cujo pagamento pode ser feito mediante um empréstimo.
108. FAURE, Michael G.; LEGER, Claire, 2015, p. 403-404.
109. Deve ser alcançado, primeiro, usando sanções monetárias máximas, bem como proporcionais e patrimoniais e, segundo, complementando-as com sanções não monetárias, começando pelas menos onerosas (considerando controle, infraestrutura, manutenção e indiretos e consequentes custos) e os menos restritivos, de forma a induzir um efeito dissuasor semelhante (tradução livre).
110. As sanções não incapacitantes e não monetárias devem ser usadas primeiro (as sanções de nomeação e vergonha devem ser tratadas com cuidado devido ao estigma irreversível que impõem e seus custos de erro e potenciais consequências proporcionais), seguidas pelas economicamente incapacitantes (penalidade de banimento de *status*, cassação de licenças, descredenciamento de dirigentes) e, por último, pelos incapacitados socialmente (tradução livre).

Reforçando que a:

“Economic incapacitation should be applied to social harm (societal threats), whilst social incapacitation should be applied to economic harm (market-specific danger). Incarceration should always be the last resort, meaning that it should be based on the conclusion that other sanctions are insufficient. All the other means have to be explored and tried first.”

Assim, o recurso ao direito penal “should be considered very cautiously and not be solely based on the belief that it is actually the most coercive measure”¹¹¹.

Portanto, o que não restou suficientemente claro foi a correlação entre o que se apresentou como argumento de (pretensa) legitimação e a pronta conclusão de que as *falhas* encontradas deveriam ser *supridas* exatamente pelo uso do direito penal, bem como pela previsão da pena de prisão naqueles moldes. O contexto apresentado é preocupante justamente porque abre um espaço indevido para uma potencial expansão de nosso mais invasivo ramo jurídico no espaço europeu.

Convém questionarmos se a determinação de (novos) poderes aos agentes responsáveis pela fiscalização e a busca por uma unidade do sistema contra o abuso de mercado não poderiam ser feitas por meio do direito administrativo sancionatório. Por que, aliás, as pessoas normalmente envolvidas com essa dinâmica, ansiosas por lucro, temeriam mais a pena de prisão do que a perda definitiva do próprio patrimônio? Os argumentos utilizados pelo legislador europeu na diretiva em comento, pelas consequências que prevê (a prisão, sobretudo), não podem (nem devem) significar uma suficiente fundamentação.

Ademais, constata Anabela Miranda Rodrigues¹¹² que:

“na sua Proposta, a Comissão refere que ‘a definição de infrações e sanções penais se podem revelar úteis’ – ‘may prove to be essential’, na versão inglesa, mais expressiva do que está em causa, em minha opinião – ‘a fim de garantir a efetiva execução da legislação da UE relativa aos serviços financeiros’; e que isso ‘inclui

111. A incapacidade econômica deve ser aplicada ao dano social (ameaças sociais), enquanto a incapacitação social deve ser aplicada ao dano econômico (perigo específico do mercado). O encarceramento deve ser sempre o último recurso, o que significa que deve ser baseado na conclusão de que outras sanções são insuficientes. Todos os outros meios devem ser explorados e tentados primeiro. Assim, o recurso ao direito penal “deve ser considerado com muita cautela e não apenas baseado na crença de que é realmente a medida mais coercitiva” (tradução livre). Ver FAURE, Michael G.; LEGER, Claire, 2015, p. 404-406.

112. RODRIGUES, Anabela Miranda, 2017, p. 323.

SANTOS, Bruno Cavalcante Leitão; FRANÇA JÚNIOR, Francisco de Assis de. A medida da pena de prisão em abstrato: a competência penal da UE e os argumentos de pretensão legitimadora na Diretiva (2014/57/UE) sobre o abuso de mercado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 197. ano 31. p. 19-60. São Paulo: Ed. RT, jul./ago. 2023. DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v197i197.382].

uma avaliação, baseada em dados claros e factuais, [...] dos regimes de execução nacionais em vigor e do valor acrescentado de normas mínimas comuns no âmbito da UE em matéria de direito penal, tendo em conta os princípios da necessidade, da proporcionalidade e da subsidiariedade.”²⁸

No entanto, segundo a autora, estes “dados claros e factuais são difíceis de encontrar na proposta”¹¹³.

De acordo com Jacob Öberg¹¹⁴, é justamente a presença de dados empíricos o que poderia legitimar a utilização do direito penal no contexto analisado, ou seja, no âmbito da competência do legislador europeu. Para o autor, “Union legislator must show by empirical proof that criminal laws are more ‘effective’ than non-criminal sanctions in the implementation of a specific EU policy”. E mais: tendo em vista as consequências desse ramo do direito nas liberdades fundamentais das pessoas, em seu trabalho:

“on the basis of the Court’s rulings in Kadi II and Tetra Laval a strict procedural test for review of criminal law legislation is suggested. It entails that the EU legislator must show that the justification for exercising the EU’s criminal law competence is substantiated by relevant evidence.”¹¹⁵

Resta claro o uso da força retórica do direito penal quando, no considerando (6), o legislador europeu, sem mais, assevera que a existência de sanções penais demonstra “uma desaprovação social mais forte do que as sanções administrativas”, e que sua mera existência teria o condão de transmitir “ao público e aos potenciais

113. No mesmo sentido, veja-se: FAURE, Michael G.; LEGER, Claire, 2015, p. 420 e ss.

114. ÖBERG, Jacob, 2014, p. 370. Recomenda-se ainda: ÖBERG, Jacob, 2014, p. 273-299. Em outra oportunidade o autor, ao analisar uma série de decisões do Tribunal de Justiça da União Europeia, questiona: “1) What is meant by ‘effectiveness’ of Union law? 2) How can the Union legislator be sure that criminal sanctions are the most effective measure to enforce Union environmental law? 3) Does empirical evidence support the assertion that criminal sanctions are more deterrent than other sanctions?” Ver ÖBERG, Jacob, 2011, p. 405.

115. Com base nos acórdãos do Tribunal nos processos Kadi II e Tetra Laval, sugere-se um rigoroso teste processual para a revisão da legislação penal. Isso implica que o legislador da UE deve mostrar que a justificativa para o exercício da competência penal da UE é fundamentada por evidências relevantes (tradução livre). Ver ÖBERG, Jacob, 2014, p. 370. Recomenda-se ainda: Jacob, ÖBERG, 2014, p. 273-299. Em outra oportunidade o autor, ao analisar uma série de decisões do *empirical evidence support the assertion that criminal sanctions are more deterrent than other sanctions*. Ver Cf. ÖBERG, Jacob, 2011, p. 405.

infratores a mensagem de que estes são levados muito a sério pelas autoridades competentes”. Nos dois considerandos seguintes, o “esforço” é no sentido de sustentar a ideia de que a ausência de um direito penal comunitário sobre o assunto é um ingrediente que, *por si*, facilita (para não dizermos *incentiva*) o abuso de mercado, no que finalmente sustenta: “A imposição de sanções penais às infrações de abuso de mercado acarretará um efeito dissuasor acrescido sobre os potenciais infratores.”

Utiliza-se uma *lógica* predominantemente de *dissuasão* para tentar conter os conflitos encarados como graves – no caso presente, o problema do abuso de mercado. Passa-se a ideia de que é esse potencial poder de dissuasão do direito penal que pode oferecer *eficácia* às políticas públicas da União Europeia¹¹⁶, mas o impacto disso nem sequer tem sido mensurado adequadamente pelo próprio legislador penal europeu *a posteriori*. É evidente que existem avaliações periódicas realizadas pela União Europeia sobre as transposições das diretivas; extensos questionários e inquéritos são preenchidos pelos representantes dos Estados Membros, entretanto, os relatórios não estão essencialmente voltados a traduzir o grau de *eficácia* dos mecanismos criados¹¹⁷.

116. Estabeleceu-se a partir daí um padrão. Mais recentemente, no considerando (3) da Diretiva 2017/1371, de 5 de julho, que trata da luta contra a fraude lesiva dos interesses financeiros da União por meio do direito penal, tem-se, por exemplo: “A fim de assegurar a execução da política da União neste domínio, é essencial continuar a aproximar o direito penal dos Estados-Membros complementando a proteção dos interesses financeiros da União ao abrigo do direito administrativo e civil contra os tipos mais graves de comportamentos ligados à fraude neste domínio e evitando incoerências tanto no interior desses ramos do direito como entre eles.”
117. Devemos a observação sobre a existência dos relatórios das transposições das diretivas e, portanto, da aplicação do direito europeu, à Senhora Professora Doutora Anabela Miranda Rodrigues. Os mencionados relatórios da Comissão Europeia a esse respeito podem ser facilmente encontrados em seu sítio eletrônico: [https://ec.europa.eu/info/publications/annual-reports-monitoring-application-eu-law_en]. Acesso em: 21.04.2018. Na mesma oportunidade, aliás, em que expusemos em sala de aula o esboço do presente trabalho para avaliação preliminar do desempenho no curso de doutoramento (em 20.04.2018), fomos levados a refletir sobre a falta de preocupação com *movimentos de descriminalização* por parte do legislador europeu, o que nos revelaria, em se confirmando tal hipótese, a falta de apurado senso crítico com o produto de sua própria atividade. Ademais, há quem sustente que a ideia de *eficácia* das normas do direito europeu tenha ainda o potencial de resultar também em mecanismos de limitação (e até de descriminalização) para os Estados Membros. Valsamis Mitsilegas, por exemplo, aduz que “Effectiveness can lead to decriminalisation in cases where EU law places limits on national criminal law in order to ensure the effectiveness of Union law. In a number of cases, the Court of Justice has confirmed that Community law places limits on the application of national criminal law, if the latter

SANTOS, Bruno Cavalcante Leitão; FRANÇA JÚNIOR, Francisco de Assis de. A medida da pena de prisão em abstrato: a competência penal da UE e os argumentos de pretensão legitimadora na Diretiva (2014/57/UE) sobre o abuso de mercado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 197. ano 31. p. 19-60. São Paulo: Ed. RT, jul./ago. 2023.
DOI: [<https://doi.org/10.54415/rbccrim.v197i197.382>].

Nesse passo, destacam-se as observações de Paul H. Robinson¹¹⁸, que, embora parta da experiência do direito americano, leva-nos a questionamentos que podem ser úteis nesse debate, entre os quais: *dissuade* mesmo o direito penal? Ainda que acreditemos que sim – para ganharmos tempo, partamos, pois, desse pressuposto –, seria preciso atentarmos para critérios que se compatibilizem com um ambiente de pretensão democrática, ou seja, que levemos em conta, além da necessidade, outras circunstâncias de igual relevo.

Para o autor¹¹⁹, devem-se observar questões como:

“¿Puede la formulación legal influir en la conducta? Para que el Derecho penal tenga efectos sobre las elecciones conductuales del sujeto debe responderse afirmativamente a cada una de estas tres preguntas: 1) ¿Conoce y entiende el delincuente potencial, directa o indirectamente, las implicaciones que para él tiene la norma que pretende influirle? 2) Si las conoce, ¿hará uso de tal conocimiento en el momento de tomar sus decisiones? 3) Si conoce la norma y es capaz y está dispuesto a ser influido en sus elecciones, ¿es su percepción de sus decisiones de un tipo tal que es probable que escoja cumplir la ley antes que cometer el delito? Esto es: ¿superan los costes percibidos de la conducta delictiva como para causar la decisión de omitir la conducta delictiva?”¹²⁰

would have as its effect to limit disproportionately rights established by Community law, in particular rights related to free movement”. Ver MITSILEGAS, Valsamis, 2014, p. 421. Sendo recomendada também a leitura de MITSILEGAS, Valsamis, 2016. Nesse contexto, ainda que timidamente, no Tribunal de Justiça da União Europeia, pode-se apontar como paradigmático o acórdão do caso *Casati*, de 11 de novembro de 1981, em que se concluiu, no número 27, em tradução livre, que “as medidas administrativas ou repressivas não devem ultrapassar o âmbito do que for estritamente necessário, as modalidades de controle não devem ser concebidas de forma a restringir a liberdade pretendida pelo Tratado e não devem ser acompanhadas de uma sanção tão desproporcionada em relação à gravidade da infração que se torne um entrave a esta liberdade” Cf. UNIÃO EUROPEIA. Judgment of the Court of 11 November 1981. Criminal proceedings against Guerrino Casati. Reference for a preliminary ruling: Tribunale di Bolzano – Italy. Free movement of capital – National control requirements. Case 203/80. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1525430037140&uri=CELEX:61980CJ0203>. Acesso em: 05.11.2022.

118. ROBINSON, Paul H., 2012, p. 54.

119. ROBINSON, Paul H., 2012, p. 54.

120. A formulação legal pode influenciar a conduta? Para que o direito penal tenha efeito sobre as escolhas comportamentais do sujeito, cada uma dessas três perguntas deve ser respondida afirmativamente: 1) O potencial infrator conhece e compreende, direta ou indiretamente, as implicações que a norma que pretende influenciar ele tem para ele? 2) Se você os conhece, fará uso desse conhecimento ao tomar suas decisões? 3) Se você conhece a norma

Outra das questões importantes nesse processo de criminalização e punição tem a ver com a necessidade de se observar a proporcionalidade¹²¹, o que não nos parece bem colocado na diretiva. Faria Costa¹²², aliás, sustenta que:

“é manifesto a nossos olhos – e o confronto com a experiência do ancién régime tornava isso mesmo dolorosamente patente para os homens de Setecentos –, que o primeiro segmento a possibilitar a humanização tem de arrancar da própria produção normativa, tem de se situar no próprio momento genético da actividade legiferante.”

Assim, para o catedrático de Coimbra, ao desrespeitar a proporcionalidade, impondo “sanções graves ou severas para factos insignificantes”, o legislador institui um “direito penal desumano”, com o qual, evidentemente, não se pode concordar.

A proporcionalidade, em seu sentido mais amplo, segundo Flávio Milhomem¹²³, abarca três variações, a saber: a conformidade ou adequação de meios; a exigibilidade ou necessidade; e a proporcionalidade em sentido estrito. Em apertada síntese, tem-se que a providência a ser adotada para a gestão do conflito deve: a) ser “*apropriada* à prossecução do fim ou fins a ele subjacentes”¹²⁴, ou seja, é capaz de proteger efetivamente os bens ou valores pretendidos; b) apresentar-se como o último recurso à mão, ambos – a) e b) –, aliás, vinculados diretamente com a própria ideia de intervenção mínima (subsidiariedade e fragmentariedade)¹²⁵; e c) ser ajustada numa intensidade cujo “custo da intervenção penal, representado pela limitação dos direitos implicada, não seja superior ao benefício (protecção) que com ela se pode alcançar”¹²⁶.

e pode e deseja ser influenciado em suas escolhas, sua percepção de suas decisões é tal que você provavelmente escolherá seguir a lei em vez de cometer o crime? Ou seja: os custos percebidos da conduta criminosa excedem o suficiente para causar a decisão de omitir a conduta criminosa? (tradução livre).

121. Até mesmo porque se a finalidade é a proteção de bens jurídicos, a ideia de atuação proporcional surge como uma consequência natural no processo que se pretende coerente de legitimação.

122. FARIA COSTA, José de, 2000, p. 256.

123. MILHOMEM, Flávio, 2000, p. 35 e ss. Sobre o tema, embora atinente à legislação brasileira, recomenda-se também o interessante estudo de: GOMES, Mariângela Gama de Magalhães, 2003.

124. MILHOMEM, Flávio, 2000, p. 36.

125. MIR PUIG, Santiago, 2009, p. 15.

126. MIR PUIG, Santiago, 2009, p. 15-16.

SANTOS, Bruno Cavalcante Leitão; FRANÇA JÚNIOR, Francisco de Assis de. A medida da pena de prisão em abstrato: a competência penal da UE e os argumentos de pretensão legitimadora na Diretiva (2014/57/UE) sobre o abuso de mercado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 197. ano 31. p. 19-60. São Paulo: Ed. RT, jul./ago. 2023. DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v197i197.382].

A propósito, não é nossa intenção aqui adentrar nas discussões a respeito da natureza jurídica da proporcionalidade (se princípio ou regra, por exemplo). Perspectivamo-la genericamente como um critério mediador entre a proibição do excesso e a vedação da proteção deficiente. Como destaca Ingo Wolfgang Sarlet¹²⁷:

“o adequado manejo desta premissa lança não poucos e espinhosos desafios ao intérprete e o quanto a problemática do equilíbrio entre excesso e insuficiência afeta o âmbito do direito penal quase que dispensa comentários, mas nem por isso dispensa uma intensa e abrangente discussão.”

Não nos pareceu, portanto, razoável e proporcional o legislador europeu, por meio da diretiva sobre o abuso de mercado (art. 7.º), estabelecer como critério aos Estados Membros uma pena máxima de prisão não inferior a *quatro anos* (art. 7.º, alínea 2) e uma pena máxima de prisão não inferior a *dois anos* (art. 7.º, alínea 3), quando temos crimes contra a vida no ordenamento jurídico português, por exemplo, cujos limites são menores. Ou é assim ou a vida não é, como pensávamos, o bem de maior valor na ordem dos valores que o direito penal procura tutelar num Estado de direito democrático¹²⁸. O homicídio a pedido da vítima (art. 134.º do Código Penal) ou o auxílio ao suicídio (art. 135.º do Código Penal) têm penas menores, isso para não nos alongarmos nos exemplos. Na realidade, a preocupação deveria ser com os limites máximos, não com o *piso* das penas máximas.

Por fim, não obstante a opção pela pena de prisão como um instrumento de prevenção criminal, não é de hoje que ela padece de um déficit de credibilidade. Mesmo Hans-Heinrich Jescheck¹²⁹, apesar de, em tom crítico, asseverar que a literatura própria das ciências sociais “no ha aportado todavía nada mejor”, reconhece que “en todo el mundo se advierte un escepticismo creciente frente al valor pedagógico de la pena privativa de libertad y, por ello, se tiende a su sustitución por otras penas o por un tratamiento en libertad”. O autor deixa clara sua posição quanto à ideia de “algo será mejor que el Derecho Penal”. Segundo o ex-diretor do *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht*, a célebre profecia de Radbruch “no se ha cumplido hasta la fecha y tampoco tiene sentido esperar”¹³⁰.

127. SARLET, Ingo Wolfgang, 2005, p. 369. Numa perspectiva mais crítica a respeito, no sentido de fazer refletir sobre a possibilidade de expansão do direito penal a partir de tais critérios: D'AVILA, Fabio Roberto; SCALCON, Raquel Lima, 2017, p. 45-71.

128. É certo também que isso não há de se resumir numa fórmula matemática.

129. JESCHECK, Hans-Heinrich, 1981, p.19.

130. JESCHECK, Hans-Heinrich, 1981, p. 91.

SANTOS, Bruno Cavalcante Leitão; FRANÇA JÚNIOR, Francisco de Assis de. A medida da pena de prisão em abstrato: a competência penal da UE e os argumentos de pretensão legitimadora na Diretiva (2014/57/UE) sobre o abuso de mercado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 197. ano 31. p. 19-60. São Paulo: Ed. RT, jul./ago. 2023.
DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v197i197.382].

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como historicamente se observa, o problema da ausência de discussão aprofundada sobre o estabelecimento de critérios mais seguros para a medida da pena em abstrato tem sido negligenciado por parcela significativa da doutrina penal, o que não é difícil de ser constatado. Para tanto, basta uma simples pesquisa a respeito na base de dados dos centros mais qualificados do mundo¹³¹. O que tem sido apresentado ao público são fórmulas consagradas a partir de subjetivações estruturadas em circunstâncias completamente diferentes das que hoje vivenciamos. É preciso, portanto, reinventarmos uma *teoria da pena* que se coadune com as circunstâncias presentes de um mundo que, para além de regionalizado, está cada vez mais *globalizado*¹³².

Acentuam-se essas preocupações quando se confere a um órgão regional, como é a União Europeia, uma competência com poderes capazes de vincular os Estados Membros no processo de produção da norma penal. Pior: o que se verifica é que o legislador europeu tem dado mais atenção na definição dos crimes, ou seja, na criminalização de determinados comportamentos, do que propriamente nas questões relacionadas à justificação da pena de prisão escolhida para estes. É como se provar que a existência do crime no ordenamento já significasse, por tabela, uma justificativa sobre a pena que o acompanha. Bem sabemos que não é assim. Embora sejam ligados, crime e pena possuem *realidades* relativamente diferentes.

Como não nos comprometemos com a apresentação de fórmulas definitivas sobre o assunto – deixamos isso muito claro desde o início –, é natural que persistam ainda muitas questões relevantes em aberto.

Nossa contribuição crítica foi justamente no sentido de alertar para o fato de que ainda existem *lapsos* que precisam ser preenchidos adequadamente pela doutrina penal no processo de determinação da medida da pena em abstrato, imiscuindo-se mais comprometidamente no processo discursivo de sua quantificação, valendo-se – é o que se propõe de maneira ainda incipiente – das questões que atualmente têm sido estudadas no campo da argumentação jurídica, como lembrado por José Luis Díez Ripollés no trabalho já citado.

131. No nosso caso, por exemplo, apenas para embasar o argumento sobre a falta de material a respeito do tema, para não nos alongarmos, além da pesquisa, *in loco*, na Universidade de Coimbra (PT), estivemos ainda, entre os dias 4 e 08.03.2018, no *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht*, em Freiburg, na Alemanha, referência em acervo bibliográfico das Ciências Criminais.

132. “Os códigos dos povos fazem-se com o tempo; a bem dizer, não somos nós que o fazemos”. Ver PORTALIS, Jean-Étienne-Marie, 1992, p. 15.

SANTOS, Bruno Cavalcante Leitão; FRANÇA JÚNIOR, Francisco de Assis de. A medida da pena de prisão em abstrato: a competência penal da UE e os argumentos de pretensão legitimadora na Diretiva (2014/57/UE) sobre o abuso de mercado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 197. ano 31. p. 19-60. São Paulo: Ed. RT, jul./ago. 2023.
DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v197i197.382].

6. REFERÊNCIAS

- AIRES DE SOUSA, Susana. *Os crimes fiscais – Análise dogmática e reflexão sobre a legitimidade do discurso criminalizador*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.
- ANTUNES, Maria João. *Consequências jurídicas do crime*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.
- BECK, Ulrich. *Sociedade de risco – Rumo a uma outra modernidade*. Trad. Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: 34, 2011.
- BERNARDI, Alessandro. I principi di sussidiarietà e di legalità nel diritto penale europeo. In: MIR PUIG, Santiago; BIDASOLO, Mirentxu Corcoy; MARTÍN, Víctor Gómez. *Garantías constitucionales y derecho penal europeo*. Madrid: Marcial Pons, 2012.
- BERNARDI, Alessandro; CUPELLI, Cristiano (Eds.). *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti – L'ordinanza 24/2017 della Corte Costituzionale*. Ferrara: Jovene, 2017.
- BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013.
- BRANDÃO, Nuno. *Crimes e contra-ordenações: da cisão à convergência material*. Coimbra: Coimbra Editora, 2016.
- CAEIRO, Pedro. A jurisdição penal da União Europeia como meta-jurisdição: em especial, a competência para legislar sobre as bases de jurisdição nacionais. In: MACHADO, Jónatas E. M.; LOUREIRO, João Carlos Loureiro; CORREIA, Fernando Alves (Orgs.). *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra – Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. v. III – Direitos e interconstitucionalidade: entre dignidade e cosmopolitismo – *Stydia Ivridica* 104.
- CARBONELL MATEU, Juan Carlos. Reflexiones sobre el abuso del derecho penal y la banalización de la legalidad. In: ARROYO ZAPATERO Luis; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio (Coords.). *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla – La Mancha y Universidad Salamanca, 2001. v. I.
- CASTANHEIRA NEVES, António. O princípio da legalidade criminal – O seu problema jurídico e o seu critério dogmático. In: *Separata do número especial do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra – Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, Coimbra, v. 1, p. 307-469, 1984.
- CHRISTIE, Nils. *Limits to pain – The role of punishment in penal policy*. Oregon: Wipf & Stock, 2007.
- CORREIA, Eduardo. *Direito criminal*. Coimbra: Almedina, 2007. v. I.
- CUNHA, Paulo Ferreira da. *Ultima ratio – uma (re)visão filosófico-constitucional da ciência do direito penal*. In: COSTA ANDRADE, Manuel da; FARIA COSTA, José de; RODRIGUES, Anabela Miranda; MONIZ, Helena; FIDALGO, Sónia. *Direito penal – Fundamentos dogmáticos e político-criminais – Homenagem ao Prof. Peter Hünerfeld*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

- D'AVILA, Fabio Roberto; SCALCON, Raquel Lima. Constituição e direito penal. Novos e velhos problemas à luz da experiência brasileira. In: *IBCCrim 25 anos*, Belo Horizonte, p. 45-72, 2017.
- DE LALLA, Paolo. Note sulla coscienza giuridica. In: *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, ano XXI, v. 21, n. 2, p. 501-540, 1978.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *A racionalidade das leis penais*. Trad. de Luiz Regis Prado. São Paulo: Ed. RT, 2005.
- DONNA, Edgardo Alberto. *Teoría del delito y de la pena – Fundamentación de las sanciones penales y de la culpabilidad*. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 1996. v. 1.
- EINSTEIN, Albert. *Vida e pensamentos*. São Paulo: Martin Claret, 2002. Disponível em: [https://ec.europa.eu/info/publications/annual-reports-monitoring-application-eu-law_en]. Acesso em: 21.04.2018.
- FARIA COSTA, José de. *Beccaria e o direito penal – Três estudos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2015.
- FARIA COSTA, José de. *Direito penal especial* (Contributo a uma sistematização dos problemas “especiais” da Parte Especial. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.
- FARIA COSTA, José de. *Linhas de direito penal e de filosofia – Alguns cruzamentos reflexivos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.
- FARIA COSTA, José de. *Noções fundamentais de direito penal: fragmenta iuris poenalis*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2015.
- FARIA COSTA, José de. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.
- FARIA COSTA, José de; MOURA, Bruno. A interpretação em direito penal: um *multiversum*. In: *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Coimbra, n. 4001, ano 146, p. 96-111, nov.-dez. 2016.
- FAURE, Michael G.; LEGER, Claire. The directive on criminal sanctions for market abuse: a move towards harmonizing insider trading criminal law at the EU level? In: *Brooklyn Journal of Corporate, Financial & Commercial Law*, New York, v. 9, issue 2, p. 387-427, 2015.
- FERNÁNDEZ, João Carlos Montiel. Peripécias político-criminais de la expansión del derecho penal. In: MAIER, Julio B. J.; CÓRDOBA, Gabriela E. *¿Tiene futuro el derecho penal?* Buenos Aires: Ad-Hoc, 2009.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón – Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 1995.
- FERREIRA, Manuel Cavaleiro de. A medida da pena. In: *Boletim dos Institutos de Criminologia*, 2º semestre, 1939.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Algumas reflexões sobre o direito penal na ‘sociedade de risco’. In: *Problemas fundamentais de direito penal – Homenagem a Claus Roxin*. Lisboa: Universidade Lusíada, 2002.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal – Parte geral*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. t. I – Questões fundamentais – A doutrina geral do crime.

- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal português – As conseqüências jurídicas do crime*. Lisboa: Aequitas, 1993.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. O problema do direito penal no dealbar do terceiro milénio. In: COSTA ANDRADE, Manuel da; FARIA COSTA, José de; RODRIGUES, Anabela Miranda; MONIZ, Helena; FIDALGO, Sónia. *Direito penal – Fundamentos dogmáticos e político-criminais – Homenagem ao Prof. Peter Hünerfeld*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Sobre o ‘modelo’ de determinação da medida da pena. In: *Notáveis do direito penal – Livro em homenagem ao emérito Professor Doutor René Ariel Dotti*. Brasília: Consulex, 2006.
- FLEMING, Abel; LÓPEZ VIÑALS, Pablo. *Las penas*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2009.
- GODINHO, Inês Fernandes. O justo e o simbólico em direito penal – Considerações a propósito da protecção penal da vida humana. In: *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, Coimbra, v. XCII, t. I, 2016.
- GOMES, Luiz Flávio, GAZOTO, Luís Wanderley. *Populismo penal legislativo – A tragédia que não assusta as sociedades de massas*. Salvador: JusPodivm, 2016.
- GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Ed. RT, 2003.
- GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *Teoria geral da parte especial do Direito Penal*. São Paulo: Atlas, 2014.
- GOMES CANOTILHO, José Joaquim. Teoria da legislação geral e teoria da legislação penal – Contributo para uma teoria da legislação – I Parte. In: *Separata do número especial do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra – Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, 1984.
- GUAGLIARDO, Vincenzo. *De los dolores y las penas – Ensayo abolicionista y sobre la objeción de conciencia*. Madrid: Traficantes de Sueños, 2013.
- JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal – Parte general*. Trad. Santiago Mir Puig e Francisco Muñoz Conde. Barcelona: Bosch, 1981. v. I.
- KADRI, Omar Francisco do Seixo. *O executivo legislador: o caso brasileiro*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.
- KÖHLER, Michael. O conceito de pena – Der Begriff der Strafe. Trad. Oliveiros Guanais. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 22, v. 110, set.-out. 2014.
- KONTIS, Vasilis; BENNETT, James E.; MATHERS, Colin D; LI, Guangquan; FOREMAN, Kyle; EZZATI, Majid. Future life expectancy in 35 industrialised countries: projections with a Bayesian model ensemble. *Lancet*, 389 (10076): p. 1323-1335, abr. 2017. doi: 10.1016/S0140-6736(16)32381-9. Epub, 2017. Disponível em: [www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(16)32381-9/abstract]. Acesso em: 07.11.2022.

- LOPES PORTO, Manuel; ANASTÁCIO, Gonçalo (Coords.). *Tratado de Lisboa – Anotado e comentado*. Coimbra: Almedina, 2012.
- LOUREIRO, João Carlos. Bios, tempo(s) e mundo(s). In: FARIA COSTA, José de; GODINHO, Inês Fernandes. *As novas questões em torno da vida e da morte em direito penal*. Uma perspectiva integrada. Coimbra: Coimbra Editora/Wolters Kluwer, 2010.
- LOUREIRO, João Carlos. Da sociedade técnica de massas  sociedade de risco: prevenção, precaução e tecnociência. Algumas questões juspublicsticas. In: *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.
- MARTINS, Patrícia Fragoso. *O princípio do primado do direito comunitário sobre as normas constitucionais dos Estados-Membros – Dos tratados ao projecto de Constituição europeia*. Estoril: Principia, 2006.
- MESSUTI, Ana. Ms all del tiempo como pena. In: ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *La medida del castigo – El deber de compensación por penas ilegales*. Buenos Aires: Ediar, 2012.
- MESSUTI, Ana. *O tempo como pena*. São Paulo: Ed. RT, 2003.
- MILHOMEM, Flávio. O princípio da proporcionalidade como critério para a cominação de penas em abstracto. In: *Direito e Justiça – Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa*, v. XIV, n. 2, 2000.
- MIR PUIG, Santiago. O princípio da proporcionalidade enquanto fundamento constitucional de limites materiais do direito penal. In: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, ano 19, n. 1, jan.-mar. 2009.
- MITSOLEGAS, Valsamis. From overcriminalisation to decriminalisation: the many faces of effectiveness in European Criminal Law. In: *New Journal of European Criminal Law*, v. 5, Issue 3, p. 416-424, 2014.
- MITSOLEGAS, Valsamis. *EU criminal law after Lisbon: rights, trust and the transformation of justice in Europe*. Oregon: Hart Publishing, 2016.
- MORALES ROMERO, Marta Muñoz de. *El legislador penal europeo: legitimidad y racionalidad*. Navarra: Civitas, 2011.
- MOSCONI, Giuseppe. Tiempo social y tiempo de cárcel. In: RIVERABEIRAS, Iñaki; DOBÓN, Juan (Orgs.). *Secuestros institucionales y derechos humanos – La cárcel y el manicomio como laberintos de obediencias fingidas*. Barcelona: Bosch, 1997.
- NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.
- NIETO, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. 4. ed. Madrid: Tecnos, 2005.
- BERG, Jacob. Criminal sanctions in the field of EU environmental law. In: *New Journal of European Criminal Law*, v. 2, n. 4, 2011.
- BERG, Jacob. Do we really need criminal sanctions for the enforcement of EU law? In: *New Journal of European Criminal Law*, v. 5, n. 3, 2014.

- ÖBERG, Jacob. The definition of criminal sanctions in the EU. In: *New Journal of European Criminal Law*, v. 3, n. 3, 2014.
- OST, François. *O tempo do direito*. Trad. Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 2001.
- PALMA, Maria Fernanda; SILVA DIAS, Augusto; SOUSA MENDES, Paulo de. *Direito sancionatório das autoridades reguladoras*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.
- PASTOR, Daniel. *El plazo razonable en el proceso del Estado de Derecho*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2002.
- PESSOA, Fernando. *Le livre de l'intranquillité*. Paris: Christian Bourgois, 1988.
- POPPER, Karl. *La connaissance objective*. Paris: Aubier, 1991.
- PORTALIS, Jean-Étienne-Marie. *Discours et rapports sur le Code Civil*. Caen: Centro de Filosofia Política e Jurídica, 1992.
- PORTUGAL. Actas das sessões da Comissão Revisora do Código Penal – Parte geral. In: *Separata do Boletim do Ministério da Justiça*, Lisboa, 1965. v. I.
- ROBINSON, Paul H. *Principios distributivos del derecho penal* – A quién debe sancionarse y en qué medida. Trad. Manuel Cancio Meliá e Íñigo Ortiz de Urbina. Madrid: Marcial Pons, 2012.
- RODRIGUES, Anabela Miranda. *A determinação da medida da pena privativa de liberdade (os critérios da culpa e da prevenção)*. 1995. Dissertação (Doutorado em Ciências Jurídico-criminais) – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 1995.
- RODRIGUES, Anabela Miranda. A europeização do direito penal económico – Os Acórdãos Taricco I e II do Tribunal de Justiça da União Europeia. In: *Colóquio Direito Penal Económico em Mudança*, Auditório da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 20 mar. 2018.
- RODRIGUES, Anabela Miranda. Direito penal europeu pós-Lisboa – Um direito penal funcionalista? In: *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 146, n. 4004, p. 320-334, maio-jun. 2017.
- RODRIGUES, Anabela Miranda. *O direito penal europeu emergente*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.
- RODRIGUES, Anabela Miranda. O Tribunal de Justiça das comunidades europeias no espaço de liberdade, de segurança e de justiça – A caminhar se faz o caminho. In: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, v. 17, n. 3, p. 387-413, jul.-set. 2007.
- RODRIGUES, Anabela Miranda. Um sistema sancionatório penal para a União Europeia: entre a unidade e a diversidade ou os caminhos da harmonização. In: DOLCINI, Emílio; PALIERO, Carlo Enrico (Orgs.). *Studi in onore di Giorgio Marinucci*. Milano: Giuffrè, 2006. v. II.
- RODRIGUES, Anabela Miranda; MOTA, José Luís Lopes da. *Para uma política criminal europeia* – Quadro e instrumentos jurídicos da cooperação judiciária em matéria penal no espaço da União Europeia. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

- ROXIN, Claus. *Derecho penal* – Parte general. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. t. I – Fundamentos. La estructura de la teoría del delito.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, proporcionalidade e direitos fundamentais – O direito penal entre proibição de excesso e de insuficiência. In: *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, v. LXXXI, 2005.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1992.
- TAIPA DE CARVALHO, Américo. Condicionalidade sócio-cultural do direito penal – análise histórica. Sentido e limites. In: *Separata do número especial do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra* – Estudos em homenagem aos Profs. Manuel Paulo Merêa e Guilherme Braga da Cruz, Coimbra, p. 5-113, 1985.
- VIANA, Cláudia. Comentários ao artigo 41.º. In: SILVEIRA, Alessandra; CANOTILHO, Mariana (Coords.). *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia* – Comentada. Coimbra: Almedina, 2013.
- WELZEL, Hans. *Derecho penal* – Parte general. Trad. Carlos Fontan Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma, 1956.
- ZIFFER, Patricia S. *Lineamientos de la determinación de la pena*. 2. ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2013.
- ZIS. *The Manifesto on European Criminal Policy – European Criminal Policy Initiative*. Disponível em: [www.zis-online.com/dat/artikel/2009_12_383.pdf]. Acesso em: 06.11.2022.

7. LEGISLAÇÃO

- UNIÃO EUROPEIA. *Diretiva 2014/57/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 16 de abril de 2014 – relativa às sanções penais aplicáveis ao abuso de informação privilegiada e à manipulação de mercado (abuso de mercado)*. Disponível em: [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0057&from=PT]. Acesso em: 05.11.2022.
- UNIÃO EUROPEIA. *Parecer do Comité Económico e Social Europeu sobre a Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões – Rumo a uma política da UE em matéria penal: assegurar o recurso ao direito penal para uma aplicação efetiva das políticas da UE [COM(2011) 573 final]*. Disponível em: [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A52012AE1045]. Acesso em: 05.11.2022.
- UNIÃO EUROPEIA. *Protocolo (n. 2) relativo à aplicação dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade*. Disponível em: [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A12008E%2FPRO%2F02]. Acesso em: 05.11.2022.

UNIÃO EUROPEIA. *Regulation (EU) n. 596/2014 of the European Parliament and of the Council of 16 april 2014 on market abuse (market abuse regulation) and repealing Directive 2003/6/EC of the European Parliament and of the Council and Commission Directives 2003/124/EC, 2003/125/EC and 2004/72/EC Text with EEA relevance*. Disponível em: [<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32014R0596>]. Acesso em: 05.11.2022.

UNIÃO EUROPEIA. *Tratado da União Europeia*. Disponível em: [http://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0019.01/DOC_2&format=PDF]. Acesso em: 05.11.2022.

UNIÃO EUROPEIA. *Tratado sobre o funcionamento da União Europeia*. Disponível em: [<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=PT>]. Acesso em: 05.11.2022.

8. JURISPRUDÊNCIA

UNIÃO EUROPEIA. *Judgment of the Court of 11 November 1981. Criminal proceedings against Guerrino Casati. Reference for a preliminary ruling: Tribunale di Bolzano – Italy. Free movement of capital – National control requirements. Case 203/80*. Disponível em: [<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1525430037140&uri=CELEX:61980CJ0203>]. Acesso em: 05.11.2022.



PESQUISA DO EDITORIAL



ÁREAS DO DIREITO: Processual; Penal

Veja também Doutrina relacionada ao tema

- Pena de prisão e proporcionalidade: contribuições a partir do paradigma da justiça penal negocial, de Emetério Silva de Oliveira Neto e Gustavo César Machado Cabral – *RBCCrim* 173/169-200.

O CRIME DE POSSE DE PORNOGRAFIA INFANTIL: CONSIDERAÇÕES A PARTIR DA PORNOGRAFIA JUVENIL PRODUZIDA EM CONTEXTO CONSENTIDO E DA PEDOPORNOGRAFIA SIMULADA

*THE CRIME OF POSSESSION OF CHILD PORNOGRAPHY: A
STUDY BASED ON CONSENSUAL JUVENILE PORNOGRAPHY
AND SIMULATED CHILD PORNOGRAPHY*

GABRIEL BREZINSKI RODRIGUES

Doutorando e Mestre (2019) em Direito Penal pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro, UERJ. Pós-graduado em Direito Penal e Processual Penal pela Damásio (2015) e graduado pela Faculdade de Direito de Vitória, FDV (2014). Advogado.

Lattes: [<http://lattes.cnpq.br/6240992751735240>].

ORCID: [<https://orcid.org/0000-0001-54945569>].

gabrielbrezinski@hotmail.com

DOI: [<https://doi.org/10.54415/rbccrim.v197i197.440>].

Recebido em: 16.06.2021

Aprovado em: 10.01.2022

Última versão do autor: 24.01.2022

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: O trabalho visa discutir o crime de posse de pornografia infantil a partir da posse de pornografia juvenil produzida em contexto consentido, ou seja, aquela em que o adolescente retratado já alcançou a chamada idade sexual do consentimento e permite ou faz a captura, bem como da posse de pedopornografia simulada, na qual adultos se fantasiam ou há representação gráfica de um menor em cenário erótico. O objetivo é tencionar os argumentos que dão base à tipificação da posse deste material, para então verificar se tais delitos se mantêm constitucionais quando despidos da abstração preventiva ou do caráter moral.

ABSTRACT: This article presents an analysis of the crime of possession of child pornography based on cases of consensual juvenile pornography and simulated child pornography. For this purpose, we understand that consensual juvenile pornography is the scene produced with the consent of a teenager who can legally engage in sex, while simulated child pornography is the altered footage of adults impersonating a minor. The analysis intends to question the grounds for criminalizing the possession of this material to ascertain whether such offenses remain constitutional if stripped of moralism and general deterrence premise.

PALAVRAS-CHAVE: Crimes de posse – Pornografia juvenil – Pornografia simulada.

KEYWORDS: Crimes of possession – Juvenile pornography – Simulated child pornography.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Posse como categoria delitiva. 3. Posse de pornografia infantil. 3.1. Pornografia infantil e pornografia juvenil produzida em contexto consentido. 3.2. Pedopornografia simulada. 4. Considerações finais. 5. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Os crimes de pornografia infantil fazem parte de um grupo de delitos explorado pouco criticamente pela literatura jurídico-penal. A reprovação social inerente à correlação com abusos sexuais de menores torna o tema sensível, quase tabu. Para mais, parece visível que, na análise desses tipos, juristas frequentemente permitem que suas crenças e seus sentimentos pessoais transbordem para suas conclusões.

Caso a preocupação com a contaminação do estudo estivesse mais presente, os problemas de imputação da posse de pornografia infantil teriam maior destaque na produção acadêmica brasileira. No entanto, poucos são os trabalhos que arrisquem denunciar os excessos que gravitam em torno das bandeiras de proteção da infância e combate à pedofilia.

A proposta deste trabalho é não se esquivar do problema. Pretende-se adotar uma perspectiva crítica em prol de um direito penal que reflita uma justiça social e não a imposição de valores morais, mesmo sabendo da dificuldade dessa postura filosófica. A partir daí, tecer-se-á considerações em relação ao crime de posse de pornografia infantil. A análise terá como norte duas situações de armazenamento de pornografia que, por suas peculiaridades, não causam tamanha repulsa ética: a posse de pornografia juvenil produzida em contexto consentido, aquela em que o adolescente retratado já alcançou a chamada idade sexual do consentimento e permite ou faz a captura, e a posse de pedopornografia simulada, na qual adultos se fantasiam ou há representação gráfica de um menor em cenário erótico.

Para conferir método ao trabalho, seguir-se-á a proposta de Lobado quanto à análise dogmática dos delitos de posse¹. A princípio, apresentar-se-á algumas das principais linhas de compreensão dessa categoria delitiva. Ato contínuo, buscar-se-á as matrizes da tipificação da posse de pornografia infantil, elencando os pilares argumentativos que supostamente dão base para esse tipo de imputação. Em seguida,

1. LOBATO, José Danilo Tavares. Panorama dos crimes de posse. *Revista Liberdades*, São Paulo, n. 12, p. 104-128, jan.-abr. 2013.

os exemplos de pornografia juvenil e pseudopornografia cumprirão o papel de tensionar os argumentos criminalizantes até o máximo. Assim, verificar-se-á se os delitos de posse de pornografia infantil se mantêm constitucionais quando despidos da abstração preventiva ou do caráter moral.

2. POSSE COMO CATEGORIA DELITIVA

O marco jurídico-penal atual do estudo dos delitos de posse é geralmente identificado no trabalho de Struensee². O autor percebe que não há trato sistemático da categoria na literatura, já que ela não é percebida como autônoma. Struensee delimita o conjunto como os tipos penais que incriminam a conduta de “possuir” um objeto. As expressões gramaticais “possuir” e “ter” são justamente o grande foco de Struensee, que, por várias linhas, defende a incapacidade das expressões em descrever qualquer forma de ação humana. Para o autor, nessa categoria de crimes, “possuir” e “ter” apresentam-se como comportamentos de compra, receptação e ocultação de objetos antes da perda e de utilização. No entanto, nenhum destes atos se coadunam com a noção de “possuir” enquanto um movimento corporal dotado de intenções ou produtor de resultados. Mesmo a aquisição da posse, por vezes entendida como “possuir”, é considerada ato que precede a “ter” o bem. De fato, entender a aquisição como “possuir” serve unicamente ao interesse de tornar a persecução penal facilitada, já que dispensa a prova. Struensee também é crítico da ideia de que o emprego ou uso da coisa é pressuposto de uma posse ativa³. Em verdade, esse “possuir” refere-se a uma implicada possibilidade de recorrer à coisa, que não descreve automaticamente um fazer ativo. Por fim, Struensee rechaça o lacunoso conceito de crime permanente, figura sempre imposta aos delitos de posse, na medida em que as ações de “possuir” e “ter” são encaradas como ações prolongadas no tempo. Para o autor, a figura do crime permanente é um conceito extralegal e mal aclarado que ainda não encontrou determinação suficiente na ciência jurídico-penal⁴. Logo, não deve ser usada, principalmente, em uma categoria tão problemática como a de posse, já que leva a múltiplas persecuções sobre um mesmo fato.

Diferentemente de Struensee, para quem os crimes de posse são um tropeço legislativo, Roxin não vê qualquer impossibilidade nestas construções típicas. Roxin divide as críticas aos delitos de posse em vertentes, como a da impossibilidade

2. STRUENSEE, Eberhard. Os crimes de posse. *Revista Liberdades*, São Paulo, n. 12, p. 56-69, jan.-abr. 2013.

3. *Ibidem*.

4. *Ibidem*.

de incriminar o mero estado ou uma situação; e a vertente de que a posse é, ao máximo, a criminalização de um estado preparatório prévio, em que o resultado pode inclusive ser uma autocolocação em perigo⁵. Empregando seu conceito de ação como manifestação da personalidade, Roxin compreende que a detenção e o exercício do domínio da coisa são formas independentes de exteriorização da personalidade. Por essa visão, não é apenas a ação e a omissão decorrente de um movimento corporal que possibilitam a punição penal. Para Roxin, aquelas manifestações de exteriorização da personalidade que tornam claro o desejo do possuidor de conservar, cuidar e utilizar a coisa têm relevância jurídico-penal tal para a posse, que se expressam como domínio corporificado⁶. Mesmo na esfera omissiva dessa classe de crimes – ao exemplo de quando o possuidor omite a entrega ou a destruição do objeto ilícito –, caso a manifestação do ingresso ativo no estado de posse já tenha acontecido, a punibilidade da posse está configurada, prescindindo da futura decisão sobre se livrar da coisa⁷. Por fim, Roxin aponta que, do ponto de vista político-criminal, os crimes de posse devem ser analisados casuisticamente, já que sua estrutura típica não é, em si, necessariamente inadmissível⁸.

No trabalho de Saad-Diniz, a técnica dos delitos de posse é explorada, especialmente, sob o prisma da preocupação quanto à antecipação punitiva. Para o autor, a introdução de mecanismos jurídico-penais essencialmente preventivos afetou as próprias estruturas do conceito de ação⁹. Os delitos de posse estão lado a lado aos delitos de *status* e condição com mera referência abstrata, ambas formas de imputação que resultam, na prática, em situações cômodas para a investigação¹⁰. O autor afasta-se da concepção jakobsiana de um direito penal do inimigo¹¹ nos delitos de posse, entendendo-o não adequado como categoria normativa. Saad-Diniz prefere focar nos limites de legitimação da antecipação de punibilidade em estado

5. ROXIN, Claus. Crimes de posse. *Revista Liberdades*, São Paulo, n. 12, p. 36-55, jan.-abr. 2013.

6. ROXIN, Claus. Crimes de posse. *Revista Liberdades*, São Paulo, n. 12, p. 36-55, jan.-abr. 2013.

7. Ibidem.

8. Ibidem.

9. SAAD-DINIZ, Eduardo. A técnica dos delitos de posse. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; RASSI, João Daniel (Coords.). *Estudos em homenagem a Vicente Greco Filho*. São Paulo: LiberArs, 2014.

10. Ibidem.

11. JAKOBS, Günther. *Direito penal do inimigo – Noções e críticas*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2012.

prévio da progressão criminosa, compreendendo que um paradigma abstrato de segurança social não pode surgir como justificativa para antecipação da intervenção punitiva¹². Qualquer medida preventiva, diz o autor, deve ser constitucionalmente fundada e coerente com os limites da dogmática jurídico-penal. Nesse sentido, e focado nos delitos de posse, crê que a mera aquisição não corresponde à realização do risco, embora o “ter” possa ser indicativo da progressão de ações preparatórias¹³.

Em Balcarce, a categoria de delitos de posse também aparece como crimes que descrevem “ter” algo como conduta punível¹⁴. Sua contribuição está em defender os delitos de posse como crimes de perigo abstrato. Balcarce parte da denúncia de que o programa político-penal moderno se funda na proliferação de crimes de perigo abstrato¹⁵. Por meio dessa categoria de crimes, aumenta-se a capacidade de repressão policial, eis que as medidas de busca pessoal e apreensão são nucleares para a prova incriminadora. Potencializam-se também os efeitos da criminalização secundária, eis que agentes de repressão se tornam livres para usar da arbitrariedade em qualquer um que creem possuir algo criminalizado¹⁶. Preocupado com as repercussões político-criminais e processuais dos delitos de posse, Balcarce aponta que a particular estrutura dessa categoria tem a singular qualidade de produzir facilitada prisão em flagrância, já que o momento de cometimento do crime é o instante em que se está possuindo¹⁷. A situação de flagrante aniquila todo o esforço científico da teoria do delito, pois a suposição probatória da existência de um fato criminoso no mero ato de portar eliminaria qualquer necessidade de avaliação da ação penalmente qualificada.

Tavares também considera os delitos de posse como crimes de perigo abstratos. Para o autor, a incriminação da posse é um discurso puramente retórico, que instrumentaliza a política criminal. Por afastar-se de qualquer ideia de proteção ao bem jurídico ou proteção de estabilidade da norma, adotando a compreensão do bem jurídico como pressuposto de incriminação a partir da lesão ou perigo de lesão¹⁸,

12. SAAD-DINIZ, Eduardo. Op. cit.

13. Ibidem.

14. BALCARCE, Fábian I. Direito penal dos marginalizados linhas da política criminal argentina. *Revista Liberdades*, São Paulo, n. 12, p. 70-103, jan. -abr. 2013.

15. BALCARCE, Fábian I. Direito penal dos marginalizados linhas da política criminal argentina. *Revista Liberdades*, São Paulo, n. 12, p. 70-103, jan.-abr. 2013.

16. Ibidem.

17. Ibidem.

18. TAVARES, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito*. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 193.

postura que se crê correta, Tavares critica as criminalizações de condutas que não implicam em alteração real ou provável da realidade, ou seja, em que a ameaça da conduta é puramente presumida ou bastante remota. Por essa razão, o autor defende a incompatibilidade democrática dos delitos em que não há demonstração efetiva de lesão ou de provável perigo, dado que o caráter puramente abstrato da presunção de perigo “impossibilita ao cidadão se orientar pela proibição e se situar também como protagonista da norma criminalizadora”¹⁹.

Ainda, sobre a perspectiva do perigo abstrato, Joffily busca o argumento da incriminação da posse no potencial de transformação do mundo externo, apresentando uma figura retórica nomeada “redemoinho de perigo”, na qual o intérprete avalia a potencialidade de alteração da realidade social²⁰. Essa proposta teria o poder de limitar a incidência do poder punitivo, dado que o intérprete da norma deveria apontar a efetiva criação de uma zona de perigo para terceiros, comprometendo-se em comprovar um desvalor do resultado que vá além de um risco indeterminado²¹. Não parece, no entanto, que o defendido por Joffily se afaste sobremaneira da clássica análise de afetação do bem jurídico sob o prisma da presunção de lesão ou perigo.

Na mesma linha crítica de Balcarce, encontra-se Pastor. O autor adota a posição de que a descrição do punível deve levar em conta o rendimento probatório, principalmente, em um modelo de direito penal preocupado com a arbitrariedade do aparato repressivo²². Para Pastor, tudo aquilo que não pode ser confiavelmente provado deve ser proibido, cabendo ao modelo de injusto também atentar-se para o problema de falseamento da prova²³. Diante disso, o autor trabalha como a categoria dos crimes de posse facilita manipulações, tergiversações e falsificações da prova. Os delitos de posse dariam arbitrariedade extra para o aparato repressivo, o que não invalidaria em absoluto o gênero de imputação, mas implicaria na despenalização de grande maioria desses delitos, resguardado a posse de coisas aptas à destruição em massa de pessoas e bens²⁴. Na proposta de Pastor, a despenalização dos delitos de posse – ou uma espécie de administrativização, já que a sanção proposta seria a

19. Ibidem, p. 187.

20. JOFFILY, Tiago. *O resultado como fundamento do injusto penal*. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito. 2016. p. 285-287.

21. JOFFILY, Tiago. *O resultado como fundamento do injusto penal*. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito. 2016. p. 285-287.

22. PASTOR, Daniel R. Problemas processuais dos crimes de posse. *Revista Liberdades*, São Paulo, n. 12, p. 129-144, jan.-abr. 2013.

23. Ibidem.

24. Ibidem.

perda do objeto – resolveria os problemas dogmáticos identificados por Struensee²⁵, reduziria a arbitrariedade probatória e refritaria o poder punitivo. Mantendo coerência interna, Pastor defende que as posses que subsistam puníveis devem manter um *standard* probatório especial, mais rígido, que trariam confiança para afirmação de uma posse²⁶.

Preocupado com o processo de expansão do encarceramento brasileiro, sobretudo em condenações em delitos de posse, Busato propõe uma análise destas figuras típicas a partir da concepção significativa da ação²⁷. O autor crê que as fórmulas dogmáticas tradicionais pouco podem produzir sobre a questão da ação, relevantíssima para a análise dos delitos de posse. Na perspectiva de Busato, a ação deve ser tomada não como um processo lógico puro ou como manifestação de vontades, mas, sim, como uma conduta que faz sentido para quem atua e para quem observa²⁸. Logo, a ação é algo que deriva de um contexto e, como tal, deve ser analisada dentro dele.

25. STRUENSEE, Eberhard. Os crimes de posse. *Revista Liberdades*, São Paulo, n. 12, p. 56-69, jan.-abr. 2013.

26. PASTOR, Daniel R. Op. cit.

27. O impacto da teoria da ação significativa no conceito de ação do direito penal é desenvolvido por Busato em obra própria. Nela, Busato defende que “[...] reconhecer uma ação como significativa implica a aportação de uma qualidade de ação que não provém de sua existência ontológica, nem da norma e nem mesmo daquele que atua, mas antes, é produto, sentido, significado de tudo isso. Isto porque o reconhecimento da ação deriva de que a sociedade se ajusta segundo certas regras ou pautas que permitem reconhecê-la no contexto em que ocorre: ‘as ações serão interpretações que, segundo as distintas modalidades de regras sociais, poderão ser dadas ao comportamento’”. Nesse sentido, Busato crê que “Considerando que uma proposta moderna de conceitos dogmáticos deve estar orientada às suas consequências, quer dizer, nutrida de uma Política criminal adequada a um Estado social e democrático de Direito, parece claro que o referencial que dota de sentido o conceito de ação deve corresponder ao contexto social em que se determina.” [...] “Tendo em conta que o que se busca, em definitivo, com a determinação das ações típicas é estabelecer os termos em que o estado desenvolverá o controle social, pode-se concluir que a ação significativa estabelece uma relação onde, para utilizar a expressão de Vives Antón, ‘a ação típica é o primeiro ‘constituens’ real do tipo de delito e o tipo de ação seu primeiro ‘constituens’ lógico’. Estabelece-se pois, uma correlação determinante bilateral entre o sentido da ação e sua expressão normativa. A ação dota pois, de sentido social, a própria expressão normativa. O conceito significativo de ação se converte, então, de ‘substrato de um sentido em sentido de um substrato’”. (BUSATO, Paulo César. *Direito penal e ação significativa* – Uma análise da função negatizado conceito de ação em direito penal a partir da filosofia da linguagem. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.)

28. BUSATO, Paulo César. Delitos de posse e ação significativa – Crítica aos besitzdelikte a partir da concepção significativa da ação. *Seqüência – Estudos Jurídicos e Políticos*, Florianópolis, v. 37, n. 73, p. 75-111, ago. 2016.

Não há como fracionar os atos da ação e considerá-los isoladamente como condutas. Nesse sentido, a concepção significativa da ação tem potencialidade para afastar a incriminação da mera posse, pois o ato de possuir um objeto não significa, no sentido comunicativo, uma ação penalmente qualificável²⁹. Em sua visão, a posse, em si mesma, é apenas um fato, nunca uma ação. Para tornar-se uma ação, depende do ato precedente de adquirir ou da omissão subsequente de não se desfazer. Enquanto figura jurídica, a posse é apenas um elemento circunstancial probatório³⁰. Assim, Busato apresenta fórmula jurídica capaz de conter a intervenção penal dentro do próprio sistema de imputação, ainda que para isso tenha que reformular o conceito de ação.

Lobato apresenta um completo panorama da literatura jurídica sobre os delitos de posse, propondo a metodologia de investigação ora adotada neste trabalho. Segundo referido autor, a modalidade de tipificação ganhou primazia pós-moderna. Com ela, surgiram problemas na ciência penal que, até agora, parecem não interessar à literatura jurídica nacional³¹. Lobato se afasta da ideia de que os crimes de posse são uma espécie dos crimes de perigo abstrato. Ao fazê-lo, evita também a discussão acerca da inconstitucionalidade dos crimes do perigo abstrato, pois defende que esta modalidade pode ser trabalhada restritivamente³².

No aspecto da intenção político-criminal, Lobato reconhece que o objetivo de grande parte dos delitos de posse é facilitar a obtenção de prova e, por conseguinte, a incriminação pelos órgãos de persecução penal³³. Assim, crê que a tipificação de posse não pode existir como instrumento de mitigação do ônus probatório da acusação penal. Tal parceria entre Poder Legislativo e órgãos de acusação apenas facilita a persecução penal e a multiplicação de sentenças penais condenatórias.

Partindo da premissa de que um mesmo tipo penal de posse pode conter várias intencionalidades, Lobato prefere não adotar subclassificações sobre a modalidade delitiva, embora metodologicamente nomeie alguns tipos nas modalidades de preparação, intenção de uso e mera posse. A posse como preparação apresenta características como a antecipação da punição para os atos preparatórios³⁴. Aqui, “ter” os

29. Ibidem.

30. Ibidem.

31. LOBATO, José Danilo Tavares. Panorama dos crimes de posse. *Revista Liberdades*, São Paulo, n. 12, p. 104-128, jan.-abr. 2013.

32. Ibidem.

33. Ibidem.

34. LOBATO, José Danilo Tavares. Panorama dos crimes de posse. *Revista Liberdades*, São Paulo, n. 12, p. 104-128, jan.-abr. 2013.

objetos corresponde ao próprio resultado lesivo. Na posse como intenção de uso, tem-se o elemento subjetivo especial expresso no próprio tipo. Já na posse como preparação, o vínculo entre a posse e o crime subsequente é presumido pelo legislador, que antecipa a punição da posse como se esta fosse o ato preparatório³⁵. Nessa toada, os crimes de mera posse são aqueles em que esse paralelo entre crime futuro e emprego do objeto sequer é traçado³⁶. O objeto é presumido como perigoso para, então, justificar a incriminação. Esta é, justamente, a modalidade que mais preocupa Lobato, já que abre espaço para criminalizações desarrazoadas.

Na perspectiva dos crimes de mera posse, Lobato crê que a reprovação criminal da posse de um objeto sem a exigência de comportamento humano equivale à punição de maus pensamentos ou a criminalização sem conduta³⁷. Algo que ultrapassa o limite mínimo de contenção do poder punitivo. A posição parece alinhada com sua leitura de Lagodny, para quem a mera posse pune a simples relação do indivíduo com o objeto³⁸. Neste, a desnecessidade do ânimo dá o tom de inconstitucionalidade aos delitos de mera posse, ao que a conformação constitucional existiria apenas a partir do Direito Policial conjugado ao modelo de crimes omissivos, exigindo-se a opção pela não renúncia ao objeto como elemento essencial para a formação da tipicidade.

Todo o posto nos leva à conclusão de Lobato de que a espécie delitiva de posse não é, em si, inconstitucional³⁹. De certo, há incriminações bastante questionáveis, como a posse de substância para autolesão, traduzida no atual crime de posse de drogas. No entanto, a metodologia proposta por Lobato é a de que, para resolução dos problemas dogmáticos relacionados aos delitos de posse, faz-se necessário investigar as matrizes da tipificação, verificando a existência de ação humana como fundamento da reprovação, especialmente, em crimes de mera posse⁴⁰. Nesse sentido, seguir-se-á a proposta para colocar à prova a constitucionalidade de duas espécies de delitos previstas no ordenamento brasileiro. Para não repetir o já analisado pela literatura, dar-se-á exemplos peculiares: a posse de material pornográfico juvenil produzido em contexto consentido e a posse de pornografia infantil simulada.

35. Ibidem.

36. Ibidem.

37. Ibidem.

38. LAGODNY, Otto. *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte...*, apud LOBATO, José Danilo Tavares. Panorama dos crimes de posse, cit.

39. LOBATO, José Danilo Tavares, cit.

40. LOBATO, José Danilo Tavares. Panorama dos crimes de posse. *Revista Liberdades*, São Paulo, n. 12, p. 104-128, jan.-abr. 2013.

3. POSSE DE PORNOGRAFIA INFANTIL

3.1. Pornografia infantil e pornografia juvenil produzida em contexto consentido

Segundo o artigo 241-B do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei 8.069, de 13 de julho de 1990, constitui crime adquirir, possuir ou armazenar, por qualquer meio, fotografia, vídeo ou outra forma de registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente⁴¹. A expressão “cena de sexo explícito ou pornográfica” é definida pelo consequente artigo 241-E como “qualquer situação que envolva criança ou adolescente em atividades sexuais explícitas, reais ou simuladas, ou exibição dos órgãos genitais de uma criança ou adolescente para fins primordialmente sexuais”.

Embora o texto original do Estatuto da Criança e do Adolescente tipificasse as ações de “produzir ou dirigir representação teatral, televisiva ou película cinematográfica, utilizando-se de criança ou adolescente em cena de sexo explícito ou pornográfica” (anterior art. 240) e “fotografar ou publicar cena de sexo explícito ou pornográfico envolvendo criança ou adolescente” (anterior art. 241), é apenas em 2008, via Lei 11.829, de 25 de novembro de 2008, que o tipo penal de posse de material pornográfico surge no ordenamento brasileiro.

O texto do atual art. 241-B é decorrente do Projeto de Lei do Senado 250, de 2008. A criminalização partiu de pressão internacional, já que em 2004, o Brasil promulgou, via Decreto 5.007, de 8 de março de 2004, o Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança referente à venda de crianças, à prostituição infantil e à pornografia infantil. No artigo 3º, 1, c, do referido protocolo, encontramos a recomendação de criminalização da “produção, distribuição, disseminação, importação, exportação, oferta, venda ou posse, para os fins acima mencionados, de pornografia infantil, conforme definido no Artigo 2º”. No entanto, ao contrário do

41. A pena cominada ao *caput* é de reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa. Consoante o § 1º, a pena é diminuída de 1 (um) a 2/3 (dois terços) se de pequena quantidade o material a que se refere o *caput* deste artigo. Além disso, não há crime, conforme o § 2º, se a posse ou o armazenamento tem a finalidade de comunicar às autoridades competentes a ocorrência das condutas descritas nos arts. 240, 241, 241-A e 241-C desta Lei, quando a comunicação for feita por: I – agente público no exercício de suas funções; II – membro de entidade, legalmente constituída, que inclua, entre suas finalidades institucionais, o recebimento, o processamento e o encaminhamento de notícia dos crimes referidos neste parágrafo; III – representante legal e funcionários responsáveis de provedor de acesso ou serviço prestado por meio de rede de computadores, até o recebimento do material relativo à notícia feita à autoridade policial, ao Ministério Público ou ao Poder Judiciário.

disposto no artigo 241-E do nosso ECA, o conceito de pornografia infantil do Protocolo é restrito à “criança”, sem adição do termo adolescente.

Os debates legislativos que culminaram no PLS 250/2008 tiveram origem na chamada CPI da Pedofilia, de autoria do Senador Magno Malta, que visava investigar e apurar “a utilização da internet para a prática de crimes de pedofilia”. A comissão teve tom bastante inquisitorial, compreendendo a internet como âmbito para a venda, troca e difusão do material. A resposta política foi a construção dos tipos penais dos artigos 240 e seguintes do ECA, incluindo a conduta até então atípica da posse de material pornográfico infantil. O trâmite do Projeto de Lei foi bastante rápido e, em menos de um ano e meio do início, já se estava diante do novo crime do art. 241-B.

A inquisição formada em torno dos crimes de pornografia infantil, tão exacerados pela opinião pública e mesmo por alguns juristas, que permitem que suas crenças e seus sentimentos pessoais transbordem sobremaneira para a análise dos temas, certamente, está alinhada com a emergência da “pedofilia” enquanto categoria de acusação. Como trata Lowenkron, a “pedofilia” enquanto acusação permite a passagem de atos transgressivos para identidades dos desviantes⁴². Mediante tal exercício epistemológico, o objeto de exame trespassa o tipo de conduta e foca-se em uma espécie de pessoa, nesse caso, o criminoso sexual, transformado em anormal pelo processo descrito por Foucault durante a emergência do novo sistema penal e legislativo em torno da sexualidade⁴³.

A emergência do novo sistema penal e legislativo em torno da sexualidade é identificado por Foucault na segunda metade do século XX. A característica maior desse sistema é o foco, que se desloca da ideia de aplacar o crime e resguardar os ditos costumes sociais hegemônicos, para sancionar a perversidade e o perigo a partir da identificação dos desviantes, cuja sexualidade é um perigo permanente⁴⁴. Nesse contexto, a deficiência psicológica serve para explicar a causa do delito, invertendo a relação entre monstrosidade e criminalidade. Agora, o criminoso potencial não é qualquer indivíduo monstruoso. Ao revés, a prática de crimes levanta a suspeita de uma monstrosidade latente. A concepção anda lado a lado com a noção de “risco” com a qual o direito penal passa a operar, na qual a abordagem epidemiológica do

42. LOWENKRON, Laura. A emergência da pedofilia no final do século XX: deslocamentos históricos no emaranhado da “violência sexual” e seus atores. *Contemporânea – Revista de Sociologia da UFSCar*, São Carlos, v. 4, n. 1, p. 231-255, jan.-jun. 2014.

43. FOUCAULT, Michel. *Os anormais*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

44. *Ibidem*.

RODRIGUES, Gabriel Brezinski. O crime de posse de pornografia infantil: considerações a partir da pornografia juvenil produzida em contexto consentido e da pedopornografia simulada. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 197. ano 31. p. 61-95. São Paulo: Ed. RT, jul./ago. 2023.
DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v197i197.440].

crime busca a abstração estatística, partindo do risco como elemento de entrecruzamento para a regulamentação da política criminal⁴⁵.

A nova orientação por detecção de perigo, conjuntamente à proliferação de classificações de agressores sexuais, contribui pela formação do “pedófilo” enquanto rótulo, um tipo de monstro humano que ultrapassa os limites do proibido ou da lei para cometer aquilo que é visto como contrário à natureza. O monstro “pedófilo” é diferente do estuprador de crianças relatado no fim do século XIX, cuja justificativa estava na perversidade moral, no alcoolismo ou na loucura.

No Brasil, o termo “pedófilo” surge apenas no fim do século XX, conforme analisa Landini, via reportagens sobre violência sexual contra crianças publicadas no jornal Estado de São Paulo, inicialmente retratando casos de pornografia na internet ou justificando abusos sexuais de famosos e ricos via termo médico⁴⁶. No entanto, a vulgarização da nomenclatura pós-século XXI dá contornos mais grosseiros. Antes, o estuprador de crianças era geralmente desenhado como o inculto degenerado da periferia social. Agora, com a emergência do termo “pedófilo”, ele transforma-se no pervertido, o homem comum que sabe como não levantar suspeitas. Como diz Lowenkron, enquanto o estuprador é definido pelos seus atos, o pedófilo é definido por seus desejos. A própria mídia contribui para a confusão entre o que é pedofilia e o que são familiares incestuosos ou abusadores de menores em geral⁴⁷. Pior, não se faz uma clara distinção entre pornografia de crianças e de adolescentes, já que ambas aparecem englobadas na mesma categoria de “pedofilia”. Essa confusão, tanto midiática como eventualmente legislativa, propulsiona o dilema que vamos enfrentar agora.

O que entendemos hoje como Internet surgiu em 1995, com a *World Wide Web*. Até o ano de 2004, a forma como navegávamos na internet era conhecida como estática. Os usuários dessa época simplesmente consumiam conteúdo dos poucos sítios eletrônicos. Porém, os anos seguintes proporcionaram novos contornos à grande rede. Embora a expressão “Web 2.0”, cunhada por Tim O’Reilly, seja essencialmente uma estratégia de *marketing*, a verdade é que o dito termo passou a descrever as

45. PEGORINI, Fernanda Vecchi; MORAES DE ALMEIDA, Francis. A emergência do “risco” na política criminal brasileira. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 7, n. 25, p. 183-201, abr.-jun. 2007.

46. LANDINI, Tatiana Savoia. Violência sexual contra crianças na mídia impressa – Gênero e geração. *Cadernos Pagu*, Campinas, n. 26, 2006.

47. LOWENKRON, Laura. A emergência da pedofilia no final do século XX: deslocamentos históricos no emaranhado da “violência sexual” e seus atores. *Contemporânea – Revista de Sociologia da UFSCar*, São Carlos, v. 4, n. 1, p. 231-255, jan.-jun. 2014.

mudanças que aconteceriam na internet graças aos novos modelos de negócio das empresas sobreviventes ao desastre financeiro da bolha especulativa “.com”⁴⁸.

A marca principal da “Web 2.0” não é uma atualização técnica, ainda que melhorias no *design* e na funcionalidade das aplicações tenham tornado a navegação mais acessível. Em verdade, a principal característica desta nova etapa é tornar mais estreito o relacionamento entre quem produz e quem consome a informação⁴⁹. Trata-se de mudança progressiva do conteúdo produzido na rede, em que os *sites* tradicionais são paulatinamente substituídos por mídias sociais, como a rede *Facebook* e o *site* de compartilhamento de vídeos *Youtube*. É, sobretudo, uma mudança de comportamento do usuário que, além de consumidor, torna-se produtor de conteúdo, já que pode comentá-lo, remixá-lo e espalhá-lo para outras redes de contato⁵⁰.

Os anos posteriores foram marcados pela evolução dos dispositivos individuais. Computadores de bolso, os chamados *smartphones*, tornaram-se cada vez mais acessíveis. Unindo aplicativos de mensagens e altas bandas de conexão, a comunicação entre usuários passou a ser instantânea. Agora, vídeos, fotos e áudios podem ser enviados facilmente por qualquer um, já que a tecnologia não se restringiu às elites. Idosos, adultos e principalmente jovens tomam como absolutamente natural a interação informática, incorporando-a ao seu modo de agir.

Em nosso atual patamar comunicacional, as fronteiras do que antes era reservado apenas para o contato físico estão cada vez mais nebulosas. Reuniões de negócios já não mais acontecem em salas comerciais, mas, sim, em videoconferências. A telemedicina ganha adeptos, e a própria paquera é suplantada por aplicativos. Mais importante, o ambiente *on-line* também se tornou espaço de interação sexual, mediante a troca de vídeos e imagens.

Diante do moderno contexto, imagine o seguinte caso: dois jovens de 16 e 18 anos têm uma relação íntima de afeto. Ambos já praticam sexo, embora isso seja irrelevante para a análise. O jovem de 18 anos precisará se ausentar por um tempo. Assim, tendo em vista agradar o parceiro, o de 16 anos envia suas próprias fotos íntimas

48. RODRIGUES, Gabriel Brezinski. *Protesto hacker e direito penal*. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2019.

49. É por isso que Teixeira nomeia-a “Web 2.0” de “web colaborativa”. In: TEIXEIRA, Bruno Costa. *Cidadania em rede: a inteligência coletiva enquanto potência recriadora da democracia participativa*. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito de Vitória, Espírito Santo, 2012. Disponível em: [www.fdv.br/_mestrado_base/dissertacoes/146.pdf].

50. *Ibidem*.

RODRIGUES, Gabriel Brezinski. O crime de posse de pornografia infantil: considerações a partir da pornografia juvenil produzida em contexto consentido e da pedopornografia simulada. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 197. ano 31. p. 61-95. São Paulo: Ed. RT, jul./ago. 2023. DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v197i197.440].

com orientações para que a imagem seja guardada, caso o parceiro sinta saudades. Sem vislumbrar qualquer problema, já que tudo foi consentido e ambos são namorados, o jovem de 18 anos decide armazenar as fotos.

Percebe-se logo o problema. Ao decidir por manter consigo as fotos, o jovem de 18 anos cometeu o crime do art. 241-B do ECA. De certo, a quantidade é pequena, ao que seria aplicável a diminuição do § 1º⁵¹, embora a redução de pena não elimine a imputação. Sob uma perspectiva defensiva mais direta, é possível sustentar que o agente não sabia que a conduta é criminosa ou interpretou mal a norma e achou que a proibição não alcançaria seu comportamento – o chamado erro de proibição⁵². De certo, o dever de informação imposto pelo Estado ao cidadão não sobrevive quando as normas jurídicas são incapazes de orientar o destinatário, seja pela sua indeterminação, multiplicidade ou mudança brusca; ao que a situação de dúvida torna inexigível a abstenção da conduta⁵³. No entanto, ainda que o erro no presente caso seja palpável, ignorar-se-á propositalmente esse caminho, preferindo utilizar o exemplo como extrapolação para análise do crime de mera posse de material pornográfico juvenil.

É hora de retornar ao crime do art. 241-B do ECA. Vê-se que o tipo requer somente a posse consciente do material elaborado dentro de um cenário sexual. Não está descrita a necessidade de elementos indicativos de produção, venda ou exibição ou sequer a intenção de uso pessoal. No entanto, como diz Louveira, a ideia é justamente essa: criminalizar o comportamento de quem exprima um desejo pedofílico, supostamente, identificado na posse pessoal e privada sem qualquer intenção ou consumação da disseminação do material⁵⁴. Com esse propósito, visa-se impedir abstratamente a produção ou por banimento ou por redução da circulação. Focar a repressão em quem armazena as fotos também facilita investigações e supera dificuldades probatórias, ainda que o produtor do conteúdo quase sempre não seja identificado. Também se considera que a posse constitui um perigo de

51. Art. 241-B, § 1º, do ECA: A pena é diminuída de 1 (um) a 2/3 (dois terços) se de pequena quantidade o material a que se refere o *caput* deste artigo.

52. TAVARES, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito*. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 471.

53. LEITE, Alaor. Existem deveres gerais de informação no direito penal? Violação de um dever, culpabilidade e evitabilidade de erro de proibição. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, v. 23, n. 2, p. 215-235, abr.-jun. 2013.

54. LOUVEIRA, Leopoldo Stefano Gonçalves Leone. *A esfera da vida privada do cidadão como limite à interferência do direito penal: a questão da pornografia infantil*. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2013.

comportamentos futuros por parte do possuidor, ou que o consumo contribui para produção de outros materiais, ao que a criminalização da posse seria uma forma de evitar outras produções.

As justificativas supra-apresentadas dividem aceitação na literatura jurídico-penal. Entre os que creem a criminalização da posse como legítima, temos Roxin. Para ele, o tipo conecta elementos dos crimes de receptação e favorecimento real, além de ser caracterizável como uma incitação à produção⁵⁵. Com a criminalização, diz Roxin, busca-se impedir casos concretos de violência sexual contra crianças e adolescentes. O autor crê que há um efeito de incentivo no adquirente, já que, ao receber o material, nasceria a vontade de posterior produção. Mesmo compreendendo que o abuso à infância já foi consumado, Roxin defende que nenhum estímulo para a realização de crimes pode ficar impune. No aspecto do favorecimento real, citado autor supõe que o adquirente e depois possuidor da pornografia as obtém mediante contraposição, ao que o produtor colheria os frutos da obra⁵⁶. Daí por que haveria um paralelismo com o favorecimento e a receptação. Por fim, o autor defende que a posse de pornografia infantil só não deve ser punível quando adquirida de boa-fé ou quando não há solicitação de sua remessa⁵⁷.

O paralelo de Roxin com o crime de receptação tem ressonância na posição de Louveira. Para ele, a comparação faria sentido na medida em que o comportamento é estruturalmente semelhante. O mesmo bem jurídico ofendido no delito de origem seria atacado na receptação (ora detenção), já que a posse seria mola propulsora daquele que produz o material. Possuir o material pornográfico infantil incorreria em reforçar ou cancelar o crime anterior, ao que o bem jurídico estaria violado de maneira reflexa⁵⁸. Para afirmar tal postura, Louveira cita o caso Norte-Americano *Osbourne versus Ohio*⁵⁹, em que a detenção de posse pornográfica foi criminalizada porque incrementaria a demanda ao aumentar a oferta, além de que o consumidor seria uma espécie de reabusador, ou abusador por procuração, na medida em que o

55. ROXIN, Claus. Crimes de posse. *Revista Liberdades*, São Paulo, n. 12, p. 36-55, jan.-abr. 2013.

56. *Ibidem*.

57. *Ibidem*.

58. LOUVEIRA, Leopoldo Stefano Gonçalves Leone. *A esfera da vida privada do cidadão como limite à interferência do direito penal: a questão da pornografia infantil*. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2013.

59. Famoso caso julgado pela Suprema Corte Norte-Americana (*U.S. Supreme Court*) quanto à posse e visualização de pornografia infantil. O julgado é identificável como: *Osborne v. Ohio* – 495 U.S. 103, 110 S. Ct. 1691 (1990).

uso desse material para satisfazer a lascívia provoca um ciclo de abusos constantes contra o menor retratado. Tal forma de enxergar os efeitos do consumo é similar à postura de MacKinnon sobre a pornografia. Para a autora, a pornografia é um substituto da experiência, já que o ato de degradação sexual filmado não é uma descrição de uma fantasia, mas, sim, algo que, para produção, necessariamente afetou um corpo. Assim, a pornografia teria o poder de estabelecer inconscientemente no consumidor a normalização e indiferença à violência⁶⁰. Com tudo isso, Louveira crê em um possível caráter “continuador” na conduta de quem possui material pornográfico infantil, embora, ao fim, opte por justificar a dita criminalização mais no fundamento de estímulo à produção e divulgação do que nos pilares da “receptação”⁶¹.

Leite é outra que vê o consumidor como quem inicia a cadeia de abuso sexual infantil. Para ela, a justificativa para a censura penal da posse não está na presunção de futura periculosidade do consumidor, mas, sim, nessa relação de “receptação” com origem do abuso⁶². Nesta visão, o material pornográfico estaria sempre objetivamente relacionado ao abuso sexual de menores, ao que o bem jurídico tutelado deveria ser a imagem, liberdade ou autodeterminação sexual daquele menor⁶³. Leite caminha bem nesse sentido, principalmente, quando contrastamos com a posição comum da literatura e da jurisprudência brasileira⁶⁴, que considera o bem jurídico tutelado nos crimes de pornografia infantil a partir de um prisma geral e abstrato, no qual a imagem e a liberdade sexual de toda a infância são protegidas.

Os argumentos de criminalização da posse de pornografia infantil como forma de desincentivar a produção ou punir o possuidor como se sua conduta fosse uma continuação da violação anterior do infante não parecem lógicos quando inseridos em ordenamento onde o ato de visualizar não é criminalizado. É certo que no atual artigo 184-B, § 3º, primeira parte, do Código Penal alemão, é punível aquele que procura por pornografia infantil⁶⁵, ao que a posição de Roxin possa ser imune a essa

60. MACKINNON, Catherine. *Only words*. 3. ed. Cambridge: Harvard University Press, 1996.

61. LOUVEIRA, Leopoldo Stefano Gonçalves Leone. *A esfera da vida privada do cidadão como limite à interferência do direito penal: a questão da pornografia infantil*. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2013.

62. LEITE, Inês Ferreira. *Pedofilia – Repercussões das novas formas de criminalidade na teoria geral da infração*. Coimbra: Almedina, 2004.

63. Ibidem, p. 63.

64. Como em: BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. 9. ed. *Crimes federais*. São Paulo: Saraiva, 2014.

65. “(3) Wer es unternimmt, sich den Besitz an einer kinderpornographischen Schrift, die ein tatsächliches oder wirklichkeitsnahes Geschehen wiedergibt, zu verschaffen, oder wer eine solche Schrift besitzt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.”

crítica. Em outros países, como nos Estados Unidos da América, também é punido aquele que, conscientemente, acessa uma mídia com intenção de ver pornografia infantil⁶⁶. No convênio do Conselho da Europa de 2007, igualmente se encontra a orientação para tipificação do acesso, por meio das tecnologias de comunicação e de informação, à pornografia de menores (Artigo 20, 1, f), embora o “4” dê às Partes o direito de não seguir a respectiva indicação de criminalização⁶⁷. No Brasil, a conduta permanece atípica.

Curiosamente, o próprio Louveira crê que a mera visualização do conteúdo não deveria ser criminalizada, ainda que beba nos pilares de desincentivo e continuação da violação anterior. Sua postura, que neste ponto parece correta, é que acumulação é que dá alguma relevância penal para a conduta, na medida em que o risco criminalmente relevante só é razoavelmente identificado quando o material está sempre à mão do agente⁶⁸. Criminalizar a visualização pode ter efeitos práticos bastante temerários, posto que, no ambiente virtual – o único em que de fato a visualização poderia deixar registros –, alguém pode entrar em *sites* por erro ou qualquer curiosidade de cunho não sexual.

A visualização de pornografia infantil no ambiente informático, hoje a principal via de tráfego desse conteúdo, ganha contornos mais complexos quando o ato não se dá pela visualização das imagens ou vídeos hospedados em *sites* durante a

66. U.S Code, Título 18. Parte I., Capítulo 110, Seção 2252A, “a”, 5, A e B. (a) *Any person who – (5) either (A) in the special maritime and territorial jurisdiction of the United States, or on any land or building owned by, leased to, or otherwise used by or under the control of the United States Government, or in the Indian country (as defined in section 1151), knowingly possesses, or knowingly accesses with intent to view, any book, magazine, periodical, film, videotape, computer disk, or any other material that contains an image of child pornography; or (B) knowingly possesses, or knowingly accesses with intent to view, any book, magazine, periodical, film, videotape, computer disk, or any other material that contains an image of child pornography that has been mailed, or shipped or transported using any means or facility of interstate or foreign commerce or in or affecting interstate or foreign commerce by any means, including by computer, or that was produced using materials that have been mailed, or shipped or transported in or affecting interstate or foreign commerce by any means, including by computer.*

67. CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. Convenção do Conselho da Europa para a Proteção das Crianças contra a Exploração Sexual e os Abusos Sexuais, de 25 de outubro de 2007, Lanzarote. Tradução outorgada pelo Conselho em: [https://rm.coe.int/168046e1d8]. Acesso em: 20.03.2021.

68. LOUVEIRA, Leopoldo Stefano Gonçalves Leone. *A esfera da vida privada do cidadão como limite à interferência do direito penal: a questão da pornografia infantil*. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2013.

RODRIGUES, Gabriel Brezinski. O crime de posse de pornografia infantil: considerações a partir da pornografia juvenil produzida em contexto consentido e da pedopornografia simulada. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 197. ano 31. p. 61-95. São Paulo: Ed. RT, jul./ago. 2023. DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v197i197.440].

navegação, mas, sim, como um comportamento de consumo, em que as mídias são previamente descarregadas para o computador e depois deletadas.

Sobre o ponto de vista técnico, a navegação na internet pressupõe o armazenamento de dados de forma temporária⁶⁹, ao que qualquer distribuição de vídeo em tempo real pressuporia uma descarga de conteúdo. No entanto, a efemeridade desse tipo de *download* deve desestimular qualquer comparação com a conduta de “pos-suir”, já que o próprio dispositivo elimina periodicamente os dados armazenados. No que diz respeito à conduta de quem descarrega um vídeo com a única intenção de consumo imediato, uma análise fundamental dos delitos de posse é suficiente para dirimir a questão. O *animus* de possuir depende do desejo de conservar para utilizar. Há de se identificar a finalidade de permanência, ou seja, de deter prolongadamente o material. Assim, sem sequer adentrar na legitimidade deste tipo de delito, aquele que faz o *download* do material para uso imediato, com eliminação posterior, jamais cometerá o delito do art. 241-B do ECA, ainda que a perícia informática do computador apreendido indique o armazenamento do conteúdo por breve período.

No Brasil, um curioso grupo de casos envolvendo o aplicativo de compartilhamento de arquivos eMule tornou nebulosas as fronteiras entre *download* para consumo e a conduta mais gravosa, prevista no artigo 241-A do Estatuto de Criança e do Adolescente, de oferecer material pedopornográfico⁷⁰. O citado aplicativo é um intermediador de conteúdo entre usuários. Ele cria uma espécie de rede colaborativa, permitindo que qualquer indivíduo seja emissor ou receptor de informações.

Uma das características do eMule é adotar por padrão a permissão de compartilhamento do diretório de descarga do usuário, pois a aplicação divide o *download* do arquivo em partes e obriga que o usuário compartilhe as partes já concluídas com outros durante o processo de descarga. Essa é uma forma de agilizar o processo geral de *downloads* da rede, na medida em que cada usuário contribui com sua banda de internet local. Como o diretório de descarga é selecionado por padrão de

69. Este tipo de recurso de navegação se chama armazenamento em cache. O objetivo é facilitar a navegação, permitindo que a página seja visualizada mais rapidamente. Mais detalhes sobre a tecnologia em: AMAZON, Visão geral do armazenamento em cache: O cache ajuda a tornar a execução de aplicativos expressivamente mais rápida e a reduzir os custos em grande escala. Disponível em: [https://aws.amazon.com/pt/caching/]. Acesso em: 20.03.2021.

70. Nos termos do artigo, é crime a conduta de “Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, distribuir, publicar ou divulgar por qualquer meio, inclusive por meio de sistema de informática ou telemático, fotografia, vídeo ou outro registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente”.

fábrica como “compartilhado”, todos os *downloads* concluídos pelo eMule também permanecem como compartilháveis. Assim, ao menos que o usuário desabilite nas configurações essa opção ou movimente o arquivo para outro diretório, todo vídeo obtido estará permanentemente disponibilizado para *download*. Logo, qualquer um pode descarregar o arquivo a partir da máquina do usuário, bastando que o interessado tenha acesso ao mesmo *link* identificador utilizado pelo indivíduo anterior.

A dita situação levou à proliferação de casos no judiciário federal⁷¹ em que usuários do eMule alegavam haver descarregado pornografia infantil para consumo próprio, sem qualquer intenção de disponibilização, ainda que a aplicação assim o fizesse. No entanto, a linha decisória dominante foi de que, por padrão, tornar os arquivos obtidos disponíveis para os demais usuários da rede é a essência do programa; e mesmo que houvesse diligência para bloqueio de envio dos arquivos armazenados, os usuários tinham conhecimento de que o compartilhamento simultâneo das partes já concluídas fazia parte do processo de *download*⁷². Assim, muitos foram condenados não apenas por armazenar pornografia infantil, mas também por oferecê-la ou disponibilizá-la⁷³.

71. O Recurso Extraordinário nº 628.624/MG, julgado pelo Supremo Tribunal Federal em 29 de outubro de 2015, pacificou a jurisprudência já majoritária ao fixar a competência federal para crimes de pornografia infantil cometidos pela chamada “internet aberta”, aquela em que qualquer um pode ter acesso. Os fundamentos para tanto são a adoção, pelo Brasil, da Convenção sobre Direitos da Criança, bem como a transnacionalidade, já que o conteúdo seria acessível de qualquer parte do planeta. Exclui-se da competência federal a troca de conteúdo pedopornográfico em comunicações privadas.

72. [...] 3. O Tribunal registrou que o compartilhamento simultâneo de arquivos é característica obrigatória do programa eMule, visível na tela de acesso; que o agravante utilizava o *software* há pelo menos três anos e que foi comprovado seu conhecimento técnico na área de informática, não sendo plausível a tese de não compreender a utilização do programa. 4. A configuração do usuário com o intuito de bloquear sua lista pessoal também foi sope-sada pela instância ordinária, a qual estabeleceu, de forma explicativa, que a providência não impediu a divulgação do material proibido, pois, para realizar o download dos arquivos, era obrigatório seu compartilhamento simultâneo. Desse modo, qualquer usuário do eMule tinha acesso ao conteúdo proibido, embora não pudesse identificar a listagem do réu. 5. Agravo regimental não provido. (STJ, AgRg no AREsp 580.343/PE, rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, 6ª T., j. 07.06.2016, DJe 21.06.2016.)

73. [...] 9 – É certo que não é possível, do ponto de vista lógico, que uma pessoa possa divulgar uma imagem sem antes armazená-la ou possuí-la, ao menos por alguns instantes. Ainda que na mídia digital seja possível posteriormente o apagamento das imagens divulgadas, por alguns instantes o agente teria que possuir essas imagens para poder divulgá-las. 10 – Não existe relação de dependência entre os tipos penais em questão, vez que tanto a prática do compartilhamento (previsto no artigo 241-A) quanto à prática do armazenamento

Excetuando os casos em que o usuário efetivamente tinha intenção de retroalimentar a rede de consumo desses materiais, não parece que o ato de obter a mídia de pornografia por este ou sistemas similares de compartilhamento entre usuários implique automaticamente na intenção de divulgar o conteúdo, ainda que se saiba que tais aplicativos pressupõem o compartilhamento simultâneo para aceleração do *download*. Da ação de descarregar, só se pode presumir a intenção de visualização. Ainda que o *animus* prolongado de armazenamento subsista, não há a conclusão automática de que manter a mídia no diretório de *download* corresponde à intenção de oferecer. Mesmo que o usuário tenha conhecimento de que a aplicação pode compartilhar o arquivo para outros interessados, ainda é preciso comprovar o elemento subjetivo do agente, já que uma suposta quebra do dever de cuidado correspondente a “não observar atentamente o funcionamento do programa de computador”⁷⁴ é insuficiente para imputação do tipo na modalidade dolosa, a única descrita em lei⁷⁵.

O grupo de casos do eMule demonstra que o asco atrelado à pornografia infantil influi na atuação jurídico-repressiva. Ao lidarem com casos dessa natureza, agentes estatais pressionam os limites interpretativos da lei até os seus limites, já que creem moralmente necessário reprimir de forma majorada. O ato de *download* do material é o primeiro indício colhido pelas agências policiais investigativas, já que não

(previsto no artigo 241-B) podem ocorrer isoladamente e de forma dissociada, muito embora, não seja imprescindível, para que haja o compartilhamento, que tenha havido um prévio armazenamento dos arquivos. [...] (TRF5, Processo 00073776820154058100, ACr – Apelação Criminal 15.289, rel. Des. Fed. Conv. Emiliano Zapata Leitão, 3ª T., j. 01.02.2018, DJE 15.02.2018.)

74. [...] 4. Demonstrado o dolo do acusado, tendo em vista que, além de possuir consideráveis conhecimentos de informática, a aba do aplicativo relativa às transferências do *software* ‘e-Mule’ mostra, simultaneamente, os *downloads* e os *uploads* em andamento, com a respectiva taxa de transferência, bem como aqueles já completados. [...] (TRF4, ACr 0015784-39.2008.4.04.7000, 8ª T., rel. Des. Fed. Victor Luiz dos Santos Laus, DJE 10.01.2012.)
75. No § 1º, inciso II, do citado 241-A, do ECA, também é punido aquele que assegura, por qualquer meio, o acesso por rede de computadores às fotografias, cenas ou imagens de que trata o *caput* deste artigo. Muito embora exista julgado (TRF5, Processo: 200982010009270, ACr – Apelação Criminal 11.321, rel. Des. Fed. Edilson Nobre, 4ª T., j. 30.06.2015, DJE 02.07.2015, p. 216) em que o usuário do eMule foi condenado por “assegurar” o acesso às mídias, este não parece ser o caso. Basta olhar para os verbos “oferecer” e “distribuir” no *caput* para entender que seria redundante subsumir o § 1º, inciso II, para quem oferece a pedopornografia. Na verdade, a intenção do inciso II, § 1º, é punir aquele que não diretamente divulga a pornografia infantil, mas sim provém os meios necessários para tanto. Como exemplo, pode-se citar aquele que mantém estabelecimento para aluguel de máquinas ou sustenta rede informacional voltada para venda de pornografia infantil.

faltam ferramentas informáticas capazes de monitorar o tráfego em *sites*-alvo. Com ele, tem-se substrato para medidas de busca e apreensão dos equipamentos eletrônicos do identificado. Se a perícia revela que o arquivo permanece em qualquer parte do computador, incluindo a lixeira do sistema, dá-se como configurado o crime de posse. No entanto, como a posse é apenas de forma mais branda, emprega-se máximo esforço para comprovar que, em algum momento, aquela mídia foi disponibilizada daquele terminal para terceiros. Se o *download* foi realizado por alguma aplicação de compartilhamento ponto a ponto, como *torrents*, então o silogismo do eMule reaparece, fundando uma acusação não apenas de posse, mas também de oferta do material.

Essa forma de atuação já levanta questionamentos sobre a moralidade dos procedimentos repressivos. Não obstante, há, ainda, notícias de que órgãos policiais têm em seu radar *sites* que disponibilizam conteúdo pedopornográfico⁷⁶. Ocorre que, se a intenção é evitar a contínua degradação da imagem desses menores, melhor seria utilizar os instrumentos legais, como o artigo 21 do Marco Civil da Internet⁷⁷, para remover de imediato tal conteúdo. Ainda assim, as agências policiais preferem monitorar o tráfego dos sítios, buscando indivíduos que manifestam interesse em visualizar pornografia infantil para, então, justificar medidas de busca e apreensão que eventualmente darão substrato probatório para uma acusação de posse⁷⁸. Nesse sentido, parece que a cruzada contra o “monstro” pedófilo justifica a manutenção da violação da imagem do menor, fugindo completamente ao real papel das instituições públicas como garantidoras dos direitos e não de mantenedoras de um abstrato conceito de segurança pública⁷⁹. Para mais, esse tipo de atuação levanta dúvidas sobre a origem de tais *sites* monitorados, pois há denúncias na imprensa internacional sobre os chamados *honeypots*, sítios pedopornográficos controlados por agências

76. POULSEN, Kevin. Visit the wrong website, and the FBI could end up in your computer. *Wired*, Security, maio 2014. Disponível em: [www.wired.com/2014/08/operation-torpedo/]. Acesso em: 22.01.2022.

77. Lei 12.965, de 23 de abril de 2014. Art. 21. O provedor de aplicações de internet que disponibilize conteúdo gerado por terceiros será responsabilizado subsidiariamente pela violação da intimidade decorrente da divulgação, sem autorização de seus participantes, de imagens, de vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado quando, após o recebimento de notificação pelo participante ou seu representante legal, deixar de promover, de forma diligente, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço, a indisponibilização desse conteúdo.

78. POULSEN, Kevin. Op. cit.

79. BATISTA, Nilo. Criminologia sem segurança pública. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Argentina, n. 10, p. 86-92, 2013.

RODRIGUES, Gabriel Brezinski. O crime de posse de pornografia infantil: considerações a partir da pornografia juvenil produzida em contexto consentido e da pedopornografia simulada. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 197. ano 31. p. 61-95. São Paulo: Ed. RT, jul./ago. 2023. DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v197i197.440].

policiais, como FBI, que são mantidos propositalmente no ar para atrair aqueles que buscam por pornografia infantil⁸⁰.

Diante do dito cenário, as preocupações levantadas por Pastor⁸¹ acerca das possibilidades de manipulações da prova nos delitos de posse, bem como a arbitrariedade extra que essa categoria de crimes confere ao aparato repressivo, parecem bastante razoáveis. A mera posse do material pornográfico infantil, ou seja, o armazenamento sem intenção de divulgação, é uma das condutas em que a descrição do punível deveria atentar-se aos problemas de prova. Este não é o único ponto, no entanto, que a criminalização da posse é questionável.

O argumento apresentado por Louveira, de que o fundamento da punição pela posse está em uma espécie de continuidade do abuso sexual do menor retratado, não parece logicamente sustentável, ainda que cause comoção. Primeiro, porque parte da presunção de que há um menor previamente abusado sem questionar a idade legal do consentimento; segundo, porque se o menor de fato foi abusado, essa violência sexual já ocorreu. Infelizmente, o que agora se observa não é mais a violação à liberdade sexual do menor, mas, sim, à sua imagem. Nesse sentido, é correta a posição de Busato de que a intimidade do menor abusado só é lesionada pela difusão do material, nunca pela posse. Assim, a posse da pornografia infantil, por si só, não tem a capacidade de lesionar o bem jurídico⁸². No mesmo sentido, advoga Silveira, para quem a incriminação da posse não tem amparo científico. sob uma perspectiva racional, o possuidor ou utilizador não pode ser tomado como responsável pela degradação infantil. O lastro justificante da incriminação desse tipo de delito é evidentemente moral, já que, em não se configurando agressão ao infante, nada, além de uma ideia de pecado, pode dar substrato à incriminação⁸³.

O argumento de estímulo à produção, aqui encampado por Roxin, parece igualmente eivado de vícios. Em primeiro lugar, como diz Lobato, ele parte da

80. COX, Joseph. How the FBI located suspected admins of the Dark Web's largest child porn site. *Vice*, Motherboard, mar. 2016. Disponível em: [www.vice.com/en_us/article/jpgm7d/how-the-fbi-identified-suspects-behind-the-dark-webs-largest-child-porn-site-playpen]. Acesso em: 20.03.2021.

81. PASTOR, Daniel R. Problemas processuais dos crimes de posse. *Revista Liberdades*, São Paulo, n. 12, p. 129-144, jan.-abr. 2013.

82. BUSATO, Paulo César. Delitos de posse e ação significativa – Crítica aos besitzdelikte a partir da concepção significativa da ação. *Seqüência – Estudos Jurídicos e Políticos*, Florianópolis, v. 37, n. 73, p. 75-111, ago. 2016.

83. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Crimes sexuais* – Bases críticas para a reforma do direito penal sexual. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 354-356.

questionável crença de que a posse produz perigo ao bem jurídico⁸⁴. Essa capacidade preventiva, que certamente coaduna com a ideia de prevenção geral de Roxin,⁸⁵ além de empiricamente indemonstrável, oculta o verdadeiro objetivo do tipo penal, que é fundar a punição dos autores com dito potencial criminógeno. Na busca pela detecção do perigo social, o foco da incriminação é completamente deslocado do dano, antecipando a abrangência criminal para sancionar penalmente a conduta que se repudia no aspecto moral. Descoberto de sua capa argumentativa, o crime de posse surge completamente deslocado do bem jurídico de referência, já que não há qualquer nexo entre o dano ao menor e a conduta de armazenar. Nesse sentido, o tipo do art. 241-B revela-se como instrumento jurídico para a caça do inimigo público “pedófilo”, sancionando o “grupo de risco” que manifesta a perversidade. Trata-se, portanto, de uma criminalização inconstitucional, já que não sanciona uma violação de direitos, mas, sim, uma espécie de autor.

Críticas feitas à criminalização da posse de pedopornografia, retoma-se o caso que, por sua possibilidade prática e assustadora irracionalidade jurídico-penal, abriu o questionamento sobre a legitimidade do delito.

Durante a exposição, viu-se que as justificativas da criminalização da posse podem ser resumidas em quatro pilares. São eles, a posse como chancela do crime anterior, a posse como incentivo a novas produções, a posse como ato prévio à distribuição e a posse como incentivo a futuros abusos. Logo se vê que, contrastados ao caso dos jovens de 16 e 18 anos, nenhum destes pilares se sustenta. Em primeiro lugar, a presunção de abuso anterior sequer é coerente dentro da legislação brasileira. Enquanto o art. 241-E faz menção aos termos criança e adolescente, sendo criança o indivíduo até 12 anos e adolescente aquele entre 12 e 18 (artigos 1º e 2º, também do ECA), o artigo 217-A do Código Penal considera como 14 anos a idade do consentimento, ou seja, a idade em que o adolescente pode escolher voluntariamente praticar sexo. Isso significa que, na medida em que o material pornográfico tenha sido produzido de forma consentida pelo jovem em idade apta, o que é o caso concreto, não há crime antecedente. Em segundo ponto, o incentivo a novas produções, na perspectiva do receptor aventada por Roxin, não existe. O material não foi adquirido por contraprestação, nem incentiva o cometimento de novos crimes. Em terceiro lugar, a posse como preparação para divulgação ou ato prévio à distribuição é

84. LOBATO, José Danilo Tavares. Panorama dos crimes de posse. *Revista Liberdades*, São Paulo, n. 12, p. 104-128, jan.-abr. 2013.

85. ROXIN, Claus. *Derecho penal – Parte general*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remersal. 2. ed. Madri: Thomson Civitas, 1997. t. I – Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, p. 89.

RODRIGUES, Gabriel Brezinski. O crime de posse de pornografia infantil: considerações a partir da pornografia juvenil produzida em contexto consentido e da pedopornografia simulada. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 197. ano 31. p. 61-95. São Paulo: Ed. RT, jul./ago. 2023. DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v197i197.440].

situação completamente alheia ao caso. Aqui, há apenas a intenção de guarda para fins de uso pessoal. Por último, o incentivo a futuros abusos, argumento mais criticável de todos, pressuporia que o consumidor ao menos apresentasse um desejo pedofílico inicial, o que também não se encontra. Na realidade, estamos ante uma situação em que os limites fixados pela convenção legal encontram uma situação limítrofe, socialmente normalizada, mas que por escolhas político-criminais restou punível. Se ao intérprete fosse possível manter a frieza da análise, tampouco seria diferente a resposta se, ao invés de jovens com um ano de diferença, o caso fosse entre um adolescente de 16 anos e um adulto de 30 anos. Perante a idade legal do consentimento, é permitido ao casal manter relações sexuais sem qualquer impedimento. Logo, parece ilógico sancionar o parceiro de 30 anos por armazenar a foto enviada pelo jovem enquanto atos sexuais podem ser praticados lícitamente.

Certamente, mesmo aqueles que não se convencem da problemática envolvida na criminalização da posse veem a incoerência da situação. Assim, caso não concordem com a abolição do crime previsto no artigo 241-B, talvez admitam uma proposta de exclusão do crime. Para tanto, se pode partir do exemplo do Canadá, em que o Tribunal Supremo introduziu exceções ao crime de material pornográfico infantil, embora tenha admitido sua constitucionalidade⁸⁶. Para o Tribunal, não constitui crime a produção de imagens criadas e protagonizadas pelo acusado sempre que não haja a prática de qualquer tipo de violência, física ou moral, e que o material seja para consumo próprio. Também não é típica a produção de material em que conscientemente protagonizam adolescentes que já alcançaram a idade do consentimento sexual, embora o uso deva ser exclusivamente privado. A decisão é similar ao disposto no artigo 3º, 2, *b e c*, da anterior Decisão-Quadro 2004/68/JAI do Conselho da União Europeia⁸⁷. Nela, orienta-se a isenção de pena nos casos de produção e posse de imagens de menores que tenham alcançado a maioridade sexual, caso essas imagens tenham sido produzidas e possuídas com o consentimento dos menores e unicamente para seu uso; ou que o produtor produziu e possuiu o material unicamente para seu consumo pessoal. Excetua-se apenas quando o autor se aproveitou de sua condição de superioridade ou que o ato de produzir ou possuir implique o risco de divulgação do material. Atualmente, na Diretiva 2011/92/UE, a menção é

86. Caso R. v. Sharpe. Inidentificável como R. v. Sharpe, [2001] 1 S.C.R. 45, 2001 SCC 2. Disponível em: [\[https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/1837/index.do\]](https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/1837/index.do). Acesso em: 29.02.2021.

87. CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. Decisão-Quadro 2004/68/JAI, de 22 de dezembro de 2003. Tradução outorgada pelo Serviço das Publicações da União Europeia. Disponível em: [\[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32004F0068&from=LV\]](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32004F0068&from=LV). Acesso em: 20.03.2021.

mais sucinta, dando-se (artigo 5º, 8) a liberdade aos Estados Membros para decidir sobre a punição de posse ou produção de pornografia infantil quando o material é produzido e está na posse do produtor apenas para seu uso privado sem intenção de difusão do material⁸⁸.

Decisão e orientações parecem alinhadas com a definição de “pedofilia” enquanto categoria clínica. De acordo com o Capítulo IV, 29, do Manual de Diagnóstico e Estatística das Perturbações Mentais, “pedofilia” é classificada (302.2, F65.4) dentro do capítulo de transtornos sexuais como uma modalidade de “parafilia”⁸⁹. O foco do transtorno é o interesse sexual em crianças pré-púberes, aquelas com menos de 13 anos, por parte de indivíduos com 16 anos ou mais e que sejam ao menos cinco anos mais velhos que a criança, ao longo de um período mínimo de seis meses. Excluem-se indivíduos no fim da adolescência envolvidos em relacionamento sexual contínuo com pessoa de 12 ou 13 anos de idade, e requer-se que os impulsos sejam colocados em prática ou que as fantasias causem sofrimento intenso interpessoal.

Nesse sentido, tudo leva a crer que, caso não se entenda pelo abandono do mero armazenamento de pornografia infantojuvenil como delito, para evitar a criminalização da posse por jovens como o do caso hipotético ou mesmo a sanção por ato infracional análogo ao crime de posse, se porventura o exemplo trata-se de dois jovens de 16 anos; ou quiçá – embora tal repressão significasse o abandono de toda a racionalidade do sistema infantojuvenil – a sanção do próprio menor que se fotografa e depois divulga as fotos, é fundamental a adição de uma excludente geral de tipicidade para os crimes previstos no Título VII, Capítulo I, do ECA. A proposta poderia seguir o molde Canadense e da Diretiva Europeia, excluindo-se a posse de pornografia juvenil produzida em contexto consentido e com intenção de uso privado.

3.2. *Pedopornografia simulada*

Em conjunto com a criminalização da posse de pornografia infantil, a Lei 11.829, de 2008, criminalizou a pornografia infantil simulada. O crime, previsto no artigo 241-C do Estatuto da Criança e do Adolescente, pune quem “Simular a

88. CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 2011/92/UE, de 13 de dezembro de 2011. Tradução outorgada pelo Serviço das Publicações da União Europeia. Disponível em: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32011L0093&from=PT]. Acesso em: 20.03.2021.

89. AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION. *Manual diagnóstico e estatístico de transtornos mentais. DSM-5*. 5. ed. Porto Alegre: Artmed. 2014. Disponível em: [www.niip.com.br/wp-content/uploads/2018/06/Manual-Diagnostico-e-Estatistico-de-Transtornos-Mentais-DSM-5-1-pdf.pdf]. Acesso em: 20.03.2021.

RODRIGUES, Gabriel Brezinski. O crime de posse de pornografia infantil: considerações a partir da pornografia juvenil produzida em contexto consentido e da pedopornografia simulada. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 197, ano 31, p. 61-95. São Paulo: Ed. RT, jul./ago. 2023. DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v197i197.440].

participação de criança ou adolescente em cena de sexo explícito ou pornográfica por meio de adulteração, montagem ou modificação de fotografia, vídeo ou qualquer outra forma de representação visual”. No entanto, a punição não é apenas pela produção do material, mas, também, conforme o parágrafo único, para quem “vende, expõe à venda, disponibiliza, distribui, publica ou divulga por qualquer meio, adquire, possui ou armazena o material produzido na forma do caput deste artigo”. Logo, a posse da pornografia infantil simulada é punida pelo ordenamento jurídico brasileiro.

O tom inquisitorial da CPI da Pedofilia e do PLS 250/2008 impediu qualquer discussão racional sobre este tipo de criminalização. De fato, o legislador simplesmente adotou acriticamente a noção de pornografia infantil disposta no artigo 2º, c, do Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança (Decreto 5.007/2004), na qual a pornografia simulada é equiparada a outras produções mais lesivas. A Decisão-Quadro 2004/68/JAI também tem termos semelhantes, posto que no artigo 1º, “ii” e “iii”, a pornografia infantil é conceituada como qualquer material pornográfico que descreva ou represente visualmente pessoas reais com aspecto de crianças, envolvidos em comportamentos sexuais ou entregando-se aos mesmos; ou imagens realistas de crianças não existentes realizando os mesmos atos⁹⁰. O teor se repete no artigo 2, c, “iii” e “iv”, da atual Diretiva 2011/92/UE.⁹¹ Apesar disso, ambas as normas prescrevem a possibilidade de isenção de responsabilidade quando a pessoa que se fazia parecer por criança tiver 18 anos ou mais no momento da representação (respectivamente art. 3º, “2”, a, e art. 5º, “7”). No Brasil, o legislador ignorou essa possibilidade.

Ao contrário da divergência anterior sobre a criminalização da posse, a esmagadora maioria da literatura jurídica considera o delito do artigo 241-C inconstitucional no todo, não apenas quanto ao armazenamento. Louveira, por exemplo, considera que essa criminalização afronta o princípio da ofensividade, pois não há vítima direta nem violação de bem jurídico⁹². Para o autor, não faz sentido invocar

90. CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. Decisão-Quadro 2004/68/JAI, de 22 de dezembro de 2003. Tradução outorgada pelo Serviço das Publicações da União Europeia. Disponível em: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32004F0068&from=LV]. Acesso 20.03.2021.

91. CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 2011/92/UE, de 13 de dezembro de 2011. Tradução outorgada pelo Serviço das Publicações da União Europeia. Disponível em: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32011L0093&from=PT]. Acesso em: 20.03.2021.

92. LOUVEIRA, Leopoldo Stefano Gonçalves Leone. *A esfera da vida privada do cidadão como limite à interferência do direito penal: a questão da pornografia infantil*. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2013.

o combate à indústria da pornografia infantil nem a lesão ao livre desenvolvimento sexual dos jovens. Para ele, a incriminação atende apenas à pressão da opinião pública, antecipando a tutela para atos desprovidos de danos a terceiros⁹³. Assim, a incriminação recairia apenas ao campo do imoral e do indesejável, já que não há proteção a nenhuma criança nem possibilidade razoável de instigação de abuso futuro. Em sentido parecido, posiciona-se Leite, que não encontra nessa incriminação clara violação a bem jurídico, mas apenas incômodo à moral ou aos sentimentos gerais da sociedade. Para a autora, é insustentável qualquer relação entre a simulação representada e a realidade, tanto que nada se diz sobre filmes de ação contribuírem para o aumento da violência⁹⁴.

Silveira também dá corpo à crítica, expondo que a criminalização da pornografia na qual adultos se passam por menores só pode ser justificada pela via moral, pois trata-se de uma relação consentida em que não houve agressão à autodeterminação sexual de ninguém, e nem há qualquer estudo que comprove o estímulo a futuros abusos⁹⁵. Mesmo nos casos de inserção por manipulação de imagem da face de uma criança ao corpo de um adulto, não se encontra qualquer violação da liberdade ou autodeterminação sexual daquele menor – isto mesmo considerando que, de fato, haja um menor envolvido, dado que o tipo penal abarcaria inclusive a inserção de uma face infantil completamente artificial. Como diz Ferreira, a montagem e a possível divulgação não implicam na lesão à dignidade sexual do infante, tanto pelo alvo da contemplação erótica ser o corpo adulto, quando por se tratar de uma violação a direitos de personalidade⁹⁶.

Por si, a manipulação de uma mídia inserindo a face de uma criança verdadeira em um corpo adulto só pode ser considerada uma violação de imagem. Atualmente, o Código Penal conta com tipo específico para punir aquele que realiza montagem incluindo pessoa em cena de caráter sexual. Trata-se do artigo 216-B, parágrafo único⁹⁷. Neste tipo, o prisma da lesão é mais bem delimitado, pois não funda a repressão

93. Ibidem.

94. LEITE, Inês Ferreira. *Pedofilia – Repercussões das novas formas de criminalidade na teoria geral da infração*. Coimbra: Almedina, 2004.

95. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Crimes sexuais – Bases críticas para a reforma do direito penal sexual*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 355.

96. FERREIRA, Pedro Paulo da Cunha. Artigo 241-C da Lei n. 11.829/2008: a pornografia simulada e a questão da ofensividade penal na sociedade de risco. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 17, n. 208, p. 18-19, mar. 2010.

97. Art. 216-B. Produzir, fotografar, filmar ou registrar, por qualquer meio, conteúdo com cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo e privado sem autorização dos

punitiva em uma dita orientação geral de proteção à infância, mas, sim, na exposição da intimidade sexual do indivíduo. Mesmo que o bem jurídico elegido mereça críticas, pois não parece que uma edição fotográfica afete o corpo ou a liberdade sexual de alguém, há de se consentir que o tipo ao menos dota o resultado de referência material.

Outros trabalhos sobre o tema, como o de Sydow, focam criticamente em como o direito penal torna-se instrumento de controle de pensamentos ou preferências na incriminação pela pornografia simulada, criando uma presunção de periculosidade punível para aqueles que nutrem fantasias destoantes do socialmente aceito⁹⁸. Sydow também se preocupa em como a criminalização da pseudopornografia pode restringir a liberdade de expressão e a produção artística, pois o texto do tipo inclui qualquer tipo de mídia. Este alerta lembra um caso recente, no qual o prefeito da cidade do Rio de Janeiro ordenou o recolhimento de uma história em quadrinhos em que há representação gráfica de dois homens se beijando. A justificativa do prefeito foi da “proteção aos menores da cidade”⁹⁹. A ação, rechaçada nacionalmente, revela como a bandeira de proteção à infância pode ser utilizada como justificativa para implemento de políticas de costumes. Mais do que isso, a cruzada moralista iniciada pelo político e apoiada até pelo presidente do Tribunal de Justiça do estado¹⁰⁰, demonstra como é possível movimentar a máquina judiciária para censurar quem detém ou produz material artístico contrário à noção conservadora de pudor.

O caso de pornografia infantil simulada mais repercutido em obras jurídicas é o do jogo *Second Life*. O *Second Life* é uma espécie de rede social mesclada com jogo *on-line*. Nele, o usuário pode criar um avatar em forma humana e interagir com outros jogadores. O ambiente virtual possibilita vários tipos de interação, desde comércio digital até a simulação de sexo. Em virtude da gama de possibilidade de customização da aparência dos avatares, qualquer jogador pode se fazer parecer por

participantes: Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e multa. Parágrafo único. Na mesma pena incorre quem realiza montagem em fotografia, vídeo, áudio ou qualquer outro registro com o fim de incluir pessoa em cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo.

98. SYDOW, Spencer Toth. “Pedofilia virtual” e considerações críticas sobre a Lei 11.829/08. *Revista Liberdades*, São Paulo, n. 1, p. 46-65, maio/ago. 2009.

99. GRINBERG, Felipe; RISTOW, Fabiano. Crivella manda recolher HQ dos Vingadores com beijo gay; Bial se recusa. *O Globo*, Cultura, ago. 2019. Disponível em: [https://oglobo.globo.com/cultura/crivella-manda-recolher-hq-dos-vingadores-com-beijo-gay-bial-se-recusa-23930534]. Acesso em: 20.03.2021.

100. TJ autoriza recolhimento de HQ com beijo gay na Bienal do Rio. *Jovem Pan*, ago. 2019. Disponível em: [https://jovempan.com.br/noticias/brasil/autorizacao-recolhimento-hq-beijo-gay-bienal-rio.html]. Acesso em: 20.03.2021.

uma criança, embora menores de 18 anos sejam proibidos de participar do *Second Life*. Assim, despontaram na imprensa denúncias de que personagens adultos praticavam sexo simulado com avatares infantis ou que alguns usuários pagavam outros pela experiência de simular uma fantasia de sexo com menores¹⁰¹. Depois de tomar conhecimento da situação, a polícia da cidade de Halle, na Alemanha, abriu investigação, inclusive com pronunciamento televisivo feito pelo promotor-chefe. A teoria era de que redes de pedopornografia utilizavam o jogo para iniciar contato com possíveis compradores de pornografia infantil real. Posteriormente à péssima repercussão midiática, e prevendo responsabilização, a empresa que administra o *Second Life* banuiu esta forma de fantasia do jogo¹⁰².

Ao que corretamente alerta Sydow, a atual redação do artigo 241-C do ECA permitiria que os participantes da fantasia sexual do *Second Life* fossem perseguidos criminalmente¹⁰³. É praticamente impossível entender a racionalidade dessa incriminação, já que os avatares infantis não refletem crianças reais e os atos são praticados lícitamente entre adultos, sem qualquer participação de menores como telespectadores. Posicionamento diverso e completamente embebido de achismo moralizado é o de Reinaldo Filho, que defende que *cartoons*, desenhos e imagens animadas de pseudopornografia funcionam como catalisadores de sentimentos pedofílicos, incitando o abuso de crianças reais¹⁰⁴. Tal linha argumentativa, que intenta legitimar o artigo 241-C, parece ensaiar seus fundamentos no exercício do paternalismo jurídico-penal impuro ou indireto, aquele em que há a interferência Estatal sob um grupo de pessoas para proteger outro, conforme classificação feita por Martinelli¹⁰⁵. Porém, mesmo que este tipo de intervenção paternalista na

101. CONNOLLY, Kate. Germany investigates Second Life child pornography. *The Guardian*, Europe, maio 2007. Disponível em: [www.theguardian.com/technology/2007/may/08/secondlife.web20]. Acesso em: 20.03.2021 e Reportagem denuncia pedofilia no universo virtual Second Life. *Folha de São Paulo*, maio 2007. Disponível em: [www1.folha.uol.com.br/folha/bbc/ult272u62141.shtml]. Acesso em: 20.03.2021.

102. DURANSKE, Benjamin. New Supreme Court opinion discusses virtual child pornography law; Linden Lab's 2007 ban clarified. *Virtually Blind*, maio 2008. Disponível em: [http://virtuallyblind.com/2008/05/23/ageplay-ban-clarified/]. Acesso em: 20.03.2021.

103. SYDOW, Spencer Toth. "Pedofilia virtual" e considerações críticas sobre a Lei 11.829/08. *Revista Liberdades*, São Paulo, n. 1, p. 46-65, maio-ago. 2009.

104. REINALDO FILHO, Demócrito. A pornografia infantil virtual e as dificuldades jurídicas para combatê-la. O caso do Second Life. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1527, 6 set. 2007. Disponível em: [https://jus.com.br/artigos/10358]. Acesso em: 20.03.2021.

105. MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Paternalismo jurídico-penal – Limites da intervenção do Estado na liberdade individual pelo uso das normas penais*. São Paulo: LiberArs, 2015. p. 101.

liberdade individual seja legítima, é preciso ao menos comprovar a eficiência da restrição do livre-arbítrio geral na proteção dos vulneráveis. Algo que não parece empiricamente demonstrável no caso da pornografia simulada.

Nos tribunais superiores brasileiros, imputações pelo artigo 241-C do ECA são raríssimas. Os poucos julgados sob este tipo penal tratam de casos em que houve montagens de menores com intuitos difamatórios¹⁰⁶, ao que o atual crime do artigo 216-B, parágrafo único, do Código Penal, surge como opção mais coerente, na medida em que neste tipo a repressão penal tem a intenção – ao menos declarada – de retribuir o mal causado pelo agente àquela pessoa, e não proteger um abstrato conceito de infância. Casos em que o tipo previsto no art. 241-C foi utilizado para punir a posse de material simulado não foram encontrados, quer seja porque são resolvidos ainda nas instâncias primárias por meio de medidas processuais, como a suspensão condicional do processo¹⁰⁷, quer porque servem apenas como referência normativa vazia, construída para permitir o funcionamento arbitrário usual das instâncias de repressão policial¹⁰⁸.

À guisa de conclusão, mesmo que a posse de pornografia infantil verdadeira configurasse algum risco de futuro cometimento de delitos, argumento já rechaçado, há de se considerar que idêntico risco jamais subsistiria sob o indivíduo que decide armazenar, por exemplo, vídeo em que dois adultos praticam sexo fantasiados de personagens infantilizados e/ou com filtros fotográficos de alteração. Nessa ação, não há abuso infantil anterior e nem incentivo a futuros atos de violência.

Por fim, não há dúvidas de que, na criminalização da pseudopornografia, a perseguição de comportamentos vistos como amorais sobrepõe-se até mesmo a qualquer noção exacerbada de prevenção geral. Mesmo Salvador Netto, que admite a tipificação dos “riscos percebidos pela sociedade”, crê na reflexão argumentativa e no descarte de qualquer ideologia que supõe o risco verdadeiro sem substrato real¹⁰⁹. Nesse sentido, não há qualquer fundamento jurídico real que dê suporte ao

106. A exemplo do julgado: TJ-MT, APL: 00023118620128110025127019/2012, rel. Des. Pedro Sakamoto, j. 17.07.2013, 2ª Câm. Crim., publ. 31.07.2013.

107. A suspensão condicional do processo é regulada pelo artigo 89 da Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995, e tem por fundamento geral possibilitar que, nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, o acusado terá a possibilidade de passar por um período de prova e ter sua pena extinta.

108. ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas – A perda da legitimidade do sistema penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

109. SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Tipicidade penal e sociedade de risco*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 178-179.

tipo do artigo 241-C do ECA, tanto em sua modalidade de produção como, sobretudo, na posse.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Seguindo a proposta do trabalho, procedeu-se ao exame dos crimes de posse de pornografia infantil a partir do abandono de um prisma moralista.

Iniciou-se a análise delimitando a posse como categoria delitiva. Para tanto, apresentou-se o entendimento de diversos autores sobre o conjunto de crimes de posse, dando enfoque para as posturas de Roxin¹¹⁰, que não crê que a estrutura típica seja inadmissível; de Pastor,¹¹¹ que se preocupa com as possibilidades de manipulações da prova e a arbitrariedade extra que essa categoria de crimes confere ao aparato repressivo; e de Lobato, que é especialmente temeroso quanto aos crimes de mera posse e prefere desenvolver reflexões casuísticas das tipificações¹¹².

No capítulo posterior, dividiu-se a análise entre pornografia infantil real e pseudopornografia. Seguindo a proposta de buscar as matrizes da tipificação, apresentou-se os movimentos legislativos e as transformações sociais que culminaram na tipificação da pornografia infantil e no chamado combate à pedofilia, que, em verdade, significa a busca e punição do “pedófilo” enquanto inimigo público. Por meio do caso-exemplo de pornografia juvenil produzida para uso do casal, deu-se início à proposta de tencionar os argumentos criminalizantes. Verificou-se que os pilares da criminalização da posse podem ser resumidos em: posse como chancela do crime anterior; posse como incentivo a novas produções; posse como ato prévio à distribuição; e posse como incentivo a futuros abusos. Críticas gerais à tipificação da posse foram apresentadas, levantando-se também os problemas práticos de prova e arbitrariedade jurídico-policiais existentes em razão da previsão genérica do artigo 241-B do ECA. Em seguida, contrastou-se o caso-exemplo com as justificativas criminalizantes, concluindo-se que nenhuma delas se sustenta. Para aqueles que não restaram convencidos, apresentou-se, com base em exemplos internacionais, a possibilidade subsidiária de exclusão pontual da tipicidade.

No seguimento posterior, a crítica voltou-se à posse de pornografia infantil simulada. Tratou-se como grande parte da literatura jurídica considera a tipificação

110. ROXIN, Claus. Crimes de posse. *Revista Liberdades*, São Paulo, n. 12, p. 36-55, jan.-abr. 2013.

111. PASTOR, Daniel R. Problemas processuais dos crimes de posse. *Revista Liberdades*, São Paulo, n. 12, p. 129-144, jan.-abr. 2013.

112. LOBATO, José Danilo Tavares. Panorama dos crimes de posse. *Revista Liberdades*, São Paulo, n. 12, p. 104-128, jan.-abr. 2013.

inconstitucional por conta de seu teor moralizante. Preocupações quanto ao uso desse tipo de incriminação como instrumento de censura também foram levantadas, demonstrando-se como a bandeira de proteção à infância pode servir de justificativa para políticas de costumes. Alfim, a conclusão foi de que, tanto quanto sob a perspectiva da produção como a da posse, o crime de pornografia infantil simulada do artigo 241-C, ECA, é completamente irracional e inconstitucional.

Concluindo, crê-se que, quando o discurso jurídico não intenta justificar a imposição de valores culturais e morais anacrônicos ou legitimar o foco em uma espécie de pessoa, torna-se bastante claro que os delitos de posse de pornografia infantil não têm respaldo em qualquer argumento válido, mas tão somente em abstrações preventivas sem qualquer comprovação empírica ou puramente fincadas no juglamento social da conduta. Portanto, a conclusão inevitável é pela inconstitucionalidade desses delitos.

5. REFERÊNCIAS

- AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION. *Manual diagnóstico e estatístico de transtornos mentais*. DSM-5. 5. ed. Porto Alegre: Artmed. 2014. Disponível em: [www.niip.com.br/wp-content/uploads/2018/06/Manual-Diagnostico-e-Estatistico-de-Transtornos-Mentais-DSM-5-1-pdf.pdf]. Acesso em: 20.03.2021.
- BALCARCE, Fábian I. Direito penal dos marginalizados linhas da política criminal argentina. *Revista Liberdades*, São Paulo, n. 12, p. 70-103., jan.-abr. 2013.
- BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crimes federais*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- BATISTA, Nilo. Criminologia sem segurança pública. *Revista de Derecho Penal y Criminologia*, Argentina, n. 10, p. 86-92, 2013.
- BUSATO, Paulo César. Delitos de posse e ação significativa – Crítica aos besitzdelikte a partir da concepção significativa da ação. *Seqüência – Estudos Jurídicos e Políticos*, Florianópolis, v. 37, n. 73, p. 75-111, ago. 2016.
- BUSATO, Paulo César. *Direito penal e ação significativa* – Uma análise da função negativedo conceito de ação em direito penal a partir da filosofia da linguagem. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- CONNOLLY, Kate. Germany investigates Second Life child pornography. *The Guardian*, Europe, maio 2007. Disponível em: [www.theguardian.com/technology/2007/may/08/secondlife.web20]. Acesso em: 20.03.2021.
- CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. Convenção do Conselho da Europa para a Proteção das Crianças contra a Exploração Sexual e os Abusos Sexuais, de 25 de outubro de 2007, Lanzarote. Tradução outorgada pelo Conselho. Disponível em: [https://rm.coe.int/168046e1d8]. Acesso em: 20.03.2021.

- CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. Decisão-Quadro 2004/68/JAI, de 22 de dezembro de 2003. Tradução outorgada pelo Serviço das Publicações da União Europeia. Disponível em: [<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32004F0068&from=LV>]. Acesso em: 20.03.2021.
- CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 2011/92/UE, de 13 de dezembro de 2011. Tradução outorgada pelo Serviço das Publicações da União Europeia. Disponível em: [<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32011L0093&from=PT>]. Acesso em: 20.03.2021.
- COX, Joseph. How the FBI located suspected admins of the Dark Web's largest child porn site. *Vice*, Motherboard, mar. 2016. Disponível em: [www.vice.com/en_us/article/jpgm7d/how-the-fbi-identified-suspects-behind-the-dark-webs-largest-child-porn-site-playpen]. Acesso em: 20.03.2021.
- DURANSKE, Benjamin. New Supreme Court opinion discusses virtual child pornography law; Linden Lab's 2007 Ban clarified. *Virtually Blind*, maio 2008. Disponível em: [<http://virtuallyblind.com/2008/05/23/ageplay-ban-clarified/>]. Acesso em: 20.03.2021.
- FERREIRA, Pedro Paulo da Cunha. Artigo 241-C da Lei n. 11.829/2008 – A pornografia simulada e a questão da ofensividade penal na sociedade de risco. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 17, n. 208, p. 18-19, mar. 2010.
- FOUCAULT, Michel. *Os anormais*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- GRINBERHG, Felipe; RISTOW, Fabiano. Crivella manda recolher HQ dos Vingadores com beijo gay; Bial se recusa. *O Globo*, Cultura, ago. 2019. Disponível em: [<https://oglobo.globo.com/cultura/crivella-manda-recolher-hq-dos-vingadores-com-beijo-gay-bial-se-recusa-23930534>]. Acesso em: 20.03.2021.
- JAKOBS, Günther. *Direito penal do inimigo* – Noções e críticas. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- JOFFILY, Tiago. *O resultado como fundamento do injusto penal*. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.
- LANDINI, Tatiana Savoia. Violência sexual contra crianças na mídia impressa: Gênero e geração. *Cadernos Pagu*, Campinas, n. 26, 2006.
- LEITE, Alaor. Existem deveres gerais de informação no direito penal? Violação de um dever, culpabilidade e inevitabilidade de erro de proibição. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, v. 23, n. 2, p. 215-235, abr.-jun. 2013.
- LEITE, Inês Ferreira. *Pedofilia* – Repercussões das novas formas de criminalidade na teoria geral da infração. Coimbra: Almedina, 2004.
- LOBATO, José Danilo Tavares. Panorama dos crimes de posse. *Revista Liberdades*, São Paulo, n. 12, p. 104-128, jan.-abr. 2013.
- LOUVEIRA, Leopoldo Stefano Gonçalves Leone. *A esfera da vida privada do cidadão como limite à interferência do direito penal: a questão da pornografia infantil*. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2013.

- LOWENKRON, Laura. A emergência da pedofilia no final do século XX: deslocamentos históricos no emaranhado da “violência sexual” e seus atores. *Contemporânea – Revista de Sociologia da UFSCar*, São Carlos, v. 4, n. 1, p. 231-255, jan.-jun. 2014.
- MACKINNON, Catherine. *Only words*. 3. ed. Cambridge: Harvard University Press, 1996.
- MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Paternalismo jurídico-penal – Limites da intervenção do Estado na liberdade individual pelo uso das normas penais*. São Paulo: LiberArs, 2015.
- PASTOR, Daniel R. Problemas processuais dos crimes de posse. *Revista Liberdades*, São Paulo, n. 12, p. 129-144, jan.-abr. 2013.
- PEGORINI, Fernanda Vecchi; MORAES DE ALMEIDA, Francis. A emergência do “risco” na política criminal brasileira. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 7, n. 25, p. 183-201, abr.-jun. 2007.
- POULSEN, Kevin. Visit the wrong website, and the FBI could end up in your computer. *Wired*, Security, maio 2014. Disponível em: [www.wired.com/2014/08/operation-torpedo/]. Acesso em: 22.01.2022.
- REINALDO FILHO, Demócrito. A pornografia infantil virtual e as dificuldades jurídicas para combatê-la. O caso do *Second Life*. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1527, 6 set. 2007. Disponível em: [https://jus.com.br/artigos/10358]. Acesso em: 20.03.2021.
- Reportagem denuncia pedofilia no universo virtual *Second Life*. *Folha de São Paulo*, maio 2007. Disponível em: [www1.folha.uol.com.br/folha/bbc/ult272u62141.shtml]. Acesso em: 20.03.2021.
- RODRIGUES, Gabriel Brezinski. *Protesto hacker e direito penal*. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2019.
- ROXIN, Claus. Crimes de posse. *Revista Liberdades*, São Paulo, n. 12, p. 36-55, jan.-abr. 2013.
- ROXIN, Claus. *Derecho penal – Parte general*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remersal. 2. ed. Madri: Thomson Civitas, 1997. T. I – Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, p. 89.
- SAAD-DINIZ, Eduardo. A técnica dos delitos de posse. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; RASSI, João Daniel (Orgs.). *Estudos em homenagem a Vicente Greco Filho*. São Paulo: LiberArs, 2014.
- SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Tipicidade penal e sociedade de risco*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Crimes sexuais – Bases críticas para a reforma do direito penal sexual*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- STRUENSEE, Eberhard. Os crimes de posse. *Revista Liberdades*, São Paulo, n. 12, p. 56-69, jan.-abr. 2013.

- SYDOW, Spencer Toth. “Pedofilia virtual” e considerações críticas sobre a Lei 11.829/08. *Revista Liberdades*, São Paulo, n. 1, p. 46-65, maio/ago. 2009.
- TAVARES, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito*. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.
- TEIXEIRA, Bruno Costa. *Cidadania em rede: a inteligência coletiva enquanto potência recriadora da democracia participativa*. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito de Vitória, Espírito Santo, 2012. Disponível em: [www.fdv.br/_mestrado_base/dissertacoes/146.pdf].
- TJ autoriza recolhimento de HQ com beijo gay na Bienal do Rio. *Jovem Pan*, ago. 2019. Disponível em: [https://jovempan.com.br/noticias/brasil/autorizacao-recolhimento-hq-beijo-gay-bienal-rio.html]. Acesso em: 20.03.2021.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas – A perda da legitimidade do sistema penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.



PESQUISAS DO EDITORIAL



ÁREA DO DIREITO: Penal

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- Aspectos criminológicos e jurídico-penais da pedofilia uma proposta de alteração da legislação brasileira, de Tábata Crestani e Gisele Mendes de Carvalho – *Ciências Penais* 15/451-480 e *Doutrinas Essenciais Direito Penal e Processo Penal* 5;
- Direito e moral: discussão sobre a criminalização do consumo de pornografia infantil através de uma perspectiva garantista, de Regina Geni Amorim Juncal – *RBCCrim* 137/63-87; e
- Violações a princípios constitucionais e penais na legislação de combate à pornografia infantil, de Alexandre Assunção e Silva – *RT* 890/444-470.

RACIONALIDADE LEGISLATIVA EM MATÉRIA PENAL: PROPOSTA DE UM MODELO DE ELABORAÇÃO DAS LEIS PENAIAS EXPANSIVAS DO PODER PUNITIVO

*LEGISLATIVE RATIONALITY IN CRIMINAL MATTERS:
PROPOSAL OF A MODEL FOR THE ELABORATION OF
EXPANSIVE CRIMINAL LAWS OF PUNITIVE POWER*

MARCOS AFONSO JOHNER

Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do
Rio Grande do Sul – PUCRS (2021).

Lattes: [<http://lattes.cnpq.br/8575513096222713>].

ORCID: [<https://orcid.org/0000-0002-9281-4356>].

marcosjohner@yahoo.com.br

DOI: [<https://doi.org/10.54415/rbccrim.v197i197.218>].

Recebido em: 20.04.2022

Aprovado em: 01.12.2022

Última versão do (a) autor (a): 20.12.2022

ÁREAS DO DIREITO: Penal; Constitucional

RESUMO: O artigo propõe um modelo de elaboração das leis penais expansivas do poder punitivo. Para tanto, explica a importância em estruturar mecanismos de controle da criação das leis penais. Em seguida, estipula quatro níveis de racionalidade (ético-constitucional, teleológica, pragmática e sistemática) que as leis penais devem observar. Por fim, procura operacionalizar os níveis de racionalidade nas fases do processo legislativo (pré-legislativa, legislativa e pós-legislativa). À guisa de conclusão, considera que o modo e a forma de condução do processo legislativo condicionam a racionalidade da lei penal.

ABSTRACT: The article proposes a model for the elaboration of expansive penal laws of punitive power. To this end, it explains the importance of structuring mechanisms to control the creation of criminal laws. Then, it stipulates four levels of rationality (ethical-constitutional, teleological, pragmatic and systematic) that criminal laws must observe. Finally, it seeks to operationalize the levels of rationality in the stages of the legislative process (pre-legislative, legislative and post-legislative). By way of conclusion, it considers that the mode and manner of conducting the legislative process condition the rationality of criminal law.

PALAVRAS-CHAVE: Racionalidade legislativa – Lei penal – Poder Legislativo – Processo legislativo – Avaliação de impacto legislativo.

KEYWORDS: Legislative rationality – Criminal law – Legislative power – Legislative Process – Regulatory impact assessment.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A racionalidade legislativa em matéria penal. 3. Os níveis de racionalidade legislativa. 3.1. A racionalidade ético-constitucional. 3.2. A racionalidade teleológica. 3.3. A racionalidade pragmática. 3.4. A racionalidade sistemática. 4. As fases do processo legislativo. 4.1. A fase pré-legislativa. 4.2. A fase legislativa. 4.2.1. A Comissão de Segurança Pública e a Comissão de Finanças e Tributação. 4.2.2. A Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania. 4.3. A fase pós-legislativa. 5. Conclusão. 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Tradicional na vida política brasileira, as “leis para inglês ver” nasceram no período colonial, passaram pelo Império e se perpetuaram no tempo, permanecendo em voga na rotina legislativa nacional.¹ Apesar disso, verifica-se escassa atenção

1. Embora a expressão tenha sido cunhada no período imperial, por ocasião da “Lei Feijó”, de 7 de novembro de 1831, que, apesar de ter declarado “livres todos os escravos vindos de fora do Império”, na prática não foi cumprida, a tendência de as leis “não pegarem” no Brasil parece advir da experiência colonial. Por exemplo, o Alvará de 30 de julho de 1609 determinava que aos índios fosse atribuído um “justo salário”, exigência que pressupõe o trabalho livre. Dizia, textualmente, o documento luso: “E para se atalharem os grandes excessos, que poderá haver, se o dito cativo em algum caso se permitir, para de todo se cerrar a porta a isto, com o parecer dos do meu Conselho, mandei fazer esta Lei, pela qual declaro todos os gentios d’aquellas partes do Brazil por livres, conforme a Direito, e seu nascimento natural, assim os que já forem baptizados, e reduzidos á nossa Santa Fé Catholica, como os que ainda viverem como gentios, conforme a seus ritos, e ceremonias; os quaes todos serão tratados, e havidos por pessoas livres, como são; e não serão constrangidos a serviço, nem a cousa alguma, contra sua livre vontade; e as pessoas, que delles se servirem nas suas fazendas, lhes pagarão seu trabalho, assim, e da maneira, que são obrigados a pagar a todas as mais pessoas livres, de que se servem” (cf. em SILVA, 1854, p. 303). No entanto, a prática dos descimentos, *e.g.*, fez com que os povos indígenas fossem aldeados nas vizinhanças dos portos, das vilas e das cidades. Nesses lugares, eles pereciam aos montes, em decorrência da má alimentação, do trabalho forçado e da exposição a um ambiente epidemiológico que lhes era hostil. Na prática, a maior parte dos textos que proibiam o cativo indígena não produziu efeitos; cf. Alencastro (2000, p. 120). A questão agrária também apresentou bastantes particularidades: “Os legisladores metropolitanos acreditaram, durante todo o período colonial, na possibilidade de determinar os rumos da apropriação territorial por meio, primeiro, da transposição da legislação do Reino para a Colônia e, segundo, da elaboração de uma copiosa legislação específica, visando ‘corrigir’ os desvios que a aplicação do

voltada ao estudo da criação das leis, considerando que o modo de ensino jurídico tende a tomar como ponto de partida o Direito já posto e a partir dele elaborar categorias dogmáticas. Em contextos de populismo e expansionismo punitivo, parece surgir a sensação de que a criação de novos tipos penais, o aumento das penas, o recrudesimento do regime de execução penal e a flexibilização das garantias processuais consistem, por si sós, em medidas necessárias e adequadas a combater a criminalidade. Num cenário como esse, que tende a demandar respostas cada vez mais rápidas às disfunções sociais, o processo de criação da lei penal pode ignorar questões técnicas e de impacto social e orçamentário, inserindo-as no ordenamento jurídico sem estudos que demonstrem sua necessidade e adequação.

Diante desse problema, assume-se a hipótese provisória de que o modo e a forma com que o legislador conduz o processo legislativo condicionam a racionalidade e, consequentemente, a legitimidade da lei penal expansiva do poder punitivo, assim entendida aquela que, de qualquer forma, amplie o raio de intervenção penal ou implique restrições ao direito geral de liberdade, a exemplo das leis que criam novos tipos penais ou modifiquem a estrutura típica de um já existente; aumentem a pena cominada ao delito; recrudesçam o regime de execução penal; suprimam determinados direitos até então previstos em lei; e flexibilizem as garantias processuais penais. Dessa maneira, o modelo que será proposto restringe-se, por ora, às leis penais expansivas do poder punitivo.

O objetivo geral do artigo consistirá em propor um modelo que vincule o legislador a determinados parâmetros de racionalidade legislativa, ao desempenhar a tarefa que a Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB, de agora em diante) lhe assigna. Para testar a hipótese, partir-se-á dos seguintes objetivos específicos, que coincidirão com os tópicos de desenvolvimento do texto: explicitar a importância de um modelo de racionalidade legislativa em matéria penal (2); ordenar os níveis de racionalidade que condicionarão a atividade do legislador à elaboração das leis penais (3); e, por fim, analisar o funcionamento do processo legislativo e quais os deveres que incumbem ao legislador em sua condução, a fim de operacionalizar os níveis de racionalidade (4).

Como destacava Nunes Leal (1945, p. 430), “quem faz a lei é como se estivesse acondicionando materiais explosivos”. No cotidiano do universo penal, o legislador pode preparar os materiais explosivos sem se preocupar, em grande parte dos casos,

sistema sofrera” (SILVA, 2008, p. 83). Noutras palavras, as autoridades coloniais pensavam que a lei solucionaria os problemas agrários, sem intervir, contudo, na realidade social e econômica para alterar o panorama.

com os seus potenciais destrutivos. Atirando-os para todos os lados, fará com que sobre apenas os destroços de uma política legislativa nefasta, corrosiva das estruturas sociais e produtora de mais desigualdades. É preciso lembrar que “a legislação não opera no vazio, ela se insere em um sistema jurídico e atua sobre a realidade” (SOARES, 2009, p. 63). A criminalização primária já costuma estar endereçada a determinados setores e a criminalização secundária trata de capturá-los. Como assinala Hassemer (2003, p. 16), o Poder Legislativo tem, num Estado com divisão de poderes, uma função condutora e de delimitação dos demais poderes, exercida mediante a lei. Dessa maneira, as atividades das demais instituições envolvidas com o sistema de justiça penal (polícia, Ministério Público, Poder Judiciário, agentes de execução penal) estão vinculadas aos ditames legais. Por isso a importância em estabelecer parâmetros de racionalidade, que condicionem a atividade do legislador a determinadas pautas para a edição de leis penais.

2. A RACIONALIDADE LEGISLATIVA EM MATÉRIA PENAL

A refinada dogmática do Direito Penal, elaborada a partir do direito positivo, parece dever boa parte de suas categorias à chamada jurisprudência dos conceitos, devota à ficção do “legislador racional”. Segundo Nino (1980, p. 73-74), presume-se, implicitamente ou explicitamente, que o legislador possui atributos divinos, sendo considerado *consciente* das normas que emite e das demais normas do sistema; *onisciente* em relação ao conhecimento de todas as circunstâncias fáticas abarcadas pelas normas; *justo*, ao pensar que ele conferiu às normas formuladas o significado mais alinhado às exigências axiológicas; *coerente*, já que a sua vontade não pode se autocontradizer; *onicompreensivo*, não deixando de regular nenhuma situação jurídica; *econômico*, ao não promulgar normas redundantes; *operativo*, por não ditar normas ineficazes; *preciso*, no sentido de que a sua vontade tem direção unívoca, independentemente das imperfeições da linguagem que acidentalmente utilize.

A atividade de deduzir conceitos do direito positivo e, a partir deles, elaborar categorias dogmáticas para uma aplicação mais racional do direito vigente parece ter deixado em segundo plano a racionalidade da criação da lei.² Os juristas, “na busca por uma ilusória neutralidade política e um pretense incremento da racionalidade,

-
2. Mader (2009, p. 46) fala num *idealismo normativo*, abordagem jurídica por muitos anos predominante, que se baseava “na premissa de que as leis serão feitas segundo um modelo normativo e produzirão, portanto, automaticamente, os resultados que supostamente deveriam produzir. A nova abordagem, por sua vez, leva em consideração o contexto anterior à tomada da decisão legislativa, tentando, dessa forma, estabelecer e avaliar qual será o seu efeito real, o seu impacto sobre a realidade social”.

decidem limitar seus estudos e suas contribuições conceituais à aplicação do Direito” (DÍEZ RIPOLLÉS, 2016, p. 72 e p. 101). Na crítica de Baratta (2002, p. 154), “[...] pondo de lado a própria ciência social burguesa, os regimes fascistas mostraram também preferirem um tipo de jurista sociologicamente desinformado e portador de uma ideologia atrasada, compatível, embora nem sempre idêntica, com a ideologia oficial do fascismo”. Nesse contexto, a criação do Direito tende a ser vista como coisa de políticos, “que no precisa de grandes elaboraciones conceptuales, en todo caso a desarrollar por filósofos del derecho, y que el jurista todo lo más debe aportar ocasionalmente cierta colaboración técnicojurídica” (DÍEZ RIPOLLÉS, 2001, p. 488).

Além disso, segundo Nino (1989, p. 31), a aceitação [passiva] do direito positivo, pelo jurista, apresenta algumas características específicas: *a)* o jurista avalia o que outra pessoa, no caso, o legislador, prescreveu; *b)* diante disso, recomenda ou aconselha aos juízes que apliquem o direito positivo da maneira como foi sancionado pelo legislador, exercendo um papel de guia da atividade judicial e indicando aos órgãos jurisdicionais qual deve ser a solução correta para determinados casos. Daí resulta que os dogmáticos e, em especial, os dogmáticos do Direito Penal não raro se limitam a uma descrição objetiva do direito positivo, recebendo como legítimas as normas legislativas pelo simples fato de possuírem tal característica, ou seja, por derivarem de órgãos competentes para elaborá-las (NINO, 1989, p. 32).

Como destaca Becerra Muñoz (2013, p. 153-154), os *experts* em matéria criminal não podem ser excluídos da atividade político-criminal e conformar-se em ratificar ou retificar as decisões legislativas. Daí a importância de retomar a discussão e a crítica ao Direito Penal a partir de sua criação. Afinal, é principalmente por intermédio das leis penais,³ responsáveis por definir as condutas puníveis e as sanções que lhes são aplicáveis, bem como as regras processuais de verificação do fato punível, que o poder de punir começa a entrar em exercício. Com efeito, o Direito Penal consiste no exercício de um poder, que, se não for contido, tende a expandir-se; por isso, “não se pode assumir o arbítrio irracional do legislador e tentar matizá-lo com princípios limitadores no momento da aplicação do Direito”; parece necessário submeter o legislador, desde o início de sua atividade, “a critérios racionais de legislação, prevendo os meios jurídico-políticos para isso” (DÍEZ RIPOLLÉS, 2016,

3. Falou-se, nos últimos anos, de “crise da lei”, com o que se quis expressar a perda de centralidade que a lei ocupa no sistema jurídico desde o início do modelo liberal de Estado, devido a causas diversas, que aqui não convém analisar; cf. Díez Ripollés (2001, p. 485). Observação que não afasta a importância da lei, sobretudo em matéria criminal, antes nos obriga a rediscutir a importância do princípio de legalidade e a sua concretização legislativa.

p. 101). Lembrando-se, ademais, que conter o Direito Penal não significa, necessariamente, não criminalizar ou não punir, mas, sim, estabelecer critérios racionais que permitam um controle intersubjetivo das condutas dos atores envolvidos no exercício do aparato punitivo. Como destaca Atienza (2000, p. 35), “el objetivo de la teoría de la legislación no es sólo describir, sino también explicar y proponer procedimientos que supongan un incremento de racionalidad con respecto a la práctica legislativa existente”. Os próximos tópicos terão a finalidade de apresentar um modelo de racionalidade de criação das leis penais,⁴ a partir dos níveis que devem ser observados e de sua respectiva concretização nas fases do processo legislativo.

3. OS NÍVEIS DE RACIONALIDADE LEGISLATIVA

Para avaliar o trabalho do legislador em matéria penal, parece necessário estabelecer uma série de exigências de racionalidade, que condicionem o *iter* legislativo a determinados parâmetros relacionados às pautas éticas, teleológicas, pragmáticas e sistemáticas da lei. Como destaca Ruivo (2018, p. 588-589), a falta de orientação científica no processo legislativo acarreta problemas práticos significativos, tais como o perigo de ampliação excessiva do âmbito de intervenção penal (desnecessidade da intervenção penal); o perigo de aumento da ineficácia da legislação penal (inadequação da intervenção penal); e o perigo de mais gravames sociais do que benefícios com a intervenção penal (desproporção da intervenção). Apresentaremos, na sequência, uma tentativa de racionalizar as pautas de intervenção penal a partir de diferentes níveis, em ordem escalonada de concretização e aperfeiçoamento das exigências indispensáveis à legislação penal.

3.1. A racionalidade ético-constitucional

Do ponto de vista da racionalidade ética, o sistema jurídico é visto como um conjunto de normas ou comportamentos passíveis de avaliação segundo determinadas pautas éticas, cuja unidade axiológica gira em torno de valores como a liberdade, a igualdade e a justiça (ATIENZA, 1997, p. 39).⁵ Eles são reflexos jurídicos da CRFB,

4. Por “leis penais” entende-se qualquer medida legislativa relacionada com o tema criminal (direito penal material e processual, execução penal, organização judiciária etc.). O trabalho dará mais ênfase às leis penais materiais, que versam sobre a definição da conduta punível e da sanção que lhe é aplicável.
5. Convém destacar que Atienza posiciona a racionalidade ética em seu sistema como o quinto e último nível de racionalidade. Preferimos seguir a orientação de Díez Ripollés e situar a racionalidade ética no primeiro nível, justamente porque os princípios éticos devem

que, enquanto documento máximo da organização jurídico-política nacional, reflete os valores passados, atuais e vindouros que, em processo de movimento e de adaptação contínuos, buscam atender aos interesses e à realidade da população nacional. O núcleo dos valores constitucionais que norteiam a pauta ética a ser seguida pelo legislador, sobretudo em matéria penal, advém dos fundamentos e objetivos republicanos, notadamente da dignidade da pessoa humana e dos direitos e das garantias fundamentais. Por isso, prefere-se nomear esse nível como *racionalidade ético-constitucional*, referida ao conjunto de princípios constitucionais estruturantes e irrenunciáveis à intervenção penal, cabendo-lhes a tarefa de estabelecer limites à atividade legislativa na delimitação das condutas puníveis e das sanções que lhes são aplicáveis, além das regras de verificação processual do fato punível. Portanto, a lei penal será considerada irracional desde o ponto de vista das pautas ético-constitucionais quando não atender aos princípios que delas emanam.

O princípio da legalidade é o ponto nodal de toda a estrutura do fato punível, da sanção que lhe é aplicável e das regras processuais de verificação. Na perspectiva do direito material, não há crime sem lei anterior que o defina nem pena sem prévia cominação legal (art. 5º, XXXIX, CRFB). Percebe-se que a disposição constitucional vincula o princípio da legalidade tanto à conduta punível quanto à pena que lhe é cominada. O plano da racionalidade ético-constitucional opera de maneira negativa (ATIENZA, 1997, p. 39), impondo restrições ao poder de punir no sentido de informar ao legislador aquilo que *não pode ser criminalizado* e as penas que *não podem ser aplicadas*. Na dimensão do fato punível, o compromisso ético-constitucional impede o legislador de, v.g., proibir autolesões, imoralismos, modos de vida, opções religiosas, atitudes internas ou, no geral, condutas que não transcendam à esfera da vida pessoal do indivíduo. Na dimensão da sanção jurídica, as pautas ético-constitucionais proíbem o legislador de cominar penas de morte, salvo no caso de guerra declarada, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e cruéis (art. 5º, XLVII, CRFB); de punir pessoa diversa daquela que praticou o fato (art. 5º, XLV, CRFB). Além disso, demanda a individualização da pena pelo legislador, cabendo-lhe determinar as margens mínimas e máximas (art. 5º, XLVI, CRFB). De um modo geral, a racionalidade ético-constitucional orienta que a criminalização

condicionar todos os demais níveis de racionalidade. O que não significa que a nossa proposta coincidirá totalmente com a de Díez Ripollés, pois ainda não estamos muito certos da viabilidade de vincular a racionalidade ética ao sistema de crenças, cultural e historicamente condicionado, que sustenta determinada coletividade, o que, na proposta do autor, levaria a legislação penal, enquanto mecanismo de controle social, a garantir a “ordem de convivência social”, cf. Díez Ripollé (2016, p. 91 et seq. e p. 108 et seq.).

e a punição de determinado fato não instrumentalizem o ser humano para a consecução de fins de mera ordenação social.

A legalidade processual é decorrência imediata da cláusula do devido processo legal, *conditio sine qua non* para a privação da liberdade (art. 5º, LIV, CRFB). O poder de julgar é uma atividade exclusiva do Estado-Juiz,⁶ vale dizer, a individualização e a aplicação das penas cominadas em lei incumbem ao Poder Judiciário. No entanto, isso depende da estrita observância de uma série de direitos e garantias processuais, indispensáveis para a legalidade do exercício do poder de julgar. Como enfatiza Díez Ripollés (2016, p. 148-149), pouco adiantaria enumerar toda a série de princípios ético-constitucionais relativos à conduta punível e à sanção e ignorar os critérios que o ordenamento jurídico estabelece para a verificação do fato imputado. A CRFB estabelece uma série de regras que, uma vez alocadas no rol dos direitos fundamentais, têm (ou pelo menos deveriam ter) aplicabilidade imediata, condicionando a atividade do Estado para legislar em matéria processual penal.

Da presunção de inocência (art. 5º, LVII, CRFB), por exemplo, irradia uma regra de julgamento, “determinando que a carga da prova seja inteiramente do acusador” (LOPES JR., 2017, p. 96-97), o que coloca fundadas dúvidas a respeito da constitucionalidade do art. 156 e do art. 385, ambos do Código de Processo Penal. O legislador deve conter os arbítrios judiciais, para que o juiz não substitua a acusação e viole não só a presunção de inocência como também a imparcialidade. Desse modo, os dispositivos mencionados deveriam passar por uma revisão legislativa, em razão da sua incompatibilidade com as pautas ético-constitucionais. Também condicionam a legislação processual penal, por exemplo, a exigência de respeito ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LV, CRFB) e a inadmissibilidade das provas ilícitas (art. 5º, LVI, CRFB).

O fato de denominarmos o primeiro nível como racionalidade ético-constitucional não foi por acaso. Atrémos as pautas éticas aos princípios e valores insculpidos na Constituição, acima de tudo, para fazer dos demais níveis de racionalidade concretizações suas. Estando as racionalidades teleológica, pragmática e sistemática vinculadas aos parâmetros ético-constitucionais, o descumprimento das exigências

-
6. Embora tenha ocorrido, nas últimas décadas, certa matização da estrita jurisdição, devido, em primeiro lugar, aos institutos “despenalizadores” da Lei 9.099/1995, como a composição civil dos danos e a transação penal, que consiste na aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, especificada na proposta do Ministério Público. A colaboração premiada (Lei 12.850/2013) e o recente acordo de não persecução penal (art. 28-A, CPP) também atenuaram o poder de julgar, abrindo margens de negociação da pena entre acusado e acusação. Uma análise detalhada desses institutos foge dos objetivos deste trabalho, o que justifica a omissão de maiores comentários.

desse demais níveis poderá ser objeto de análise pela Corte Constitucional, que deverá verificar se houve alguma irregularidade, formal ou material, que macule a norma promulgada com o vício de inconstitucionalidade. Isso demanda maior responsabilidade do legislador ao criar novos crimes ou modificar a estrutura típica dos já existentes, aumentar penas, recrudesce o regime de execução penal ou, ainda, criar novas regras processuais ou promover a alteração daquelas em vigência.

3.2. *A racionalidade teleológica*

A racionalidade teleológica questiona quais as finalidades do legislador ao criar uma lei penal. O Direito Penal não pode adjudicar a finalidade de educador moral das pessoas, de pacificador do convívio social, de mantenedor da paz social, tendo em vista que a coerção jurídica que lhe é característica – ou seja, a pena – parece incapaz de produzir esses efeitos.⁷ Inculcar tais objetivos implicaria expandir o Direito Penal para todos os horizontes possíveis, com vistas a assegurar o bem-estar geral da humanidade. Um delírio de grandeza que entorpece o pensamento jurídico-penal e ofusca a realidade, “fornecendo elementos irreais para o diagnóstico e, consequentemente, para o prognóstico” (CARVALHO, 2008A, p. 93).

O Direito Penal deve apenas proibir condutas consideradas perigosas e capazes de lesar ou expor a perigo de lesão determinados bens jurídicos. A norma jurídico-penal informa ao destinatário que, praticado o comportamento *x*, sucederá a sanção *y*, pretendendo dissuadi-lo de praticar a ação proibida ou motivá-lo a praticar a ação ordenada. Pela estrutura lógica que lhe é própria, a norma jurídico-penal contém uma espécie de poder condigno (GALBRAITH, 1980), já que procura obter a submissão por intermédio da ameaça da pena. Portanto, ao criminalizar determinada conduta, o legislador tem como objetivo proteger o bem jurídico tutelado pelo tipo penal, o que pretende conseguir mediante a dissuasão representada pela ameaça da pena. Com efeito, a medida legislativa é adotada para responder a um ou mais problemas previamente identificados. Em âmbito penal, a disfunção geralmente está vinculada a modalidades de conduta que geram resultados ofensivos a específicos bens jurídicos. Assim as coisas, a racionalidade teleológica demanda que o

7. “A imposição da pena, vale repetir, não passa de pura manifestação de poder, destinada a manter e reproduzir os valores e interesses dominantes em uma dada sociedade” (KARAM, 1996, p. 82). Não por acaso, entre nós, “as elites dirigentes, primeiro lusitanas, depois luso-brasileiras e, afinal, brasileiras, viveram sempre e vivem ainda sob o pavor pânico do alçamento das classes. Boa expressão desse pavor pânico é a brutalidade repressiva contra qualquer insurgência e a predisposição autoritária do poder central, que não admite qualquer alteração da ordem vigente” (RIBEIRO, 1995, p. 23-24).

legislador identifique, em primeiro lugar, qual o bem jurídico que ele pretende proteger. Afinal, se o objetivo da lei penal é evitar menoscabos a bens jurídicos, nada mais razoável do que exigir do legislador a correta identificação do objeto de tutela.⁸

O bem jurídico passa a ser entendido como delimitador da norma (TAVARES, 2019, p. 214) e orientador da construção do tipo penal, reforçando a exigência de legalidade em sua acepção material. A justificação dos fins, sobretudo em se tratando de assunto relativo à matéria penal, deve advir de uma justificação ético-constitucional, acorde com as diretrizes já traçadas no primeiro nível (ATIENZA, 1997, p. 38). Desse modo, questiona-se até onde o ordenamento jurídico está disposto a ir para proteger certo bem jurídico à custa da restrição à liberdade individual (DÍEZ RIPOLLÉS, 2016, p. 75), bem como até que ponto a perseguição desses fins encontra-se de acordo com os princípios ético-constitucionais. A pessoa humana constitui o fim último do ordenamento jurídico e não pode ser instrumentalizada para a consecução dos objetivos estatais. A criminalização e a penalização de uma conduta não podem ultrapassar essa barreira, pois, caso contrário, serão consideradas irracionais e, em última análise, inconstitucionais.

-
8. O limitado espaço deste artigo não permite entrar na discussão a respeito da teoria e do que se entende por bem jurídico, o que demandaria um trabalho à parte. No mais, é interessante o estudo publicado pela série “Pensando o Direito” acerca do recurso à noção de bem jurídico nas Justificativas dos projetos de lei. Os pesquisadores responsáveis pelo estudo notaram que as menções explícitas ao bem jurídico ou indicavam um argumento formal de seleção dos comportamentos criminalizáveis ou para indicar um ou mais objetos de proteção. Mencionou-se a PEC 524/2006, que objetivava acrescentar ao art. 5º da CRFB o seguinte inciso: “LXXVIII – Não há crime quando o agente pratica fato cuja lesividade é insignificante”. Nas justificativas da PEC, afirmou-se que “o Direito Penal somente deve agir até onde seja necessário para a proteção do bem jurídico, não se ocupando de bagatelas”. Os pesquisadores que analisaram a justificativa chegaram à conclusão de que “este trecho torna bastante visível este caráter instrumental e vazio da idéia de bem jurídico: dependendo do conteúdo atribuído a esta noção a *mensagem* altera-se substancialmente. Diante dessa Justificativa, não há como afirmar que a noção de bem jurídico servirá ao propósito de limitar as hipóteses de criminalização. A utilização dessa expressão desloca-se para a discussão sobre quais elementos devem ou não fazer parte desta cesta”. Além disso, na maioria dos casos analisados pela pesquisa, “a referência a um objeto de proteção serviu a basicamente três propósitos: (i) aumentar as penas de crimes já existentes, (ii) criminalizar novas condutas que, até então, não eram tidas como crimes e (iii) modificar normas gerais com o intuito de ampliar a esfera de atuação do direito penal”. A conclusão da pesquisa, ao relacionar as Justificativas que veiculam objetos de proteção ao conteúdo das propostas e projetos de alteração legislativa, é de que “essa menção não atuou como forma de limitar o poder de punir ou de conter a ampliação do rol de crimes”; cf. em Pires, (2010, p. 40-41 e p. 46-47). O que não significa abandonar o bem jurídico como referencial teórico, antes demanda melhorar os seus contornos e achar caminhos para possibilitar a sua aplicabilidade prática, a exemplo da proposta de vinculá-lo à racionalidade teleológica.

Além do mais, do ponto de vista da racionalidade teleológica, a intervenção penal deve ser necessária.⁹ A necessidade envolve um exame que aponta que os demais setores do ordenamento jurídico, como o Direito Civil, Administrativo ou Tributário, são insuficientes para assegurar, por si sós, a proteção do bem jurídico. Em sentido inverso, se tais ramos do Direito puderem tutelar o valor e, em caso de transgressão à norma, as suas sanções forem suficientes para reprimir o ilícito, então será desnecessária a intervenção penal. Por exemplo, constitui crime, punido com detenção, de um a seis meses, ou multa, “deixar de entregar ao consumidor o termo de garantia adequadamente preenchido e com especificação clara de seu conteúdo” (art. 74 do CDC). A proteção do bem jurídico – aliás, de difícil ou duvidosa identificação, já que a “relação de consumo” constitui mais uma função do que um bem jurídico – pode muito bem ocorrer pela via administrativa, mediante a aplicação de multas pelo Procon. Nesse caso, a intervenção penal é desnecessária, já que outras medidas podem ser adotadas para atender aos fins sociais que exigem a resolução do problema (não entrega do termo de garantia).¹⁰

Em suma, trata-se, ao nível da racionalidade teleológica, “da constatação de que o direito penal é disciplina jurídica indispensável para a tutela do valor, diante da incapacidade de outras disciplinas do direito”, sendo “preciso demonstrar a específica necessidade do direito penal em razão das suas características e dos instrumentos que efetivamente dispõe para cumprir as finalidades não alcançadas por outras áreas do direito” (RUIVO, 2018, p. 606).¹¹ Portanto, a lei penal será teleologicamente irracional na medida em que os objetivos perseguidos não parearem com as pautas

9. Caupers; Almeida e Guibentif (2014, p. 75) situam a necessidade no âmbito da “escolha das opções”, tendo lugar depois da identificação do problema e da definição dos objetivos da lei. Tudo isso deverá constar nas justificativas do projeto de lei, que, posteriormente, orientarão a atividade legislativa (cf. *infra*, 4). A antecipação do critério da necessidade ao da adequação visa adiantar quais as medidas disponíveis para tratar o problema e concretizar os objetivos estabelecidos, permitindo avaliá-las e verificar, no nível da racionalidade pragmática, qual a mais adequada. Aqui já se pressupõe que a intervenção penal tenha sido considerada necessária; logo, no juízo de adequação, caberá avaliar qual a pena mais indicada para a tutela do bem jurídico, qual o seu grau de proteção (técnica de tutela de dano ou de perigo) etc. Trata-se de ajustar as possibilidades de real cumprimento da lei para sanar o problema identificado e concretizar os objetivos propostos.
10. A escolha do crime previsto no art. 74 do CDC para servir como exemplo foi aleatória, sem obedecer a um critério específico. Preferiu-se utilizar, aqui como em outros lugares do texto, delitos variados, sem uma categorização comum, mas que se ajustam ao contexto do argumento ao qual estão relacionados.
11. O autor não se refere especificamente à racionalidade teleológica, tampouco a sua proposta coincide integralmente com a nossa.

ético-constitucionais, por instrumentalizarem a pessoa humana e reduzirem o seu espaço de liberdade geral, tutelando bens jurídicos em casos nos quais é suficiente a intervenção de outros setores do ordenamento jurídico.

3.3. A racionalidade pragmática

Do ponto de vista da racionalidade pragmática, deve-se indagar se a intervenção penal é adequada para dissuadir o destinatário da norma a omitir a conduta proibida ou a praticar a conduta ordenada e assim garantir a proteção do bem jurídico tutelado. Como destaca Márquez (2005, p. 143), a qualidade da lei “no depende sólo de su perfección externa o formal, sino de su idoneidad para alcanzar los objetivos que se persiguen con su aprobación”. Nessa linha, a racionalidade pragmática “tem por missão ajustar os objetivos traçados pela racionalidade teleológica às possibilidades reais de intervenção social que estão ao alcance da correspondente decisão legislativa” (DÍEZ RIPOLLÉS, 2016, p. 94). Destarte, para alcançar a dissuasão, a norma jurídico-penal deve cumprir, conforme Díez Ripollés (2016, p. 94), algumas exigências, tais como: *a*) o mandato ou a proibição devem ser suscetíveis de cumprimento, de modo a satisfazer a função da norma como diretiva de conduta; *b*) “esteja em condições de reagir ao descumprimento do mandato ou da proibição através da *aplicação* coativa da lei, satisfazendo assim sua função como expectativa normativa”, o que se estende desde o inquérito policial até a efetiva execução da pena.¹²

Tradicionalmente, as racionalidades pragmática e linguística são analisadas em dois níveis distintos. Preferiu-se englobar a segunda no âmbito da primeira, inicialmente, porque a aptidão da norma em produzir os efeitos esperados depende da correta compreensão dos elementos do tipo penal, o que envolve questões como a clareza da redação e a inexistência de ambiguidades, de modo a permitir uma separação nítida das fronteiras do lícito e do ilícito e assim possibilitar uma comunicação clara quanto ao conteúdo normativo, concretizando-se as exigências de legalidade, tanto formal quanto material (BRUNO, 2005, p. 134; TAVARES, 2016, p. 41). Conforme Carbonell (2000, p. 210), defeitos de técnica legislativa podem levar ao não cumprimento da lei; noutras palavras, “las políticas públicas diseñadas para llevar a cabo las tareas del Estado se aplican con un menor éxito si las normas que las rigen

12. Díez Ripollés ainda acrescenta as seguintes exigências: “Seja presumível que o direito *cumprimento* da norma produza os efeitos de tutela perseguidos. A *aplicação* contrafática da norma produza indiretamente os mesmos efeitos de tutela. E a *aplicação* da norma possa ser mantida dentro da delimitação imposta pela responsabilidade e pela sanção”, (Grifos do original).

son poco claras, complicadas o contradictorias”.¹³ Além disso, levando-se em conta que “ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece” (art. 3º, LINDB), bem como que “o desconhecimento da lei é inescusável” (art. 21, CP), “é preciso que a lei esteja o mais possível ao alcance de todos, para que os indivíduos não sejam demasiadamente ludibriados por aquêle princípio indispensável à segurança da ordem jurídica” (NUNES LEAL, 1945, p. 442). Para tanto, as leis devem ser redigidas de maneira clara, simples, precisa e coerente, a fim de que os destinatários não só as conheçam, mas também as entendam (MÁRQUEZ, 2005, p. 143).

Além disso, a redação do tipo penal é indispensável para identificar o modo de ofensa ao bem jurídico e, para isso, ela precisa da melhor técnica linguística possível. Como indica Hassemer (2003, p. 13), “[...] se puede tener la esperanza de que las decisiones se impongan en la vida cotidiana mediante el lenguaje, comprensión y cumplimiento”. Portanto, os aspectos pragmáticos e linguísticos encontram-se intimamente relacionados, já que a adequação da norma a produzir os efeitos almejados depende da estrutura linguística de que ela se reveste, o que parece justificar a junção procedida. Atesta-a, aliás, o fato de que a ausência de clareza textual pode, inclusive, interferir na delimitação das funções exercidas pelos Três Poderes.¹⁴

Para verificar a adequação da norma, ou seja, se ela está em condições de dissuadir os destinatários e assim evitar a ofensa ao bem jurídico, parece importante recorrer à análise de impacto social da lei e, se for o caso, de apresentar emendas ao projeto para que os contornos do tipo penal se ajustem às exigências ética e teleológica de racionalidade. De acordo com Mader (2001, p. 124), a avaliação consiste num esforço

13. A técnica legislativa é um dos campos abrangidos pela “ciência da legislação”, ao lado da teoria geral da legislação, da analítica, da tática e da metódica da legislação, conforme Márquez (2005, p. 122). A técnica legislativa pode ser definida, de acordo com Ruiz Sanz (1996-1997, p. 644), como o conjunto de procedimentos e métodos utilizado para explicar o processo de criação das normas jurídicas. Questões de técnica legislativa são deveras importantes para incrementar a exigência de racionalidade legislativa, sobretudo pragmática. Por ser um tema bastante amplo, não há como abordá-lo de maneira pormenorizada neste espaço, sugerindo-se a leitura, v.g., dos dois textos citados nesta nota.

14. “Si el legislador – por el motivo que sea – no logra expresarse con la suficiente precisión como para que el marco semántico de los conceptos que emplea sea claro, coloca al Poder Judicial, y también al Ejecutivo, en el lugar que, conforme a la división de poderes, le está reservado a él. La división de poderes deja de funcionar, porque se confunde la separación de las respectivas funciones legítimas. Uno de los poderes ocupa el campo del otro, o lo que es peor: no se sabe con exactitud dónde están los límites. Estos límites son, en buena medida, construcciones del lenguaje; con el lenguaje tiene éxito o fracasa una parte de la división de poderes” (HASSEMER, 2003, p. 15).

pragmático para melhorar os pressupostos e o conhecimento do legislador sobre os efeitos da legislação; não se procuram graus absolutos de certeza, mas, sim, informações que confirmam plausibilidade à medida a ser adotada. Os estudos empíricos são importantes na medida em que permitem analisar, segundo Soto Navarro (apud RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, 2013, p. 21), fatores tais como o grau de conhecimento e aceitação de uma norma penal; seu efeito dissuasivo; o nível de êxito ou de fracasso dos fins pretendidos; os efeitos colaterais que a nova lei poderá desencadear; a infraestrutura, além dos recursos humanos e econômicos necessários para sua correta aplicação. Sublinhe-se que, nesse momento, trata-se de um exame prospectivo, tendo como horizonte os efeitos que se espera obter com a entrada da lei em vigor.

É preciso ajustar, ademais, os níveis de proporcionalidade entre o delito e a pena nos preceitos primário e secundário da norma penal. A individualização legislativa da pena depende, em grande medida, do grau de injusto: a punição para o crime doloso deve ser mais grave do que a do crime culposos; a punição para o crime de lesão deve ser mais grave do que a do crime de perigo. O regime prisional também deverá ser distinto caso se trate de crime punido com reclusão ou detenção, e esses dois estabelecidos conforme o *quantum* da pena. Nesse cenário, a pena de reclusão, de 6 meses a 2 anos e multa, cominada ao art. 147-A, inserido pela Lei 14.132/2021 ao CP, não parece ter cumprido o critério de proporcionalidade da pena. Pelo menos em sua forma simples, trata-se de crime de menor potencial ofensivo e sujeito às normas dos Juizados Especiais Criminais, mas punido com regime carcerário mais grave.

Por fim, é preciso advertir que a norma se destina não só à população em geral, mas também ao juiz. Dessa forma, as exigências de clareza e precisão textuais à delimitação do fato típico e da sanção penal são de suma importância no momento de aplicação judicial da lei, por força do imperativo de segurança jurídica. Como o juiz está atrelado ao preceito legal, é preciso que a norma indique da maneira mais segura possível os caminhos para a sua aplicação. O crime de perseguição, além dos problemas relativos ao preceito secundário, apresenta déficits de técnica legislativa quanto à definição da conduta punível. O preceito primário do tipo contém a seguinte redação: “Perseguir alguém, reiteradamente e por qualquer meio, ameaçando-lhe a integridade física ou psicológica, restringindo-lhe a capacidade de locomoção ou, de qualquer forma, invadindo ou perturbando sua esfera de liberdade ou privacidade”. A estrutura linguística do tipo penal é defeituosa, entre outras razões, porque (a) não especifica o que se entende por “reiteradamente” (quantas vezes devem ocorrer as condutas típicas para preencher o tipo); e, (b) ao utilizar as expressões “por qualquer meio” e “de qualquer forma”, deixa a definição das condutas típicas ao arbítrio do juiz.

Outro crime com fundados indícios de irracionalidade pragmática é o de “violência institucional” (art. 15-A da Lei 13.869/2019).¹⁵ A redação do tipo penal é pouco precisa, tendo em conta que introduz conceitos até então inexistentes na legislação e não os define, com o que se afasta das exigências de legalidade. A expressão “indevida revitimização” é duplamente problemática, já que o termo “indevido” pressupõe uma operação valorativa pelo juiz, deixando ao seu encargo analisar, à luz dos elementos probatórios, quando efetivamente ocorreu situação tal. Além do mais, a legislação é pouco clara a respeito das hipóteses que configuram “revitimização”, termo que necessitaria, em primeiro lugar, da definição do que se entenderia por “vimitização”; assim, ter-se-ia conduta típica em caso no qual o réu fosse posteriormente absolvido? Outras expressões, como “desnecessários, repetitivos ou invasivos”, “estrita necessidade” e “potencialmente” também apresentam problemas de legalidade, já que abrem ampla margem de interpretação. Não menos importante, esses defeitos de técnica implicam dificuldades no campo probatório.

3.4. A racionalidade sistemática

A racionalidade sistemática diz respeito ao aspecto da sistematicidade da lei e da sua correta inclusão no universo jurídico, exigência obrigatória do princípio da segurança jurídica (MARCOS, 2005, p. 338). Por isso mesmo, já dizia Nunes Leal (1945, p. 437), “o legislador deve, tanto quanto possível, redigir as leis dentro de um espírito de sistema, tendo em vista não só a harmonia interna de suas disposições, mas também a sua colocação harmônica no conjunto das leis vigentes”. O incremento de racionalidade nesse nível pode ser obtido, como sugere Atienza (1997, p. 33), melhorando-se a técnica legislativa, sendo para isso necessário elaborar uma série de diretrizes legislativas e estabelecer oficinas técnicas nos órgãos de criação da lei. No Brasil, a Lei Complementar 95 “dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único do art. 59 da Constituição Federal, e estabelece normas para a consolidação dos atos normativos que menciona”, contendo, por exemplo, “técnicas de elaboração, redação e alteração das

-
15. Art. 15-A. Submeter a vítima de infração penal ou a testemunha de crimes violentos a procedimentos desnecessários, repetitivos ou invasivos, que a leve a reviver, sem estrita necessidade: I – a situação de violência; ou II – outras situações potencialmente geradoras de sofrimento ou estigmatização: Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa. § 1º Se o agente público permitir que terceiro intimide a vítima de crimes violentos, gerando indevida revitimização, aplica-se a pena aumentada de 2/3 (dois terços). § 2º Se o agente público intimidar a vítima de crimes violentos, gerando indevida revitimização, aplica-se a pena em dobro.

leis”. O art. 7º, II, da mencionada lei dispõe que “lei não conterà matéria estranha a seu objeto ou a este não vinculada por afinidade, pertinência ou conexão”. Dessa forma, não é possível dispor sobre matéria penal em lei que lhe seja estranha, apenas por economia legislativa (introduz-se um crime, por exemplo, em lei cujo objeto lhe é estranho, apenas para não precisar criar outra lei). Em resumo, “a irracionalidade jurídico-formal é característica das leis inconsistentes entre si, ou que introduzem ou deixam sem resolver incoerências no setor jurídico no qual estão inseridas, ou no conjunto do ordenamento jurídico” (DÍEZ RIPOLLÉS, 2016, p. 95).

4. AS FASES DO PROCESSO LEGISLATIVO

Na sequência, analisaremos a dinâmica do processo legislativo nacional e como podem ser melhorados os percursos e debates em relação à matéria penal. Há todo um caminho analítico a ser seguido, escalonado por Scalcon (2017, p. 124; cf. também MADER, 2001, p. 121-122): (1) identificação clara do problema sobre o qual se pretende atuar (diagnóstico); (2) formulação precisa do objetivo que se deseja alcançar, o que auxilia a incrementar a exigência de racionalidade teleológica; (3) ampla seleção de meios *a priori* adequados a tanto, sejam ou não jurídicos, aprimorando os debates a respeito das racionalidades teleológica e pragmática; (4) redação e apresentação do projeto de lei ao Congresso Nacional, com memoriais explicativos que identifiquem o problema encontrado e como a edição de lei penal poderia auxiliar a resolvê-lo; (5) avaliação prospectiva dos efeitos hipotéticos que se esperam com as medidas em discussão (prognóstico), sendo importantes, para tanto, os estudos de impacto social e orçamentário; (6) aprovação da legislação e entrada em vigor; (7) exame retrospectivo dos seus efeitos, momento no qual são avaliados os distintos níveis de racionalidade e seu real funcionamento; (8) correção ou emenda da lei, se for o caso, para adequá-la aos resultados encontrados pela avaliação retrospectiva.¹⁶

4.1. A fase pré-legislativa

A *fase pré-legislativa* consiste no momento antecedente ao período legislativo. Nela é que se materializam as aspirações e os interesses sociais que levam

16. Apenas invertemos as etapas 4 e 5, já que situamos as avaliações de impacto no âmbito da fase legislativa, posteriormente à apresentação do projeto de lei. No mais, também Ruivo (2018, p. 602-603) destaca que, “na elaboração do projeto de lei é necessário verificar o diagnóstico do fenômeno e o prognóstico legislativo, com base na experiência do direito comparado ou, residualmente, sobre fenômenos sociais muito semelhantes”. Cf., ainda, Salinas (2013, p. 234-235).

à apresentação do projeto de lei pelos agentes constitucionalmente legitimados. Como aduz Díez Ripollés (2016, p. 28, *passim*), os agentes sociais procuram tornar crível a existência e a necessidade de intervir diante de determinada *disfunção social*. “Por disfunção social deve-se entender, em linhas gerais, a falta de relação entre uma determinada situação social ou econômica e a resposta ou falta de resposta que a ela dá o subsistema jurídico, nesse caso o Direito Penal”. Para tanto, completa o autor, “o agente social deverá fornecer dados, reais ou fictícios, que permitam assentar as bases para uma discussão a respeito, e além disso estar em condições de suscitar essa discussão em âmbitos comunicativos relevantes na sociedade”. Tais agentes podem pertencer à institucionalidade (governo, partidos políticos), a grupos organizados, mas não institucionalizados (movimentos de proteção ao meio ambiente), a grupos pessoais (ensaístas, cientistas) e aos próprios meios de comunicação.

Considerando os vários fatores envolvidos e que acarretam o surgimento da intervenção legislativa, não é incomum que a disfunção social seja tão só aparente, levada à discussão com tal característica de maneira consciente ou não pelos atores do processo legislativo, ou simplesmente pela intenção de fazê-la passar por uma disfunção real. O controle das disfunções aparentes demanda estabelecer critérios racionais já no impulso do processo legislativo, com especial atenção para a sua *base*, que “representa os dados fáticos recolhidos pelo legislador para delimitar o problema concreto e para eleger as medidas adequadas a saná-lo” (SCALCON, 2018, p. 394).¹⁷ Como destaca Donini (2003, p. 70), dado que a lei não nasce como um programa verificado ou, ao menos, racional de controle social, em relação àqueles fenômenos que pretendia, mas que, na realidade, não sabe regular, podem surgir problemas posteriores de aplicação hermenêutica, justamente porque a medida, diante da ausência de estudos criminológicos ou sociológicos que a respaldem, não contém uma base científica adequada. Assim as coisas, os defeitos na construção da base tendem a tornar inviáveis a identificação clara da disfunção social e a seleção dos meios considerados eficazes para intervir (SCALCON, 2018, p. 394). Cenário em que podem ser verificadas inconsistências de duas ordens:

17. “Há que se distinguir, nesse particular, o *impulso legislativo* da *competência legislativa*. Embora ambos se destinem a definir o problema que receberá tratamento legislativo, o primeiro se distingue do segundo por se originar da própria sociedade, por ser provocado por pessoas, por entidades ou por grupos diversos, que exercem o direito de petição ou pressionam o órgão competente para a tomada da decisão legislativa. Já o órgão com competência legislativa é aquele que exerce a iniciativa legislativa por meio de uma determinação constitucional, podendo ou não agir em consonância com o *impulso legislativo* referido” (SALINAS, 2013, p. 235). (Grifos do original)

“Em primeiro lugar, é possível que o ‘problema’ seja falso. Noutros termos, os fatos que o compõem não existem ou talvez não tenham a gravidade afirmada pelo legislador. Em segundo lugar, é possível ter-se um ‘não problema’, decorrente da incapacidade do legislador de formular a questão problemática de modo minimamente claro. Nesse caso, o *suposto* problema pode tanto estar muito vago quanto apresentar conteúdo contraditório ou, ainda, ter limites esfumados que impedem, conseqüentemente, a edição de meios para solvê-lo. Se não há destino certo, qualquer caminho serve” (SCALCON, 2018, p. 395). (Grifos do Original)

É, sobretudo, diante de disfunções emergenciais que se podem verificar problemas de irracionalidade no impulso do projeto de lei. Não é incomum que, frente a crimes bárbaros, que provocam comoção na sociedade, o governo ou o Parlamento apresentem projetos de lei como resposta ao(s) fato(s) ocorridos, na maioria das vezes, como destaca Becerra (2016, p. 113), às pressas, impelidos pela mídia e pelos demais grupos de pressão. “As leis feitas de afogadilho, para atender a certas situações mais prementes” – já alertava Nunes Leal na primeira metade do século XX –, “são as maiores responsáveis pela mutilação dos institutos jurídicos. Nelas, o legislador tem em vista um resultado imediato a atingir e não se dá ao trabalho de estudar as repercussões que tais alterações provocam no sistema jurídico em vigor” (NUNES LEAL, 1945, p. 441). Assim, os agentes legitimados a iniciar o processo legislativo geralmente não observam o tempo adequado para realizar estudos de avaliação do impacto da lei, pois necessitam passar a impressão de que agiram rapidamente para aplacar a disfunção observada. Além do mais, a reforma da lei penal é uma medida barata e garante uma posição vantajosa (BECERRA, 2016, p. 113). Nesse contexto, ainda segundo Becerra (2016, p. 113), a resposta inicial pode influenciar seriamente as decisões posteriores – ou fases subsequentes do processo legislativo – sobre o assunto, inclusive no que toca às características e à delimitação do próprio problema.

Dessa maneira, o primeiro requisito para viabilizar um procedimento legislativo mais racional demandaria que o autor do projeto de lei detalhasse as causas da disfunção social que pretende combater e explicasse como o aparato punitivo contribuiria para enfrentar os pretensos problemas dela decorrentes. Se as decisões judiciais devem ser fundamentadas, sob pena de nulidade (art. 93, IX, CRFB), parece-nos razoável também exigir do legislador ou de quem proponha o projeto de lei um mínimo de coerência, lógica e argumentação.¹⁸ Tal exigência é ainda mais

18. O art. 103 do RICD faz referência expressa à exigência de fundamentação; leia-se: “A proposição poderá ser *fundamentada* por escrito ou verbalmente pelo Autor e, em se tratando de iniciativa coletiva, pelo primeiro signatário ou quem este indicar, mediante prévia

importante nas intervenções penais, que implicam a intromissão mais drástica na liberdade individual. Para tanto, cogita-se a possibilidade de um controle preliminar dos pressupostos enunciados, que determinasse a retificação do projeto ou a sua rejeição sumária, em caso de não retificação.¹⁹

Além do mais, a racionalidade no impulso deve ser redobrada em se tratando de projeto de lei proposto pelo Poder Executivo, que, como destaca Becerra (2016, p. 110), tendo a lei como ferramenta para a consecução de suas pautas, pode colocar os critérios governamentais acima de qualquer outro aspecto. Assim, o governo tende a apresentar o seu projeto ao Parlamento sem ouvir outras opiniões além da sua, o que pode demonstrar certa prepotência governamental, sobretudo ao elaborar projetos para obter “efeitos práticos” e não “para agradar professores”. É preciso lembrar, ainda na companhia de Becerra, que a inclusão e a participação de outros atores podem contribuir com relevantes informações em tomadas de decisões político-criminais, o que, apesar de não se referir tanto ao consenso político, sim se dirige ao consenso técnico e/ou científico.

Em nível federal, o Decreto 9.191/2017 “estabelece as normas e as diretrizes para elaboração, redação, alteração, consolidação e encaminhamento de propostas de

inscrição junto à Mesa” [grifo nosso]. O emprego do verbo “poder” não transmite a ideia de faculdade, mas de requisito obrigatório. O texto apenas faculta o modo pelo qual a proposição deve ser fundamentada, ou seja, de maneira escrita ou verbal, mas não dispensa a fundamentação. No mais, segundo a crítica de Waldhoff (2016, p. 135 e p. 138), o dever geral de fundamentar imposto ao Judiciário não leva à conclusão de que igualmente se estenda ao Legislativo. O processo legislativo e a sua estreita relação com o processo político é tão específico que tornaria inadequado tratá-lo da mesma forma que os outros poderes. O legislador não subsume fatos sob regras de direito preexistentes, antes antecipa fatos da vida para estabelecer regras de direito; ou seja, é uma atividade orientada para o futuro. Sem desconsiderar a crítica de Waldhoff, entende-se que o processo legislativo também é argumentação, voltado à resolução de determinado problema. Assim as coisas, espera-se o mínimo de racionalidade no debate e a apresentação de justificativas plausíveis para a criação de leis que, se, num primeiro momento, não se destinam a um caso concreto, passarão, isso sim, a disciplinar as condutas das pessoas de todo o país, inclusive as restringindo em sua liberdade geral.

19. O art. 137 do RICD já permite à Presidência devolver ao respectivo autor qualquer proposição que “não estiver devidamente formalizada e em termos”, bem como aquela que versar sobre matéria “alheia à competência da Câmara”, “evidentemente inconstitucional” e “antirregimental”. Admite-se, ademais, que uma hipótese de “rejeição sumária” é de difícil concretização, já que a dinâmica do processo legislativo permite acordos políticos posteriores para, por exemplo, emendar a proposição e assim possibilitar a sua melhora. De todos os modos, o que se quer destacar é a necessidade de um controle qualitativo das proposições legislativas.

atos normativos ao Presidente da República pelos Ministros de Estado”. Em relação à matéria penal, o art. 10 do Decreto é claro ao dispor que

“O projeto de lei penal manterá a harmonia da legislação em vigor sobre a matéria, mediante: I – a compatibilização das novas penas com aquelas já existentes, tendo em vista os bens jurídicos protegidos e a semelhança dos tipos penais descritos; e II – a definição clara e objetiva dos crimes.”

Trata-se de recepção, ainda que não pela lei, das exigências de (1) racionalidade ético-constitucional e teleológica, tendo em conta o acolhimento do bem jurídico como critério de legislação; (2) pragmática, diante da exigência de definição clara e objetiva dos crimes; e (3) sistemática, pela demanda de harmonização. O Anexo do Decreto traz uma série de questões que devem ser analisadas quando da elaboração de atos normativos no âmbito do Poder Executivo Federal, relativos, por exemplo, ao *diagnóstico* do problema e às *alternativas* possíveis, fazendo referência expressa à lei penal:

“Norma penal

11.1. Trata-se de norma de caráter penal?

11.1.1. O tipo penal está definido de forma clara e objetiva?

11.1.2. A norma penal é necessária? Não seria mais adequado e eficaz a previsão da conduta apenas como ilícito administrativo?

11.1.3. A proposta respeita a irretroatividade?

11.1.4. A pena proposta é compatível com outras figuras penais existentes no ordenamento jurídico?

11.1.5. Tem-se agravamento ou melhoria da situação do destinatário da norma?

11.1.6. Trata-se de pena mais grave?

11.1.7. Trata-se de norma que gera a despenalização da conduta?

11.1.8. Eleva-se ou reduz-se o prazo de prescrição do crime?”

Segundo Scalcon (2017, p. 125), a leitura atenta do Decreto permite afirmar que ele introduziu, no ordenamento brasileiro, uma série de questões próprias da Legística formal e material.²⁰ Ainda de acordo com a autora, o questionário do anexo “nada mais é do que um sofisticado modelo de avaliação legislativa *ex ante* ou prospectiva”, com o qual se pretende “tanto identificar o problema concreto objeto da

20. Não há como neste breve espaço aprofundar o estudo de temas relacionados à Legística; para tanto, consulte-se: Flückiger; Delley (2007, p. 36 et seq.) e Mader (2009, p. 46 et seq.).

lei (diagnose), quanto as medidas eleitas (meio) supostamente capazes de resolvê-lo (prognose) e, ainda, os objetivos almejados (fins)”. A sua aplicabilidade prática, no entanto, parece diminuta e tem sido solenemente ignorada na prática quotidiana, “inclusive sob o argumento de que não haveria obrigatoriedade em seu preenchimento” (SCALCON, 2017, p. 126) ou levando em conta apenas os aspectos formais (PAULA; ALMEIDA, 2013, p. 31). Em 2007, o então assessor especial da Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República, Jandir Maya Faillace Neto (2009, p. 204), chegou a afirmar que “não é e nunca foi necessário – não seria sequer viável – o envio de resposta específica a cada uma das questões constante no Anexo I”, em referência ao Decreto 4.167/2002, antecessor do Decreto 9.191/2017.²¹

Em síntese, o projeto de lei apresentado ao Congresso Nacional deve conter: (1) a identificação clara do problema; (2) a definição dos objetivos pretendidos pela lei e, em se tratando de lei penal, como os mecanismos a ela inerentes (pena, controle policial, prisões cautelares etc.) auxiliariam, se não a resolver, pelo menos a manter sob graus razoáveis de controle o problema identificado. Como bem esclarece Salinas (2013, p. 235), essa etapa condicionará as estratégias posteriores; afinal, “para se identificarem os meios aptos a solucionar os problemas inseridos na pauta legislativa, torna-se necessário ter clareza de seus fins”, de tal sorte que “a indefinição ou imprecisão nas definições dos objetivos da legislação enseja, portanto, um rompimento na racionalidade de todo o processo de elaboração normativa”; (3) explicação da necessidade e adequação da lei penal, ou seja, porque outros meios jurídicos são insuficientes e/ou inadequados para a resolução do problema, o que permite, na fase legislativa, maior clareza no desenrolar do processo.

4.2. A fase legislativa

Concluídas as formalidades da fase pré-legislativa, entra-se na fase do processo legislativo propriamente dito, etapa em que “la actividad relevante tiene que ver substancialmente con la elaboración formal de la ley, lo que implica cuestiones lógicas y de técnica legislativa para asegurar la corrección jurídico-formal y lingüística del cuerpo normativo” (RODRÍGUEZ, 2022, p. 199). Não só uma elaboração

21. O modelo baseado em questionários parece uma ferramenta importante para concretizar os níveis de racionalidade e possibilitar uma melhor condução do processo legislativo. Tal técnica busca analisar, de acordo com Márquez (2005, p. 130), a necessidade da norma e a sua adequação ao fim perseguido, a sua incidência e exequibilidade no ordenamento jurídico, bem como a relação entre custos e benefícios e a aceitação perante os destinatários.

formal, complemente-se, já que o processo legislativo deve ser conduzido de maneira qualitativa, na linha do que pretende a legística material. Para melhor fluidez e compreensibilidade da escrita, tomaremos como modelo o Regimento Interno da Câmara dos Deputados (RICD, de agora em diante) para concretizar os níveis de racionalidade e a dinâmica do processo legislativo, sobretudo a partir da análise das Comissões Permanentes, pelas quais devem – ou deveriam – tramitar os projetos de lei de natureza penal, de modo a se verificar como tais exigências de racionalidade podem gerar debates mais complexos e profícuos, para assim obter graus mais razoáveis de legitimidade no que toca à criação das leis penais.

Antes de analisar o funcionamento das comissões, é preciso destacar que o modo de condução das atividades legislativas é essencial para uma correta concretização dos diversos níveis de racionalidade. Um primeiro passo consiste em definir certo grau de publicidade e de inclusão nas discussões, o que passaria pelo cumprimento dos deveres de dar razões, de informar e de incluir e consultar as partes interessadas (VOERMANS Apud SCALCON, 2018, p. 399). Segundo SCALCON (2018, p. 399), estariam os legisladores obrigados a: “(i) justificar substancialmente o porquê das alterações legislativas propostas; (ii) dar ampla transparência ao processo deliberativo e (iii) oferecer maior espaço de manifestação a minorias parlamentares e, sobretudo, a terceiros *não parlamentares* interessados e/ou afetados”. Afinal, se se toma o Direito como argumentação jurídica, ele pode ser concebido

“[...] como um empreendimento dirigido à resolução (ou ao tratamento) de certo tipo de problemas mediante a tomada de decisões por meios argumentativos. Se a argumentação é tão essencial no Direito (nos nossos Direitos), é porque o estamos a considerar como um mecanismo muito complexo de tomada de decisões (por parte dos legisladores, dos juízes, dos advogados, dos juristas ao serviço da administração, dos dogmáticos do Direito ou inclusive dos simples cidadãos que vivem integrados num sistema jurídico) e dos raciocínios que acompanham essas decisões. No Direito – caberia dizer – há que argumentar porque há que dizer e porque não aceitamos que as decisões (particularmente quando provêm de órgãos públicos) possam apresentar-se de maneira despida, desprovida de fundamentação. De maneira que, se isto é assim, bem poderia dizer-se que a argumentação (a tarefa de fornecer as razões) acompanha as decisões como a sombra de um corpo: argumentar e decidir são facetas da mesma realidade” (ATIENZA, 2014, p. 80). (Grifos do Original)

Em geral, é difícil saber quais os motivos que levaram o legislador X a votar da maneira A ou B. Ele sequer pode ter conhecimento do conteúdo da matéria objeto da votação, decidindo o seu voto de acordo com a indicação dada pelo partido (ATIENZA, 2014, p. 83). Por isso a importância dos deveres de dar razões, de

informar e de incluir as partes interessadas. Acrescentá-los ao decorrer do processo legislativo apresenta a vantagem de revelar e destacar os argumentos que conduziram o legislador, não entendido de maneira individual, mas enquanto colegiado, a tomar determinada decisão em detrimento de outra. A argumentação é imprescindível, já que o processo legislativo tem início como proposta de intervenção para o tratamento de um problema identificado na fase pré-legislativa. São justamente os problemas que fazem com que surja a argumentação; “[...] argumentar é algo que tem lugar no contexto de resolução (ou, mais em geral, do tratamento) de problemas. Sem a existência de problemas – ou sem certo tipo de problemas – não haveria argumentação” (ATIENZA, 2014, p. 86).

Em segundo lugar, a condução do processo legislativo também demandaria avaliações²² de impacto legislativo *ex ante*, que estimassem os efeitos esperados com a vigência da lei.²³ Afinal, “[...] se a ação pública quer conjugar eficácia e legitimidade,

22. Sobre o que se entende por avaliação e as dificuldades em conceituá-la, bem como as diferenças entre avaliação retrospectiva e prospectiva, cf. Mader (2001, p. 122 et seq.).

23. Questão que, por ora, fica em aberto, é saber se o projeto de lei já deve vir acompanhado de estudo de impacto ou se esse deve apenas ocorrer no momento propriamente legislativo. De todos os modos, o legislador, ao apresentar o projeto de lei, não pode furtar-se a exigências de identificação clara do problema, da especificação dos objetivos e por que a lei penal é necessária e adequada, o que poderia caracterizar uma “avaliação simplificada”. Como adverte Vieira (2017, p. 61), “o fato de não haver, atualmente, uma avaliação sistemática de impacto legislativo implantada no País não significa que os projetos de lei apreciados pelo Poder Legislativo estejam dispensados de uma análise minimamente criteriosa”. Com efeito, a própria Câmara dos Deputados possui órgão de *Consultoria Legislativa*, que presta “consultoria e assessoramento técnico aos deputados, à Mesa Diretora, às comissões e à Administração da Câmara. Composta por equipe multidisciplinar de consultores selecionados em concurso público, a Consultoria é dividida em 22 áreas temáticas aptas a subsidiar tecnicamente todas as fases do processo legislativo”, entre as quais a Área XXII, que tem como temas o “Direito Penal, Direito Processual Penal e Procedimentos Investigatórios Parlamentares”. As atribuições, a estrutura e as demais informações podem ser encontradas no seguinte endereço eletrônico: [www2.camara.leg.br/a-camara/estruturaadm/consultoria-geral/estrutura-1/conle]. Quanto à objetividade que os órgãos parlamentares de consulta podem fornecer, cf. Márquez (2010, p. 103). O mesmo se aplica à Presidência da República, já que o Ministério da Justiça conta com uma *Assessoria Especial de Assuntos Legislativos*, que tem como competências, v.g., “prestar apoio e participar de comissões de juristas, de pesquisas e de grupos de trabalho constituídos para elaboração de proposições legislativas e outros atos normativos” e “promover a qualificação dos processos de elaboração normativa, inclusive por meio da organização de debates públicos” (art. 5, III e VI, Decreto 9.662/2019). Como bem observa Bono López (2000, p. 163), a existência de auxiliares e assessores, preparados como técnicos redatores de leis, poderia contribuir para a agilização dos trabalhos legislativos e a profissionalização da tarefa dirigida à produção

deve conhecer as características da realidade à qual se aplica e escolher os meios adequados aos objetivos visados” (FLÜCKIGER; DELLEY, p. 55). Tais estudos adquiririam, conforme Scalcon (2018, p. 404-405), uma espécie de “força normativa”, limitando “o legislador na escolha dos meios de intervenção, na medida em que revelam a inocuidade manifesta e categórica de muitos deles”. Como esclarece Morales Romero (2010, p. 7-8), “la evaluación es un componente esencial de la obligación de argumentar y de justificar que tiene cualquier legislador en relación a cada una de las medidas que adopta”. Além do mais, sendo os direitos fundamentais uma barreira à ação estatal, o legislador encontra-se na obrigação de avaliar o impacto que eles sofrerão com a futura lei (KARPEN, 2001, p. 89), já que as medidas incriminadoras e penalizadoras tendem a restringir o direito de liberdade geral. Além disso, a exigência dessas avaliações permitiria incrementar a racionalidade na tomada de decisão política, promovendo a valorização da academia ou dos chamados *experts* no processo legislativo.

Cogita-se a possibilidade da criação de um *Comitê de Estudo de Impacto Legislativo*, composto por profissionais com formação nas áreas de abrangência da matéria.²⁴ Segundo Karpen (2006, p. 75), é desejável que os *experts* sejam o mais

de normas jurídicas. No mais, sobre os problemas da avaliação “durante” o processo legislativo, cf. Rivera León; Martínez Fabián (2015, p. 176-177). Quanto a nós, englobamos a avaliação *ex ante* também no momento legislativo, tendo na entrada em vigor da lei o marco divisório em relação à avaliação *ex post*. Portanto, avaliações realizadas tanto na fase pré-legislativa quanto na fase legislativa seriam avaliações *ex ante*.

24. Questão que por ora também fica em aberto é saber como funcionaria a convocação dos membros dos Comitês. Pensa-se num eventual fomento à criação de Comitês Internos nas diversas Universidades do Brasil, para que reúnam profissionais de diversas áreas, a fim de discutirem sobre estudos relacionados aos impactos das leis no país. Tais Comitês Internos (Grupos de Pesquisadores ou outro nome que se venha a dar) deveriam inscrever-se e regularizar-se perante o Ministério da Justiça, apresentando Projetos de Pesquisa a serem desenvolvidos por determinado período, mediante fomento do Estado. Iniciado o processo legislativo, seria publicado edital para que os Comitês, encontrando-se ativos e regularizados, indicassem representantes para participar do Comitê de Estudo de Impacto Legislativo. A escolha dos membros poderia ocorrer mediante sorteio, por exemplo, de maneira aleatória entre as diversas Universidades cadastradas nacionalmente. Isso permitiria uma integração maior entre os pesquisadores das diversas regiões do país, não se cingindo à chamada de representantes de uma única região. Com semelhanças, cf. Ferreira (2016, p. 133). O PLRPC propõe a criação de um “Conselho de Análise de impacto social e orçamentário”, que seria constituído no âmbito da Câmara dos Deputados e composto por servidores do quadro efetivo. Seriam convidados para participar do dito conselho representantes do Poder Judiciário, da Ordem dos Advogados do Brasil, do Ministério Público, da Defensoria Pública, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária,

independentes possível e, considerando que em muitos campos as opiniões podem variar, seria adequada uma pluralidade de profissionais, que representem pontos de vista diferentes no âmbito do comitê, como sociólogos, cientistas políticos, economistas, linguistas e juristas, aos quais incumbiria acompanhar o processo legislativo desde o começo até o seu fim. Nunes Leal (1945, p. 438) sugeria a inclusão de juízes na elaboração das leis, já que, estando eles mais familiarizados com o trato da jurisprudência, seriam colaboradores indispensáveis do legislador. A participação de membros efetivos do Poder Judiciário poderia, de fato, auxiliar a obter melhores resultados na produção legislativa. Levando em conta que são os juízes os responsáveis pelo julgamento dos casos penais, poderiam ser adotadas técnicas de distribuição da minuta da lei, para que, diante de um caso hipotético de aplicação da norma penal, eles decidissem como se ela já estivesse em vigor, o que auxiliaria a identificar problemas e corrigi-los durante o processo legislativo (SCALCON, 2017, p. 121). Como sugere Barberet (2000, p. 234), o investigador deve ter o cuidado de incluir, em todas as fases da investigação, as opiniões daqueles que realmente podem utilizar os resultados a serem produzidos.

O incentivo à Academia é importante, pois a aproxima da sociedade e vice-versa, o que é imprescindível para o aprimoramento das relações democráticas e para o fortalecimento dos vínculos sociais. A convocação de Comitês, obviamente, envolve custos,²⁵ pois não se espera que seja uma atividade não remunerada. Pelo contrário, a valorização envolve não só a participação nas decisões políticas,

Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada e da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES. Já Gloeckner e Ramos (2018, p. 798) esboçam um modelo baseado em “minipúblicos” (*mini-publics*), que teria como objetivo constituir “um órgão deliberativo que, atuando de forma complementar ao parlamento, seja capaz de congregiar em um mesmo debate uma pluralidade de perspectivas (éticas, morais e políticas) em torno de um assunto considerado de interesse público”. Ferreira (2016, p. 125-126), por sua vez, defende que o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária seja “o *locus* ideal para a formulação, a execução e a publicação do Estudo de Impacto Legislativo como instrumento para formação de agenda e de avaliação de políticas públicas, pois, a este, cabe a proposição de diretrizes para a política criminal, a promoção da avaliação periódica do sistema criminal e estimular e promover a pesquisa criminológica”. Tal Conselho, segundo a autora, “poderia formatar o EIL adequada a cada proposição legislativa na área criminal, conduzir uma (ou mais) consulta(s) pública(s) sobre o assunto discutido e, ao final, apresentar o EIL (em formato preliminar) à Comissão de Constituição, Justiça e de Cidadania de ambas as Casas Legislativas, para que, neste contexto, o Parlamento analise a viabilidade da proposição legislativa e seus efeitos”.

25. À diferença da proposta do PLRPC, segundo o qual “A atividade junto ao Conselho é considerada serviço público relevante e não remunerado” (art. 6º, parágrafo único).

mas também uma contraprestação adequada à relevante atividade que desempenha a Academia, infelizmente tão desvalorizada no Brasil. Os dispêndios com a convocação de Comitês para o acompanhamento do processo legislativo talvez sejam menores se comparados com os futuros gastos com leis mal feitas. Lembra-nos Delley (2009, p. 190) que “vale a pena fazer avaliações por uma razão muito simples: vale mais tentar compreender a realidade, mesmo que seja de maneira muito imperfeita, do que fechar os olhos”. No que toca à legislação, como deixa entrever Delnoy (2001, p. 68), torna-se ainda mais imperativo resolver corretamente o problema, pois uma lei mal feita tende a gerar custos não só financeiros, por originar ações judiciais, mas também psicológicos. Como aduz López Olvera (2000, p. 111), “un país que se preocupa por mejorar la calidad de sus leyes es un país que avanza en todos los aspectos: económicos, culturales, tecnológicos, etcétera”,²⁶ do mesmo modo que Nunes Leal (1945, p. 436): “[...] o desenvolvimento do estudo da técnica legislativa contribui para elevar o nível da cultura jurídica”.

4.2.1. *A Comissão de Segurança Pública e a Comissão de Finanças e Tributação*

O projeto de lei de natureza penal deve ser apreciado, em primeiro lugar, pela Comissão Temática de Segurança Pública (CTSP, de agora em diante), por força do art. 53, I, do RICD.²⁷ Além disso, compete à CTSP analisar matérias relacionadas ao

26. Críticas poderiam ser direcionadas aos Comitês pelo fato de talvez substituírem o discurso do legislador – considerado o representante do povo – pelo discurso de especialistas. No entanto, é preciso lembrar que a lei não necessariamente reflete o interesse legítimo do povo, já que as influências dos grupos econômicos ou midiáticos podem ser determinantes para o processo legislativo. Nesse caso, a busca do interesse comum passa a ser substituída pela defesa dos interesses particulares; sobre, cf. Laurentis; Dias, (2015, p. 168). Por isso, parece importante a inclusão dos Comitês, com pesquisadores imparciais e desinteressados em relação ao projeto de lei, para que emitam opiniões sólidas e fundadas, com base em dados científicos; cf. Morales Romero (2010, p. 9).

27. Art. 53. Antes da deliberação do Plenário, ou quando esta for dispensada, as proposições, exceto os requerimentos, serão apreciadas: I – pelas Comissões de mérito a que a matéria estiver afeta; II – pela Comissão de Finanças e Tributação, para o exame dos aspectos financeiro e orçamentário públicos, quanto à sua compatibilidade ou adequação com o plano plurianual, a lei de diretrizes orçamentárias e o orçamento anual, e para o exame do mérito, quando for o caso; III – pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, para o exame dos aspectos de constitucionalidade, legalidade, juridicidade, regimentalidade e de técnica legislativa, e, juntamente com as comissões técnicas, para pronunciar-se sobre o seu mérito, quando for o caso; IV – pela Comissão Especial a que se refere o art. 34, inciso II, para pronunciar-se quanto à admissibilidade jurídica e legislativa e, quando for o caso, a

“sistema penitenciário, legislação penal e processual penal, do ponto de vista da segurança pública” (art. 32, XVI, f, RICD). Ao relator caberá elaborar parecer sobre a proposição, que depois será deliberado pelo Plenário da Comissão. Em se tratando de lei penal que de qualquer forma aumente o poder de punir, deve o relator apresentar não só um exame técnico da proposição, mas também uma análise prévia de impacto social, o que poderia acontecer de maneira semelhante com o estudo previsto no Projeto de Lei de Responsabilidade Político-Criminal (PL 4.373/2016 – PLRPC, de agora em diante):

“[...] Art. 3º O impacto social deverá ter como referência o número estimado de novos processos de conhecimento e de execução no Poder Judiciário, o número de vagas necessárias no sistema prisional e as implicações que a criminalização e os aumentos de pena provocarão na vida coletiva.

§ 1º – O parecer indicará medidas alternativas compensatórias em caso de proposta legislativa que tratar de aumento de pena e restrição para progressão.

§ 2º – As medidas alternativas compensatórias deverão indicar a diminuição de pena ou benefícios de progressão de regime em outro delito de igual natureza.

§ 3º – As medidas alternativas compensatórias, caso indicadas na justificação da proposta de alteração legislativa, podem suprir a necessidade da análise de impacto social.”²⁸

O Comitê designado auxiliaria a CTSP a avaliar a proposta desde o ponto de vista da segurança pública, antecipando as eventuais repercussões sociais e criminológicas da medida e elaborando um relatório a respeito, o que teria fundamental importância para os debates a serem realizados, posteriormente, na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJC, de agora em diante), e para o exame da racionalidade pragmática da lei. Conhecimentos provindos da criminologia são de suma importância para verificar se o problema realmente existe e qual a sua exata dimensão social, bem como para apresentar alternativas não jurídicas ou menos invasivas para os direitos fundamentais, auxiliando, assim, a avaliar os impactos sociais da medida e, conseqüentemente, orientando os interesses político-criminais envolvidos (cf. RUIVO, 2018, p. 591-592). Como informa Barberet (2000, p. 231), “la criminología ha tenido en ciertos países una gran influencia en la política criminal en lo que respecta a la buena gestión de los recursos del aparato policial, judicial

compatibilidade orçamentária da proposição, e sobre o mérito, aplicando-se em relação à mesma o disposto no artigo seguinte.

28. O estudo de impacto social, tal como apresentado no PLRPC, apesar de inovador e importante, ainda precisaria de ajustes; cf. as críticas de Ferreira (2016, p. 127 et seq.).

y penitenciário”. As experiências do direito comparado também ocupam papel relevante para a avaliação do impacto social, já que permitem observar como outros países regularam a matéria e quais foram os prós e os contras das medidas lá adotadas (cf. RUIVO, 2018, p. 602-603). Em suma, pesquisas rigorosas de dados econômicos e sociais mostram-se importantes para a cabal compreensão da situação existente e da delimitação do problema (CAUPERS; ALMEIDA; GUIBENTIE, 2014, p. 73).

Depois disso, o projeto de lei deverá ser encaminhado à Comissão de Finanças e Tributação (CFT, de agora em diante), por força do art. 53, II, e do art. 32, X, *h*,²⁹ ambos do RICD, além da previsão contida no art. 113 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.³⁰ Tal exigência se dá porque as leis penais, principalmente aquelas que expandem o poder de punir, tendem a gerar um aumento de despesas, pois, exemplificativamente, quanto mais figuras delitivas e mais altas forem as suas penas ou quanto mais se agrave o regime de execução penal, mais o controle social penal atuará, tanto por intermédio da atividade das polícias (investigação de modalidades delitivas antes inexistentes, *v.g.*), quanto do aparato jurisdicional (quantidade de novos processos, *e.g.*) e do sistema penitenciário (ampliação do número de vagas, maior quantidade de encarcerados etc.).³¹ Desse modo, caberia à CFT elaborar uma análise de impacto orçamentário, semelhante ao que propõe o PLRPC:

“Art. 4º O impacto orçamentário terá como referência os custos estimados da criação de novas vagas no sistema prisional e quanto à demanda de novos processos para o Poder Judiciário.

-
29. Art. 32. São as seguintes as Comissões Permanentes e respectivos campos temáticos ou áreas de atividade: [...] X – Comissão de Finanças e Tributação: [...] h) aspectos financeiros e orçamentários públicos de quaisquer proposições que importem aumento ou diminuição da receita ou da despesa pública, quanto à sua compatibilidade ou adequação com o plano plurianual, a lei de diretrizes orçamentárias e o orçamento anual.
30. Art. 113. A proposição legislativa que crie ou altere despesa obrigatória ou renúncia de receita deverá ser acompanhada da estimativa do seu impacto orçamentário e financeiro.
31. Importante destacar que normas de organização judiciária, como aquela que criou o “juiz das garantias”, tendem, da mesma forma, a gerar aumento de despesas. Embora não sejam normas que recrudescam o poder de punir, elas também demandam avaliações de impacto legislativo, a fim de estimar o seu impacto orçamentário, em curto e em longo prazo, bem como as possibilidades reais de implantação, de acordo com a realidade do país. Deixe-se claro, no mais, que não somos contra o juiz das garantias; pelo contrário, trata-se de importante previsão normativa para tornar o processo penal mais democrático e acorde com os princípios acusatórios. O que se pretende colocar em evidência é que, em se tratando de norma que acarreta impactos sociais e orçamentários, ela deve passar por avaliações.

§ 1º – O parecer indicará a fonte dos recursos a ser usada para suprir os custos decorrentes da alteração legislativa proposta.

§ 2º – A indicação das fontes dos recursos na justificação da proposta de alteração legislativa pode suprir a necessidade de análise de impacto orçamentário.”

Em referência ao legislador espanhol – o que não impede a extensão do argumento à prática legislativa brasileira –, Becerra (2016, p. 116) aponta que a legislação penal apresenta péssimas condições no que toca à condição das avaliações econômicas. Algo que ajudaria a refinar as alternativas disponíveis, agregando realismo às propostas, seria justamente o exame da situação econômica e orçamentária no momento de elaboração da política pública. A Câmara dos Deputados conta com órgão de assessoria consultiva no setor de “Finanças Públicas” (área IV) e do “Sistema Financeiro” (área VII). O Senado Federal dispõe de órgão de “Consultoria de orçamentos, fiscalização e controle”, ao qual “compete prestar consultoria e assessoramento técnico na área de direito financeiro, planos, orçamentos públicos, fiscalização e controle”. Além disso, como sugere Vieira (2017, p. 62-63), “o próprio Tribunal de Contas da União (TCU) pode fornecer subsídios à atuação parlamentar por meio da realização de fiscalizações de iniciativa parlamentar, nos termos do inciso II do art. 1º da Lei no 8.443, de 1992”.³² Tais órgãos de consultoria poderiam contribuir para a análise de impacto orçamentário e fornecer os subsídios para que o Comitê elaborasse relatório, a fim de indicar como os recursos financeiros seriam aplicados em relação à nova lei.

Nada mais justo que uma tal escolha pelo poder público lhe imponha deveres e implique responsabilidades (CARVALHO, 2008B). A propósito, o recrudescimento da legislação penal tende a provocar impactos sociais e orçamentários, dada a natureza coativa da intervenção jurídica escolhida pelo Estado. As normas regimentais da Câmara dos Deputados parecem conter o substrato mínimo para determinar a exigência de análises de impacto social e orçamentário.³³ Obviamente, seria

32. Art. 1º Ao Tribunal de Contas da União, órgão de controle externo, compete, nos termos da Constituição Federal e na forma estabelecida nesta Lei: [...] II – proceder, por iniciativa própria ou por solicitação do Congresso Nacional, de suas Casas ou das respectivas Comissões, à fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial das unidades dos poderes da União e das demais entidades referidas no inciso anterior.

33. Contra a análise de impacto legislativo no âmbito do Congresso Nacional, entendendo que “não se mostra o espaço mais adequado para a elaboração e para a construção deste estudo [de impacto legislativo], já que cada processo legislativo atende aos interesses da agenda política, e não haveria uma forma de condicionar o Parlamento a realizar tal estudo na análise de todas as leis penais e processuais penais”, cf. Ferreira (2016, p. 144), que prefere incumbir ao Poder Executivo a tarefa da análise de impacto (cf. nota 29).

mais efetiva a criação de lei que determinasse a obrigatoriedade dessas análises, como propõe o PLRPC. Quem sabe, talvez fosse ainda mais pertinente a elaboração de Emenda Constitucional que impusesse ao legislador a obrigatoriedade de elaborar análises de impacto social e orçamentário e condicionasse, assim, a constitucionalidade da lei.³⁴

4.2.2. A Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania

Discutidos os relatórios e pareceres na CTSP e na CFT, o projeto de lei deverá ser encaminhado à CCJC, designando-se relator para análise dos “aspectos constitucional, legal, jurídico, regimental e de técnica legislativa de projetos, emendas ou substitutivos sujeitos à apreciação da Câmara ou de suas Comissões”; “assunto de natureza jurídica ou constitucional que lhe seja submetido”; “matérias relativas a direito [...] penal, penitenciário, processual” (art. 34, IV, *a, d e e* do RICD). As atribuições da CCJC aproximam-se dos níveis de racionalidade anteriormente analisados, o que parece constituir um ponto de apoio para exigir a sua observância ao decorrer do processo legislativo.

Tendo em mãos os pareceres social e orçamentário, seria interessante que, junto com o projeto de lei, a CCJC os divulgasse em meios públicos, intimando entidades

-
34. Proposta que tampouco pode ser implementada sem o devido consenso democrático. Outra questão consistiria em definir quais leis demandariam a elaboração de avaliações. Apesar de focarmos no estudo da lei penal, as medidas legislativas referentes a outros setores do ordenamento jurídico também tendem a implicar despesas e impactos sociais. A propósito, o Projeto de Lei Complementar do Senado 488/2017 propõe acréscimos à LC 95/1998. O art. 17-A, por exemplo, determina que os projetos de lei que instituem políticas públicas sejam acompanhados de *avaliação prévia de impacto legislativo*, “com o intuito de garantir a economicidade, a eficácia, a eficiência e a efetividade das ações públicas”. Tal avaliação deveria conter, conforme o art. 17-A, os seguintes documentos: “I – parecer conclusivo sobre a constitucionalidade, a juridicidade e a regularidade formal do ato normativo proposto; II – notas explicativas que demonstrem, no que for pertinente, a economicidade, a eficácia, a eficiência e a efetividade das medidas constantes do projeto de lei, contendo: a) síntese qualitativa e quantitativa da situação ou do problema que requer providências; b) objetivos da proposição e sua vinculação com a situação ou o problema que requer providências; c) alternativas existentes para a solução da situação ou do problema identificado, com a respectiva previsão dos impactos econômicos e sociais e a comparação das análises de custo-benefício global de cada alternativa, justificando-se a escolha da solução ou da providência contida no projeto proposto; d) custos administrativos da solução ou da providência contida no projeto proposto; e) indicação de prévia dotação orçamentária ou da fonte de recursos, quando a solução ou a providência contida no projeto proposto acarretar despesas, e de como a ação se enquadra no plano plurianual vigente”. O projeto foi aprovado no Senado e encaminhado à Câmara dos Deputados, não havendo mais movimentações desde 04.05.2018.

representativas ou partes interessadas que possam ser afetadas pela medida, a fim de demonstrarem o interesse e se inscreverem para a participação de audiência pública, na qual se abriria a oportunidade para exporem as suas considerações (cf. FERREIRA, 2016, p. 134).³⁵ Segundo Karpen (2001, p. 91), é aconselhável permitir que os destinatários participem tanto quanto possível do processo legislativo, principalmente se considerarmos, na companhia de Soares (2009, p. 59), que “um dos fatores que leva uma norma a ser internalizada é o diálogo com a sociedade”, permitindo, assim, um enorme potencial democrático, na medida em que os seus destinatários “têm condição de antecipar os problemas da nova legislação e se posicionar a seu respeito para a autoridade que está legislando”.

A inclusão e a participação de entidades e partes interessadas constituem importantes ferramentas para aproximar os setores sociais afetados ao debate político e legislativo, bem como para influenciar a tomada de decisão. Um procedimento de consulta bem conduzido é, conforme Almeida (2009, p. 88), “uma forma de legitimação da lei, traz mais transparência ao procedimento legislativo e proporciona a obtenção de dados e informações fundamentais para a identificação e a avaliação dos problemas em debate”. A transparência do processo legislativo pode também servir “para evitar fenómenos de ‘captura del legislador’ por parte de los grupos de interés y a hacer más transparente la decisión mediante la información sobre los costes y beneficios de las distintas opciones de regulación” (MERCADO PACHECO, 2013, p. 101). Finda a audiência pública, abrir-se-ia prazo para que o Comitê

35. Tanto a CRFB (art. 58, § 2º, II) quanto o RICD (art. 24, III, e art. 225 et seq.) permitem às Comissões, em razão da matéria de sua competência, “realizar audiências públicas com entidades da sociedade civil”. O RICD também possibilita às Comissões “estudar qualquer assunto compreendido no respectivo campo temático ou área de atividade, podendo promover, em seu âmbito, conferências, exposições, palestras ou seminários”, bem como “solicitar audiência ou colaboração de órgãos ou entidades da administração pública direta, indireta ou fundacional, e da sociedade civil, para elucidação de matéria sujeita a seu pronunciamento, não implicando a diligência dilação dos prazos” (art. 24, XIII e XIV). Além disso, a Câmara dos Deputados possui uma “Comissão de Legislação Participativa” (CLP, de agora em diante), que abrange os seguintes campos temáticos e áreas de atividade: “a) sugestões de iniciativa legislativa apresentadas por associações e órgãos de classe, sindicatos e entidades organizadas da sociedade civil, exceto Partidos Políticos; b) pareceres técnicos, exposições e propostas oriundas de entidades científicas e culturais e de qualquer das entidades mencionadas na alínea a deste inciso” (art. 32, XII, do RICD). O art. 254 do RICD permite a participação da sociedade civil, a “ser exercida mediante o oferecimento de sugestões de iniciativa legislativa, de pareceres técnicos, de exposições e propostas oriundas de entidades científicas e culturais e de qualquer das entidades mencionadas na alínea a do inciso XII do art. 32”, cabendo à CLP analisar as sugestões e emitir parecer: se favorável, a sugestão será transformada em proposição legislativa e encaminhada à Mesa para tramitação; se contrário, a sugestão será arquivada (art. 254, §§ 1º e 2º, do RICD).

elaborasse o relatório final sobre o projeto de lei, expondo os motivos pelos quais considera adequada ou inadequada a medida em discussão.³⁶

Se o Comitê considerar que o projeto de lei merece a aprovação, deverá então apresentar a redação final do texto a ser futuramente deliberado, explicando de maneira justificada: (1) se o problema foi identificado corretamente; (2) se a intervenção penal para combatê-lo não viola os princípios ético-constitucionais; (3) se os objetivos foram corretamente colocados e se a lei é necessária, detalhando os motivos pelos quais a intervenção de outros setores do ordenamento jurídico é insuficiente; (4) se a lei está em condições de alcançar os objetivos pretendidos, esmiuçando as explicações a respeito da estrutura do tipo penal e como ele pode funcionar como diretriz de conduta; (5) se a lei não está em contradição com o restante do ordenamento jurídico.

Depois disso, o Comitê deverá encaminhar a documentação à CCJC, que se reunirá para discutir sobre as conclusões apresentadas e, posteriormente, levá-las a Plenário. Apesar de não vincular o legislador, o parecer sempre deverá ser levado em consideração (CALATAYUD, 2016, p. 152). Não se trata de documento vinculativo, tendo em vista que a conclusão do Comitê, por mais fundada e científica que seja, não pode substituir a vontade legislativa (cf. DELNOY, 2001, p. 76-77). Apesar disso, é importante ressaltar que as avaliações buscam comprovar se há congruência entre a decisão política e a realidade social (JÄÄSKELÄINEN, 2016, p. 108); noutras palavras, o que os membros do Comitê podem e dever fazer “é garantir que o legislador tenha à mão toda a informação útil ou necessária para tomar decisões qualificadas, baseadas em evidências” (MADER, 2009, p. 51). Dessa maneira, seria interessante impor ao legislador o dever de explicar detalhadamente os motivos que o levaram a não acolher as sugestões do Comitê e a optar por medida diversa daquela sugerida (cf. RIVERA LEÓN; MARTÍNEZ FABIÁN, 2015, p. 182). Isso permitiria à Casa Revisora efetuar controle de constitucionalidade prévio em suas deliberações e, quem sabe, rejeitar o projeto, caso verificasse a ausência de argumentação adequada, o que vale também para os momentos de sanção ou veto pelo Presidente da República ou, até mesmo, para eventual controle de constitucionalidade realizado, posteriormente, pelo Supremo Tribunal Federal.³⁷

36. Cf. Gloeckner; Ramos, (2018, p. 799), para quem, no estágio de tomada de decisões dos assuntos discutidos pelos “minipúblicos”, “os atores engajados no processo de deliberação confeccionam, em conjunto, relatório final que sintetiza todas as posições debatidas e indicam os consensos formados e os dissensos não equacionados em torno do problema debatido”.

37. A redação final do projeto de lei pode ser diferente daquela que foi objeto de análise, o que tende a implicar alterações na avaliação de impacto legislativo. Talvez a Casa Revisora pudesse realizar nova avaliação, a partir dos dados que foram produzidos na Casa Iniciadora.

Por fim, embora nada impeça que as leis entrem em vigor na data de sua publicação, seria interessante que o legislador estipulasse um período de *vacatio legis*, de modo a permitir a publicidade da medida. No século passado, Novoa Monreal (1988, p. 42) lançava a crítica de que “o cidadão encontra-se ante um Direito que está obrigado a obedecer, mas que lhe resulta quase impossível chegar a conhecer”. Trata-se de problema que se intensifica ainda mais num Estado como o brasileiro, no qual todos os entes federados possuem competências legislativas (cf. SCALCON, 2017, p. 114). A maior publicidade da lei parece uma providência adequada para minorar o problema. Para tanto, mostra-se insuficiente a simples publicação da lei nos diários oficiais, cuja leitura geralmente é truncada e, em sua maior parte, inacessível para a população em geral. Diante disso, parece interessante que a lei seja divulgada nos canais oficiais dos Poderes Legislativo e Executivo e nas redes abertas de televisão, ampliando o seu raio de alcance. A difusão da medida legislativa nas redes sociais também parece possibilitar maior acessibilidade e conhecimento pelos seus destinatários.

4.3. A fase pós-legislativa

Para incrementar as exigências de racionalidade legislativa em matéria penal, assume importância a regulamentação de uma avaliação de impacto social e econômico *ex post*, a fim de verificar se, durante o período de vigência, a inovação legislativa satisfaz os objetivos que, *ex ante*, estava destinada a cumprir. Na visão de Jääskeläinen (2016, p. 85-86), a avaliação *ex post* examina a qualidade das leis em vigência, o que demanda verificar a conformidade delas com princípios de proporcionalidade, consistência, transparência, responsabilidade e eficácia, envolvendo, nas palavras de Márquez (2010, p. 110), não só a intervenção das ciências jurídicas, mas também d'outras, como a economia e a sociologia. Em breves linhas, a avaliação retrospectiva visa conhecer melhor o que acontece depois que a legislação entra em vigor e o seu real efeito (MADER, 2001, p. 124). Dessa forma, a fase pós-legislativa “abarca la evaluación de la adecuación de las normas al sistema jurídico; la observación de las finalidades incorporadas al texto legal, así como el cumplimiento de los objetivos para los cuales fueron elaboradas” (RODRÍGUEZ, 2002, p. 201). Na síntese de Salinas (2013, p. 236),

“[...] é preciso que haja um controle da qualidade da lei que já se encontra em vigor, em que se procurará identificar: (i) se a norma produziu os efeitos pretendidos pelo legislador; (ii) se os objetivos previstos para a legislação foram atingidos total ou parcialmente; (iii) se foram produzidos outros efeitos, não previstos e nem pretendidos; e (iii) as causas determinantes da produção dos

efeitos não esperados. Tal controle recebe a denominação de avaliação legislativa retrospectiva ou *ex post*.”

As leis penais devem ser submetidas a um processo constante de revisão (CALATAYUD, 2016, p. 145), tendo como objeto tanto as leis já existentes quanto as leis que vierem a ser criadas. Quanto às primeiras, pode ser mencionado o caso do art. 28 da Lei 11.343/2006, que proíbe a posse de drogas para uso pessoal. O preceito penal (1) viola diretrizes éticas, já que não há um autêntico bem jurídico a ser protegido, pois a conduta nele descrita não afeta ou prejudica os interesses de terceiros, tendo que ver, unicamente e exclusivamente, com a própria pessoa que consome a droga. Trata-se de proibição paternalista, que busca proteger o sujeito dos danos que ele provoca a si mesmo, o que fere, portanto, a sua autonomia individual e o seu direito geral de liberdade (irracionalidade ético-constitucional); (2) há fundadas dúvidas sobre seu efeito dissuasório, não cumprindo, assim, as exigências de racionalidade teleológica e pragmática, sendo, pois, uma medida desnecessária e inadequada para prevenir o uso por toxicodependentes (cf. RUIVO, 2018, p. 604); (3) tende a produzir mais desigualdades sociais, ao valorar distintamente a posse e o tráfico conforme a cor da pele e a classe social; (4) demanda recursos financeiros altíssimos para a execução da lei, avaliados em 5,2 bilhões reais só nos estados do RJ e SP, estimativa realizada em relação ao ano de 2017, com a atualização dos valores para 2020, segundo estudo realizado pelo Centro de Estudos de Segurança e Cidadania. Portanto, jurídica, social e economicamente, não se justifica a manutenção dessa figura típica.

Pensa-se na possibilidade da convocação anual de Comitês para avaliar as leis penais existentes e propor modificações para um aprimoramento do sistema penal.³⁸ Em âmbito federal, existe o Projeto “Pensando o Direito”, criado em 2007 por

38. Para Jääskeläinen (2016, p. 100 et seq.), a institucionalização da avaliação legislativa *ex post* deve obedecer a três elementos básicos: 1) subjetivo, tendo que ver com o órgão responsável pela avaliação, se *ad hoc* ou criado no âmbito do Poder Legislativo ou Executivo (Comissão Parlamentar ou Ministério específico, por exemplo); 2) objetivo, relacionado ao procedimento a ser seguido para a avaliação; 3) temporal, relativo ao período no qual se deve realizar a avaliação. Quanto ao período estimado para avaliação *ex post* das leis, o mesmo autor (2016, p. 109) indica que elas podem ocorrer após o decurso de tempo específico (dois, cinco ou dez anos, *e.g.*), mediante uma cláusula geral que identifique determinadas matérias ou âmbitos de regulação sujeitos a uma revisão periódica ou, até mesmo, por cláusula específica na própria norma. Cf., também Márquez (2010, p. 102), para quem “la evaluación puede dar lugar a la creación de una institución en la Administración pública (donde suele situarse el análisis de impacto de los proyectos de ley) o en el propio Parlamento, creando una oficina técnica, independiente y no partidista”.

iniciativa da Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça, que tem o objetivo de promover a democratização do processo de elaboração legislativa no Brasil. Para tanto, são lançados editais para a contratação de equipes de pesquisa, mobilizando importantes setores da sociedade, como a Academia, instituições de pesquisa e ONG's, que realizarão estudos em temas de interesse da Secretaria. Privilegiam-se as pesquisas aplicadas, de caráter empírico, mediante o emprego de estratégias qualitativas e quantitativas que informem e fortaleçam o debate no processo de produção de leis e demais atos normativos, justamente para atingir o propósito de conferir maior efetividade às normas perante a realidade social.³⁹ Trata-se de instrumental que pode ser colocado em prática para a avaliação das políticas criminais adotadas pelo Estado.

5. CONCLUSÃO

Por interferirem no direito geral de liberdade, as leis penais expansivas do poder punitivo devem passar por um controle rígido no seu processo de criação. Em primeiro lugar, devem obedecer à exigência de racionalidade ético-constitucional, respeitando as diretrizes principiológicas que delimitam as barreiras de legitimidade da intervenção. A lei penal também deve ser clara quanto aos seus objetivos, demonstrando, além disso, que os demais ramos do ordenamento jurídico são insuficientes para a tutela do bem jurídico, em respeito à exigência de racionalidade teleológica. A lei penal deve mostrar-se apta a atingir as finalidades a que se propôs,

39. As informações sobre o projeto podem ser encontradas no seguinte endereço eletrônico: [http://pensando.mj.gov.br/]. Pode ser mencionado o interessante estudo que analisou as justificativas para a produção de normas penais. Observou-se que 69% das justificativas de projetos de lei continham menos de uma página. Além disso, foram identificados “três componentes em uma argumentação que pretende, como o próprio nome indica, *justificar* a produção de leis penais. Trata-se (i) da situação-problema sobre a qual versa a proposição legislativa, (ii) das eventuais fontes jurídicas ou experiências legislativas que inspiraram a proposição e, enfim, (iii) a adequação da intervenção jurídico-penal para solucionar ou tratar o problema. O grau de explicitação de cada um desses componentes variou imensamente no conjunto de documentos analisado. Em relação ao primeiro ponto, foi possível identificar na pesquisa algumas situações nas quais se buscou explicitar os efeitos e implicações do comportamento criminalizado. No tocante ao segundo ponto, as proposições analisadas indicaram resoluções internacionais, legislações estrangeiras, decisões judiciais e, até mesmo, a ‘imagem do país’ em fóruns internacionais. Em relação ao terceiro ponto, encontramos algumas raras Justificativas que buscavam indicar a inadequação da esfera civil ou administrativa para lidar com o problema e todo o restante constitui reprodução ou reelaboração das teorias (modernas) da pena”; cf. em Pires (2010, p. 32 e p. 34, grifos do original).

revestindo-se de uma linguagem clara quanto ao seu conteúdo, de maneira a cumprir a exigência de racionalidade pragmática. Por fim, do ponto de vista da racionalidade sistemática, a lei penal não pode estar em contradição com as demais normas do ordenamento jurídico.

O modo e a forma de condução do processo legislativo são indispensáveis para a concretização dos níveis de racionalidade. No momento pré-legislativo, o proponente deve identificar o problema, definir os objetivos pretendidos pela lei e, em se tratando de lei penal, como os mecanismos a ela inerentes auxiliarão, se não a resolver, pelo menos a manter sob graus razoáveis de controle o problema identificado, bem como indicar as razões pelas quais a lei é necessária e adequada. Na fase legislativa, o projeto de lei é colocado em debate perante a Câmara dos Deputados e o Senado Federal, com vistas a alcançar o consenso democrático para a sua aprovação ou rejeição. A atuação das Comissões de ambas as casas é de suma importância, cabendo principalmente a elas o cumprimento dos deveres de dar razões, de informar e de consultar as partes interessadas. No âmbito das Comissões devem ser realizados, ainda, os estudos de impacto legislativo, a fim de estimar os efeitos esperados com a edição da lei. Por fim, a fase pós-legislativa avaliará se a lei satisfaz os objetivos que, *ex ante*, estava destinada a cumprir. Portanto, quanto mais o legislador cumprir com os seus deveres, durante o trâmite do processo legislativo, mais a lei penal será considerada racional e, em última análise, legítima.

6. REFERÊNCIAS

- ALENCASTRO, Luiz Felipe de. *O trato dos viventes: formação do Brasil no Atlântico Sul*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.
- ALMEIDA, Marta Tavares de. A contribuição da Legística para uma política de legislação: concepções, métodos e técnicas [painel 3]. Congresso Internacional de Legística: qualidade da lei e desenvolvimento, 2007, Belo Horizonte, MG. *Legística: qualidade da lei e desenvolvimento*. Belo Horizonte: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2009.
- ATIENZA, Manuel. *Contribución a una teoría de la legislación*. Madrid: Civitas, 1997.
- ATIENZA, Manuel. Contribución para una teoría de la legislación. In: CARBONELL, Miguel; PEDROZA DE LA LLAVE, Susana Thalía (Coord.). *Elementos de técnica legislativa*. México: Universidad Autónoma, 2000.
- ATIENZA, Manuel. *O direito como argumentação*. Trad. Manuel Poirier Braz. Lisboa: Escolar Editora, 2014.
- BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*. 3. ed. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

- BARBERET, Rosemary. La investigación criminológica y la política criminal. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, [s.l.], n. 5, p. 221-244, 2000. Disponível em: [https://revistas.uned.es/index.php/RDPC/article/view/24753]. Acesso em: 31.03.2022.
- BECERRA, José. Institutional redesign proposals for the preparation of Criminal Policy by the Government. The focus on *ex ante* evaluations. In: NIETO MARTÍN, Adán; MORALES ROMERO, Marta Muñoz de. *Towards a rational legislative evaluation in Criminal Law*. Switzerland: Springer, 2016.
- BECERRA MUÑOZ, José. La toma de decisiones legislativas penales. *Revista Española de Derecho Constitucional*, [s.l.], n. 99, p. 125-158, set.-dez. 2013.
- BONO LÓPEZ, María. La racionalidad lingüística en la producción legislativa. In: CARBONELL, Miguel; PEDROZA DE LA LLAVE, Susana Thalía (Coord.). *Elementos de técnica legislativa*. México: Universidad Autónoma, 2000.
- CARBONELL, Miguel. Los objetos de las leyes, los reenvíos legislativos y las derogaciones tácitas. In: CARBONELL, Miguel; PEDROZA DE LA LLAVE, Susana Thalía (Coord.). *Elementos de técnica legislativa*. México: Universidad Autónoma, 2000.
- CAUPERS, João; ALMEIDA, Marta Tavares de; GUIBENTIEF, Pierre. *Feitura das leis: Portugal e Europa*. Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2014.
- CENTRO de Estudos de Segurança e Cidadania. *Um tiro no pé: impactos da proibição das drogas no orçamento do sistema de justiça criminal do Rio de Janeiro e São Paulo*. Disponível em: [https://drogasquantocustaproibir.com.br/seguranca-e-justica/]. Acesso em: 18.03.2022.
- BRUNO, Aníbal. *Direito Penal: parte geral*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. t. I.
- CALATAYUD, Manuel Maroto. Criminal policy evaluation and rationality in legislative procedure: the example of Sweden. In: NIETO MARTÍN, Adán; MORALES ROMERO, Marta Muñoz de. *Towards a rational legislative evaluation in Criminal Law*. Switzerland: Springer, 2016.
- CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008A.
- CARVALHO, Salo de. Em defesa da lei de responsabilidade político-criminal. *Boletim do IBCCRIM*, São Paulo, v. 16, n. 193, p. 8-10, dez. 2008B.
- DELLEY, Jean-Daniel. Lei e políticas públicas: mecanismos de avaliação [painel 5]. In: Congresso Internacional de Legística: qualidade da lei e desenvolvimento, 2007, Belo Horizonte, MG. *Legística: qualidade da lei e desenvolvimento*. Belo Horizonte: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2009.
- DELNOY, Paul. De la légistique conçue comme la science de la création du droit écrit. In: AUER, Andreas et al. (Ed.). *Aux confins du droit: essais en l'honneur du Professeur Charles-Albert Morand*. Bâle: Helbing & Lichtenhahn, 2001.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *A racionalidade das leis penais: teoria e prática*. Trad. Luiz Regis Prado. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2016.

- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. Presupuestos de un modelo racional de legislación penal. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, [s.l.], n. 24, p. 485-523, 2001. Disponível em: [<https://doxa.ua.es/article/view/2001-n24-presupuestos-de-un-modelo-racional-de-legislacion-penal>]. Acesso em: 23.03.2022.
- DONINI, Massimo. La relación entre derecho penal y política: método democrático y método científico. In: ZAPATERO, Luis Arroyo; NEUMANN, Ulfrid; NIETO MARTÍN, Adán. *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo: el análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2003.
- FERREIRA, Carolina Costa. O estudo de impacto legislativo como estratégia de enfrentamento a discursos punitivos na execução penal. 2016. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2016.
- FLÜCKIGER, Alexandre; DELLEY, Jean-Daniel. A elaboração racional do direito privado: da codificação à legística. Trad. Paulo Roberto Magalhães. *Cadernos da Escola do Legislativo*, Belo Horizonte, v. 9, n. 14, p. 35-58, jan.-dez. 2007. Disponível em: [<https://cadernosdolegislativo.almg.gov.br/seer/index.php/cadernos-ele/article/view/312/0>]. Acesso em: 24.03.2022.
- GALBRAITH, J. Kenneth. *Anatomia do poder*. Trad. Hilário Torloni. São Paulo: Pioneira, 1984.
- GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; RAMOS, Marcelo Butelli. O respeito agonístico como princípio de legitimação (substancial) da racionalidade legislativa aplicada à produção de normas penais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 147, p. 779-811, set. 2018.
- HASSEMER, Winfried. *Crítica al derecho penal de hoy*. Trad. Patricia S. Ziffer. 2. ed. Buenos Aires: Ad Hoc, 2003.
- JÄÄSKELÄINEN, Federico de Montalvo. Potestad legislativa y evaluación *ex post* de las normas: hacia un mejor parlamento a través de la regulación inteligente. *Revista de Las Cortes Generales*, [s.l.], n. 97-99, p. 79-184, dez. 2016. Disponível em: [<https://revista.cortesgenerales.es/rcg/article/view/18>]. Acesso em: 25.03.2022.
- KARAM, Maria Lúcia. A esquerda punitiva. *Discursos Sediciosos*, Rio de Janeiro, n. 1, p. 79-92, jan.-jun. 1996.
- KARPEN, Ulrich. La implantación de la evaluación legislativa en Europa: modelos y tendencias actuales. In: PARDO FALCÓN, Javier; PAU I VALL, Francesc (Coord.). *La evaluación de las leyes: XII Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos*. Madrid: Editorial Tecnos, 2006. Disponível em: [[www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con3_uibd.nsf/91028FBDCC20FFEB052578CC006F420A/\\$FILE/4_Implantaci%C3%B3n.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con3_uibd.nsf/91028FBDCC20FFEB052578CC006F420A/$FILE/4_Implantaci%C3%B3n.pdf)]. Acesso em: 17.03.2022.
- KARPEN, Ulrich. The obligation to evaluate the effects of laws on the exercise of fundamental rights. In: AUER, Andreas et al. (Ed.). *Aux confins du droit: essais en l'honneur du Professeur Charles-Albert Morand*. Bâle: Helbing & Lichtenhahn, 2001.

- LAURENTIS, Lucas de; DIAS, Roberto. A qualidade legislativa no direito brasileiro: teoria, vícios e análise do caso do RDC. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 52, n. 208, p. 167-187, out.-dez. 2015. Disponível em: [www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/517703]. Acesso em: 17.03.2022.
- LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- LÓPEZ OLVERA, Miguel Alejandro. Técnica legislativa y proyectos de ley. In: CARBONELL, Miguel; PEDROZA DE LA LLAVE, Susana Thalía (Coord.). *Elementos de técnica legislativa*. México: Universidad Autónoma, 2000.
- MADER, Luzius. Evaluating the effects: a contribution to the quality of legislation. *Statute Law Review*, [s.l.], v. 22, n. 2, p. 119-131, 2001. Disponível em: [https://core.ac.uk/download/pdf/85212314.pdf]. Acesso em: 22.03.2022.
- MADER, Luzius. Legística: história e objeto, fronteiras e perspectivas [painel 2]. In: Congresso Internacional de Legística: qualidade da lei e desenvolvimento, 2007, Belo Horizonte, MG. *Legística: qualidade da lei e desenvolvimento*. Belo Horizonte: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2009.
- MARCOS, Francisco. Calidad de las normas jurídicas y estudios de impacto normativo. *Revista de Administración Pública*, Madrid, n. 179, p. 333-365, maio-ago. 2005. Disponível em: [www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/27483franciscomarcosrap179.pdf]. Acesso em: 08.03.2022.
- MÁRQUEZ, Piedad García-Escudero. Nociones de técnica legislativa para uso parlamentario. *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, [s.l.], n. 13, p. 121-164, 2005. Disponível em: [www.asambleamadrid.es/documents/20126/64823/R.13.%20Piedad%20Garcia%20Escudero%20Marquez.pdf/40b36af5-f64e-57e7-f551-beaaeb491bad]. Acesso em: 07.04.2022.
- MÁRQUEZ, Piedad García-Escudero. Objetivo: mejorar la calidad de las leyes: cinco propuestas de técnica legislativa. *Revista de las Cortes Generales*, [s.l.], n. 80, p. 59-105, ago. 2010. Disponível em: [https://revista.cortesgenerales.es/rcg/article/view/271]. Acesso em: 04.04.2022.
- MORALES ROMERO, Marta Muñoz de. Evaluación legislativa y racionalidad en al ámbito penal europeo (y nacional). *Revista General de Derecho Penal*, [s.l.], n. 14, p. 1-48, 2010. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1720411]. Acesso em: 04.03.2022.
- NINO, Carlos Santiago. *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1989.
- NINO, Carlos Santiago. *Los límites de la responsabilidad penal*. Una teoría liberal del delito. Buenos Aires: Astrea, 1980.
- NOVOA MONREAL, Eduardo. *O direito como obstáculo à transformação social*. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.
- NUNES LEAL, Vitor. Problemas de técnica legislativa. *Revista de Direito Administrativo*, [s.l.], v. 2, n. 1, p. 429-447, 1945. Disponível em: [https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8211]. Acesso em: 21.03.2022.

- PAULA, Felipe de; ALMEIDA, Guilherme Alberto Almeida de. Avaliação legislativa e projeto pensando o Direito: uma afortunada aproximação. In: BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria de Assuntos Legislativos. *O papel da pesquisa política legislativa: metodologia e relato de experiências do Projeto Pensando o Direito*. Brasília: Ministério da Justiça, 2013.
- PIRES, Álvaro Penna et al. Análise das justificativas para a produção de normas penais. Série: *Pensando o Direito*, São Paulo, n. 32, set. 2010. Disponível em: [http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2015/07/32Pensando_Direito1.pdf]. Acesso em: 06.04.2022.
- RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro: evolução e o sentido do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- RIVERA LEÓN, Mauro Arturo; MARTÍNEZ FABIÁN, Constantino. *Cuando la forma es fondo: estudios de técnica legislativa y legilingüística*. Cidade do México: Editorial Flores, 2015.
- RODRÍGUEZ, Reyes. El proceso de producción legislativa. Un procedimiento de diseño institucional. *Isonomia*, México, n. 13, p. 191-204, out. 2002. Disponível em: [www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-0218200000200191]. Acesso em: 22.01.2022.
- RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, Samuel. La ¿evaluación? de las normas penales en España. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, [s.l.], n. 18, 2016. Disponível em: [<http://criminnet.ugr.es/recpc/15/recpc15-07.pdf>]. Acesso em: 04.02.2022.
- RUIVO, Marcelo Almeida. Legislação penal e ciências criminais: por uma teoria orientadora dos interesses político-criminais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 147, p. 587-614, set. 2018.
- RUIZ SANZ, Mario. De la ciencia de la legislación hacia la técnica legislativa. *Anuario de Filosofía del Derecho*, [s.l.], n. 13-14, p. 637-650, 1996-1997.
- SALINAS, Natasha Schmitt Caccia. Avaliação legislativa no Brasil: apontamentos para uma nova agenda de pesquisa sobre o modo de produção das leis. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 3, n. 2, p. 228-249, jul.-dez. 2013. Disponível em: [www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/2219]. Acesso em: 01.03.2022.
- SCALCON, Raquel Lima. Avaliação de impacto legislativo: a prática europeia e suas lições para o Brasil. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 54, n. 214, p. 113-130, abr.-jun. 2017. Disponível em: [www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/214/ril_v54_n214_p113]. Acesso em: 17.03.2022.
- SCALCON, Raquel Lima. Breves reflexões sobre a racionalidade do processo legislativo e seu impacto na presunção e no controle de constitucionalidade da lei penal. In: D'AVILA, Fábio Roberto et al. *Direito Penal e Constituição: diálogos entre Brasil e Portugal*. Porto Alegre: Boutique Jurídica, 2018.

- SILVA, José Justino de Andrade e [redator]. *Collecção chronologica da legislação portugueza*, compilada e anotada. Legislação de 1603 a 1612. Lisboa: Imprensa de J. J. A. Silva, 1854.
- SILVA, Ligia Osório. *Terras devolutas e latifúndio*: efeitos da lei de 1850. 2. ed. Campinas: Editora da UNICAMP, 2008.
- SOARES, Fabiana de Menezes. Legística: história e objeto, fronteiras e perspectivas [painel 2]. In: Congresso Internacional de Legística: qualidade da lei e desenvolvimento, 2007, Belo Horizonte, MG. *Legística: qualidade da lei e desenvolvimento*. Belo Horizonte: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2009.
- TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.
- TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 4. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.
- VIEIRA, Eduardo S. S. Desafios e estratégias para a implantação da avaliação de impacto legislativo. In: MENEGUIN, Fernando B.; SILVEIRA E SILVA, Rafael (Coord.). *Avaliação de impacto legislativo: cenários e perspectivas para sua aplicação*. Brasília: Senado Federal 2017.
- WALDHOFF, Christian. On constitutional duties to give reasons for Legislative Acts. In: MEßERSCHMIDT, Klaus; OLIVER-LALANA, Daniel. *Rational Lawmaking under Review*. Legisprudence According to the German Federal Constitutional Court. Switzerland: Springer, 2016.



PESQUISAS DO EDITORIAL



ÁREAS DO DIREITO: Penal; Constitucional

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- En busca de la racionalidad: la necesidad de un nuevo camino para la política legislativa penal de Brasil, de Chiavelli Falavigno – *RBCCrim* 175/19-39; e
- O respeito agonístico como princípio de legitimação (substancial) da racionalidade legislativa aplicada à produção de normas penais, de Ricardo Jacobsen Gloeckner e Marcelo Buttelli Ramos – *RBCCrim* 147/779-811.

DOLO SEM VONTADE?!

CRIMINAL MALICE WITHOUT INTENT?!

NILO BATISTA

Professor titular de direito penal que foi da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, da Universidade Federal do Rio de Janeiro e da Universidade Candido Mendes. Presidente do Instituto Carioca de Criminologia. Advogado.

Lattes: [<http://lattes.cnpq.br/7558568315744459>].

ORCID: [<https://orcid.org/0000-0001-5512-4412>].

nilobatista@nb-adv.com.br

DOI: [<https://doi.org/10.54415/rbccrim.v197i197.503>].

Autor convidado

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: Recuperando algumas passagens da reflexão iusfilosófica ocidental sobre a função incompatibilidade da vontade, o artigo se opõe às iniciativas teóricas de conceber um dolo puramente cognitivo, frisando a cabal imputabilidade de tais iniciativas serem recepcionadas no Brasil.

PALAVRAS-CHAVE: Dolo – Vontade.

ABSTRACT: Recovering some passages from the western juus-philosophical reflection on the incompatibility function of the will, the article opposes the theoretical initiatives of conceiving a purely cognitive deceit, emphasizing the complete imputability of such initiatives being received in Brazil.

KEYWORDS: Malice – Intent.

SUMÁRIO: I. Pode o legislador definir categorias dogmáticas?. II. A vontade na lata do lixo?. III. Nem toda a vontade vai para o lixo. IV. Um argumento processual. V. Três objeções pontuais, colhidas ao acaso. VI. Quanto mais dor, melhor?. VII. Referências.

Para Juarez Tavares,
dos penalistas brasileiros
primus inter pares.

BATISTA, Nilo. Dolo sem vontade?!

Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 197. ano 31. p. 139-154. São Paulo: Ed. RT, jul./ago. 2023.

DOI: [<https://doi.org/10.54415/rbccrim.v197i197.503>].

As observações que se seguem foram motivadas pelo alentado estudo de Eduardo Viana,¹ e cabem duas advertências preliminares. A primeira pretende realçar o merecimento da obra: trata-se de uma investigação penalística profunda e respeitável, mesmo – ou principalmente – para quem discorde de seus pontos de partida e de suas conclusões. A segunda advertência esclarece que não é nosso objetivo efetuar uma resenha ampla da tese doutoral (UERJ) de Eduardo Viana, visitando os critérios teóricos por ela tematizados. Não. Limitar-nos-emos a questionar algumas premissas e algumas conclusões da proposta que acredita viável trabalharmos no Brasil com um conceito de dolo desprovido de vontade.

I. PODE O LEGISLADOR DEFINIR CATEGORIAS DOGMÁTICAS?

Sabemos que a lei brasileira definiu o sujeito doloso como aquele que “quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo” (art. 18, inc. I, do CP). Portanto, no direito penal brasileiro, um dolo sem vontade viola a primeira regra iheringiana da dogmática, que é a proibição da negação, regra responsável afinal pela própria designação de “dogmática”: a lei é um dogma; interpretável, porém, jamais negável. A criminologia e a política criminal dispõem de um espaço metodológico crítico muito maior do que a dogmática jurídico-penal exatamente porque não têm que aconselhar o juiz a como proceder na inevitável aplicação da lei vigente, por pior que ela seja. Revertamos o exemplo: o penalista alemão não pode trabalhar com um conceito de dolo desprovido de representação porque sua lei, ao definir o erro de tipo, exime de dolo o agente que “não conhece (*nicht kennt*)” circunstâncias integrantes do tipo legal (§ 16, 1 *StGB*); logo, a consciência de tais circunstâncias constitui elemento do dolo, imposto pelo legislador.

Contudo, o legislador alemão – ao contrário do brasileiro – não ofereceu um conceito legal de dolo ou de sujeito doloso, apesar da disciplina do erro impor a presença da representação dos elementos objetivos do tipo. Eduardo Viana nos informa que a opção pelo silêncio teve o apoio de um setor doutrinário a partir de dois argumentos, que examinaremos a seguir.

O primeiro argumento afirma apodicticamente que “a definição legal de categorias dogmáticas não é tarefa do legislador e sim da doutrina e da jurisprudência”² (em 1930 Krylenko deve ter dito algo parecido a seus assessores, enquanto elaboravam um Código Penal sem Parte Especial.) O esforço para construir conceitos que

1. VIANA, Eduardo. *Dolo como compromisso cognitivo*. São Paulo: Ed. Marcial Pons, 2017.

2. VIANA, Eduardo. *Dolo como compromisso cognitivo*, cit., p. 36.

BATISTA, Nilo. Dolo sem vontade?!

Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 197. ano 31. p. 139-154. São Paulo: Ed. RT, jul./ago. 2023.

DOI: <https://doi.org/10.54415/rbccrim.v197i197.503>.

estabilizem a interpretação e produzam segurança jurídica está nas raízes históricas de nossa “família” jurídica. Podemos encontrar no *Corpus Iuris Civilis* fragmentos de jurisconsultos e rescritos de imperadores com o objetivo de estabilizar conceitos. Num título do *Digesto*, sugestivamente chamado *De verborum significatione*, um texto de Ulpiano estabelece que a palavra “alimento (*victus*)” compreende, para além da comida e da bebida, as roupas e outras coisas “que o homem precisa para viver (*ad vivendum homini necessaria sunt*);”³ até hoje o direito de família prestigia tal conceito. Já num título do Código, sob a designação *De verborum et rerum significatione*, um rescrito do próprio Justiniano impede que o oferecimento de fiança seja abrangido pelo conceito de caução.⁴ A força dessa tradição é tão grande que mesmo o Código Penal alemão, na contramão do argumento ora examinado, dispõe de um parágrafo intitulado “Conceitos de pessoas e de coisas (*Personen und Sachbegriffe*)” no qual encontraremos não apenas a definição legal de parentes e de servidores públicos mas também a de “fato ilícito (*rechtswidrige Tat*)” – aliás, nesse caso empregando fórmula que muitos afirmariam referir-se apenas a fato *típico*: teria sido adotada pelo legislador a teoria dos elementos negativos?⁵ Em suma, não há nada de patológico quando o legislador oferece a definição de uma categoria dogmática, como fizeram os legisladores brasileiro e alemão. Quando doutrina e jurisprudência demonstram que a opção do legislador é falha ou disfuncional, cabe ao Poder Legislativo, que tão frequentemente no Brasil mutila o Código Penal, ajustar a lei aos avanços preconizados.

O segundo argumento postula que o legislador que incorpora ao texto legal categorias dogmáticas “poderia limitar o desenvolvimento da jurisprudência e da própria ciência”.⁶ Antes de tudo, a história da teoria do delito não foi sempre uma superação de insuficiências legislativas? Insuficiências do Código Imperial alemão porventura limitaram o desenvolvimento da jurisprudência e da dogmática, ou, pelo contrário, estimularam sua criatividade? Nosso Código Penal de 1940 impediu a recepção do finalismo welzeliano entre nós? O que parece, no entanto, mais relevante é saber se a estabilização de um conceito jurídico na lei homenageia o princípio da

3. Dig. L, XVI, 43.

4. Cod. VI, XXXVIII, 3.

5. § 11, 1, 2 e 5 *StGB*. Eis a definição de fato ilícito: “apenas aquele que realiza um tipo previsto numa lei penal (*nur eine solche, die den Tatbestand eines Strafgesetzes verwirklicht*)”. Muitos jusfilósofos identificaram normas definitórias, ou explicativas, ou declarativas sem se verem cerceados por elas (p. ex.: DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de Filosofia do Direito*. Trad. A. J. Brandão. Coimbra: Ed. A. Amado, 1979. p. 385).

6. VIANA, Eduardo. Op. cit., p. 36.

legalidade mais do que deixá-lo entregue às múltiplas versões da doutrina. Como conceber que uma ou algumas das condições de criminalização do cidadão não devam ser expostas e conhecidas por meio da lei, mas extraídas do tratado do Professor Doutor *Herr Soundso*?

II. A VONTADE NA LATA DO LIXO?

A atenção que a vontade recebeu por parte da filosofia, das ciências psi, da ética, da teologia e das ciências sociais deveria sugerir alguma prudência na ocasião em que, no quintal teórico de um ramo do direito (talvez observado com apreensão pelos vizinhos do condomínio *pacta sunt servanda*), se projeta lançá-la na lata de lixo.

Desde a Antiguidade grega a distinção voluntário-involuntário é investigada como critério moral para a responsabilização do sujeito. À parte peculiaridades que ora não interessam (como o caráter involuntário atribuído ao homicídio de ímpeto⁷), da exposição de Aristóteles se colhem duas lições que poderão ser úteis mais tarde. Eis a primeira: quando a tempestade obriga a tripulação do navio ameaçado a lançar a carga ao mar, temos uma conduta “assemelhada às condutas voluntárias”. Aristóteles a teria situado num limbo, entre o voluntário e o involuntário (“mista”), se não lhe ocorresse que tais caracterizações “devem ser usadas com referência ao momento da ação”. Ou seja, há vontade mesmo quando o sujeito lamenta algum resultado da ação que não obstante empreende. A segunda lição, provinda de seu conceito de *proáiresis*, que podemos traduzir como escolha refletida ou opção premeditada, é que a deliberação, a resolução para a conduta, também envolve vontade.⁸

Ao longo de seu percurso histórico, o direito romano impregnou a palavra *dolus* de significados que apontavam para uma conduta ardilosa e desleal (que corresponderia a nosso modo de execução *fraude*, estrutural do estelionato), mas também para a astúcia inescrupulosa do sujeito.⁹ O *dolus malus*, que implicava conhecer e

7. Sobre isso: GERNET, Louis. *Recherches sur le Développement de la Pensée Juridique et Morale en Grèce*. Paris: Ed. Albin Michel, 2001. p. 349 e ss. (“La distinction du “volontaire” et de “l’involontaire”); BISCARDI, Arnaldo. *Diritto Greco Antico*. Verese: Ed. Giuffrè, 1982. p. 291 (com transcrição dos fragmentos da lei de Dracon); BATISTA, Nilo. *Capítulos de política criminal*. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2022. p. 25.

8. ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. Trad. M. G. Kury. Brasília: Ed. UnB, 1985. 1110a a 1112b (na edição consultada, p. 49 a 56).

9. Para Sêrvio, o *dolus malus* era uma “maquinação para enganar outrem, quando se finge algo e se age diversamente (*quum aliud simulatur et aliud agitur*)”. Para Labeão seria “toda esperteza, falácia ou maquinação para surpreender, iludir e defraudar outrem (*omnem*

BATISTA, Nilo. Dolo sem vontade?!

Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 197. ano 31. p. 139-154. São Paulo: Ed. RT, jul./ago. 2023.

DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v197i197.503].

praticar voluntariamente o embuste, era um dos vícios da vontade no direito romano, ao lado do erro e da violência. Mas a palavra *dolus*, o que é documentado por muitas passagens, também foi utilizada em referência à vontade do agente. Um rescrito de Adriano recomendava que “em matéria criminal cabe atender à vontade e não ao resultado (*in maleficiis voluntas spectatur, non exitus*)”;¹⁰ uma lição sobre o furto registrava que “não se comete furto sem a intenção de furtar (*furtum sine affectu furandi non committitur*)”.¹¹ Num dos mais antigos textos penais romanos, inspirado segundo alguns na lei de Dracon sobre o homicídio, a famosa lei atribuída a Numa, a palavra *dolo* evidentemente inclui referência à vontade; caso contrário, bastaria o *sciens*.¹²

O pensamento teológico forjaria uma imputação subjetiva na qual a vontade nunca abandonaria a consciência, respondendo pela adequação moral da conduta. “A retidão ou a malícia das afeições anímicas dependem da vontade”, observava já Agostinho.¹³ Quando Tomás de Aquino retomar Aristóteles, também concluirá que aqueles casos em que a conduta é motivada para evitar ou reduzir um dano (como no ato derivado do medo, ou na situação do capitão que lança a carga ao mar para evitar o naufrágio), chamados *mistos*, “são mais voluntários do que involuntários (*magis sunt huiusmodi voluntaria quam involuntaria*)”¹⁴. Para ele, “o voluntário é integrado pelo ato do conhecimento e pelo ato da vontade (*requiritur ad voluntarium actus cognitionis, sicut et actus voluntatis*), de modo que esteja no poder de alguém considerar, querer e agir (*considerare et velle et agere*)”.¹⁵ Por outro lado, existiria o voluntário na omissão da ação devida, porque “chama-se voluntário aquilo de que temos domínio (*illud cuius domini sumus, dicitur esse voluntarium*)”¹⁶ e “temos domínio quando podemos escolher isto ou aquilo (*sumus domini nostrorum actuum secundum possumus hoc vel illud eligere*)”.¹⁷ A exemplo de seu modelo grego, também

calliditatem, fallaciam, machinationem ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibitam)”. Cf. Dig. IV, III, 1, § 2º. O sucumbente na *actio doli* era declarado infame.

10. Dig. XLVIII, VIII, 14.

11. Inst. IV, I, § 7º.

12. *Si qui hominem liberum dolo sciens morti duit, paricidas esto*. Para a influência grega, GIOFREDI, Carlo. *I Principi del Diritto Penale Romano*. Turim: Ed. Giappichelli, 1970. p. 63.

13. AGOSTINHO. *A Cidade de Deus*. Trad. O. Paes Leme. Bragança Paulista: Ed. Un. S. Francisco, 2003. Livro XIV, cap. VI (na edição consultada, v. 2, p. 138).

14. *Summa Theologiae*, I-II, Q. VI, a. 6, *rep* (na edição consultada, v. III, p. 129).

15. *Summa*, I – II, Q. 6, a. 6, sol. 3 (v. III, p. 124).

16. *Summa*, I – II, Q. 6, a. 3, s.c. (p. 123).

17. *Summa*, I, Q. 82, a. 1, sol. 3 (v. II, p. 476).

Tomás de Aquino considera o consentimento como ato da vontade.¹⁸ O direito canônico adotaria um conceito de dolo em cujo centro estava a resolução da vontade para a infração: o *Codex Iuris Canonici* de 1917 o definia como a “*deliberata voluntas violandi legem*” (can: 2200, § 1º), e o vigente Código, que não repetiu tal definição, submete às penas nele previstas “quem deliberadamente violar a lei” (can. 1321, § 2º).¹⁹ As conotações morais do *dolus malus* por certo não seriam banidas por esse direito penal dos estratos anímicos interiores, e ao lado das expressões *dolus*, *voluntas*, *scienter* e outras (que sinalizam a vontade conscientemente deliberada) encontraremos às vezes referências à torpeza da conduta, como aquela “malícia” dos falsários de cartas papais que uma decretal queria perturbar (*Ad falsariorum confundendam malitiam...*)²⁰.

A concepção teológico-canônica de uma responsabilidade ancorada na consciente deliberação da vontade seria secularizada pelo iusnaturalismo moderno.²¹ “O merecimento é pessoal e tem por princípio a vontade”, pontuava Grotius.²² Para Pufendorf, “as ações humanas que procedem do entendimento e da vontade [...] podem ser imputadas ao agente”; uma reverberação escolástica reside em sua observação de que “toda ação que está no poder de um homem executar ou omitir é imputável a ele, que poderia tê-la feito ou não”.²³ Nosso iusnaturalista Tomás Antônio Gonzaga se alinhava aos demais: “não se imputam as ações que se fazem sem lume da razão e sem vontade”.²⁴

Esse roteiro, esquemático e consabido, revela que os pais fundadores da dogmática jurídico-penal não podiam escantear a vontade no momento de estabelecer um vínculo imputativo entre a subjetividade do agente e o resultado de sua

18. *Summa*, I – II, Q. 15 (v. III, pp. 204 e ss.).

19. CALABRESE, Antonio, *Diritto Penale Canonico*. Roma: Ed. Vaticana, 2006. p. 39. Para Caviglioli, os elementos do dolo seriam dois: “1º) o conhecimento da lei; 2º) a vontade livre e consciente de realizar o ato que a lei proíbe” (*Derecho Canonico*. Madrid: Ed. Rev. Der. Priv., 1947. v. II. p. 562).

20. Dec. Greg. IX, V, XX, VII.

21. Sobre isso, GIULIANI, Alessandro. Imputation et justification. In: AA.VV. *La Responsabilité*. Paris: Ed. Sirey, 1977.

22. GROTIUS, Hug. *O Direito da Guerra e da Paz*. Trad. C. Mioranza. Ijuí: Ed. Unijuí, 2004. XXI, XII (na edição consultada, v. II, p. 910).

23. PUFENDORF, Samuel. *Os deveres do homem e do cidadão*. Trad. E. F. Alves. Rio de Janeiro: Ed. Topbooks, 2007. Liv. I, cap. I, XVII (na edição consultada, p. 69).

24. GONZAGA, Tomás Antônio. Tratado de Direito Natural. In: *Obras Completas*. Rio de Janeiro: Ed. INL, 1957. v. II. p. 56.

conduta. Ocorre que, longe ou mesmo fora da reflexão propriamente jurídica, a vontade ocupou um espaço importante em outros campos, a começar pela filosofia. Filósofos com visões distintas e até contraditórias sobre a questão penal – pense-se no retributivismo talional de Kant, no preventivismo geral de Schopenhauer (ele leu Feuerbach) e no abolicionismo niilista-aristocrático de Nietzsche – confluirão em identificar na vontade o mais relevante indicador da imputabilidade subjetiva de certa conduta humana. Essa função imputativa, que constitui modesta paragem da imponente reflexão filosófica ocidental sobre a vontade, é afirmada em muitos textos.

Kant distinguiu a vontade (*Wille*), racional e, portanto, atrelada à lei moral e autônoma, do arbítrio (*Willkür*), influenciável por impulsos sensíveis e, pois, heterônomo. Ao definir o delito, ele mencionou uma “transgressão deliberada” da lei, e ao polemizar com Beccaria frisou que o castigo do infrator provém de “ter ele querido a ação punível”.²⁵ Aquilo que, em sua obra, já foi chamado de “princípio do querer” pode ser resumido assim: “o essencial de todo o valor moral das ações depende de que a lei moral determine imediatamente a vontade”.²⁶ Também Fichte assinala a relevância da vontade no “direito de coação (*Zwangsrecht*)”, que é como designa a legislação penal, e em certa passagem trata de hipótese em tudo similar ao que hoje chamamos de “dolo direto de segundo grau”. O agente deseja que sua ação tenha a finalidade (logo, o resultado) A, porém, para alcançá-lo, necessariamente alcançará também a finalidade (e o resultado) B. Pontua o filósofo: “a contragosto estou por conseguente compelido a querer B, desde que, sem ele, A, que eu quero, seria impossível”;²⁷ ou seja, a irrelevância para o meu desejo do advento de B, e até meu desagrado com isso, não o desterra de minha vontade. Em Hegel, para quem vontade e conhecimento são meio indissociáveis, “o ato só pode ser imputado como culpa da vontade”, e claramente para ele a decisão é ato de vontade.²⁸

De Schopenhauer já se disse ter sido o criador de uma metafísica da vontade, que categorizou como estruturante do mundo. Desse denso pensamento extrairemos apenas algumas passagens de nosso direto interesse. Para Schopenhauer, há

25. KANT, Immanuel. *Principios Metafísicos de la Doctrina del Derecho*. Trad. A. Córdova. México: Ed. UNAM, 1978. p. 24 e 172.

26. KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Prática*. Trad. A. Morão. Lisboa: Ed. 70, 2008. p. 105.

27. FICHTE, Johann Gottlieb. *Fondement du Droit Naturel selon les Principes de la Doctrine de la Science*. Trad. A. Renaut. Paris: Ed. PUF, 1984. 1ª Parte, 2ª Secção, § 14 (na edição consultada, p. 159).

28. HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Filosofia del Derecho*. Trad. A. M. Montero. Buenos Aires: Ed. Claridad, 1968. §§ 120, 117 e 13 (na edição consultada, p. 123, 120 e 53).

evidente predominância da vontade sobre o conhecimento, pois por meio da vontade o homem se faz “sua própria obra antes de todo conhecimento: o conhecimento vem depois iluminar o trabalho feito”; em suma, “ele (o homem) quer e depois conhece o que quer”; em certo sentido, “a vontade é o conhecimento *a priori* do corpo, e o corpo é o conhecimento *a posteriori* da vontade”.²⁹ Para ele, “nossas ações são o reflexo (ou o espelho) de nossa vontade”, e seu “significado moral é dado pela intenção que as inspira”.³⁰ Mesmo Nietzsche, cujo determinismo o levou a afirmar que “ninguém é responsável por suas ações”, já que o livre arbítrio não existe e, portanto, o conceito de responsabilidade constituía “um erro”,³¹ anotou que “a doutrina da vontade foi essencialmente inventada com o objetivo da punição”,³² isto é, para que ela exercesse uma função imputativa. Para fechar esse bosquejo com contribuições do século XX, começemos por registrar que para Jean-Paul Sartre a intencionalidade é característica essencial da conduta humana: “uma ação é por princípio intencional” e “implica necessariamente como sua condição o reconhecimento de um *desideratum*”. As relações entre conhecer e querer são por ele equacionadas no exemplo da construção planejada de uma cidade: “não poderia ser a pura representação da cidade como possível”, mas, sim, em sua “característica essencial, que é a de ser um possível *desejável*”.³³

Entre 1950 e 1960 Paul Ricoeur produziu estudos finalmente reunidos sob o título geral de “Filosofia da Vontade”; de sua monumental construção acadêmica não passaremos da soleira da porta de entrada. É que, na introdução de seu ensaio sobre o voluntário e o involuntário, Ricoeur apresenta sua “interpretação triádica do ato da vontade”. Para ele, constituem atos de vontade: 1º) aquilo que o sujeito decide, a aprovação interna do projeto que dá sentido à ação planejada (*decisão*); 2º) o movimento corporal voluntário que realiza a decisão (*ação*); 3º) a aquiescência do agente aos resultados necessários que escapem a seu projeto ou não tenha como remover (*consentimento*).³⁴ Ou seja, Ricoeur (reverberando fundamentadas opiniões

29. SCHOPENHAUER, Arthur. *O mundo como vontade e representação*. Trad. M.F. Sá Correia. Rio de Janeiro: Ed. Contraponto, 2001. §§ 55 e 18 (na edição consultada, p. 307 e 110).

30. SCHOPENHAUER, Arthur. Op. cit., p. 315, 318 e 388 (§§ 55 e 66). “Todo ato de meu corpo é o fenômeno de um ato da minha vontade” (§ 20, p. 116).

31. NIETZSCHE, Friedrich. *Humano, demasiado humano*. Trad. P. C. Souza. São Paulo: Cia das Letras, 2000. v. I, p. 48-49 (n. 39) e passim.

32. NIETZSCHE, Friedrich. *Crepúsculo dos ídolos*. Trad. P. C. Souza. São Paulo: Ed. Cia das Letras, 2006. p. 45 (n. 7).

33. NIETZSCHE, Friedrich. *O Ser e o Nada*. Trad. P. Perdigão. Petrópolis: Ed. Vozes, 1997. p. 536-537.

34. Cf. RICOEUR, Paul. *Philosophie de la Volonté*. Paris: Ed. Points, 2009. v. I. p. 23-25.

que remontam a Aristóteles) identifica vontade na decisão, na conduta e no consentimento. Fiquemos por aqui, e regressemos ao direito penal.

III. NEM TODA A VONTADE VAI PARA O LIXO

Uma peculiaridade a ser realçada é que o descarte da vontade é limitado à sua função imputativa: ela subsiste integralmente em outras funções, exercidas em outros estratos do delito. Tomemos como exemplo a construção teórica do conceito de ação, tantas vezes influenciado pelas ciências psi (Welzel registrou a inspiração de Höningwald) ou pelas ciências sociais (basta pensar em Weber e em Parsons), ou ainda pela filosofia (por exemplo, Hegel e Habermas). Há 120 anos Radbruch afirmava ser de “reconhecimento geral” que a ação é integrada por “vontade, fato e uma relação entre ambos”.³⁵ Hoje, como se pode ver no esmerado levantamento de Juarez Tavares,³⁶ apenas a concepção significativa da ação dispensa a vontade em nome da busca do sentido socialmente atribuível ao feito. Como já se observou, é revelador que os partidários da ação significativa, ao tratarem da ausência de ação, arrolem as mesmas três situações que excluem a vontade (coação física, atos reflexos e inconsciência).³⁷ Ou seja: não existe vontade na ação, mas para negar a ação basta negar a vontade... Pode-se afirmar, pois, que a maioria esmagadora das concepções penalísticas de ação admitem a vontade como um de seus elementos constitutivos, ou pelo menos postulam alguma carga volitiva.

Como reconhecer tentativa ou desistência sem visitar a vontade do agente (arts. 14, inc. II, e 15 do CP)?! O arrependimento posterior depende de um “ato voluntário” (art. 16 CP). O perigo removido por alguém sob estado de necessidade não pode ter sido provocado “por sua vontade” (art. 24 do CP). Quando o esquizofrênico, a despeito de compreendido o caráter ilícito do fato, não consegue autodeterminar-se segundo tal compreensão, evitando praticá-lo, sua inimputabilidade provém do déficit na vontade (art. 26 do CP). Tanto o acordo ou anuência, que exclui a tipicidade, quanto o consentimento excludente da ilicitude não estão centrados num ato de vontade? E como seria possível resolver um caso de participação em crime menos grave sem recorrer à vontade do cúmplice surpreso com a improvisada expansão do plano (art. 29, § 2º, do CP)? Será possível caracterizar o concurso

35. RADBRUCH, Gustavo. *El Concepto de Acción*. Trad. J. L. Guzman Dalbora. Montevideu: Ed. B de F, 2011. p. 104.

36. TAVARES, Juarez. *Fundamentos da teoria do delito*. Florianópolis: Ed. T. lo Blanch, 2018. p. 115-135.

37. Cf. BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Ed. Atlas, 2015. p. 276 e ss.

formal imperfeito sem consultar os “desígnios autônomos” do agente (art. 70 do CP)? Como constatar o erro de execução sem conhecer qual pessoa o autor “pretendia ofender” (art. 73 do CP)? Só é possível reconhecer lesão corporal seguida de morte quando “o agente não quis o resultado nem assumiu o risco de produzi-lo” (art. 129, § 3º, do CP): doravante bastará a representação para todos os delitos preterintencionais? Por mais que respeitáveis tendências doutrinárias queiram expulsar dados naturalísticos, espiritualizando, por assim dizer, as categorias dogmáticas (do normativismo neokantista ao funcionalismo sistêmico), a vontade de quem age é um multimilenar elemento do conceito de ação, que se rerepresentará em inúmeras questões da teoria do delito. Expulsa de um dolo reduzido à consciência, ela retorna para contribuir na solução de diversos problemas. Na lata de lixo jazeria apenas sua função imputativa.

IV. UM ARGUMENTO PROCESSUAL

Ultimamente tem crescido o interesse pelos problemas levantados pela prova do dolo, como se vê nos trabalhos recentes de Armando Sánchez Málaga e de Pedro Jorge Costa.³⁸ Ora, entre a consciência e a vontade, qual delas deixa maiores e mais perceptíveis marcas no mundo?

V. TRÊS OBJEÇÕES PONTUAIS, COLHIDAS AO ACASO

Como já adiantado, não se pretende fazer nem se fará aqui um exame cabal das diversas propostas teóricas que propugnam por um dolo meramente cognitivo: colegas mais jovens poderão fartar-se nessa mesa. Limitar-nos-emos a formular objeções a três passagens do, vale repetir, substancioso e respeitável estudo de Eduardo Viana, colhidas ao acaso.

A primeira delas tem a ver com o dolo direto de segundo grau. Afirma Viana, quanto às consequências colaterais necessárias, que o autor “apesar de representá-las e talvez até lamentá-las, assume *relação psíquica de aprovação*”, concluindo pela preponderância, em tal situação, da representação, sendo a vontade “absolutamente dispensável”.³⁹ Estamos de acordo sobre a preponderância da representação nesse modelo, porém, naquela “*relação psíquica de aprovação*” existe claramente vontade:

38. Respectivamente: MÁLAGA, Armando Sánchez. *Determinación del Dolo*. Montevideu: Ed. B de F, 2018; e COSTA, Pedro Jorge. *Dolo penal e sua prova*. São Paulo: Ed. Atlas, 2015.

39. VIANA, Eduardo. *Dolo como compromisso cognitivo*, cit., p. 70 (itálico do original).

BATISTA, Nilo. Dolo sem vontade?!

Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 197. ano 31. p. 139-154. São Paulo: Ed. RT, jul./ago. 2023.
DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v197i197.503].

a *decisão* por agir a despeito das consequências e o *consentimento* a que elas sobrevenham configuram atos de vontade. *Querer* certo resultado harmoniza-se perfeitamente com *lamentar* consequências inevitáveis de seu advento; é do cotidiano querer e realizar condutas das quais também derivam efeitos desagradáveis. O lamento não anula a vontade desde que o sujeito realize a conduta, e novamente teremos nessa realização outro ato de vontade. Assim, é reconhecível a presença do elemento volitivo no dolo direto de segundo grau tanto na *decisão* por realizar o tipo legal quanto no *consentimento* à sobrevinda das consequências necessárias dele decorrentes, e por fim na *realização* que materializa aquela decisão, a despeito dos efeitos colaterais indesejáveis dela.

A segunda objeção tem a ver com a adoção de uma concepção muito restrita de vontade, o que pode explicar algumas das opções teóricas. Transcrevamos o trecho: “Apenas quando eu realizo o movimento é possível dizer que eu quis, donde é possível concluir que ‘a vontade é o ato’”.⁴⁰ O mínimo que se pode dizer dessa vontade sem futuro, dessa vontade que só existe enquanto movimento, interdita aos paraplégicos e radicalmente incompatível com os delitos omissivos, é que ela é insuficiente: existe muita vontade além do movimento, porque existe vontade também na decisão e no consentimento.

A terceira objeção, que desenvolve a anterior, se formula contra uma conclusão assim redigida: “Por exigência lógico-conceitual o agente não pode estar de acordo, aprovar, levar a sério, consentir com resultados futuros, eis que, como evento futuro sequer podem ocorrer: o único que pode ser *querido* pelo agente é a realização da própria conduta”.⁴¹ A vontade, que no excerto anterior fora algemada meio liztziamente ao movimento, agora está acorrentada ao presente: ninguém pode querer nada no futuro, porque não sabemos se seu desejo se materializará. Levada tal proposta às últimas consequências, registremos o óbito daqueles delitos nos quais Hegler, olhando pelo ângulo da subjetividade, percebeu uma “tendência interna ultrapassante” e Binding, olhando pelo ângulo do injusto objetivo, anotou um “resultado cortado”. No crime de extorsão, por exemplo, o constrangimento deveria ser exercido “com o intuito de obter para si ou para outrem indevida vantagem econômica” (art. 158 do CP), mas como se trata de uma querença impossível (já que “o único que pode ser *querido* pelo agente é a realização da própria conduta”), todas as extorsões deverão doravante ser tratadas como meros constrangimentos ilegais (art. 146 do CP): *ad impossibilia nemo tenetur*.

40. VIANA, Eduardo. Op. cit., p. 170 (itálico do original).

41. VIANA, Eduardo. Op. cit., p. 173.

BATISTA, Nilo. Dolo sem vontade?!

Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 197. ano 31. p. 139-154. São Paulo: Ed. RT, jul./ago. 2023.

DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v197i197.503].

VI. QUANTO MAIS DOR, MELHOR?

Sabemos que suprimir a vontade do dolo significará que todos os casos de culpa consciente temerária e a maioria dos casos de culpa consciente não temerária passarão a ser tratados como dolosos: tal alteração, para usar palavras de Eduardo Viana, “ampliaria a zona do dolo”.⁴² A pena do homicídio culposo é detenção de um a três anos; a do homicídio doloso simples é reclusão de seis a vinte anos; cinco anos a mais na ponta inferior da escala penal, 17 a mais na ponta superior. Também sabemos que a pena é essencialmente inflição (autorizada e medida) de dor, por meio da supressão ou restrição de direitos, independentemente de quaisquer fins que o penalismo nefelibata venha a atribuir a sua aplicação e execução. Para os partidários de uma dogmática teleológico-funcional redutora, portanto, a concepção do dolo cognitivo enfrenta também o inconveniente de expandir o poder punitivo.

Isso, no entanto, parece não preocupar os cognitivistas. Para Eduardo Viana, “a contenção do poder punitivo é um argumento retórico”.⁴³ É óbvio que o adjetivo retórico está aí empregado como sinônimo de falacioso, até porque todo argumento é de certo modo retórico. Seria preferível ter escrito que se tratava de um argumento *pragmático*, aquele que avalia uma regra “consoante suas consequências favoráveis ou desfavoráveis”, cujo valor é assim transposto “para aquilo que se considera causa ou obstáculo”.⁴⁴ O argumento pragmático, que está no centro daquilo que hoje é chamado de consequencialismo, tem raízes no utilitarismo de Bentham, para quem uma “boa razão” (um bom argumento) sobre uma lei deve “alegar os bens ou os males que esta lei tende a produzir”, e qualquer outra alegação desinteressada desse aspecto enseja uma *fausse raison*, isto é, um argumento falacioso.⁴⁵ Para o precursor do vigilantismo, falacioso é o argumento alheio aos efeitos que a adesão a ele provocaria.

Mas o construto metodológico zaffaroniano de uma dogmática teleológico-funcional redutora jamais se fundamentou apenas num argumento, mas, sim, numa constatação: a de que os sistemas penais latino-americanos configuram espaços de intensa e permanente violação de direitos humanos. A organização que mais mata no Brasil chama-se Polícia. Essa constatação, que já provinha de todo e qualquer

42. VIANA, Eduardo. Op. cit., p. 288.

43. VIANA, Eduardo. Op. cit., p. 158.

44. PERELMAN, Chaim. *Retóricas*. Trad. M. E. G. Pereira. São Paulo: Ed. M. Fontes, 1997. p. 11.

45. BENTHAM, Jérémie. *Traité de Législation Civile et Pénale*, Trad. Et. Dumont. Paris: Ed. Rey et Gravier, 1830. t. 1. p. 118.

relatório sobre as prisões, desde Mabillon no final de século XVI até os *Presos sin Condena* da metade do XX, passando por Howard na segunda metade do XVIII, reforçou-se com uma pesquisa empreendida pelo Instituto Interamericano de Direitos Humanos, que abrangeu dez países do continente; no Brasil, a pesquisa incluiu as cidades de Recife, Rio, Salvador e São Paulo.⁴⁶ Foi bem mais que um argumento.

Para demonstrar “o quanto é ingênuo o argumento” de que as execuções penais são territórios sem lei seletivamente povoados, Eduardo Viana dá três exemplos. Como o segundo e o terceiro não são mais felizes que o primeiro, ficaremos neste. Recordando a previsão da pena de açoites no Código imperial, ele pergunta se “a ampliação do poder punitivo – considerar criminosas tais condutas –” não teria sido algo positivo.⁴⁷ Antes de tudo, registre-se que “tais condutas” já estavam criminalizadas enquanto os escravizados gemiam sob o rebenque (art. 201, CCr 1830). E não foi uma *lei penal* que tentou reduzir o sofrimento punitivo dos africanos para cá desterrados e de seus filhos: foi uma *lei despenalizadora*, a Lei 3.310, de 15 de outubro de 1886, que aboliu a pena de açoites. Por qual razão, estando o crime de lesões corporais (sob a rubrica *Ferimentos*) previsto no Código imperial, as costas de certos homens eram laceradas impunemente? O Conselheiro Paula Pessoa respondeu com crua sinceridade: é que os escravizados achavam-se “fora da Constituição”,⁴⁸ que também e muito antes abolira os açoites (art. 169, inc. XIX, C. P. Imp. Brasil de 1824). No início do século XX já não tínhamos escravidão, porém, muitas práticas culturais africanas estavam criminalizadas. No início do século XX, no norte do país, a extração de borracha criou relações de trabalho substancialmente escravistas; numa fábrica no Rio, o capataz estimulava a produtividade usando uma vara de marmelo; nas prisões, as cruéis penas que eram impostas aos escravizados eram transferidas para o lombo de seus descendentes (“restrição alimentar”, “imposição de ferros”⁴⁹). Ingenuidade é acreditar que a abolição dos açoites como pena pública, feita em 1824 pela Constituição e em 1886 por uma lei, alterou a sorte dos afro-brasileiros e os converteu em titulares de direitos, porque eles continuariam a ser praticados nos sistemas penais subterrâneos e privadamente. Ou não encontramos

46. Os relatórios preliminar e conclusivo foram publicados respectivamente em 1984 e 1986, sob o título *Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina*, pela editora Depalma.

47. VIANA, Eduardo. *Dolo como compromisso cognitivo*, cit., p. 157.

48. A Constituição não seria aplicável porque “os escravos acham-se fora dela” (PAULA PESSOA, Vicente Alves. *Código Criminal do Império do Brasil*. Rio de Janeiro: Ed. A. A. Cruz Coutinho, 1885. p. 138).

49. Dec. 3.647, de 23.04.1900 (Regulamento da Casa de Correção do Distrito Federal), art. 101, incs. 5º e 6º.

ainda hoje muita gente da qual se poderia dizer, como o Conselheiro Paula Pessoa, que se acha fora da Constituição?

Em certo momento, Eduardo Viana se compromete com “a criação de um conceito que permita situar as condutas dolosas no seu devido lugar”; seu objetivo “é evitar que cachorro seja chamado de gato”.⁵⁰ Sua habilidade para transitar entre as retortas conceituais da dogmática jurídico-penal está mais que demonstrada, e eu aprovaria sua tese com distinção e recomendação de publicação, caso integrasse a banca. Mas, do ponto de vista da política criminal, muito mais importante do que chamar o bicho pelo nome certo é verificar qual dos dois animais tem a mordida mais dolorosa. A menos que se considere que quanto mais dor, melhor.

VII. REFERÊNCIAS

- AGOSTINHO. *A Cidade de Deus*. Trad. O. Paes Leme. Bragança Paulista: Ed. Un. S. Francisco, 2003. 2 v.
- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. Trad. M.G.Kury. Brasília: Ed. UnB, 1985.
- BATISTA, Nilo. *Capítulos de política criminal*. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2022.
- BENTHAM, Jérémie. *Traité de Législation Civile et Pénale*. Trad. Et. Dumont. Paris: Ed. Rey et Gravier, 1830.
- BISCARDI, Arnaldo. *Diritto Greco Antico*. Verese: Ed. Giuffrè, 1982.
- BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Ed. Atlas, 2015.
- CALABRESE, Antonio. *Diritto Penale Canonico*. Roma: Ed. Vaticana, 2006.
- CAVIGIOLI, Juan. *Derecho Canonico*. Madrid: Ed. Rev. Der. Priv., 1947. 2 v.
- COSTA, Pedro Jorge. *Dolo penal e sua prova*. São Paulo: Ed. Atlas, 2015.
- DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de Filosofia do Direito*. Trad. A. J. Brandão. Coimbra: Ed. A. Amado, 1979.
- FICHTE, Johann Gottlieb. *Fondement du Droit Naturel selon les Principes de la Doctrine de la Science*. Trad. A. Renaut. Paris: Ed. PUF, 1984.
- FRIEDBERG, E. A.; Richter, A. L. (Org.). *Corpus Iuris Canonici*. N. Jersey: Ed. Law-book Exchange Ltd., 2013.
- GERNET, Louis. *Recherches sur le Développement de la Pensée Juridique et Morale en Grèce*. Paris: Ed. Albin Michel, 2001.
- GIOFREDI, Carlo. *I Principi di Diritto Penale Romano*. Turim: Ed. Giappichelli, 1970.
- GIULIANI, Alessandro. Imputation et justification. In: AA.VV. *La Responsabilité*. Paris: Ed. Sirey, 1977.

50. VIANA, Eduardo. Op. cit., p. 288.

- GONZAGA, Tomás Antônio. Tratado de Direito Natural. In: *Obras Completas*. Rio de Janeiro: Ed. INL, 1957. v. II.
- GROTIUS, Hug. *O Direito da Guerra e da Paz*. Trad. C. Mioranza. Ijuí: Ed. Unijuí, 2004. 2v.
- HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Filosofia del Derecho*. Trad. A. M. Montero. Buenos Aires: Ed. Claridad, 1968.
- KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Prática*. Trad. A. Morão. Lisboa: Ed. 70, 2008.
- KANT, Immanuel. *Principios Metafísicos de la Doctrina del Derecho*. Trad. A. Córdoba. México: Ed. UNAM, 1978.
- MÁLAGA, Armando Sánchez. *Determinación del Dolo*. Montevideu: Ed. B de F, 2018.
- NIETZSCHE, Friedrich. *Crepúsculo dos ídolos*. Trad. P. C. Souza. São Paulo: Ed. Cia das Letras, 2006.
- NIETZSCHE, Friedrich. *Humano, demasiado humano*. Trad. P. C. Souza. São Paulo: Cia das Letras, 2000. 2 v.
- PAULA PESSOA, Vicente Alves. *Código Criminal do Império do Brazil*. Rio de Janeiro: Ed. A. A. Cruz Coutinho, 1885.
- PERELMAN, Chaim. *Retóricas*. Trad. M. E. G. Pereira. São Paulo: Ed. M. Fontes, 1997.
- PUFENDORF, Samuel. *Os deveres do homem e do cidadão*. Trad. E. F. Alves. Rio de Janeiro: Ed. Topbooks, 2007.
- RADBRUCH, Gustavo. *El Concepto de Acción*. Trad. J. L. Guzman Dalbora. Montevideu: Ed. B de F, 2011.
- RICOEUR, Paul. *Philosophie de la Volonté*. Paris: Ed. Points, 2009. 2 v.
- SARTRE, Jean-Paul. *O Ser e o Nada*. Trad. P. Perdigão. Petrópolis: Ed. Vozes, 1997.
- SCHOPENHAUER, Arthur. *O mundo como vontade e representação*. Trad. M.F. Sá Correia. Rio de Janeiro: Ed. Contraponto, 2001.
- TAVARES, Juarez. *Fundamentos da teoria do delito*. Florianópolis: Ed. T. lo Blanch, 2018.
- TOMÁS DE AQUINO. *Suma Teológica*. Trad. A. M. Roguet et al. São Paulo: Ed. Loyola, 8 v.
- VIANA, Eduardo. *Dolo como compromisso cognitivo*. São Paulo: Ed. Marcial Pons, 2017.



PESQUISAS DO EDITORIAL



ÁREA DO DIREITO: Penal

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- As teorias diferenciadoras do dolo eventual e da culpa consciente, de Laura Ayub Salvatori – *RBCCrim* 166/19-61; e
- Sobre a estrutura monista do dolo: uma visão crítica, de Carlos María Romeo Casabona – *Ciências Penais* 3/7-32, *Doutrinas Essenciais Direito Penal e Processo Penal* 1.

TRANSPLANTE LEGAL: O DOMÍNIO DA ORGANIZAÇÃO EM CLAUS ROXIN E NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

LEGAL TRANSPLANTS: THE DOMAIN OF ORGANIZATION IN CLAUS ROXIN AND IN THE SUPREME COURT

SIMONE DE SÁ ROSA FIGUEIRÊDO

Doutora em Direito Penal pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE (2017).
Mestra em Direito Penal pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE (2010).
Bacharela em Direito – FIR (2009). Professora da Pós-Graduação em Direito Penal e
Processual Penal da Faculdade Damas da Instrução Cristã, em Recife-PE. Professora de
Direito Penal, Processo Penal, Criminologia, Sociologia e Direitos Humanos da Graduação
em Direito da Faculdade Damas da Instrução Cristã, em Recife-PE. Professora de
Medicina Legal da Graduação em Medicina da UNINASSAU Recife. Avaliadora do MEC
para cursos de Direito. Revisora da Revista *Delictae* – Qualis A1. Integrante do Conselho
Editorial da Revista Ciências Criminais em Perspectiva. Advogada.
Lattes: [lattes.cnpq.br/0381163581576752].
ORCID: [orcid.org/0000-0001-6964-7310].
simonedesarf@yahoo.com.br

JOSÉ MÁRIO RAMOS CORREIA DE ARAÚJO

Doutorando em Teorias da Decisão Jurídica pela UFPE. Mestre em Historicidade das Ideias
Penais pela FADIC (2020). Especialista em Direito Penal pela FADIC (2020). Bacharel em
Direito pela FCHPE (2018). Especialista em Direito Público pela FCHPE (2016). Licenciado
em História pela UFPE (2007). Professor em Direito Penal e Direito Processual Penal na
Pós-graduação do IPANEC. Professor em Direito Penal e Direito Processual Penal
na UNIAESO e FOCCA. Membro do IBCCRIM. Presidente da Comissão de Prática Penal e
membro da Comissão de Direito Militar da ABCCRIM, Recife-PE. Secretário da Comissão
de Direito Aeroespacial da OAB-PE. Advogado Criminalista em Recife-PE.
Lattes: [lattes.cnpq.br/0612942356183305].
ORCID: [orcid.org/0000-0003-1723-6522].
jmrcadv@gmail.com ou mario@gmaadvogados.adv.br

DOI: [doi.org/10.54415/rbccrim.v197i197.247].

Recebido em: 06.06.2022

Aprovado em: 08.02.2023

Última versão dos autores: 14.02.2023

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: O presente trabalho analisa a aplicação no Poder Judiciário brasileiro da teoria do domínio do fato em relação à imputação de autoria em aparelhos organizados de poder, a partir da teoria desenvolvida por Roxin, afigurando também a construção doutrinária do fenômeno "transplante legal" no Brasil. Da análise da aplicação da teoria do domínio do fato roxiniana no Brasil, originam-se conclusões sobre sua compatibilidade com o ordenamento jurídico em vigor. O método de pesquisa é composto de revisão bibliográfica, necessária para estabelecer claramente os pressupostos de subsunção elencados pela doutrina em suas diversas concepções aqui estudadas. Para tanto, são examinadas decisões do Supremo Tribunal Federal, em casos de aplicação do domínio do ato por *Organisationsherrschaft*, de Roxin, como fundamento decisório. A partir dessa verificação, conclui-se que o termo *Tatherrschaft* é empregado sem a aplicação dos critérios elencados pelo autor utilizado como fundamento decisório. Nesse sentido, constata-se que o Supremo Tribunal Federal, além de não aplicar critérios essenciais à teoria, confunde aspectos teóricos antagônicos de doutrinadores diversos no intuito de encontrar supostas justificativas para fundar as suas decisões.

PALAVRAS-CHAVE: Domínio do fato – Autoria penal – Autoria mediata – Concurso de pessoas – Crime organizado.

ABSTRACT: This paper analyzes the application in the Brazilian Judiciary of the domain of fact theory regarding the imputation of authorship in organized power apparatuses, based on the theory developed by Roxin, also looking at the doctrinal construction of the phenomenon of the "legal transplant" in Brazil. The analysis of the application of the Roxinian theory in Brazil leads to conclusions about its compatibility with the current legal system. The research methodology consists of a bibliographic review which is needed to clearly establish the presuppositions of subsumption listed by the doctrine in its various conceptions studied here. To this end, decisions of the Supreme Court in cases of application of the dominion/domain of the fact by *Organisationsherrschaft*, by Roxin, are examined as a decisional basis. From this verification, it can be concluded that the term *Tatherrschaft* is used without the application of the criteria listed by the author as a decision-making basis. In this sense, it can be seen that the Supreme Court, in addition to not applying essential criteria of the theory, confuses conflicting theoretical aspects of different doctrines in order to find alleged justifications to support its decisions.

KEYWORDS: Domain of the fact – Direct and indirect perpetration – Conspiracy – Organized crime.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Teoria do domínio do fato: internacionalização e caráter de transplante legal. 2.1. Definições e função dos transplantes legais: o caso brasileiro. 3. O domínio da organização no sistema diferenciador alemão. 4. O domínio da organização e a jurisprudência do STF. 5. Sobre a ausência da teoria roxiniana do domínio da organização na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. 6. Considerações finais. 7. Referências. 8. Jurisprudência.

1. INTRODUÇÃO

O presente texto tem por objetivo investigar a aplicação na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em decisões do Tribunal Pleno, da teoria do domínio

do fato por aparatos organizados de poder, aos moldes desenvolvidos por Claus Roxin. Possíveis incompatibilidades doutrinárias são analisadas a partir do confronto da teoria com o ordenamento jurídico brasileiro.

A abordagem inicial disserta sobre a expansão da teoria do domínio do fato por aparatos organizados de poder em diversas jurisdições nacionais e no Tribunal Penal Internacional, chegando, finalmente, ao ordenamento jurídico penal brasileiro. Em virtude da referida doutrina ser originária da Alemanha, além da definição do termo, a análise parte da verificação do contexto histórico no qual se deu o transplante legal para o Brasil, a fim de identificar causas e a própria caracterização da teoria aplicada.

Após denotar o processo de integração de institutos estrangeiros sob a ótica de *legal transplants*, a aplicação dos critérios relativos ao domínio da organização é analisada nas decisões do Supremo Tribunal Federal. Os acórdãos são referentes à responsabilização penal, na condição de autor, em casos envolvendo organizações criminosas e fundamentados na teoria do domínio do fato.

Nesse sentido, são constatadas falhas substanciais na aplicação da construção doutrinária de Roxin pelo Supremo Tribunal Federal. A teoria do domínio da organização é inserida nas decisões a partir da perspectiva do ordenamento jurídico alemão, para o qual foi originalmente concebida. Isso se torna latente ao perceber que a legislação penal da Alemanha adota modelo diferenciador para atribuição de responsabilidades em questões de codelinquência, rejeitando, portanto, o modelo unitário de autoria para crimes dolosos, aplicado no Brasil.

O processo de formação do modelo brasileiro de responsabilização penal no concurso de pessoas em aparatos organizados de poder, é analisado dentro do seu contexto histórico, com o objetivo de, a partir de sua caracterização, demonstrar a presença de transplante legal.

Assim, o debate doutrinário brasileiro sobre a temática do concurso de pessoas é abordado com a intenção de demonstrar a equivocidade do instituto estabelecido no Brasil, debate este materializado com o posicionamento teórico multifacetado dos juristas que tratam da questão.

A pesquisa adota como método a revisão bibliográfica de autores relacionados ao tema, sobretudo as obras originais, assim como a análise de legislação e jurisprudência. A historicidade é utilizada como meio investigativo, visando trazer uma compreensão mais ampla e precisa sobre a temática abordada. Estrutura-se a partir da apresentação inicial da tese, seguida de seus argumentos para, ao final, no último capítulo, explanar os fundamentos do posicionamento acerca do problema sob o qual se debruça.

A pesquisa se justifica diante da pluralidade de doutrinas que se pronunciam sobre o tema do concurso de pessoas nos aparatos organizados de poder, que ganha relevância com julgamentos de grande repercussão como a Ação Penal 470/MG. Diante do papel limitador da violência institucionalizada que tem o direito penal, é necessário estabelecer critérios claros que promovam maior segurança jurídica, quando da atribuição de responsabilidade criminal. Neste sentido, o diálogo com divergentes visões doutrinárias sobre a temática tem o condão de trazer ao centro do debate aspectos ainda carentes de elucidação.

O sistema jurídico brasileiro apresenta características jurídicas derivadas da *civil law* e *common law*, como afirma Fredie Didier (2017, p. 67-69). Importante ressaltar que há um sistema de valorização de precedentes judiciais, firmando diretrizes decisórias a partir de entendimentos dos tribunais, aplicando os parâmetros estabelecidos pelas cortes a casos futuros. Portanto, um *decisum* emanado da Corte Suprema produz efeitos que ultrapassam a dimensão *inter pares*.

Demonstra-se que até hoje o domínio da organização e suas definições sobre autoria mediata não encontram ressonância satisfatória na Suprema Corte. Ocorre a menção a Claus Roxin pelo Tribunal ao fundamentar suas decisões, todavia, sua construção teórica se mostra ausente nos votos ministeriais, havendo deturpação do instituto com a legitimação de tal prática em instâncias inferiores.

Evidencia-se a incompatibilidade das teorias do domínio do fato, advindas da Alemanha, que adota modelo diferenciador de autoria, com o sistema brasileiro de caráter unitário. O transplante legal teve efeito violador de direitos, ao contrário do intentado por Roxin, ainda que em seu nome.

Ao utilizar o conceito de domínio do fato de modo pouco preciso, o Supremo Tribunal Federal abre espaço para críticas arrazoadas. A ausência de critérios denota uma fragilização de garantias constitucionais estabelecidas pela Magna Carta, especialmente na esfera penal, que reverbera diretamente na liberdade do indivíduo.

O direito a um julgamento justo e imparcial, respeito à dignidade da pessoa humana e legalidade são pressupostos que estruturam o funcionamento das instituições em um Estado Democrático de Direito.

2. TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO: INTERNACIONALIZAÇÃO E CARÁTER DE TRANSPLANTE LEGAL

A teoria do domínio do fato, em especial o seu conteúdo relacionado a aparelhos organizados de poder, nos moldes desenvolvidos por Claus Roxin, ultrapassou as fronteiras de seu país de origem, a Alemanha. Segundo o seu criador, o domínio da organização – *Organisationsherrschaft*, como uma das formas de autoria mediata,

identificando o autor por trás do autor –, *der Täter hinter dem Täter*, teve grande repercussão nos países de língua espanhola e portuguesa, sobretudo na América Latina (ROXIN, 2015, p. 736-737).

Na América Latina, Roxin deu destaque para o transplante legal da sua teoria em decisão da *Corte Suprema de Justicia de la República – CSJ*, a mais alta corte da República do Peru, que condenou o presidente Alberto Fujimori, fundamentando a autoria mediata deste com base no domínio da organização. Kai Ambos (2009, p. 552) afirma que a fundamentação da Câmara Criminal teve como diretriz os critérios desenvolvidos por Roxin nas decisões que se referem aos casos *Barrios Altos* (novembro de 1991), *Sóstanos SIE – Servicio de Inteligencia del Ejército* (abril de 1992), e *La Canuta* (julho de 1992).

Da mesma forma, a Corte de Apelação Argentina e a Suprema Corte do mesmo país se apropriaram do pensamento de Roxin nos julgamentos dos crimes do regime militar, já na década de 1980 (ROXIN, 2003, p. 48).

O direito internacional penal também introjetou a doutrina do domínio do fato e domínio da organização. Neste sentido, é possível citar julgamento ocorrido no Tribunal Penal Internacional para a Iugoslávia, referente ao caso Stakić, pioneiro no uso da expressão “autor por trás do autor/agente” (OLÁSOLO, 2009, p. 122). Kai Ambos afirma a coerência do reconhecimento da autoria mediata, no art. 25, 3, a, do Estatuto de Roma e a aplicação do domínio da vontade de Roxin, teoria mais elaborada que a doutrina anteriormente utilizada pelo Tribunal Penal Internacional, para responsabilização do superior hierárquico e empreendimento criminal comum – *joint criminal enterprise* (AMBOS, 2009, p. 564). Andreas Herzig (2013, p. 196) destaca a influência da teoria do domínio do fato, mencionando a ênfase dada para a doutrina do domínio da organização de Roxin, na resolução do caso conhecido como o Massacre de Bogoro, julgado no Tribunal Penal Internacional.

Roxin (2009, p. 565) cita esta expansão de sua teoria para além das fronteiras da Alemanha como um caso bem-sucedido e desejado de dogmática penal internacional, responsável por abarcar casos de relativa universalidade, aptos a serem enfrentados por diversos ordenamentos jurídicos distintos. O autor admite a possibilidade de um direito penal intercultural, sendo entusiasta do Estatuto de Roma para proteção de bens jurídicos (ROXIN, 2006b, p. 131-132).

Abordando a internacionalização do direito penal, Dubber (2006, p. 1288-1291) cita a menor integração desta área específica do conhecimento jurídico, se comparada ao direito civil, por exemplo. As intervenções de caráter penal findam por favorecer menor intercâmbio, pois são analisadas majoritariamente sob o prisma da soberania. O autor destaca que em muitas jurisdições o direito penal se preocupa com a defesa do Estado, a exemplo dos Estados Unidos da América, onde a

legislação criminal incide deveras no intuito de proteger o ente público contra ofensas, acarretando dificuldades comparativas em relação a ordenamentos jurídicos destinados a limitar o poder do Estado, resguardando os indivíduos.

No Estatuto de Roma, a intenção foi desenvolver uma teoria geral do crime dotada de aplicabilidade universal, compatível com as variadas tradições jurídicas, contribuindo para disseminar o debate transnacional relativo a questões de direito penal, a exemplo da responsabilização individual em organizações criminosas. Porém, a ausência de considerações históricas, quando da análise dos institutos comparados, é ponto criticado, ao se verificar a análise superficial de institutos jurídicos, na medida em que os doutrinadores, invocando similaridades e diferenças, não levam em consideração a historicidade na formação do direito penal utilizado como parâmetro comparativo (DUBBER, 2006, p. 1291).

O contexto histórico da introdução da teoria do domínio do fato no ordenamento jurídico brasileiro é contemporâneo ao momento de expansão e consolidação internacional desta construção doutrinária. Luís Greco (2015, p. 386) afirma que esse debate é de interesse do direito comparado, sob a categoria de *legal transplant*, uma vez que houve a integração da teoria do domínio do fato ao ordenamento jurídico brasileiro, por meio de decisões judiciais.

2.1. Definições e função dos transplantes legais: o caso brasileiro

A definição do termo transplante legal (*legal transplant*) enquanto fenômeno de importação de doutrina estrangeira, como aqui utilizado, foi desenvolvida por Alan Watson, significando o movimento de uma regra, doutrina ou sistema legal, de um país para outro (WATSON, 2000, s.n.).

Goldbach (2019, p. 584-585) afirma o pioneirismo do desenvolvedor do termo (*legal transplant*), denotando a pertinência da palavra transplante e fazendo analogia com a medicina, destacando a parte da lei que foi deslocada e passa a integrar no novo corpo jurídico, se assemelhando ao transplante de órgão humano.

De modo dinâmico, as construções legislativas, doutrinárias e jurisprudenciais sofrem modificações para se adequar às especificidades do ordenamento de destino, não se resumindo à mera imitação. Neste processo, o conhecimento gerado também se desloca em sentido reverso, muitas vezes retornando aos locais de origem e promovendo inovações (GRANDE, 2016, p. 585-586).

Acrescenta Valderrama (2004, p. 274) a necessidade do estudo dos transplantes legais juntamente com os processos aptos a justificar o trânsito de concepções legais, envolvendo questões de autoridade, prestígio, eficiência, econômicas e políticas, considerando a cultura legal dos locais específicos para maior compreensão do

fenômeno. Analisando a importância da reflexão dos chamados transplantes legais no âmbito do direito penal, ressalta o papel destes nos estudos de direito comparado, diante da difusão de concepções jurídicas de variadas origens, possibilitando a introdução de inovações legislativas, doutrinárias e jurisprudenciais nos diversos ordenamentos (GRANDE, 2016, p. 585).

No Brasil, o *legal transplant* do domínio da organização foi objeto de análise por Luís Greco, que constatou incongruências entre a aplicação da teoria em seu país de origem e sua respectiva função e utilização pelo Poder Judiciário Brasileiro, especificamente em relação à decisão de mérito da Ação Penal 470, julgada pelo Supremo Tribunal Federal, conhecida como o caso Mensalão. Afirma:

“Com isso, desaguardamos na conhecida discussão travada entre os comparatistas a respeito dos chamados *legal transplants*. Sob esse conceito são discutidas as tensões que surgem quando figuras ou categorias jurídicas desenvolvidas em determinados contextos dogmáticos e culturais são transportadas para outras ordens jurídicas que não possuem as mesmas ‘condições estruturais’. A recepção brasileira da teoria do domínio do fato se revela como um transplante problemático em outro sentido, a saber: uma consideração, concebida e manejada como uma razão em seu país de origem, foi introduzida em outra ordem jurídica não mais como razão, mas como apelo com efeitos retóricos, e, assim, falsificada” (GRECO, 2015, p. 387-388, grifos do autor).

A Ação Penal 470/MG foi um caso de grande ressonância na comunidade jurídica, envolvendo Ministros de Estado, líderes partidários, chefes de Poder, parlamentares e grandes empresários.

O acórdão final conta com mais de oito mil páginas, com numerosas referências expressas à teoria do domínio do fato, em sua modalidade ligada ao domínio da organização – *Organisationsherrschaft*, especificamente, *Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate*.

Os critérios formulados por Roxin ao definir o conceito de domínio da vontade por meio de aparelho organizado de poder (domínio da organização) não são minimamente contemplados nos julgamentos em que o Tribunal Pleno do STF utiliza os escritos do doutrinador como um dos fundamentos de decisão, afigurando-se como criação de artifício desamparado por sua teoria, apesar do emprego da nomenclatura e da indicação da autoria de Roxin, disfuncionando esta agravada em virtude de entendimento sobre as matérias deliberadas pela Corte orientarem a atuação de todas as instâncias inferiores.

A decisão proferida pelo Tribunal Pleno, no âmbito da Ação Penal 470/MG, teve repercussão internacional, sendo matéria de diversos artigos acadêmicos referentes ao seu conteúdo jurídico quanto à aplicação da teoria em análise.

Como se observará adiante, até hoje as decisões do Supremo Tribunal Federal sobre a questão são insatisfatórias. Acrescente-se que a referida Corte ostenta condição de intérprete da Constituição e desempenha, por força desta, a função de julgar em primeira e única instância determinadas autoridades que pratiquem infrações penais comuns, como estabelecido em seu artigo 102, inciso I, alíneas b) e c). As demais decisões decorrem da competência da Corte Suprema para julgar recursos ordinários e extraordinários (art. 102, II e III, CRFB/1988) em processos penais nos quais as partes desejam submeter decisão à revisão.

Como se percebe, o domínio da organização, como desenvolvido por Roxin, apresentou-se como uma teoria que ultrapassou as fronteiras do seu país de origem, repercutindo em diversas jurisdições ao redor do globo. O conceito influencia também a Jurisprudência do Tribunal Penal Internacional e chega ao Brasil como transplante legal, sendo utilizado para fundamentação de decisões judiciais no Supremo Tribunal Federal, descumprindo elementos que revelam a sua essência, a sua própria constituição, como será detalhado adiante.

3. O DOMÍNIO DA ORGANIZAÇÃO NO SISTEMA DIFERENCIADOR ALEMÃO

A teoria do domínio do fato, quanto ao aspecto ligado ao domínio da organização, é originária de problemática surgida no ordenamento jurídico alemão, sobre a necessidade de punição dos mandatários – *Schreibtischtäter* – responsáveis por dirigir organizações capazes de atuar, no todo ou em parte, ilicitamente, promovendo a prática de condutas tipificadas na legislação penal.

Wolfgang Schild (2012, p. 22) comenta a formulação de Roxin referente ao *Hintermann* – mentor, *Schreibtischtäter* –, autor de escritório/escrivania, esclarecendo que o conceito visa reconhecer a função central dos acontecimentos delituosos e responsabilização, imputabilidade e de autoria mediata (para essa figura que não participa dos atos executórios, permanecendo distante da prática da conduta típica pelo homem de frente – *Vordermann*). Acrescentando que, por sua força dentro da instituição, o mandante responde pelo domínio da conduta.

Hünerfeld (1987, p. 244) define o *Hintermann* como dirigente membro de sede ou quartel general que age com total responsabilidade penal, porém atua por meio de lacaios totalmente violentos e livremente intercambiáveis.

O Código Penal da Alemanha – *Strafgesetzbuch* (StGB) – define a condição de cada agente delituoso envolvido na prática comum de conduta criminalmente relevante. Dispostos nos (artigos) § 25 – *Täterschaft* – autoria, § 26 – *Anstiftung* – incitação e § 27 *Beihilfe* – auxílio (em equivalência à nomenclatura utilizada no Código Penal do Brasil). Portanto, a codificação alemã destaca previsão apta a promover

diferente responsabilização e valoração do papel desempenhado por cada indivíduo na ação tipificada.

Para Roxin (2015, p. 25), o autor é a figura central do acontecimento delitivo (*Der Täter ist die Zentralgestalt des Handlungsmäßigen Geschehens*). O significado da expressão é acompanhado da observação de que não se trata de mera redefinição do conceito de autoria, senão de um critério formal e ponto de partida metodológico, atrelado a uma forma possível de ser concretizada, que une elementos ontológicos e teleológicos em um sistema construído em vários níveis, em várias camadas.

A ideia de figura chave no curso dos acontecimentos deve representar diretriz a ser perseguida quando da análise dos casos, de acordo com as diferentes ocorrências positivadas na legislação. Ainda segundo Roxin (2003, p. 14-15), a diferenciação entre as formas de autoria, nomeadamente, imediata, mediata e coautoria, encontra iniciativa por parte do legislador, por meio de enunciados no § 25, I e II, do *StGB*.

A teoria do domínio do fato tem um entendimento vinculado à realização do fato típico em sentido material, contrastando com concepções exclusivamente objetivo-formais de autoria, visto que estas últimas apresentavam dificuldades quanto à valoração de casos envolvendo autoria mediata, por exemplo. Em termos histórico-dogmáticos, a teoria é compreendida por Roxin (2003, p. 15) na condição de desenvolvimento progressivo advindo de postulados objetivos e subjetivos, apresentando uma síntese entre estas duas posições doutrinárias. Estes aspectos são destacados por Kienapfel (1984, p. 551), afirmando a atual predominância doutrinária de uma visão geral que avalia circunstâncias objetivas e subjetivas, considerando especialmente a ideia de domínio do fato.

No conceito de figura central, o agente delituoso deve ter seus contornos delineados nos aspectos valorativos elencados em parâmetros legais e deve ser igualmente representável, além de apreensível, por meio de critérios pré-jurídicos (ROXIN, 2015, p. 25).

Os requisitos para estabelecimento da autoria se manifestam no verbo executar, o instigador é atrelado à elementar fomentar/promover e, por fim, o auxiliar é definido por meio de seu ajudar, como respectivamente informado nos artigos 25 a 27 do *StGB*. Os elementos pré-jurídicos da *Zentralgestalt* dos acontecimentos representam o senso comum inferindo sobre autoria, instigação e auxílio, no caso concreto. O autor é a figura principal, os demais são atores periféricos (ROXIN, 2015, p. 26).

A autoria no domínio do fato em Roxin, no sistema diferenciador alemão, adquire importância a partir da identificação do agente principal do acontecimento delituoso, distinguindo-o dos partícipes por meio de critério aberto (representando uma descrição) como nos moldes propostos por Larenz em seu método jurídico

para o Direito, quando este último versa sobre o *Typus*. A composição do conceito é formada por enunciados preenchidos com determinados critérios de conteúdo amplo nos quais as especificidades devem ser verificadas no conjunto sistemático do ordenamento jurídico. Nesse sentido, por meio das descrições, defende-se ser possível maior conformidade do texto legal para com as situações da vivência humana, de modo que domínio do fato teria aquele a executar condutas a), b), c), entre outras (ROXIN, 2015, p. 122-124).

Friedrich-Christian Schroeder (1995, p. 177-178) esclarece que, para Roxin, o automatismo necessário justificando a certeza de execução da ordem ilícita deriva, fundamentalmente, do pressuposto da fungibilidade. Os enunciados formadores de definições teriam um componente de caráter objetivo, servindo para diferenciar entre autor e partícipe de acordo com o caso concreto.

A delegação de ato ilícito a um único especialista capaz para tal, na organização criminosa, afasta a fungibilidade e significa, para Roxin, a responsabilização do agente mediato na condição de instigador.

A questão da fungibilidade e disposição do executor imediato e sua relação de responsabilidade com o mentor intelectual é ponto de discordância entre os autores.

Schroeder (1995, p. 178) destaca que o momento específico da substituição de um agente executor por outro não é levado devidamente em consideração. O doutrinador esclarece a maior necessidade de verificação do papel desempenhado pelos diferentes componentes da organização criminosa, implicando a diferenciação entre autor mediato e instigador. O autor não percebe esta ausência específica de fungibilidade como relevante, pois a condição de autor mediato é atribuída ao mandante em virtude de seu saber sobre a inexistência de qualquer fator impeditivo à disposição do agente executor em atuar contrariamente ao direito, nesse mesmo contexto.

Thomas Rotsch (2009) destaca a aplicação das teorias desenvolvidas por esses autores, verificando a importância da aplicabilidade do domínio da organização e denotando a preponderância da doutrina desenvolvida por Roxin no direito internacional penal e demais jurisdições, acrescentando que o pensamento de Schroeder teve maior aceitação na Alemanha.

Kienapfel (1894, p. 552) demonstra pontos principais da estrutura conceitual adotada por Roxin e informa sobre o caráter aberto do termo domínio do fato, reconhecendo a importância desta construção doutrinária em sua composição conceitual. Entretanto, o autor não superestima a ideia de domínio do fato considerando que se trata de uma diretriz normativa incapaz de ser aplicada na resolução de todos os problemas.

O conceito de domínio do fato estaria sempre restrito às fronteiras das características elencadas pelo autor, estas últimas ordenadas sobre qualificações capazes de criar conteúdo. As determinações enunciadas seriam preenchidas por princípios reitores, funcionando como marcos regulatórios da atividade jurisdicional que, por sua vez, desempenhando sua atividade característica, preencheriam as lacunas existentes na aplicação ao caso concreto.

Analisando o instituto do domínio da vontade por aparato organizado de poder é perceptível a mudança conceitual ocorrida em relação ao conceito inicialmente elaborado pelo autor, em 1963. Em seu primeiro desenvolvimento, o domínio da organização era composto por três critérios cumulativos fundamentais para a configuração de autoria. Posteriormente, o autor acrescentou um quarto pressuposto, que mais tarde deixou de ser autônomo. Vejamos todos eles.

Na mais recente versão de *Täterschaft und Tatherrschaft* – com o título de *Schlußteil 2015, Zum neuesten Stand der Lehre von Täterschaft und Teilnahme* – Roxin sistematiza os critérios de modo mais claro e específico, voltando a pontuar apenas três enunciados que compõe sua teoria de domínio da organização como forma autônoma de autoria mediata, da seguinte forma: 1. O poder de comando/força do mando – *Anordnende Befehlsgewalt*; 2. Desvinculação do direito do aparato organizado de poder – *Rechtgelöstheit des Machtapparates*; 3. A fungibilidade do executor imediato – *Die Fungibilität der unmittelbar Ausführenden*; o quarto pressuposto para formação da descrição apta a caracterizar autoria; e 4. A elevada disposição do autor (para cometer o delito) – *die wesentlich erhöhte Tatbereitschaft der Ausführenden* (escritos de 2006a e 2007), a maior disposição do agente em executar comando ilícito, por fazer parte de estrutura organizada, apesar de não mais considerado critério autônomo (ROXIN, 2015, p. 739).

O poder de comando, força do mando – *Anordnende Befehlsgewalt* – implica a capacidade do superior hierárquico de exercer seu poder de comando para que os subordinados executem as ordens emanadas. Somente pode ser autor mediato o integrante de uma organização fortemente dirigida que exerce o violento poder de comando para materializar a realização de um fato típico. Nesse sentido, o comandante de um campo de concentração nazista pode ser considerado autor mediato dos assassinatos que ordenou, mesmo agindo sob instruções de autoridades superiores. Portanto, de acordo com Roxin (2007, p. 12-13), é possível haver vários autores mediatos nos diferentes níveis da hierarquia da cadeia de comando.

A desvinculação do direito do aparato organizado de poder – *Rechtgelöstheit des Machtapparates* – significa que o ordenamento jurídico deve permitir ao subordinado que se negue a cumprir ordem manifestamente ilegal. O sistema ou organização deve estar dissociado do direito para que possibilite, com alto grau de certeza,

a previsibilidade de sucesso do comando delituoso proferido. Afirmo Roxin que o aparelho de poder não precisa, necessariamente, ter se apartado da lei em todos os aspectos, senão apenas no contexto dos delitos cometidos. Os assassinatos no muro de Berlim exemplificam ações ilícitas, mesmo que o governo da República Democrática Alemã tivesse uma opinião diferente, assim como os crimes praticados pelo regime nazista seriam condutas desvinculadas do direito, ainda que o governo da época os tivesse ordenado publicamente e não por meio de expedientes secretos (ROXIN, 2007, p. 13).

O critério exposto no parágrafo anterior é objeto de críticas. Rotsch (2000, p. 534-535) afirma que esse enunciado é incoerente com o sistema. Marlie (2009, p. 147-149) entende que a controvérsia em torno do ponto é justificada, diante da inaplicabilidade da premissa. Jan Schlösser (2004, p. 159) afirma que o critério normativo é extremamente problemático em sua relação com o aparato de poder estatal. Acrescenta que a questão da dissociação do ordenamento deve ser levantada antes, no contexto do controle de antijuridicidade da ação estatal, não devendo ser tratada como parte da delimitação das formas de concurso de agentes. Wolfgang Schild (2012, p. 22-23) analisa o critério da desvinculação do direito, se opondo a Roxin por entender que a doutrina deste não expõe a principal característica deste tipo de domínio do fato, a saber, o domínio social.

Martínez (2017, p. 143) parte de outra perspectiva. Ele analisa a questão da desvinculação do direito na teoria de Roxin como um critério de ordem prática, servindo para delimitar autoria e instigação em estruturas hierárquicas, de caráter estatal e paraestatal (privado). A questão é vista como controversa, quando se considera o Estado no papel de violador de direitos, ao promover injustiças por meio do ordenamento jurídico. O autor destaca que o ordenamento jurídico ao qual o autor do domínio do (f)ato se refere não está somente indicando o âmbito interno, nacional.

Importante acrescentar que, acreditando que os Estados possam editar leis injustas, Roxin atribui ao direito internacional a condição de ordenamento responsável por assegurar valores universais, identificando violações, ainda que legitimadas por instituições. A injustiça promovida pelo direito positivo deve ser corrigida por um direito suprapositivo, fundamentado no direito internacional, de modo que Estados totalitários não tenham a possibilidade de cometer genocídios sob o manto de aparente legitimidade (MARTÍNEZ, 2017, p. 145-147).

O terceiro critério, denominado “a fungibilidade do autor imediato” – *Die Fungibilität der unmittelbar Ausführenden* – se refere ao indivíduo que atua na condição de engrenagem pertencente a um maquinário ou componente de organização com funcionamento autônomo e pluralidade de atores. A execução do comando, por isso, é esperada com relativa certeza pelo superior que emana a ordem, associada à

existência do poder de mando legitimado pela instituição. Não faltam liberdade e responsabilidade por parte do executor imediato, que deve ser punido como autor responsável. Contudo, essas circunstâncias são irrelevantes para o domínio do homem de trás, que ocupa o centro da dos acontecimentos, pois o agente imediato não se apresenta como um indivíduo livre e responsável, mas como uma figura anônima e intercambiável (ROXIN, 2015, p. 245).

Importante acrescentar que o conceito de fungibilidade e sua interrelação com o automatismo referente à execução do comando por algum dos inúmeros subordinados é criticado por Rotsch. Essa formulação de Roxin é vista pelo autor como de-veras abstrata e distante de aplicabilidade em casos concretos, pois muitas vezes não há necessidade de multiplicidade de agentes disponíveis, a exemplo do especialista contratado. Para ele a fungibilidade é somente possível durante a prática da conduta delitiva, portanto, autor por trás do autor – *Täter hinter dem Täter* – é aquele capaz de exercer o domínio em momento concomitante à execução do crime (ROTSCH, 2000, p. 526-529).

Em contrapartida, ao lado de Roxin, Martínez (2017, p. 129) esclarece que a forma de controle sobre o ato exercida pelo *Hintermann* corresponde ao poder de substituir o executor por inúmeros agentes aptos a desempenhar a mesma missão. A fungibilidade tem fundamento nas estruturas hierárquicas típicas de organizações criminosas, compostas de lideranças centralizadoras no topo, agentes de nível intermediário e executores na base da pirâmide.

O último critério, qual seja a elevada disposição do executor (para cometer o delito) – *Die wesentlich erhöhte Tatbereitschaft der Ausführenden* –, como dito, não aparece na edição inicial da obra de Roxin, em inícios da década de 1960. O pressuposto foi posteriormente incorporado, em referência a F-C Schroeder, percebendo o autor que o mandante possui uma reserva de agentes executores dispostos a cumprir ordens. Esta condição seria uma garantia de execução do mandamento (ROXIN, 2006a, p. 293). Nesse sentido, elementos que influenciariam na extrema disposição do executor estariam relacionados a componentes de reconhecimento social dentro da organização, como o receio em perder prestígio e oportunidades, assim como na certeza de não responder pela ilicitude cometida por se achar amparado pela autoridade superior (ROXIN, 2006a, p. 299).

Roxin (2009, p. 567) retifica o entendimento de descrição composta por quatro critérios, todos expressamente citados durante a análise do caso Fujimori. Acrescenta ainda que os pressupostos da teoria tiveram boa aceitação, contudo, o quarto critério foi tratado de modo controverso pelo Tribunal peruano.

Martínez (2017, p. 156) destaca a ausência de consenso sobre o pressuposto, propondo uma compreensão do autor em sua integração nos grupos criminosos

a partir do direcionamento e objetivos comuns que se desenvolvem com a atuação conjunta dos componentes, afirmando uma compreensão psicossocial do pertencimento relacionado ao executor e a organização. Para ele, agente imediato desempenha um papel de subordinação, fator contabilizado pelo mandante, que dispõe do comando de inúmeros agentes dispostos a agir sob suas ordens, interligando a maior prontidão em atender à solicitação com a fungibilidade, dando suporte a este último critério.

A obra roxiniana *Täterschaft und Tatherrschaft*, em sua última atualização (2015), retorna o entendimento inicial do autor, no sentido de estabelecer apenas os referidos três pressupostos iniciais, aptos a caracterizar autoria mediata em aparelhos organizados de poder. Assim, o critério da maior disposição em executar ordens ilegais, influência de Schroeder, deixou de existir na condição de autônomo.

A última versão da teoria do domínio do fato por aparelhos organizados de poder, como visto, conta com três pressupostos para atribuição de autoria mediata, nomeadamente: a) o poder de comando, força do mando – *Anordnende Befehlsgewalt*; b) a desvinculação do direito do aparato organizado de poder – *Rechtgelöstheit des Machtapparates*; e c) a fungibilidade do autor imediato – *Die Fungibilität der unmittelbar Ausführenden* (ROXIN, 2015, p. 739).

4. O DOMÍNIO DA ORGANIZAÇÃO E A JURISPRUDÊNCIA DO STF

Ao verificar-se as decisões do Supremo Tribunal Federal pronunciadas pelo Tribunal Pleno, maior instância da República Federativa brasileira, é possível constatar que o órgão fundamenta suas conclusões por meio da suposta aplicação dos critérios elencados como Roxin para identificação da figura principal – *Zentralgestalt* – dos acontecimentos delituosos no domínio das organizações criminosas – *Organisationsherrschaft*, referidos no tópico anterior.

Identifica-se nítida contradição não apenas em relação ao conteúdo, mas também quanto à própria autoria da teoria utilizada como fundamento para punição. A Ação Originária 1.047-1 de Roraima (AO 1.047/RR), de Relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, julgada em 28.11.2007 pelo Tribunal Pleno, utiliza suposta teoria de Welzel para justificar a responsabilização de jurisdicionado na condição de autor mediato, em caso de homicídio praticado por organização criminosa, afirmando, *in verbis*:

“Nos termos de nosso Código Penal, autor é aquele que comete a ação típica, aí incluídos os casos de autoria mediata, influência da teoria do domínio do fato de Welzel, segundo a qual autor é todo aquele que tem o domínio final do fato,

domina finalisticamente o decurso do crime e decide sobre sua prática” (BRASIL, STF, AO 1.047/RR, p. 17).

Na citada decisão do Relator é possível perceber incontornável incoerência na afirmação, visto que, aquele que comete a ação típica, na autoria mediata, é o agente imediato, ou seja, o executor. Certamente seria possível atribuir ações de terceiros, como se próprias fossem, em acordo com a legislação brasileira, dado o sistema unitário de autoria, nos moldes delineados por Hamdorf (2002, p. 11-12). Entretanto, a decisão erra ao atribuir tal possibilidade à construção doutrinária de Welzel, pois, para este autor, a possibilidade de responsabilização do autor mediato somente é possível na ausência de algum elemento subjetivo do executor, que funciona meramente como instrumento (WELZEL, 2013, p. 74-77).

Para Welzel, a vontade do executor, por ser livre, implica em sua responsabilização na condição de autor, sendo a conduta do comandante vista como acessória, mesmo em casos envolvendo organizações criminosas. Somente seria possível autoria mediata com uso de instrumento, quando estes, após intervenção finalista do autor, funcionassem de modo independente, de modo puramente mecânico ou reduzida intencionalidade (WELZEL, 1939, p. 167).

Roxin (2017, p. 173-177) descreve a figura do “autor por trás do autor” – “*Täter hinter dem Täter*” – como alguém que provoca uma ação em causa própria, utilizando outrem como instrumento. Os casos de maior indeterminação devem ser analisados em conjunto com o princípio da responsabilização (*Verantwortungsprinzip*). Thomas Weigend (2011, p. 101-102) afirma que o conteúdo atribuído ao princípio da autonomia, por Roxin, é o que possibilita a responsabilização do autor mediato em organizações criminosas.

Schünemann (2006, p. 305) destaca a solução diferenciada que Roxin adotou ao tratar do domínio da organização em aparatos organizados de poder, desenvolvendo parâmetros específicos para configuração de autoria mediata e possibilitando responsabilizar o detentor da força de mando na condição de autor. A divergência de posicionamento em relação a Welzel ocorre em virtude do princípio que possibilita a responsabilização pela conduta típica (*Verantwortungsprinzip*) ter diferente conteúdo.

A questão do “autor por trás do autor” – *Täter hinter der Täter* – e sua relação com o princípio da responsabilização (*Verantwortungsprinzip*) é vista por Schünemann (2008 p. 304-305) como responsável por ampliar o uso do conceito de autoria mediata indiscriminadamente, diante da indeterminação do conceito de responsabilização. No intuito de superar as indeterminações verificadas na doutrina e jurisprudência, evitando o arbítrio judicial, o autor propõe a perspectiva dos “níveis de

domínio do fato” (*Tatherrschaftsstufen*), advindo de sua análise da jurisprudência alemã, implicando responsabilização de cada agente em virtude de relação de proximidade, conhecimento e domínio em relação ao bem jurídico penalmente tutelado.

Na Ação Penal 481/PA, Relator o Ministro Dias Toffoli, julgada em 08.09.2011, pelo Tribunal Pleno e envolvendo corrupção eleitoral, ao fundamentar decisão sob os critérios de autoria mediata, afirmou o relator que:

“[...] esse problema viria a encontrar solução com a denominada teoria do domínio do fato, que foi formulada em primeiro lugar por Welzel (é autor quem tem o domínio final do fato). Essa doutrina se corresponde com a concepção subjetiva ou pessoal do injusto, que acabou sendo refutada por grande parte da doutrina. A antijuridicidade, como se sabe, é objetiva. Quem aprimorou e delimitou de maneira vantajosa o conteúdo da teoria do domínio do fato foi Roxin. [...] A partir da sua doutrina admite-se como autor: (a) quem tem o domínio da própria ação típica; (b) quem domina a vontade de outra pessoa; (c) quem tem o domínio funcional do fato (casos de coautoria). Hoje é bastante aceita a doutrina do domínio do fato, que é restritiva porque distingue com clareza o autor do partícipe. Autor é quem domina a realização do fato, quem tem poder sobre ele (de controlar, de fazer cessar etc.) bem como quem tem poder sobre a vontade alheia; partícipe é quem não domina a realização do fato, mas contribui de qualquer modo para ele” (BRASIL, STF, AP 481/PA, p. 57).

Nesse trecho, o Relator destaca aspectos demasiadamente amplos da teoria do domínio do fato e conclui pela adequação desta ao ordenamento brasileiro, de acordo com o artigo 29 do Código Penal. No intuito de justificar a aplicação dos parâmetros elencados por Roxin, afirma ainda:

“Em revisão da literatura jurídica, Günter Jakobs traz alguns paradigmas para a definição jurídica da atuação do mandante à luz da teoria do domínio do fato (*Autoria mediata e sobre o estado da omissão*. Trad. Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Barueri/SP: Manole, 2003. p. 30-31): A maior parte dos autores, partindo da força sugestiva do conceito de ‘domínio da ação’, fundamenta principalmente a autoria mediata sobre a base do desnível fático de conhecimentos entre o autor mediato e instrumento, o que não é errôneo, porém somente é a metade (falta a parte normativa): ‘casos de aplicação do domínio final da ação’, Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, 11. ed., 1969, p. 102; o ‘domínio da ação’ sempre requer ‘a vontade final de realização’, pelo que será ‘unicamente do mandante’, Stratenwerth, *Strafrecht*, AT, 3. ed., 1981, n. 764; ‘o defeito contido na ação do sujeito que executa manifesta o domínio da ação do mandante’, Maurach-Gössel, *Strafrecht* AT, T. 2, 7. ed., 1989, § 48, n. 13; ‘na autoria mediata, o domínio da ação tem como pressuposto que o sucesso em seu conjunto se apresenta como obra do mandante

e que este tem em sua mão quem executa mediante sua influência, Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts AT, 4. ed., 1988, p. 601; são os ‘conhecimentos superiores do mandante’ os que fundamentam ‘seu domínio da ação’, SK (6. ed., 24 tir., 1995) – Samson, § 25, n. 89; ‘o sujeito que executa é [...] introduzido como realizador causal ‘cego’ a modo de ‘instrumento’ mecânico no curso dos acontecimentos, dirigido somente de modo consciente pelo mandante’, LK (11. ed., 8. tir., 1993) – Roxin, § 25, n. 74” (BRASIL, STF, AP. 481/PA, p. 146, grifos do autor).

O destaque da decisão demonstra que há uma junção de diversos autores, muitos deles com posições extremamente divergentes sobre o conceito de mandante e sobre a existência de imputabilidade, a exemplo de Welzel e Roxin, que discordam em relação à autoria mediata (o primeiro não reconhece o domínio da organização).

Nesse caso, igualmente não foi possível encontrar um uso metodologicamente estruturado da teoria de Roxin, apesar da referência ao seu nome. O *decisum* também faz referências à doutrina de Bitencourt, no intuito de tentar introduzir esclarecimento apto a justificar sua aplicação em casos de autoria mediata, todavia, a citação se mostra argumento com fragilidade de sentido.

Na Ação Penal 465/DF, com julgamento em 24.04.2014 pelo Tribunal Pleno do STF, a Relatora Ministra Cármen Lúcia afirma, nos fundamentos do seu voto:

“E queria chamar atenção a algo que é novidadeiro nessa passagem, da parte da nobre Vice-Procuradora-Geral da República, que faz referência agora ao domínio do fato, e para não se tenha nenhuma interpretação equivocada quanto a isso em relação à sua aplicação em outros casos, Senhor Presidente, no sentido de que, nos casos em que se possa eventualmente adotar essa teoria de domínio do fato – só tem o domínio do fato quem tem o conhecimento do fato –, portanto, é dever do Ministério Público acusador provar o conhecimento. Fora disso, não há que se cogitar de domínio do que não se conhece. Então, pelo menos prova disso tinha que ter se fosse o caso de aplicar” (BRASIL, STF, AP 465/DF, p. 63-64).

No trecho supracitado, a teoria do domínio do fato é mencionada genericamente, sem levar em consideração que as diferentes construções doutrinárias de similar denominação possibilitam resultados completamente distintos em questões de responsabilização.

Na decisão, o Ministro Teori Zavascki relaciona a teoria do domínio do fato com a ausência de elementos probatórios no Processo Penal, afirmando que esta não dispensa comprovações, o que indica certo equívoco, pois questões processuais não são objeto de análise da doutrina que, por sua vez, se preocupa com a determinação da figura central dos acontecimentos delituosos em sistema diferenciador no âmbito do direito material. A ausência de referências ao desenvolvedor da

teoria também compromete a análise do voto, uma vez que não se aplica a *Tatherrschaftstheorie*, de Welzel ou Roxin, aos crimes omissivos.

“Realmente, parece-me que há uma, como demonstrou a Ministra Relatora, há aqui um déficit probatório bem significativo, que não pode ser suprido simplesmente pela chamada teoria do domínio do fato. A teoria do domínio do fato nunca dispensou a comprovação de que aquele que tem o domínio do fato, de alguma forma, tenha concorrido para um dos atos do plano global, vamos dizer assim, por ação ou por omissão. Eu acho que a teoria do domínio do fato deve necessariamente, no nosso sistema, observar o artigo 29 do Código Penal. Esse nexo de configuração da autoria do delito é indispensável” (BRASIL, STF, AP 465/DF, p. 150-151).

Nessa decisão, o voto do Ministro Luiz Fux aborda a autoria mediata, aparentemente na configuração do domínio da organização. Todavia, a referência é também deveras ampla, sem citar os necessários critérios estabelecidos por Roxin. O uso de termos como objetivo final têm conteúdo específico no direito penal, podendo remeter a Welzel (que não reconhece a *Organisationsherrschaft*), inviabilizando um entendimento coerente e preciso. *In verbis* a referência verificada:

“Em segundo lugar, sobre a invocação da teoria do domínio do fato. O Supremo Tribunal Federal já reconheceu aqui a aplicação da teoria do domínio do fato, desde que, através dessa autoria mediata do agente que tem o domínio do fato, que ele se faça representar na cadeia causal do crime por uma pessoa que possa consumir o objetivo final” (BRASIL, STF, AP 465/DF, p. 162).

Em outro trecho, o Ministro Fux especifica o marco teórico utilizado. Entretanto, ao determinar que o parâmetro aplicado foi aquele do domínio funcional do fato, termina por confundir diferentes aspectos teóricos, novamente citando termos que remetem a Hans Welzel, a partir da combinação de pensadores divergentes para justificar a inferência de autoria e punibilidade. Citando Claus Roxin, conclui:

Então, toda a doutrina sobre o domínio funcional do fato – Juarez Cirino, o Professor Claus Roxin, que nós adotamos nesse julgamento; até mesmo uma tradução do professor Juarez Tavares sobre o Johannes Wessels – afirma que esse agente que tem o domínio do fato tem de ter o conhecimento final daquilo que ele pretende alcançar. E o próprio Ministério Público não conseguiu demonstrar o nexo biopsicológico normativo entre esse intermediário e o acusado” (BRASIL, STF, AP 465/DF, p. 163).

Apesar da importância das ações penais antes abordadas, a Ação Penal de maior repercussão envolvendo a teoria do domínio do fato por aparatos organizados de

poder, em decisões do STF aplicando a teoria de Roxin, foi a Ação Penal 470/MG. Esta teve como Relator o Ministro Joaquim Barbosa, em julgamento ocorrido no dia 17.12.2012 pelo Tribunal Pleno.

Na aplicação da construção doutrinária alemã, o voto da Ministra Rosa Weber claramente confundiu elementos de diferentes doutrinadores e ao citar Welzel elencou premissas alheias à construção do autor.

“Em verdade, a teoria do domínio do fato constitui uma decorrência da teoria finalista de Hans Welzel. O propósito da conduta criminosa é de quem exerce o controle, de quem tem poder sobre o resultado. Desse modo, no crime com utilização da empresa, autor é o dirigente ou dirigentes que podem evitar que o resultado ocorra. Domina o fato quem detém o poder de desistir e mudar a rota da ação criminosa. Uma ordem do responsável seria o suficiente para não existir o comportamento típico.

Nisso está a ação final.

Assim, o que se há de verificar, no caso concreto, é quem detinha o poder de controle da organização para o efeito de decidir pela consumação do delito. Se a resposta for negativa haverá de concluir-se pela inexistência da autoria” (BRASIL, STF, AP 470/MG, p. 1161).

Além disso, o Relator do processo, Ministro Joaquim Barbosa, cita doutrinadores de modo deveras genérico e sem considerar os antagonismos estabelecidos para configuração de autoria. Como é sabido, Welzel percebe como autor o agente que tem o domínio final do fato, diferente de Roxin, para quem o critério é ocupar lugar central na determinação do curso dos acontecimentos delituosos.

O Ministro Joaquim Barbosa atribui implicação inexistente em relação ao domínio do fato. Diz:

“Como salienta o penalista Juarez Cirino dos Santos, a definição de autor baseada na teoria do domínio do fato é a que se adota na dogmática penal desde que Hans Welzel, pela primeira vez, mencionou-a, em 1939. Veio a ser desenvolvida por Claus Roxin e, nas palavras do abalizado estudioso brasileiro, é a teoria que define *‘todas as formas de realização ou de contribuição para a realização do tipo de injusto’*” (BRASIL, STF, AP 470/MG, p. 4702, grifos do autor).

Para justificar o uso do conceito de domínio final do fato, o Relator elenca termo sem lugar na teoria de Roxin e, assim como os demais componentes da Corte, segue apontando imprecisamente variados aspectos pertencentes às diversas (e divergentes) teorias do domínio do fato. Afirma:

“Por fim, os eminentes penalistas Zaffaroni e Pierangelli salientam que o domínio ‘sobre o curso do fato é proporcionado tanto pela forma em que se desenvolve a causalidade em cada caso como pela direção que é imprimida a ela’, podendo se estabelecer uma *divisão de tarefas* em que cada autor tem, em maior ou menor escala, de acordo com o papel a ele atribuído, o domínio funcional dos fatos típicos e ilícitos a ele imputados.

Os autores descrevem, ainda, a ‘*autoria de escritório*’ (BRASIL, STF, AP 470/MG, p. 4704, grifos do autor).

Em parte do Acórdão, o Ministro Ricardo Lewandowski retrata um dos usos inadequados da teoria do domínio do fato, abordando de modo semelhante casos de autoria mediata (*Organisationsherrschaft*) e coautoria (*funktionelle Tatherrschaft*) e construindo conteúdo por meio da soma de doutrinas elaboradas por autores de visões divergentes. Algumas vezes há referências a aspectos inexistentes na construção doutrinária, como o debate relativo a elementos probatórios:

“Incapaz, portanto, de comprovar as acusações lançadas contra José Dirceu, o Ministério Público recorre, num derradeiro esforço de convencimento desta Suprema Corte, à denominada ‘teoria do domínio do fato’” (BRASIL, STF, AP 470/MG, p. 4950).

O Ministro Ayres Britto exemplifica a ausência de claro entendimento, com manifestação que destaca, da mesma forma, a incoerência citada:

“Agora, essa Teoria do Domínio do Fato pode ser compreendida no plano da fungibilidade, que é da substituição do agente, como também da infungibilidade: o agente não pode ser substituído. Então, quem não podia ser substituído nesse esquema, sob pena de fazer o esquema ruir? Quem era o regente da orquestra? O mais insubstituível ou infungível de todos. A Teoria do Domínio do Fato conduz, também, a esse raciocínio” (BRASIL, STF, AP 470/MG, p. 5226-5227).

Como se percebe, de um modo geral, os votos aglutinam elementos doutrinários divergentes ao abordar a temática, justificando uma mesma conduta com base no domínio final do fato (de Hans Welzel) e no domínio da organização (de Claus Roxin). Os erros são cometidos de modo recorrente e a menção aos demais trechos do Acórdão seria atividade meramente repetitiva, sem novas constatações para o debate científico.

O uso da teoria do domínio do fato e a delimitação penal de autoria, em julgamento ocorrido no STF, no âmbito da Ação Penal 470/MG, são submetidos à análise doutrinária de Alflen (2014, p. 274). Neste estudo, o autor identifica exemplo

paradigmático de desvirtuamento teórico-dogmático por meio de prática jurisdicional. A doutrina brasileira, ainda segundo Alflen, com a integração irrefletida de institutos jurídicos estrangeiros, *legal transplants*, promove incongruências sistêmicas no direito, que passam a ser resolvidas precariamente por decisões jurisdicionais.

Neste sentido, a teoria do domínio do fato acaba por se transformar em um termo vazio de conteúdo, apto a ser preenchido de acordo com a vontade do julgador, visto que a ausência de critérios definidos ou a junção arbitrária de concepções contraditórias possibilitam a instrumentalização dos diversos sentidos possíveis, permitidos pela linguagem. Alflen afirma que por parte dos tribunais nacionais é possível verificar a utilização “[...] de uma ideia de domínio do fato, mas não necessariamente de uma teoria uníssona e coerente como fundamento de suas decisões, que possibilite caracterizar a ideia de autoria de forma legítima” (2014, p. 277).

Em suas decisões, portanto, o Superior Tribunal Federal utilizou o termo domínio do fato em construção não muito criteriosa. Diversas vezes cita autores com visões antagônicas para justificar uma mesma situação, a exemplo da possibilidade de autoria mediata por aparelhos organizados de poder em Roxin, que admite essa condição sob determinados requisitos, em contraste com Welzel.

A teoria de Claus Roxin também é citada de modo confuso, principalmente em trechos da AP 470/MG, quando elementos de *Organisationsherrschaft* são confundidos com coautoria – *funktionelle Tatherrschaft*. A menção da teoria relacionada à ausência de elementos probatórios não encontra similaridade com a discussão proposta pelos autores citados, ao menos nas variações citadas pela Suprema Corte. Os entendimentos mais recentes procuram delimitar a aplicação da teoria do domínio do fato, muito embora o termo seja utilizado sem definição clara de seu conteúdo, prática judicial que possibilita um uso extensivo e arbitrário do instituto.

Em decisão de 03 de outubro de 2017 o Ministro Edson Fachin (BRASIL, STF, AP 975/AL, p. 3262-3266) analisou, na condição de Relator, a aplicação da teoria do domínio do fato na Ação Penal 975/AL. O conceito foi delineado com fundamento em trechos decisórios advindos de processos penais anteriores, afirmando a impossibilidade de responsabilização objetiva por meio da aplicação da teoria domínio do fato.

O termo é novamente utilizado sem indicação de doutrinador, se resumindo a citar Luís Greco e Alaor Leite, quando estes versam sobre os conceitos extensivo e restritivo de autor, à luz da teoria do domínio do fato de Claus Roxin. Todavia, novamente o uso do termo é ligado a aspectos processuais e de responsabilização objetiva, fugindo aos delineamentos doutrinários. Além disso, inicia a exposição argumentativa citando trecho de manifestação do órgão acusador que se refere à

coautoria – *funktionelle Tatherrschaft* – e justifica a não aplicação da teoria mencionando, equivocadamente, trechos ligados à autoria mediata.

Os conceitos restritivo e extensivo de autor são colocados em contraste, como fundamento para a não incidência de responsabilização na condição de autor, de agente componente de aparato organizado de poder. Entretanto, além fugir da temática e confundir as diferentes perspectivas da mesma teoria, a decisão novamente incide em imprecisão, pois a modalidade de autoria mediata adota critérios de responsabilização extensiva para imputar conduta à figura central do acontecimento delitivo (HAMDORF, 2002, p. 130).

As razões elencadas na Ação Penal 975/AL são referenciadas e da mesma forma arguidas pelo Ministro Edson Fachin, em decisão relativa à Ação Penal 987/MG, que assim afirma: “[...] Importa consignar que a teoria do domínio do fato não tem lugar para colmatar a falta de substrato probatório da autoria delitiva. Sobre a questão assentei o entendimento por ocasião do julgamento da AP 975, de minha relatoria [...]” (BRASIL, STF, AP 987/MG, p. 1044). Portanto, as inconsistências encontradas nas decisões passam a produzir efeitos por via jurisprudencial.

Em pronunciamento datado de 23 de abril de 2017, o Ministro Ricardo Lewandowski, na condição de Relator do (*habeas corpus*) HC 136.250/PE, votou pela não aplicação da teoria do domínio do fato em caso envolvendo administração de Sociedade Anônima e fraudes fiscais. Dissertando sobre a teoria afirma:

“Ademais, quanto à utilização da teoria do domínio do fato como fundamento único a embasar a acusação, impende ressaltar que no caso de processos criminais, em que a produção da prova acusatória se mostre difícil ou até mesmo impossível, essa teoria permite buscar suporte em um raciocínio não raro especulativo, com o qual se pretende superar a exigência do fomento de evidências concretas para a condenação de alguém (BRASIL, STF, HC. 136.205, p. 9).

[...]

‘A real proposta’, diz Roxin, ‘é punir os responsáveis pelas ordens e as pessoas que as executam em uma estrutura hierarquizada que atue fora da lei’” (BRASIL, STF, HC 136.205/PE, p. 10, grifos do autor).

A afirmação do parágrafo decisório inicial, sobre o caráter especulativo da teoria do domínio do fato, repercute a inadequada perspectiva da doutrina relacionada com questões probatórias, como dito, tema que não é objeto em Claus Roxin. Este é apenas mencionado, *en passant*, com a exposição de um pressuposto para responsabilização por autoria mediata e, por fim, em trecho de acórdão que o Relator afirma ter participado de palestra ministrada por ele, sem fazer referência alguma à sua obra.

Um dos entendimentos mais recentes, datado em 2020, de Relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, em Agravo Regimental no *Habeas Corpus* 169.535/RS, no julgamento do dia 14 de fevereiro de 2020, afirma sobre a *ratio* já adotada em julgamentos aqui analisados:

“Desse modo, a narrativa que adota a teoria do domínio do fato ‘com vistas a solucionar problemas de debilidade probatória ou a fim de arrefecer os rigores para a caracterização do dolo delitivo’ não é admitida pela jurisprudência desta Suprema Corte (AP 975/AL e AP 987/MG, ambas de relatoria do Ministro Edson Fachin” (BRASIL, STF, HC 169.535/RS, p. 9, grifos do autor).

O julgamento de maior contemporaneidade sobre a questão é de 10 de outubro de 2020, materializado no Agravo Regimental em Habeas Corpus 138.637/SP, de Relatoria do Ministro Celso de Mello. No acórdão, o Ministro afirma a inaplicabilidade da teoria do domínio do fato desenvolvida por Roxin na análise de crimes culposos, entendimento que se coaduna perfeitamente com a doutrina do professor de Munique.

Apesar da conformidade em não aplicar o critério de domínio do fato aos crimes culposos, o *decisum* faz referências à Ação Penal 470/MG, *leading case* do tema:

“Nem se diga, finalmente, que a mera invocação da ‘teoria do domínio do fato’, tal como aperfeiçoada por Claus Roxin (‘Autoria y Dominio del Hecho’, 7ª ed., p. 149, 2000, Marcial Pons), poderia conferir, só por si, suporte legitimador à ação persecutória promovida contra o ora agravado, pois, ainda que se pudesse considerá-la aplicável ao caso (o que se alega por mero favor dialético), mesmo assim impor-se-ia a efetiva demonstração da autoria e do nexo causal entre conduta e resultado, tal como enfatizei em voto proferido na AP 470/MG” (BRASIL, STF, HC. 138.637/SP, p. 19, grifos do autor).

O acórdão acrescenta ainda alguns doutrinadores que afirmam a inaplicabilidade da teoria do domínio do fato a crimes culposos:

“Vale ter presente, no ponto, a advertência de Fernando Capez (‘Curso de Direito Penal’ – Parte Geral, vol. 1/319, 7ª ed., 2004, Saraiva), para quem ‘a teoria do domínio do fato não explica satisfatoriamente o concurso de agentes no crime culposos’, pois, segundo referido autor, nos delitos culposos, ‘o agente não quer o resultado, logo não pode ter domínio final sobre algo que não deseja’” (grifei).

Como se observa, expõe-se a confusão conceitual já relatada, acerca dos critérios elaborados por Hans Welzel e Claus Roxin, acrescentando a ausência de adequação ao pensamento dos autores, além de repercutir parte da *ratio* que deu aparência de legitimidade à Ação Penal 470/MG.

5. SOBRE A AUSÊNCIA DA TEORIA ROXINIANA DO DOMÍNIO DA ORGANIZAÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Claus Roxin (2015, p. 115) teve a preocupação de desenvolver dogmática penal com a finalidade de evitar o arbítrio judicial, por meio da estruturação de um conceito aberto, composto por uma descrição formada por enunciados. Esta construção não possibilita o decisionismo de um conceito completamente aberto, tampouco as injustiças de um conceito extremamente restritivo, por excesso de pressupostos para completude de seu conteúdo (ROXIN, 2015, p. 122-126).

O domínio da organização apresenta esta formulação aberta, contando com três enunciados na função de diretrizes, em sua mais recente versão. São critérios remanescentes: o poder de comando ou a força do mando (*Anordnende Befehlsgewalt*), a desvinculação do direito por aparato organizado de poder (*Rechtgelöstheit des Machtapparates*) e a fungibilidade do autor imediato (*Die Fungibilität der unmittelbaren Ausführenden*).

As decisões do Supremo Tribunal Federal, como visto, não fizeram a análise sob os critérios estabelecidos por Claus Roxin. O conceito de domínio do fato, em sua modalidade de autoria mediata por aparatos organizados de poder, serviu como justificativa inadequada para a condenação de jurisdicionados, em flagrante ilegalidade e afronta aos direitos fundamentais.

Como afirmado no início do texto, o ordenamento jurídico brasileiro é peculiar, apresentando institutos que derivam tanto do *common law*, quanto do *civil law*. A ocorrência de transplantes legais seria possível, desde que executada levando em consideração especificidades jurídicas do ordenamento que acolhe o instituto estrangeiro.

Em tempos mais recentes, o Supremo Tribunal Federal passou a adotar concepção diferenciada daquela estabelecida com o julgamento da Ação Penal 470/MG. Entretanto, os entendimentos mais recentes não passaram pelo crivo do Tribunal Pleno, sendo emanados majoritariamente da Segunda Turma. Ainda assim há a formação de precedentes aptos a estabelecer diretrizes interpretativas para as demais instâncias.

As decisões atuais da Suprema Corte denotam certa correção no entendimento. Em decisão datada de 14 de fevereiro de 2020, o Ministro R. Lewandowski afirma:

“Digo isso porque o Supremo Tribunal Federal não admite a aplicação da teoria do domínio do fato ‘para colmatar a falta de substrato probatório da autoria delitiva’ (AP 975/AL e AP 987/MG, ambas de relatoria do Ministro Edson Fachin)” (BRASIL, STF, HC 169.535/RS Ag, p. 3, grifo nosso).

A *ratio decidendi* destaca a inaplicabilidade da teoria do domínio do fato para resolução de questões processuais, porém não evidencia a inaplicabilidade total da construção teórica, arquitetada para um modelo diferenciador de autoria, contrastando com o modelo unitário brasileiro. Desta forma, foi estabelecido um critério limitador da incidência da teoria transplantada, sem a necessária menção e detalhamento exigidos por Roxin.

O Estado Democrático de Direito estabelece para o Poder Judiciário a necessidade de fundamentação das decisões, por meio da Constituição da República (art. 93, IX). Citando Ulfrid Neumann (2011, p. 369-384), é possível afirmar que a motivação de decisões está intrinsecamente ligada à sua justificativa e legitimação, guardando relação entre o julgador e os interesses do jurisdicionado afetados pela decisão.

O déficit na apresentação de justificativas, ainda mais em julgamentos ligados ao Direito Penal e suas repercussões sobre a liberdade do indivíduo, promove espaço para críticas à motivação decisória como um ato meramente formal, visando apenas dar aparência de legitimidade a decisões (NEUMANN, 2011, p. 369-384). Kai Ambos (2014, p. 263) afirma a importância de evitar um uso arbitrário dos institutos jurídicos, destacando que o bom funcionamento do sistema de justiça penal é de fundamental importância para o Estado Democrático de Direito. Os *legal transplants*, desde que realizados com rigor científico, contribuem para uma resolução célere e criteriosa de casos, preservando integralmente os direitos humanos e o direito internacional.

Apesar do Supremo Tribunal Federal ter operado alguma modificação no conceito de domínio do fato, não acatando sua aplicação para questões probatórias, o conceito continua com contornos indeterminados e potencial para ser utilizado no intuito de suprir lacunas e, *contra legem*, justificar decisões injustas, por não respeitarem o caráter taxativo dos institutos penais, acarretando flexibilização de garantias fundamentais.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Roxin traz preocupações de imputabilidade no contexto posterior ao da Segunda Grande Guerra, inicialmente debatendo questões de autoria, no âmbito de um sistema diferenciador. No caso especificamente aqui tratado – *Organisationsherrschaft* –, buscou-se soluções de imputabilidade para casos nos quais os agentes com poder e violência de mando fossem responsáveis por ordenar execuções de terceiros, por exemplo. A Alemanha precisou abordar a questão de militares e civis integrantes de organizações que atuavam cometendo ilegalidades em um sistema

diferenciador que não conhecia inicialmente o instituto da autoria mediata, introduzido após a Grande Reforma Penal da segunda metade do século XX.

A doutrina de identificação da figura central dos acontecimentos delituosos nos casos de domínio da vontade por aparelhos organizados de poder se estabeleceu doutrinariamente em diversas jurisdições, dado o caráter complexo e bem estruturado da doutrina, que veio para solucionar casos de imputação por autoria mediata. O Tribunal Penal Internacional aplicou diversos parâmetros da doutrina roxiniana, assim como as Cortes Superiores do Peru e da Argentina. Roxin demonstra ao longo de sua obra a preocupação de tornar efetiva a punição daqueles que devem ser responsabilizados pelos injustos cometidos, propondo um conceito aberto, uma descrição, composta de diversos enunciados aptos a promover a subsunção a critérios determinantes na identificação da *Zentralgestalt*. Entretanto, há uma preocupação ainda maior que aparece em sua obra, nomeadamente, a limitação do poder estatal de punir, condenando qualquer forma de arbítrio que, por sua vez, deve ser controlado por meio de conteúdos jurídicos bem delineados. É nesse sentido que o autor elabora inicialmente três pressupostos para determinar a figura central dos acontecimentos delituosos nos casos de autoria mediata por domínio da organização (o poder de comando/força do mando, a desvinculação do direito do aparato organizado de poder e a fungibilidade do executor imediato).

Ao longo do tempo, o autor adicionou um quarto critério à sua doutrina de *Organisationsherrschaft* (a elevada disposição do executor – para cometer o delito), visando suprir a necessidade de verificação de mais um pressuposto para configuração do tipo. Estes passaram a ser a coercitividade do poder de comando, a desvinculação (da organização) do ordenamento jurídico, a fungibilidade do executor e a maior disposição do executor, por estar integrado a grupo delinquente. O último critério citado acabou removido, pois o autor não mais percebeu este como autônomo, podendo ser diluído entre os demais, de modo que somente restaram três enunciados.

Na condição de transplante legal, a teoria do domínio do fato chegou à jurisdição brasileira, aplicada a um caso de grande repercussão, a Ação Penal 470/MG. Desde então o Supremo Tribunal Federal utilizou os parâmetros estabelecidos nesta decisão, para avaliar a adequação ou não ao domínio do fato em outras decisões. A análise dos julgados do Tribunal Pleno é importante para verificar que a Corte Superior, muito embora cite e fundamente parte de suas decisões na doutrina de Roxin, finda por utilizar a expressão domínio do fato como argumento retórico sem conteúdo definido e de equivocadas referências.

Em diversos trechos das decisões colegiadas há contradições relativas à teoria do domínio do fato, a partir de argumentos contraditórios e da referência a autores de

visões antagônicas, como os posicionamentos de Welzel e Roxin em relação à possibilidade de autoria mediata via *Organisationsherrschaft*.

A teoria do domínio do fato em contexto brasileiro, portanto, teve conteúdo diverso dos estabelecidos aos moldes da *Organisationsherrschaft* por Roxin, demonstrando uso arbitrário do termo, sem qualquer atenção de ordem metodológica. A construção se mostra inadequada, considerando que o sistema brasileiro, por ser de caráter unitário, permite a punição como autor por fatos praticados pelo executor imediato, por ordem de agente mediato, respondendo este de acordo com o pensamento de Hamdorf, como se os atos praticados seus fossem, diante da possibilidade de imputação de autoria mediata em modelos jurídicos similares ao brasileiro.

7. REFERÊNCIAS

- ALFLEN, P. R. *Teoria do domínio do fato*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- ALFLEN, P. R. Domínio do fato como critério de delimitação da autoria e a Ação Penal n. 470 do STF. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, v. 6. 2014. Disponível em: [www.zis-online.com/dat/artikel/2014_6_827.pdf]. Acesso em: 12.07.2020.
- ALFLEN, P. R. Teoria do domínio do fato na doutrina e na jurisprudência brasileira – considerações sobre a APn 470 do STF. *Revista Eletrônica de Direito Penal*, v. 2. 2014.
- AMBOS, K. Politische und rechtliche Hintergründe des Urteils gegen den ehem. peruanischen Präsidenten Alberto Fujimori. In: *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, v. 11. 2009. Disponível em: [www.zis-online.com/dat/artikel/2009_11_368.pdf]. Acesso em: 10.08.2020.
- AMBOS, K.; e VASCONCELOS, E. Introdução ao número especial sobre o caso Mensalão. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, v. 6. 2014. Disponível em: [www.zis-online.com/dat/artikel/2014_6_825.pdf]. Acesso em: 05.06.2022.
- DUBBER, M. Comparative criminal law. In: *Oxford Handbook of Comparative Law*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2006.
- GOLDBACH, T. Why legal transplant. In: *Annual Review of Law and Social Science*. Canada, 2019. Disponível em: [doi.org/10.1146/annurev-lawsocsci-101518-042617]. Acesso em: 12.07.2020.
- GRANDE, E. Legal Transplants and the Inoculation Effect. How American Criminal Procedure Has Affected Continental Europe. In: *The American Journal of Comparative Law*. 2016. Disponível em: [www.researchgate.net/publication/310077501_Legal_Transplants_and_the_Inoculation_Effect_How_American_Criminal_Procedure_Has_Affected_Continental_Europe]. Acesso em: 12.07.2020.
- GRECO, L. et. al. *Autoria como domínio do fato*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

- GRECO, L.; e LEITE, A. A “recepção” das teorias do domínio do fato e do domínio da organização no direito penal econômico brasileiro. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, v. 7-8, 2015. Disponível em: [www.zis-online.com/dat/artikel/2015_7-8_937.pdf]. Acesso em: 12.07.2020.
- HAMDORF, K. *Beteiligungsmodele im Strafrecht*. Freiburg i. Br.: Edition Iuscrim, 2002.
- HERZIG, A. Die Tatherrschaftslehre in der Rechtsprechung des Internationalen Strafgerichtshofs. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, v. 4. 2013. Disponível em: [www.zis-online.com/dat/artikel/2013_4_746.pdf]. Acesso em: 12.07.2020.
- HÜNERFELD, P. Mittelbare Täterschaft und Anstiftung im Kriminalstrafrecht der Bundesrepublik Deutschland. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Berlim, v. XCIX, 1987.
- KIENAPFEL, D. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. Berlim: Walter de Gruyter, 1984.
- MARLIE, M. *Unrecht und Beteiligung*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2009.
- MARTÍNEZ, C. *Dominio del hecho y autoria mediata em aparatos organizados de poder*. Madrid: Dykinson, 2017.
- NEUMANN, U. Wahrheit statt Autorität: Möglichkeit und Grenzen einer Legitimation durch Begründung im Recht. In: LERCH, Kent D. (Org.). *Recht verhandeln: Argumentieren, Begründen und Entscheiden im Diskurs des Rechts*. Berlim: Berlin-Brandenburgische Akademie der Wissenschaften, 2011.
- OLÁSOLO, H. *The Criminal Responsibility of Senior Political and Military Leaders as Principals to International Crimes*. Portland: Hart Publishing, 2009.
- ROTSCH, T. Tatherrschaft kraft Organisationsherrschaft? *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Berlim, v. 3, 2000.
- ROTSCH, T. Von Eichmann bis Fujimori – Zur Rezeption der Organisationsherrschaft nach dem Urteil des Obersten Strafgerichtshofs Perus. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, v. 11. 2009. Disponível em: [www.zis-online.com/dat/artikel/2009_11_367.pdf]. Acesso em: 15.05.2022.
- ROXIN, C. Bemerkungen zum Fujimori-Urteil des Obersten Gerichtshofs in Peru. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, v. 11. 2009. Disponível em: [www.zis-online.com/dat/artikel/2009_11_369.pdf]. Acesso em: 12.07.2020.
- ROXIN, C. Bemerkungen zum „Täter hinter dem Täter“. In: *Festschrift für Richard Lange zum 70. Geburtstag*. Günther Warda et al. Berlim: De Gruyter, 2017.
- ROXIN, C. Organisationsherrschaft als eigenständige Form mittelbarer Täterschaft. *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, v. 1, 2007. Disponível em: [zstrr.recht.ch/de/artikel/01rps0107abh/organisationsherrschaft-als-eigenstandige-form-mittelbarer-taterschaft?]. Acesso em: 12.07.2020.
- ROXIN, C. Organisationsherrschaft und Tatentschlossenheit. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, v. 7. 2006a. Disponível em: [www.zis-online.com/dat/artikel/2006_7_44.pdf]. Acesso em: 12.07.2020.

- ROXIN, C. *Strafrecht Allgemeiner Teil*: Band I. München: Verlag C.H. Beck, 2006b.
- ROXIN, C. *Strafrecht Allgemeiner Teil*: Band II. München: Verlag C.H. Beck, 2003.
- ROXIN, C. *Täterschaft und Tatherrschaft*. Berlim: De Gruyter Verlag, 2015.
- SCHILD, W. *Täterschaft als Tatherrschaft*. Berlim: De Gruyter Verlag, 2012.
- SCHLÖSSER, J. *Soziale Tatherrschaft*. Berlim: Dunker & Humblot, 2004.
- SCHÖNEBORN, C. Kombiniertes Teilnahme- und Einheitstätersystem für das Strafrecht. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Berlim, v. 87, 1975.
- SCHROEDER, F.C. Der Sprung des Täters hinter dem Täter aus der Theorie in die Praxis. *Juristische Rundschau*, Berlim: De Gruyter, v. 5, 1995.
- SCHÜNEMANN, B. Die Rechtsfigur des „Täters hinter dem Täter“ und das Prinzip der Tatherrschaftsstufen. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, De Gruyter, v. 7, 2006. Disponível em: [www.zis-online.com/dat/artikel/2006_7_45.pdf]. Acesso em: 13.12.2020.
- VALDERRAMA, I. Legal transplants and comparative law. In: *International Law Journal*. 2004. Disponível em: [ssrn.com/abstract=2017940]. Acesso em: 12.07.2020.
- WATSON, A. Legal Transplants and European Private Law. *Electronic Journal of Comparative Law*, v. 4.4, 2000. Disponível em: [www.ejcl.org/ejcl/44/44-2.html]. Acesso em: 12.07.2020.
- WEIGEND, T. Perpetration through an Organization. *Journal of International Criminal Justice*, v. 9, 2010. Disponível em: [academic.oup.com/jicj/article/9/1/91/911056]. Acesso em: 13.12.2020.
- WELZEL, H. *Das deutsche Strafrecht*. Berlim: De Gruyter Verlag, 2013.
- WELZEL, H. Studien zum System des Strafrechts. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Berlim, v. 58, 1939.

8. JURISPRUDÊNCIA

- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Originária 1.047/RR. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: 11.05.2008. Disponível em: [jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur2560/false]. Acesso em: 12.07.2020.
- BRASIL. Ação Penal 481/PA. Relator: Ministro Dias Tóffoli. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: 29.06.2012. Disponível em: [jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur211404/false]. Acesso em: 12.07.2020.
- BRASIL. Ação Penal 465/DF. Relator: Ministra Carmem Lúcia. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: 30.10.2014. Disponível em: [jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur282503/false]. Acesso em: 12.07.2020.
- BRASIL. Ação Penal 470/MG. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: 24.04.2013. Disponível em: [jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur228572/false]. Acesso em: 12.07.2020.



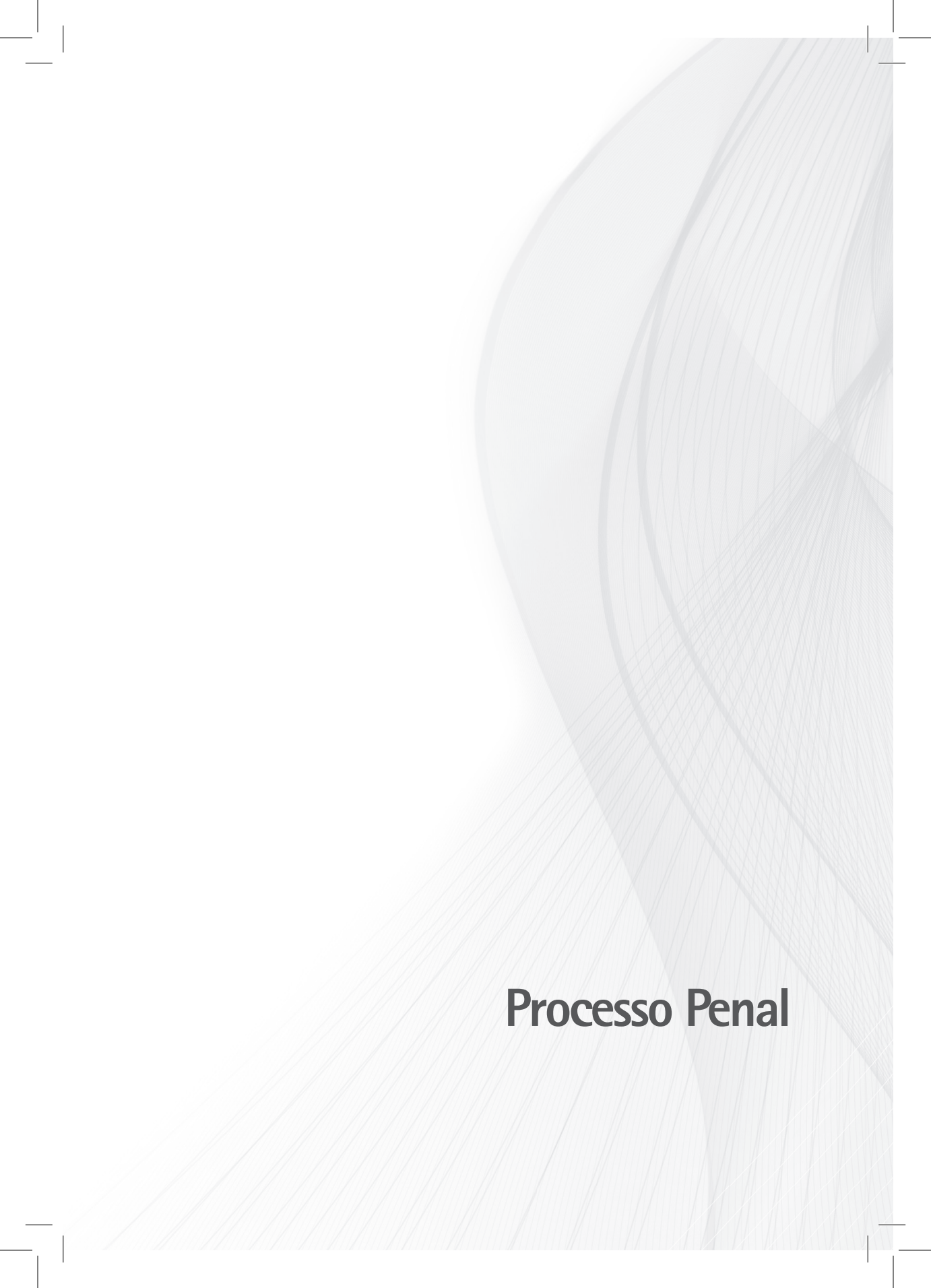
PESQUISA DO EDITORIAL



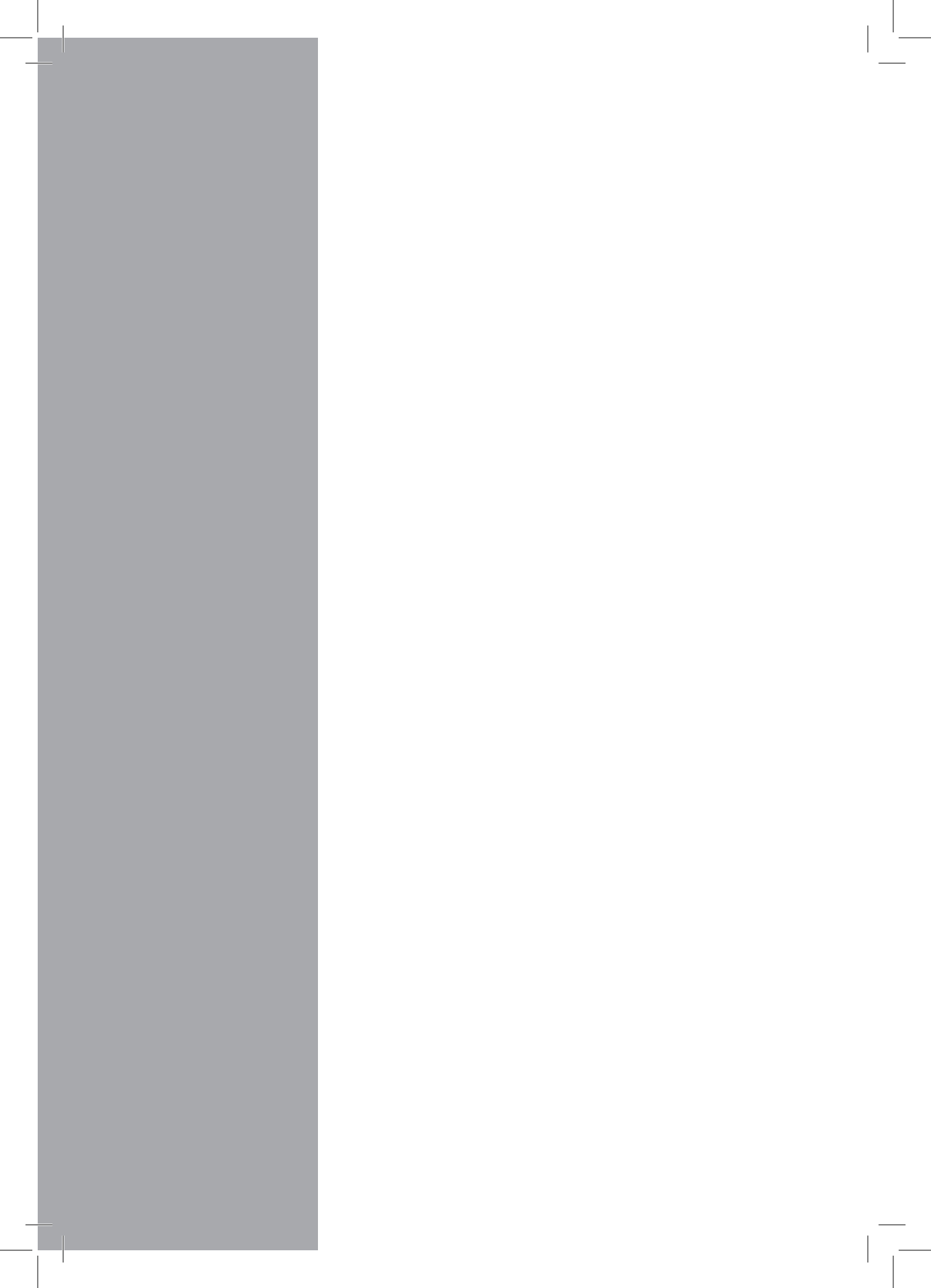
ÁREA DO DIREITO: Penal

Veja também Doutrina relacionada ao tema

- Autoria pelo domínio do fato em organizações criminosas, de Marcelo Batlouni Mendroni – RT 937/437-458 e *Doutrinas Essenciais Direito Penal e Processo Penal* 5.

The background of the slide features a complex, abstract design. It consists of several overlapping, semi-transparent circles and a dense network of thin, curved lines that create a sense of depth and movement. The colors are primarily light grays and whites, with some darker gray accents. The overall effect is modern and sophisticated.

Processo Penal



UMA ANÁLISE CIENTIFICIZADA AO JULGAMENTO DO *HABEAS CORPUS* 166.373 PELA CORTE CONSTITUCIONAL PÁTRIA: IMUNOLOGIA JURÍDICA?

*A SCIENTIFIC ANALYSIS OF THE JUDGMENT OF HABEAS CORPUS 166,373
BY THE BRAZILIAN CONSTITUTIONAL COURT: LEGAL "IMMUNITY"?*

BRUNO MILENKOVICH CAIXEIRO

Doutorando em Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP. Mestre em Teoria do Direito e do Estado (em 2008) pelo Centro Universitário Eurípides de Marília – Univem. Graduação em Direito (em 2005) pelo Centro Universitário Eurípides de Marília – Univem. Docente efetivo do Departamento Acadêmico de Direito do Campus Professor Francisco Gonçalves Quiles de Cacoal da Fundação Universidade Federal de Rondônia – UNIR/Cacoal. Disciplinas ministradas: Teoria Geral do Processo e Direito Processual Penal. Lattes: [lattes.cnpq.br/5890127342445129]. ORCID: [https://orcid.org/0000-0002-1673-9219]. brunomica@unir.br e brunomica@hotmail.com

DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v197i197.318].

Recebido em: 16.08.2022

Aprovado em: 08.02.2023

Última versão do (a) autor (a): 15.02.2023

ÁREAS DO DIREITO: Penal; Filosofia

RESUMO: Sob a realização de uma (crítica aos fundamentos da) dogmática analítica, aferiu-se tanto as motivações para a provocação da concessão de ordem ao *Habeas Corpus* 166.373 PR, pela corte guardiã constitucional brasileira, como também os (seus) efeitos decisoriais de julgamento, em condições jus-políticas. Assumindo-se discurso de incidência da teoria sistêmica social luhminiana à aplicação do direito a caso(s) em concreto, como forma explicativa e compreensiva (facilitadora) a identificação de fenômenos jurídicos, cogitou-se identificação de nomenclatura precisa acerca da ocorrência operada e descrita, em que se confirmou tratar-se de hipótese de "imunologia", esta definida como

ABSTRACT: Under a (critique of the foundations of) analytical dogmatics, both the motivations for the provocation of the granting of order to Habeas Corpus 166,373 PR, by the Brazilian constitutional guardian court, as well as the decisional effects of judgment, in legal and political conditions. Assuming the incidence discourse of the Luhminian social systemic theory to the application of the right to specific case(s), as an explanatory and comprehensive way (facilitator) to identify legal phenomena, it was considered the identification of a precise nomenclature about the operated and described occurrence, in which the hypothesis of "immunity" was confirmed, defined as the corrective result of the irritation

sendo o resultado corretivo a irritação provocada pelo manejo inadequado do subsistema processual jurídico ao próprio Direito Constitucional, enquanto sistema universal e ambiente de resolução de suas próprias contingências emergenciais. Pela conformação preponderante dos argumentos de convencimento que revelam o(s) resultado(s) da decisão em si e nesse sistema, comprovou-se o acoplamento entre os âmbitos constitucionais, de índole generalizada, ao processo penal, de índole pormenorizada, à jurisdição constitucional como forma de complemento à viabilidade jus-política da utilização do direito enquanto parte da universalidade da concepção de ordem social possível e pretendida pelo ordenamento jurídico como um todo sistêmico.

PALAVRAS-CHAVE: Imunologia – Teoria Social Sistêmica – HC 166.373 PR.

caused by the inadequate handling of the legal procedural subsystem to the Constitutional Law itself, as a universal system and environment for resolving its own emergency contingencies. Due to the predominant conformation of convincing arguments that reveal the result(s) of the decision itself and in this system, coupling between the constitutional scopes, of a generalized nature, to the criminal procedure, of a detailed nature, to the constitutional jurisdiction as a way of complementing the legal and political viability of the use of law as part of the universality of the conception of possible and intended social order by the legal system as a systemic whole.

KEYWORDS: Immunology – Systemic Social Theory – HC 166,373 PR.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Desenvolvimento. 3. Conclusões. 4. Referências. 5. Legislação. 6. Jurisprudência.

1. INTRODUÇÃO

O estímulo à compreensão do (D)ireito como um “ordenamento jurídico e sistemas”, isto é, como uma “ordenação sistêmica”, notadamente pelo uso dialogado de conhecimentos científicos interdisciplinares, possibilita uma (entre várias outras, a rigor do método utilizado) interpretação compreensiva à análise do resultado de julgamento do Habeas Corpus 166.373 PR pela corte guardiã constitucional brasileira. A premissa perquirida é a que culmine na verificação positiva (ou não?) da incidência significativa do termo “imunologia jurídica” para nomear a situação específica, o fenômeno jurídico ocorrido.

Trata-se da verificação reflexiva da incidência da teoria sistêmica luhminiana, que estabelece em seu uso o termo, aplicada ao Direito e ao caso concreto mencionado, donde se procurou extrair significações descritivas da ocorrência fenomenológica e mediante a realização de uma (crítica aos fundamentos da) dogmática¹

1. “A dogmática prepara, pois, a decisão, cria para ela condições razoáveis, de tal modo que ela não apareça como puro arbítrio, mas decorra de argumentos plausíveis. O jurista, assim, capta o direito num procedimento de incidência, ou seja, na imputação de normas a situações sociais atuais ou potencialmente conflitivas. Entre a norma e a situação conflitiva

jurídica analítica como método reflexivo, para então se refletir, identificando-se, se há denominada ocorrência problemática e científica pela interpretação proposta.

A análise pragmática do resultado de julgamento do HC 166.373 PR pela corte pátria possibilita refletir acerca do reconhecimento do cometimento de um equívoco ou do manejo inadequado legislativo por parte do magistrado singular da respectiva ação penal que fundamenta a impetração mencionada, seguido, pois, pelas cortes jurisdicionais sucessivas a ele quanto à aplicação processual da Lei 12.850/2013, que trata acerca da temática “colaboração premiada” e, mais especificamente, quanto à ordenação de apresentação compulsória e ordenativa de memoriais finais em relação às partes da ação, sendo que a descrição verídica do que se sucedeu, segundo o julgado, permite afirmar que foi inadequada ou equivocada a(s) postura(s) jurisdicional(is) assumida(s), à luz do conteúdo constitucional vigente.

Invocou-se reflexão ao conteúdo teórico clássico jurídico do Direito (KELSEN, 1998 e HESSE, 1991) para confirmar-se a aplicação do método elegido, sendo que, substancialmente, dialogou-se essa compreensão com referenciais que adotam em seus estudos, num plano nacional, a possibilidade viável da utilização da teoria mencionada, conforme Guerra Filho (2018), Campilongo (2011) e Ferraz Jr (2003 e 1998). Ainda, cotejou-se referidas concepções com a própria matriz teórica, assentando-se a perspectiva principalmente em Luhmann (2018, 2016 e 1985) para se balizar a racionalidade pretendida.

O problema elegido, traduzido à concepção verificatória de ser caso de “imunologia jurídica”, mostrou-se confirmado, sendo justificado pela compreensão dos assuntos traduzidos pela leitura desses referenciais nacionais e alienígenas, nada obstante a confirmação dialogada de citações com as reflexões ora produzidas e, em geral, verificou-se justificativa para o todo, senão pela identificação própria do caso à atribuição de nomenclatura identificatória à sua ocorrência, como também a explicação ontológica do mesmo e, ainda, a compreensão hermenêutica do todo racional jurídico explicitado e utilizado, tanto para este caso em si, que é de verificação jurisprudencial, como para os propósitos de análise dogmática do presente.

A hermenêutica² jurídica utilizada, aliás, também se apresentou como método compreensivo à proposta tendo em vista a identificação de seus argumentos

há, pois, um procedimento. A relação entre a norma e a situação é *mediata*. Este conjunto – normas, procedimento, situação – compõe o fenômeno *aplicação*. Aplica-se o direito, por um procedimento, à realidade social” (FERRAZ JR, 2003, p. 93 – grifos do original).

2. “(...) Trata-se de uma relação entre hipótese de conflito e hipótese de decisão, tendo em vista seu sentido. Pressupõe-se, nesse caso, que o ser humano é um ser cujo agir tem um

reflexivos à explicação das ocorrências descritas, sem prejuízo de discriminações mais aprofundadas, por meio de notas, que traduzem o desenvolvimento proposto, daí a atribuição das importâncias ressaltadas porque este olhar pragmático sinaliza entendimento sobre o saber jurídico e, mais que isso(!), confirma cientificidade de racionalidade a luz interpretativa da aplicação da Filosofia no e ao Direito.

2. DESENVOLVIMENTO

Em 02 de outubro de 2019, julgando o Habeas Corpus 166.373 PR, a corte guardiã³ constitucional brasileira decidiu, no exercício de sua jurisdição e por 06 (seis) votos favoráveis⁴, que a ordem de manifestação processual dos memoriais finais (ou “alegações finais”), encerrada a instrução criminal probatória com o interrogatório dos acusados, e nos casos de incidência da Lei 12.850/2013 (de “colaboração premiada”), deve ser precedida, após ofertada a ratificação acusatória do órgão ministerial, pelo(s) réu(s) delator(es) em relação ao(s) delatado(s), sendo que o resultado prático-processual deste caso foi o reconhecimento de nulidade de todos os expedientes subsequentes a oferta do memorial daquele, devendo-se garantir ao paciente do caso a possibilidade de incremento defensivo quanto aos interesses acusatórios manifestados pelo(s) delator(es), juntamente com os de acusação ministerial a todos os acusados, já que o intuito da delação é valer-se

significado (...). A ciência do direito, neste caso, se assume como atividade interpretativa, construindo-se como um sistema compreensivo do comportamento humano. (...)” (FERRAZ JR, 2003, p. 92).

3. A noção teórica preponderante de “guardião constitucional” é extraída, principalmente, de Kelsen (2007), que foi um dos colaboradores da elaboração da Constituição austríaca de 1920, que atribuía, de modo inaugural ao cenário jurídico, à corte constitucional a competência única e exclusiva para o exercício do controle de constitucionalidade dos atos dos Poderes Legislativo e Executivo. “(...) A função política da Constituição é estabelecer limites jurídicos ao exercício do poder. Garantia da Constituição significa a segurança de que tais limites não serão ultrapassados. Se algo é indubitável é que nenhuma instância é tão pouco idônea para tal função quanto justamente aquela a quem a Constituição confia – na totalidade ou em parte – o exercício do poder e que, portanto, possui, primordialmente, a oportunidade jurídica e o estímulo político para vulnerá-la. (...)” (KELSEN, 2007, p. 240). No Brasil, tal competência, ao Poder Judiciário, especificamente ao Supremo Tribunal Federal, assenta-se no “caput” do artigo 102 constitucional.
4. Ministros que votaram favoravelmente à concessão da ordem: Alexandre de Moraes (redator do acórdão), Rosa Weber, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes, Celso de Melo e Dias Toffoli (Presidente); Ministros vencidos: Edson Fachin (Relator), Roberto Barroso, Luiz Fux, Cármen Lúcia e Marco Aurélio (STF, 2019).

da sanção premial⁵ prescrita enquanto imputado⁶ o envolvimento do(s) delator(es) à prática delitiva em julgamento, com consequente realização de novo julgamento pela instância singular, em resumo.

5. Nos termos do “caput” do artigo 4º da Lei 12.850/2013, o magistrado poderá conceder a este título: “Perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos, desde que tenha ‘colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal’ em busca da verdade real (pressupõe-se), esclarecedora de fato tipificado especificamente como delituoso. O monopólio e a exclusividade do exercício coercitivo, salvo as disposições específicas de exceção, em flagrante situação de ausência ou impotência presencial estatal, é cabido ao Estado (Poder Judiciário) que, nessa medida, detém o poder de aplicação de sanções penais. Trata-se, então, do efeito prático e empírico prescrito pelo direito ante o descumprimento de um ‘dever ser’ descrito por lei e, em tese, obrigatório ao comportamento de alguma pessoa em sua conduta social; ou seja, porque esse alguém não cumpriu com o que deveria ter cumprido comportamentalmente, gera-se ao Estado, por intermédio de seus agentes, a legitimidade desse exercício a fim de evitar que a prática perpetue-se em continuidade e em ilegalidade, porque descrita legislativamente como não almejável pela sociedade, evidente tanto o abalo à normalidade pretendida pela organização social, quanto sua reprobabilidade, que é o próprio efeito aplicativo sancionatório. Contrário senso, os Poderes Legislativo e Executivo se valem também do efeito sancionatório, não para desestimular condutas, mas para estimulá-las(!) com o fito de alcançar mais facilmente finalidades de políticas públicas que contribuam ao desenvolvimento das atividades estatais que, em geral, versam a ordem social; didaticamente, o exemplo ‘clássico’ revelador da hipótese é o da concessão de ‘descontos’ para o adimplemento antecipado de obrigações tributárias, sendo que, de um lado, se houver referida antecipação, haverá desconto, se não houver, nenhuma implicação outra haverá que não a do pagamento em tempo próprio, dada a temporalidade tributária; prioriza-se a mera possibilidade e não o caráter compulsório ou obrigacional a se fazer algo, portanto, a facultabilidade. O que há em verdade, por de trás disso, à luz de uma concepção mais esclarecedora, é o estímulo para que diante de alguma deficiência estatal no cumprimento de seu mister, o destinatário da lei, em algum tipo de esforço (e na hipótese criminal até havendo exposição à riscos de retaliações), realize algo a favorecer a atividade pública, ou, melhor especificando, diminuir a sua ineficácia nesse fazimento. Com efeito, retomando-se a hipótese, tem-se que o Estado, poder público, falhou(?) em policiar a atividade (tipo penal) delituosa em preveni-la, maculando-se, pois, a lesão ao bem jurídico tutelado e, porque não conseguiu descobrir os meandros mais profundos e realísticos da dita prática delitiva (verdade real), estimula o delator a dizer o que sabe acerca disso, em deferência ao benefício possível, para que possa, assim, agir em consonância com uma das eficácias de promoção da justiça penal, que é a de sancionar, punindo, transgressores desta ordem.”
6. A imputação criminal quanto ao envolvimento ao tipo principal da lei, “organização criminal” é que diferencia a condição de colaborador e de delator. A este, pressupõe-se o concurso criminal, enquanto àquele, o conhecimento da prática por terceiro(s), certa, pois, a ineficácia da denominada “sanção premial” porque inexistente o liame da prática delitiva imputável para esta hipótese.

Num contexto explicativo da situação, a origem desse julgamento reporta-se à denegação de ordem proveniente de outro, anterior e definitivo, o Habeas Corpus 96.059 PR, pela 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (e seus sucedâneos recursais), que entendeu a possibilidade de oferta concomitante dos “memorais finais” entre delator(es) e delatado(s), tendo por fundamento que a possibilidade de acesso ao teor definitivo do(s) “termo(s) de delação premiada”⁷ garante(m) toda a eficácia do ordenamento jurídico, em especial o conteúdo processual, certa a rejeição anterior e de igual entendimento, pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região,

7. O § 2º do artigo 7º da Lei 12.850/2013 disciplina que o acesso aos autos (procedimento autônomo) de angariamento da colaboração (ou delação) é exclusivo do magistrado (que o homologue em “extrato” sintético e definitivo de “termo de delação premiada”, este presente à ação penal), do membro do Ministério Público ou delegado de polícia (que conduziram sua concretização enquanto meios probantes) e do Defensor do colaborador (pressupondo-se espontaneidade e iniciativa, portanto, sem qualquer provocação oficial, ao esclarecimento da verdade) ou do delator (aquele que indiciado formalmente ou acusado judicialmente – diferença à formalização da convicção de autoria delitiva quanto à autoridade policial em investigação ou membro do órgão ministerial, respectivamente em suas funções, certa a possibilidade deste último também poder realizar investigações criminais sem a participação daquele). Ou seja, os mecanismos de obtenção, (des)tratativas, para constituição do conteúdo probante acusatório a futuro(s) réu(s) não é de possibilidade de acesso ao (futuro) Defensor deste(s) – delatado[s]), menos ainda o domínio público de tal teor.

Aliás, quanto ao uso de prisões cautelares (preventiva ou temporária), no curso de inquéritos policiais ou mesmo de ações penais, ministros da própria corte constitucional não têm poupado argumentos para discriminar a inadequação da utilização desses expedientes, não raro em situações que remetem ao invocamento do § 16 do artigo 4º da mesma lei, que assim prescreve: “Nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador.” Ainda, em mesmo sentido: é de destacar as manifestações proferidas pelo Ministro Gilmar Mendes nesse mesmo julgamento, afirmando que a operação Lava Jato valeu-se de prisões provisórias como mecanismos a forçar promoção de confissões traduzidas em compensações de “delações premiadas”, estas em negociação ao angariamento de acordos premiados.

Certo de que a delação premiada não deixa de ser uma modalidade confessional, Foucault faz críticas contundentes ao modo de angariamento de “confissão” ante o uso segregatório da liberdade de locomoção de pessoas mediante internamento (psiquiátrico): “Por que é preciso que a confissão, mesmo obtida sob coação, seja supostamente livre para produzir efeitos morais, jurídicos e terapêuticos? A razão disso é que a confissão não é simplesmente uma constatação a propósito de si mesmo. É uma espécie de compromisso, mas um compromisso bem especial: não obriga a fazer isso ou aquilo; implica que quem fala se compromete a ser aquilo que afirma ser, e precisamente porque é aquilo” (2018, p. 07). Isto é, pressupõe-se verdade ao que foi dito “espontaneamente” como forma de obtenção de uma versão atribuída a fatos, sendo que, ao caso da “delação premiada”, compele-se essa obtenção mediante a coação da segregação da liberdade de locomoção.

da preliminar de nulidade processual invocada, versante sobre o mesmo pleito, em sede de julgamento de apelação interposta, no controle jurisdicional interno do órgão⁸, motivação esta para a impetração do remédio aqui estudado, já que este (TRF4) reconheceu como adequada e “válida”(!) a tramitação processual operada pela sua instância singular e, desse modo, rejeitando-a, procedeu analisar o mérito da causa como um todo, dando sequência ao “impulso oficial” da persecução penal, rumo à definição apreciativa da imputação do caso concreto e do direito em voga aplicável mediante ratificação do proferimento de decreto condenatório, este alvo de insatisfação do paciente. Ainda, que se trata de caso alusivo a um dos desdobramentos da chamada “Operação Lava Jato”, cuja origem desse caso foi a 13ª Vara da Subseção Judiciária Federal de Curitiba.

Para fins de (de)limitar o caso em concreto referido, possibilitando proceder aqui as reflexões pretendidas com relação ao reconhecimento(?) de aplicabilidade da “imunologia” autopoietica⁹ ao subsistema funcional Direito, como se permite pressupor com base na “Teoria Social Sistemica” (LUHMANN, 2016), adota-se o método interpretativo de realização de uma (crítica aos fundamentos da) dogmática analítica¹⁰ proposta por Ferraz Jr. (2003), enquanto mecanismo compreensivo ao direito, obtendo-se disso o seguinte extrato pragmático (exauriente): houve

8. O duplo grau jurisdicional envolve, por parte do(s) interessado(s), argumentos de cunho jurídico e político; o primeiro versa a análise do direito (material e formal) aplicado ao caso; o segundo, a política pública que se pretenda desenvolver enquanto resposta judiciária apresentada ao caso em concreto à sociedade, esta também destinatária de (alguma forma de) justiça ante a prática infracional discriminada na ação penal em julgamento, à luz de condições de regionalidade (e, por que não[?], temporalidade): “Trata-se de controle interno, exercido por órgãos da jurisdição diversos daquele que julgou em primeiro grau, a aferirem a legalidade e a justiça da decisão por este proferida” (GRINOVER, GOMES FILHO E FERNANDES, 2009, p. 20). Num sentido muito similar, Dinamarco (2008).
9. “O conceito de ‘autopoiesis’ foi introduzido pelos biólogos chilenos Humberto Maturana e Francisco Varela (em ‘De máquinas e seres vivos’, 1973) para caracterizar os seres vivos, enquanto sistemas que produzem a si próprios (*to auton poiēin*). A extensão do conceito à teoria sociológica se deve a Niklas Luhmann. (...) A teoria de sistemas deve, então, poder tudo explicar (‘universalidade’), inclusive o próprio teorizar (‘reflexividade’), o que faz explicando tudo como sendo sistema (‘auto-referência’) + o que não é esse sistema: o meio circundante ou ambiente (*Umwelt*)” (GUERRA FILHO, 2018, p. 47 – grifos do original).
10. “O método analítico é, nesse sentido, um exame discursivo que procede por distinções, classificações, sistematizações. De outro lado, análise significa resolução ou solução regressiva, consistindo em estabelecer cadeia de proposições a partir de uma proposição que, por suposição, resolve o problema posto, remontando condições da solução. O método analítico serve-se de procedimentos lógicos, como a dedução, a indução e, no caso do Direito, sobretudo a analogia” (FERRAZ JR, 1998, p. 127).

reconhecimento de possibilidade de ofensa ou violação à liberdade de locomoção do paciente ao ratificar a condenação primeiramente proferida, porque tanto se processou o remédio, como concedeu-se a ordem pretendida, numa (expectativa de) concretização e efetivação da tutela jurisdicional (criminal¹¹) deduzida em tese defensiva invocada junto à corte guardiã constitucional e nos termos de efeitos pretendidos ao interesse dele; ou seja, no critério formal, a ação atendeu às prescrições legais de acesso à concretização de direitos e garantias (fundamentais) constitucionais, e, no critério material e de mérito, este versante à aplicação de lei infraconstitucional mencionada, reconheceu-se inadequada a tramitação processual levada a cabo tanto pelo magistrado singular, assim também, sucessivamente, seu tribunal correspondente e, em última análise, ao órgão garantidor da uniformização da aplicação das leis (infraconstitucionais) em geral no Brasil, a então “3ª instância”, em proclamação (final) de violações materiais à carta constitucional.

“(…) Para entendermos isso, é necessário ter em mente que o judiciário é a organização que o ocupa o centro do sistema jurídico, pois é quem determina em última instância o que é e o que não é direito. A mesma forma os demais poderes do Estado, legislativo e executivo, ocupam o centro do sistema político, mas, assim como o judiciário, têm na constituição as pautas mais importantes de balizamento da ação de seus comportamentos.” (GUERRA FILHO, 2018, p. 121).

Dogmaticamente, é mais do que isso(!): o julgado procedeu, definitivamente, o esclarecimento hermenêutico jurídico quanto à aplicação efetiva, verdadeira e adequada, da ordem (social e política) jurídica da Lei 12.850/2013 em relação ao conteúdo semântico do contraditório e à ampla defesa, inclusive, com extensão ao devido processo legal.

11. Entende-se por âmbito criminal a junção das instituições policial, judicial e penitenciária. A primeira, responsável pela atividade ostensiva policial (militar) na defesa e proteção social, sem prejuízo à realização de investigações de crimes (polícia civil e judiciária), já pressuposta a ocorrência de lesão ao bem jurídico tutelado pela ordem penal; a segunda, versante ao crivo processual, pressupõe tanto a fase inquisitiva, quanto a própria judicial, inclusive, à utilização de modalidades prisionais provisórias (preventiva e temporária) em qualquer destas; e a última, versante ou a inclusão de indiciados em estabelecimentos prisionais, ou mesmo ao cumprimento de pena, pressuposta a condenação definitiva, com incidência do trânsito em julgado de condenação (BATISTA, 2007). Para este autor, a peculiaridade da junção dessas instituições não pode ser verificada de modo autônomo ou isolada porque indissociáveis as respectivas incidências na hipótese final de condenação; vale dizer, sobrevivendo ao final absolvição, é possível a verificação estanque de cada uma delas, do contrário, não.

Não menos importante, tendo em vista o chamado “estado democrático de direito”, e a aplicabilidade imediata de todas essas garantias, então estabelecidas ao crivo de composição da carta constitucional, por ato constituinte, e sem prejuízo da consideração de presunção de inocência, procedeu de modo a fixar uma jurisprudência (inaugural) quanto ao modelo padrão à utilização da referida lei em casos análogos, minimamente enquanto não houver elaboração (futura) de súmula¹² à situação, eis que a concessão da ordem deu-se “por maioria” simples dos membros do pretório excelso, pressupondo-se um reconhecimento ao funcionamento da (sistemática) ordenação processual constitucional.

“A unidade, a universalidade e a delimitação da questão requerem um estilo especial de reflexão, que relaciona uma vez mais a questão em si mesma. A questão deve envolver as condições de sua própria possibilidade, assim, ela precisa problematizar ao mesmo tempo a sua própria possibilidade. Mesmo a pergunta ‘Como é possível ordem social?’ só é possível quando a ordem social é possível; o que vale dizer: quando se institui educação, conhecimento etc. Isso significa, entre outras coisas, que as questões constitutivas se referem sempre a problemas já resolvidos, do contrário, elas mesmas não seriam possíveis. Por serem construídas de maneira autorreferencial, elas também não podem ser propriamente fundamentadas. Mas cada teoria que responde precisa, então, realizar o teste adicional para saber se ela também pode incluir as condições de possibilidade de sua questão. Em alguma medida, esse teste de autorreferência entre no lugar de uma fundamentação.” (LUHMANN, 2018, p. 18).

Especificando-se legislativamente e de modo respectivo o que foi referido, tem-se: a via de acesso à corte guardiã constitucional e sua jurisdição¹³ se deu nos termos

12. “(...) súmula não é precedente *stricto sensu*, por várias razões. (...) São, pois, ‘quase ordenanças’ com valor de lei. Agregue-se que há uma diferença entre caso julgado, precedente e súmulas (ou enunciados jurisprudenciais, que é o que são, em síntese, as súmulas). (...). Nesse sentido, as súmulas podem ser vislumbradas como decisões de caráter aditivo/manipulativo. (...) Não apenas a súmula não traz a norma com ela, como ela, ao se constituir em uma prescrição literal, passará a poder ser interpretada e dar origem a novas normas, afinal ‘o texto não é nada em sua textitude. O texto nada é sem o sentido (que será a norma a ele atribuída)’ (STRECK; ABBoud, 2013, p. 52-54 – grifos do original).
13. “A ideia de regularidade se aplica a cada grau, na medida em que é aplicação ou reprodução do direito. Porque a regularidade nada mais é que a relação de correspondência de um grau inferior com um grau superior da ordem jurídica. Não é apenas na relação entre os atos de execução material e as normas individuais – decisão administrativa e sentença –, ou também entre esses atos de execução e normas legais ou regularidade e garantias técnicas apropriadas para assegurá-la, mas também nas relações entre o decreto e a lei, e entre a lei

de vigência do inciso LXVIII do artigo 5º constitucional (habeas corpus); que são preponderantes e potencializados os incisos LV (ampla defesa e contraditório), LIV (devido processo legal) e inciso LVII (presunção de inocência), alinhados com o § 1º (aplicabilidade imediata de direitos fundamentais), em relação ao modo de aplicabilidade processual atribuído à lei específica, certo que a decisão proferida, na futura qualidade de precedente judicial¹⁴, ou paradigma, pode possibilitar doravante qualquer magistrado, independentemente ao seu nível jurisdicional, no sentido de que estabeleceu-se que os memoriais de defesa de réu(s) delatado(s) devem ser sucessivos aos de delator(es) e, obviamente, ambos precedidos pelos que primeiro serão apresentados (os meramente de acusação, pelo órgão ministerial) ao juízo, não se operando o modo simultâneo e em prazo igual, tal como o ocorrido no caso, destacando-se que não existe nenhuma prescrição legal, portanto, nenhum fundamento jurídico, geral ou específico, que determine que assim tivesse sido.

“Examinemos mais de perto o *ato* interpretativo. Quando se trata de órgão, ocorre uma determinação no sentido do conteúdo da norma, e essa determinação é vinculante. O órgão interpretante define-lhe o sentido. Definir, do latim *finis*, significa estabelecer limites, fronteiras. Essa definição, diz Kelsen, é produto de um *ato de vontade*. Trata-se de um ‘eu quero’ e não de um ‘eu sei’. E sua força vinculante, a capacidade de o sentido definido ser aceito por todos, repousa na competência do órgão (que pode ser o juiz, o próprio legislador quando interpreta o conteúdo da norma constitucional, as partes contratantes, quando num contrato interpretam a lei etc.). Havendo dúvidas sobre o sentido estabelecido, recorre-se a uma autoridade superior até última e decisiva competência o estabeleça definitivamente. A sequência é de um ato de vontade para outro de competência superior.” (FERRAZ JR, 2003, p. 262 – grifos do original).

Logo, e à luz dessa perspectiva interpretativa proposta, constata-se que houve por parte da corte guardiã constitucional prestação de tutela jurisdicional criminal efetiva, com concretização de sua decisão com influência em instâncias inferiores

e a Constituição. Assim, as garantias da legalidade dos decretos e da constitucionalidade das leis são concebíveis quanto as garantias da regularidade dos atos jurídicos individuais. Garantias da constituição significam, portanto, garantias da regularidade das regras imediatamente subordinadas à Constituição, isto é, essencialmente, garantias da constitucionalidade das leis” (KELSEN, 2007, p. 126).

14. “(...) os precedentes não são prescrições literais e abstratas no formato legislativo – não possuem programa normativo previamente definido. (...) deve ser identificado com o caso decidido, para se concluir qual a regra jurídica que foi formulada na Suprema Corte, logo, toda fundamentação utilizada na formulação precisa ser considerada na aplicação do precedente” (STRECK; ABOUD, 2013, p. 66-67).

(presume-se!), porque à luz de vigência do artigo 563 do digesto penal reconheceu-se segregação essencial defensiva e processual ao interesse do paciente e prejuízo a possibilidade de influência à formação de convicção do magistrado singular, sucessivo esse modo compreensivo, declarado como “equivocado”, às instâncias hierarquicamente superiores, uma vez mantida a validação da “norma” (traduzida ao modo comportamental processual) adotado ao caso em concreto e declarando-se, pois, a nulidade processual perquirida. Ainda, embora possa remanescer (in)certezas(?) de vontades quanto à autonomia de aplicação legislativa e formação de convicção específica para este caso em concreto, subjetividades limitadas pela “lógica” decisiva apontada no julgado, remanesce o entendimento de que não se pode imputar à autoridade coatora a ilegalidade plena ou o abuso de poder explícitos ao ato normativo de atribuição de significação ao texto de lei e seu modo de utilização ao caso em concreto, tendo em vista omissão legislativa quanto a isso no texto legal específico.

Vale dizer, tampouco se cogitou, como efeito prático do julgamento, a incidência da Lei 4.898/65 (de “Abuso de autoridade”)¹⁵ à situação, vigente à época da ocorrência dos fenômenos em análise, ou a atuação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), porque é uma prerrogativa de magistrados a atribuição à lei escrita (produzida pelo Poder Legislativo e sancionada pelo Poder Executivo) de um valor normativo como ato de vontade ao proceder-se a sua aplicação a um caso concreto.

Disso compreende-se, então, um dos pontos a que Kelsen (1998)¹⁶ mais recebe críticas¹⁷, inequívoca a compreensão de que isso remete, remontando-se, as

15. A lei referida, vigente à época de ocorrência das práticas judiciais assumidas pelos agentes públicos (magistrados e membros do órgão ministerial federal) de todas as instâncias e órgãos que atuaram no caso, foi revogada e substituída pela Lei 13.869, de 05 de setembro de 2019. É dizer, à época de julgamento do remédio constitucional em análise, estava preponderando o aguardo do tempo de “entrada” em vigência da nova lei (*vacatio legis*), inequívoca a concepção, própria das legislações que disciplinem o direito formal, de aplicabilidade e incidência imediata de seus efeitos jurídicos.

16. Kelsen (1998, p. 389 – capítulo VIII) diz, incertamente, da pluralidade de significações que pode ter a norma, eis que seu sentido verbal não é unívoco: “A mesma situação se apresenta quando o que executa a norma crê poder presumir que entre a expressão verbal da norma e a vontade da autoridade legisladora, que se há de exprimir através daquela expressão verbal, existe uma discrepância, podendo em tal caso deixar por completo de lado a resposta a questão de saber por que modos aquela vontade pode ser determinada”, mercê, inclusive, sua própria vontade (jurídica), ou até política(?) no ato interpretativo atribuidor de significação ao conteúdo normativo, segundo suas convicções morais. Inclusive, adiante esta explanação, afirma: “(...) uma questão de conhecimento dirigido ao Direito positivo, não um problema de teoria do Direito, mas um problema de política do Direito”, certo que, no contexto brasileiro, qualquer magistrado, invariável a sua respectiva jurisdição, não ter

explicações de Kant¹⁸ acerca dos imperativos (categórico e hipotético): “A condição básica de funcionamento dessa estrutura de responsabilização é, no Estado de Direito, a imunidade do juiz pelos seus atos jurisdicionais em relação as partes” (FERRAZ JR., 1994 apud CAMPILONGO, 2011, p. 33).

“O fundamento da subjetividade do sujeito, de acordo com Kant, é a capacidade de formar relações de unidade na apreensão da multiplicidade. Mas a unidade da multiplicidade é a complexidade. O termo designa, assim, a forma na qual o indivíduo humano resolve os problemas de complexidade, que lhe são colocados por meio do sentido; e, por certo, ao mesmo e no objeto.” (LUHMANN, 2018, p. 50).

Com efeito, a hermenêutica processual definida pela semântica e derivada da jurisprudência pátria, sem prejuízo da doutrina¹⁹ que trata o assunto, ainda que

por função atribuir significação política ao Direito, mas, contrário senso, aplicar o direito obtido da ordem jurídica ao caso em concreto, resolvendo-o juridicamente e não politicamente, sempre com fundamento em lei.

17. “(...) A influência que essas colocações terão sobre Kelsen será decisiva, na elaboração daquela obra que, por mais superada que se entenda hoje, não se pode negar, foi um marco no desenvolvimento do pensamento teórico sobre o direito: a ‘teoria pura’. Em nada diminui o valor da obra kelseniana essa identificação de influências que ela sofre, e que muitas vezes provêm até de discípulos do Mestre vienense, como é o caso do administrativista Adolf Merkl, que reconhecidamente contribui para a formulação da ideia do ordenamento jurídico como uma hierarquia escalonada com a forma de pirâmide, ou ainda a vertente húngara de cultores da teoria pura, reunidos em torno de Franz Weyr, na cidade de Brünn (a chamada ‘Brünner Schule’, Escola de Brünn), que chamou a atenção de Kelsen para o estudo da dinâmica jurídica de produção e (auto) reprodução do ordenamento. Ao morrer, em 1973, com 91 anos, Kelsen estava em pleno processo de reformulação de sua doutrina, sob o influxo de muitas leituras e reflexões, especialmente sobre os desenvolvimentos recentes de uma lógica específica de normas” (GUERRA FILHO; CANTARINI, 2014, p. 3-4).
18. “Como ser racional e, portanto, pertencente ao mundo inteligível, o homem não pode pensar nunca a causalidade da sua própria vontade senão sob a ideia da liberdade, pois que a independência das causas determinantes do mundo sensível (independência que é a razão tem sempre de atribuir-se) é a liberdade. Ora à ideia da liberdade está inseparavelmente ligado ao conceito de autonomia, e a este o princípio universal da moralidade, o qual na ideia está na base de todos os fenômenos” (KANT, 2019, p. 109).
19. “Diz-se que no processo penal o contraditório há de ser pleno e efetivo: será pleno porque deve ser observado do início ao fim do procedimento; será efetivo porque as partes devem dispor de meios concretos para reagir e contrariar os atos processuais que lhe sejam desfavoráveis, como condição de legitimidade de todo o processo. Conquanto o princípio do contraditório seja mesmo um direito fundamental dos acusados, e com isso possa ser tido como direito específico da defesa, o fato é que esse princípio aproveita também à acusação,

em termos generalizados de teoria (“Geral do Processo”²⁰), indicam que a sequência manifestativa processual correta, adequada e verdadeira, é a que preponderou ao julgado.

Dito de outra maneira, a autonomia de vontade do ato decisivo atribuída legalmente ao magistrado, forte a prescrição insculpida na vigência do inciso IX do artigo 93 constitucional e num sentido dogmático analítico de se compreender o fenômeno jurídico estudado, não vincula-o à discricionariedade irrestrita do cumprimento da legalidade (inciso II do artigo 5º constitucional), esta obrigatória à Administração Pública e ao próprio Poder Judiciário que dessa não se desvincula, à verificação da própria ordem jurídica em termos de “separação de poderes”²¹, no sentido de omitir-se a verificação e a aplicação da hermenêutica jurídica.

Deveras, o porquê disso, como de fato se verifica, é que existindo disposição que trate o mesmo assunto ou outro similar, em outra lei infraconstitucional, ao caso da analogia do assistente de acusação em atuação e a eventual oferta de razões de apelo (respectivamente, artigo 268 e § 1º do artigo 600 do digesto penal), proclamou-se “inadequada” a práxis processual elegida.

Destaque-se, por oportuno, que prescinde ao delator a comprovação das informações levadas ao processo (“termos de delação premiada”) como possibilidade probante da prática infracional perpetrada pela organização criminal para que seu intento de angariamento de benefício, assentado a diminuição de pena, com

seja porque as partes devem receber tratamento isonômico no processo, seja porque a própria ideia de processo depende dessa dialética da contrariedade, ou dessas duas forças contrárias, exercidas num sentido pela defesa e no outro pela acusação” (MACHADO, 2010, p. 166-167).

20. “(...) A Teoria do Direito Processual sempre esteve empenhada em identificar os problemas de funcionamento dessa estrutura, em construir dogmaticamente os institutos que permitissem uma influência racional e equilibrada dos conflitos de interesses e, finalmente, em ampliar ao máximo os mecanismos de acesso à justiça. A sociologia jurídica designou esse processo por ‘institucionalização do conflito social’, ou seja, transposição de uma luta de classes desregradas e irracional para uma arena disciplina, dotada de aparatos de racionalidade e previsibilidade que igualavam formalmente as armas dos contendores” (CAMPILONGO, 2011, p. 27-28).
21. “A teoria da ‘divisão dos poderes’, ao atribuir a cada esfera de atuação do Estado uma missão específica e ao definir os mecanismos internos de operação de cada poder, permite um acréscimo a complexidade e na capacidade de tomada de decisão tanto do Legislativo quanto ao Executivo e do Judiciário. A tripartição dos poderes desenvolve não só controles recíprocos entre os poderes, mais ainda enfrenta o problema da autoinibição de cada Poder” (CAMPILONGO, 2011, p. 32).

possibilidade extensiva até a inaplicabilidade de sanção penal, seja validado em sede de julgamento de sua conduta concorrente pelo Poder Judiciário.

Nessa toada e medida, e ao crivo de formação de convicção do magistrado, o Poder Judiciário decidirá pela concessão ou não da denominada “sanção premial” em um sentido exclusivamente jurídico atribuído à atividade, nunca numa perspectiva de preponderização superior da política²² ao direito, consoante vontades externas à condição jurídica de concretização de justiças (p. ex: populares, políticas, econômicas etc.)²³.

Nada obstante, parece evidente o antagonismo de interesse processual entre delatado (de ter julgada a ação improcedente) e delator, concomitante com o titular da persecução penal, senão pela procedência da ação e, principalmente, do aproveitamento eficaz da delação operada, sendo este, pois, o *thelos* democrático (finalidade política) da lei (presume-se) se obtida a verdade real (criminal).

Se, por um lado, omissa a Lei 12.850/2013 quanto à ordem de apresentação de memoriais finais, estes esclarecedores da pretensão processual de cada parte e inequívoca a perspectiva de resistência defensiva quanto aos efeitos acusatórios, por outro, a hermenêutica jurídica aplicada, enquanto instrumento científico apto a estabelecer relações interpretativas e compreensivas entre assuntos em busca de verdade(s) jurídica(s), permitiu a adequação da prestação jurisdicional mitigada em efetiva, ao crivo suscitado.

22. “Essa negação do direito constitucional importa na negação do seu valor enquanto ciência jurídica. Como toda ciência jurídica, o Direito Constitucional é ciência normativa; Diferencia-se, assim da Sociologia e da Ciência Política enquanto ciência da realidade. Se as normas constitucionais nada mais expressam do que relações fáticas altamente mutáveis, não há como deixar de reconhecer que a ciência da Constituição jurídica constitui uma ciência jurídica na ausência do direito, não lhe restando outra função senão a de constatar e comentar os fatos criados pela *Realpolitik*” (HESSE, 1991, p. 11 – grifos do original).

23. Certo de que o Brasil é (talvez) o único país que transmita “ao vivo” os julgamentos de sua corte constitucional por via televisiva (TV Justiça), sem prejuízo da disponibilização desse conteúdo em plataformas de comunicação de internet, tem-se que: “O distanciamento em relação à população gerou em setores do Poder Judiciário uma reação que se caracteriza pela tentativa de produzir decisões judiciais que atendam à opinião pública (ou, ao menos, aos anseios externalizados na opinião publicada pela mídia). Tem-se o chamado ‘populismo judicial’, isto é, o desejo de agradar ao maior número de pessoas possível através de decisões judiciais (ou às corporações que constroem a opinião pública), como forma de popularizar a Justiça, mesmo que para tanto seja necessário violar direitos e garantias fundamentais. Assim, juízes passaram a priorizar a hipótese à qual a mídia aderiu em detrimento dos fatos. A verdade tornou-se dispensável e, por vezes, inconveniente” (CASARA, 2018, p. 75-76).

É dizer, não é desconhecida a possibilidade de ter havido fundamentação específica para que tal ocorrência tivesse, nos termos narrados, se dado, o que não ocorreu, razão, então, do julgamento definitivo do mérito obtido como premissa possível, quiçá balizadora, para o doravante futuro de outros casos. A situação é que este caso emergiu na jurisdição constitucional não como um mero “problema” de práxis jurídica ou dissabor, em tese, de omissão específica legislativa, ou, ainda, como inadequação da utilização da lei, à mercê da jurisprudência e da doutrina permitissem interpretação consoante o resultado proclamado.

Emergiu-se, pois, como uma noção de promoção de “irritação²⁴” jurídica grave provocada pela legitimidade de autoridade própria do “sistema judiciário”, pontualmente as 03 (três) atuações jurisdicionais específicas, e que o guardião constitucional, bastião desta ordem jurisdicional como um todo, teve que agir em correção ao que, de fato, se perpetrou, invariavelmente a concessão da ordem, pelo reconhecimento de universalidade jurídica e pressupondo-se seus elementos de garantia fundamental ao estado democrático de direito, em resolução ao conflito jus-político e social estabelecido entre o interessado e as representações legitimadas do próprio Poder Judiciário.

“Por ser o Judiciário a única unidade que opera apenas com elementos do próprio sistema jurídico – o qual, ao prever proibição do *non liquet*, o força a sempre dar um enquadramento jurídico a quaisquer fatos e comportamentos que sejam levados perante ele –, postula-se que essa unidade ocuparia o centro do sistema jurídico, ficando tudo o mais em sua periferia, inclusive o Legislativo, em uma região fronteira com o sistema político. Eis o ‘paradoxo da transformação da

24. “Postular que a sociedade contemporânea, organizada em escala mundial, ‘globalizada’, é produto da diferenciação funcional de diversos (sub)sistemas, como os da economia, ética, direito, política, religião, arte, ensino etc. – sistemas autopoieticos, que operam com autonomia e fechados uns em relação aos outros, cada um com sua própria ‘lógica’ –, postular isso não implica negar que haja influência (ou ‘perturbações’) desses sistemas uns nos outros. Entre eles dá-se o que a teoria de sistemas autopoieticos denomina ‘acoplamento estrutural’” (GUERRA FILHO, 2018, p. 125).

“(…) A Teoria do Direito Processual sempre esteve empenhada em identificar os problemas de funcionamento dessa estrutura, em construir dogmaticamente os institutos que permitissem uma influência racional e equilibrada dos conflitos de interesses e, finalmente, em ampliar ao máximo os mecanismos de acesso à justiça. A sociologia jurídica designou esse processo por ‘institucionalização do conflito social’, ou seja, transposição de uma luta de classes desregradas e irracional para uma arena disciplina, dotada de aparatos de racionalidade e previsibilidade que igualavam formalmente as armas dos contendores” (CAMPI-
LONGO, 2011, p. 28).

coerção em liberdade, uma vez que o juiz se acha vinculado às leis, mas não a legislação, que é sempre objeto de sua interpretação, inclusive a norma que o vincula à lei, levando em conta textos com autoridade superior como aquele da Constituição.” (GUERRA FILHO, 2018, p. 65/66 – grifos do original).

Porque foi o primeiro caso a ser julgado pela corte desde o início da vigência da referida lei (excetuando-se, por óbvio, casos em que não houve alegação desse mesmo prejuízo de ordem a acusados em outras ações penais), considerando-se a vigência do conteúdo de “isonomia” prescrito no “caput” do artigo constitucional 5º, tem-se que, a analogia igualitária de todos os casos em que ocorreu essa mesma situação²⁵, de flagrante equívoco, deve se balizar de igual forma resolutive e deverá prevalecer como condição a promover-se justiça (processual) constitucional, mais ainda isso acentuado quando se pensa a “repercussão geral” de que tratou-se a hipótese (aplicação analógica do artigo 1.035 do digesto civil), uma vez tendo sido encaminhado a plenário o julgamento pela corte por seu correspondente relator, vencido no julgamento.

Em última análise, uma vez reconhecida a vigência dogmática também da Declaração Universal dos Direitos Humanos, da qual o Brasil é signatário desde sua consolidação em 1948, precisamente refletindo-se acerca do seu artigo 11, reconhece-se, também, o teor imperativo alusivo à inclusão da insígnia do “devido processo legal” na constituição pátria como segurança jurídica da referida condição de garantia enquanto mecanismo de concretização da jurisdição²⁶, no caso, a pátria²⁷.

25. “Assim, para melhor compreensão do problema, há que se ter presente que um precedente (súmula ou acórdão que exprima a posição majoritária) é (também) um texto, ao qual deve ser atribuído um sentido, a partir do caso concreto sob análise. É assim que surge o caso concreto. É a especificidade que o diferencia (ou não) da cadeia decisional que vem sendo seguida pelo Tribunal. Consequentemente, haverá sempre um grau de generalização a ser extraído do núcleo da decisão, que fará a ligação hermenêutica (compromissos discursivos) com os casos posteriores que serão analisados em sua individualidade, promovendo o surgimento de novas normas na medida em que novos casos forem decididos” (STRECK; ABOUD, 2013, p. 54).

26. “(...) nessa etapa de desenvolvimento da complexidade social, a liberdade, a igualdade e a cidadania, bem como os corolários destas decorrentes, surgem como elementos fundamentais na formação de estruturas que foram seguidas pelo Estado contemporâneo, incluindo a noção de soberania constitucional nacional e internacional, tornando-se determinante sua análise quando a própria ordem vigente no tempo e no espaço é capaz de considerar fenômenos estatais e promover mudanças que se consideram necessárias” (GARCIA, CAIXEIRO, 2019, p. 28) a evolução da condição humana.

27. O Comitê de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas – ONU, manifestou-se ao Brasil no caso da vedação participativa política nacional eleitoral em 2018 em relação a

Com tudo isso, se confirma, sob um prisma analítico cognitivo, que o Direito se manifesta por meio da comunicação²⁸ e linguagem integradoras que perfazem mostrar-se não sua expectativa de eficácia, sua própria eficácia, pontualmente e para este caso, pelo conteúdo retórico e argumentativo deliberativo, a aplicação empírica e satisfatória da ordem jurídica e forense apresentada à guisa da votação favorável ao julgamento.

Em prol da lógica processual obtida pela finalidade perquirida a cada um dos memoriais que prescindem ser apresentados à sistemática processual penal, nessa hipótese, pressupondo-se a sequência acusação, delator e delatado, bem assim, sob esse crivo (processual), se fez apresentar científico²⁹ e preciso o conteúdo de-

Luiz Inácio Lula da Silva, candidato presidencial (CONJUR, 2018). Nessa ocasião, embora sem efeitos empíricos a jurisdição nacional, a corte entendeu a necessidade de se garantir sua participação no certame tendo em vista a premissa do devido processo legal prescrito na declaração internacional mencionada em relação à vigência do inciso LVII do artigo constitucional 5º brasileiro, sem prejuízo de outras disposições da mesma constituição, inequívoca a compreensão hermenêutica dogmática (e) jurídica imprimida à análise. Vale dizer, a mesma hipótese verificada neste estudo, de concomitância de apresentação de “memoriais finais” entre delator e delatado em igual prazo, se operou a este caso, ora referido.

28. Acerca de poder como meio de comunicação, pressupondo-se uma teorização de seus meios, Luhmann (1985, p. 05-16) fixa 05 (cinco) premissas dentre as quais, 03 (três) se destacam pragmaticamente ao presente: a um, diferenciação social por estratos e por subsistemas funcionais, em perspectivas de evolução sociocultural e de motivações (“os sistemas sociais só se constituem através de comunicação, por eles sempre suposta, de que múltiplos processos de seleção se determinam mutuamente por antecipação ou por reação. [...] só se produz quando se compreende a seletividade de uma mensagem, o que significa: quando se emprega para a seleção o sistema próprio”, p. 06); a dois, código de símbolos generalizados que dirigem a transmissão de resultados seletivos (“[...] a elaboração científica de substantivos próprios para a medida do poder se dá mais no âmbito do provável e é considerada pelos outros setores da sociedade como patrimônio intelectual da ciência”, p. 10), e; a três: transmissão de complexidade reduzida: (“[...] De fato, a existência de uma estrutura de poder e de uma decisão de poder antecipável torna pura e simplesmente sem sentido, para o subalterno, formar vontade. [...] A causalidade do poder consiste na neutralização da vontade, embora não necessariamente na ruptura da vontade do subalterno. Ela atinge também e justamente quando este quer agir no mesmo sentido e vem a saber que teria de agir de qualquer modo. A função do poder consiste na regulação da contingência.”, p. 11).
29. O significado da ordenação jurídica na realidade e em face dela somente pode ser apreciado se ambas – ordenação e realidade – forem consideradas em sua relação, em seu inseparável contexto, e no seu condicionamento recíproco. Uma análise isolada, unilateral, que leve em conta apenas um ou outro aspecto, não se afigura em condições de fornecer resposta adequada à questão. Para aquele que contempla apenas a ordenação jurídica, a norma “está em vigor” ou “está interrogada”; não há outra possibilidade. Por outro lado, quem considera,

liberativo proferido, certa a autoridade da corte proclamadora do resultado, quanto à possibilidade mensurativa de lógica para a aplicação sistêmica e funcional do conteúdo genérico e de garantias, descritos na carta constitucional, sem embargos à potencialização majorativa dos argumentos utilizados na fundamentação específica do caso em detrimento da outrora utilizada pela instância *a quo* para o mesmo caso, em verdadeira autorreferência jurídica.

À luz de toda essa descrição e pensando-se na possibilidade justificatória de contribuir ao progresso científico da área do saber jurídico como um todo, em perspectiva construtivista, indaga-se se, enquanto exemplo e hipótese problemática verificatória, serve este caso a possibilitar comprovação ontológica³⁰ (positiva e identificatória, de se perguntar “o que é isso” e responder-se “isso é”) à aplicação utilitária e pragmática da “Teoria Social Sistêmica” desenvolvida por Luhmann (2016).

Em última análise e, mais especificamente, à verificação da possibilidade autopoietica de “imunologia” científica social ao subsistema funcional do Direito que, nessa opção, versa a um caso prático empírico de deliberação já definida pela jurisdição constitucional, enquanto guardião do ordenamento jurídico, legítima intérprete da teoria constitucional sociológica aplicada ao direito, no subsistema de âmbito criminal:

“(...) a unidade entre elementos do sistema não emerge ‘de baixo’, mas sim é constituída ‘de cima’, para fins de explicação e, por isso, esses elementos ‘são elementos apenas para os sistemas que os empregam como unidade, e eles o são apenas

exclusivamente, a realidade política e social ou não consegue perceber o problema na sua totalidade, ou será levado a ignorar, simplesmente, o significado de ordenação jurídica (HESSE, 1991, p. 13).

30. “(...) ontologia significa igualmente o tratamento de questões acerca do ser transmitidas pela tradição, tratamento que, sobre o solo da clássica filosofia grega, ainda continua multiplicando-se de maneira epigonal. Embora esta ontologia tradicional, mesmo quando pretende dedicar-se às determinações gerais do ser, ainda tem em vista um setor determinado do ser. Segundo o uso linguístico moderno, ontologia equivale à teoria da objetualidade e, em princípio, de caráter formal; nesse aspecto chega a coincidir com a ontologia antiga (‘metafísica’). Contudo, a ontologia moderna não é uma disciplina isolada, mas mantém uma peculiar imbricação com aquilo que se compreende por fenomenologia em sentido estrito. *Somente com a fenomenologia surge um conceito adequado para investigação.* Ontologia da natureza, ontologia da cultura, ontologias materiais: tais são as disciplinas nas quais se realça, em função de seu caráter temático-categorial, o conteúdo objetual dessas regiões. O que assim se alcança serve de fio condutor ao problema da *constituição*, as conexões da gênese e a estrutura da *consciência de objetualidades* de um ou outro gênero” (HEIDEGGER, 2013, p. 7-8 – grifos do original).

através do sistema, quer dizer, existem apenas enquanto parte de um sistema, teoricamente diferenciado do seu meio, e que, dessa forma produziria e reproduziria (= produção de produtos), reflexiva e auto-referencialmente, seus elementos, enquanto autopoietico.” (LUHMANN, 1987, p. 30 apud GUERRA FILHO, 2018, p. 50).

A premissa de validação ao reconhecimento proposto à aplicabilidade da teoria sistêmica luhminiana se assenta, primeiramente, na concepção da comunicação como elemento integrador e compreensivo das funções respectivas de cada elemento da dicotomia sistema e ambiente onde uma análise opere, ocorrendo interpretações e atribuição de significações (semântica). Ao primeiro, o reconhecimento de validade (e aceitação) do Direito como componente integrador da organização social enquanto preponderantes e imprescindíveis as suas finalidades; ao segundo, a própria convivência humana e social em suas possibilidades integradoras dos interesses recíprocos que a movem, evolutivamente.

Verificou-se que diante da descrição do caso utilizado ao presente, forte, pois, sua natureza verídica e empírica, bem assim a omissão proposital e pragmática de (outras e mais) informações, porque (relativamente) irrelevante a proposta identificatória, tem-se como válida e possível a noção sistêmica social atribuída ao Direito pela teoria suscitada, tendo este como seu próprio subsistema funcional e referencial o “processo” e suas garantias.

“A afirmação ‘existem sistemas’ significa, portanto, apenas que existem objetos de investigação que apresentam características que justificam o emprego do conceito sistema; assim como, inversamente, esse conceito serve para abstrair estados de coisas que, sob essa perspectiva, são comparáveis tanto um com o outro quanto com outros tipos de estados de coisas com base na distinção igual/desigual. Tal abstração conceitual (que tem como objetivo a teoria) deve ser distinguida da autoabstração do objeto (que tem como objetivo a estrutura). A abstração conceitual possibilita comparações. A autoabstração possibilita o reemprego das mesmas estruturas no próprio objeto. Ambas têm de se manter estritamente separadas uma da outra. Então, e somente então, pode-se também estabelecer interseções. Podem existir sistemas que empregam abstrações conceituais para a autoabstração, quer dizer, que adquirem estruturas, comparando suas características de outros sistemas. Pode-se, portanto, testar até que ponto abstrações conceituais se baseiam em autoabstrações nos objetos e até que ponto acabam em comparação de estruturas.” (LUHMANN, 2016, p. 18).³¹

31. A referida citação é precedida do seguinte conteúdo, que a esclarece pormenormente: “De modo geral, pode-se falar de sistema quando se concebe características cujas ausências

Inferindo-se que o Direito manifesta-se como fenômeno regulatório da conduta humana global, limitando-se a liberdade de agir e de estabelecer relações tendo em vista a concepção (neo)kantiana do “dever ser”, sobremaneira protegendo-a contra atos abusivos do Estado (em suas funções), sem prejuízo, inclusive, à possibilidade preventiva a tais ocorrências, tem-se possível a compreensão da ordem social acoplada em suas vertentes.

A toda evidência, a hipótese versa ao manejo de remédio constitucional salvaguardador da modalidade de locomoção do paciente que teve a mesma mitigada à luz da compreensão jurídica obtida, doravante vigente enquanto norma jurídica reguladora da concretude do caso, concluindo-se em direito adquirido inerente ao interessado e com possibilidade (decisão paradigma) extensível à situação análoga com base em equidade, o que reforça a concepção ora advogada de ordem (jus-política e social) integradora do modelo.

O autorreferenciamento, isto é, a própria autopoiese, com ocorrência de acoplamento das garantias evidenciadas (decisão definitiva em relação às anteriormente proferidas neste caso e contrárias à atribuição de significação defendida ao paciente), como possibilidade estabelecadora da via adequada ao emprego compreensivo do subsistema funcional jurídico, e propriamente ao âmbito processual, permitiu proferimento de decisão, balizada em força da autoridade reconhecida pelo mesmo sistema (constitucional) do reconhecimento da autoridade, legitimidade e supremacia da forma metodológica, de preponderização do ato de vontade decisiva (KELSEN, 1998) último, pelo qual permite sobrepor-se a vigência da ordenação jurídica aos casos de aplicação da Lei 12.850/2013: “Tais interpretações, no entanto, são construções (auto)po(i)éticas, pois o direito desenvolve-se por ‘irritações’, provindas do ambiente social” (GUERRA FILHO, 2018, p. 123) ao qual se faz repercutir enquanto expectativa de sua finalidade.

colocariam em questão o caráter de um objeto como sistema. Às vezes, também a unidade da totalidade de tais características é designada como sistema. Nesses casos, uma teoria geral dos sistemas torna-se, então, subitamente uma teoria geral do sistema geral. Esse problema se repete em todos os níveis de concretização com as respectivas restrições. A seguir, evitaremos esse uso da linguagem. Não queremos chamar o conceito (ou o modelo) de um sistema novamente de sistema, porque não estamos dispostos a chamar o conceito (ou o modelo) de um organismo, de uma máquina, de uma sociedade novamente de organismo, máquina, sociedade. Em outras palavras, mesmo mediante os mais elevados estados de abstração de uma teoria, não nos deixemos levar a comprovar os meios de conhecimento (conceitos, modelos etc.) com a terminologia do objeto – mas especificamente porque tal decisão não seria capaz de resistir nos domínios concretos de investigação” (LUHMANN, 2016, p. 17).

Lado outro, uma vez considerada a motivação provocadora do órgão zelador a guarda constitucional, fundada não exclusivamente sobre aspecto jurídico, mas sociopolítico organizacional, tendo por base a concepção do “estado democrático político”, detecta-se a irritabilidade provocada a sua contrariedade ao proclamar-se, em concessão de ordem, a adequada forma interpretativa, hermenêutica e semântica que deve ser utilizada para o manejo da referida lei em relação ao texto constitucional, evidenciada a inadequação de utilização de ordem de apresentação dos provimentos forenses desde a origem de suas práticas, suplantadas, pois, as ordens hierárquicas que ratificaram a aplicação procedimental processual ao modo que sucedeu.

Isso porque, segundo Grinover, Gomes Filho e Fernandes (2009, p. 24-25), existem duas jurisdições: a “inferior”, composta pelo juiz singular e seu respectivo tribunal, que agem na prestação jurisdicional imediata à incidência da lei ao fato sendo devida, numa certa medida, obediência ao conteúdo normativo trazido em lei, e a “superior”, que em atuação mediará, dentro de suas competências atribuídas pela constituição, a forma de incidência das compreensões políticas que compuseram, politicamente, a composição do conteúdo do direito, traduzido em lei e preservando-se, pois, a real significação que este tem de possuir para sua utilização a composição da ordem social (justa), inconteste, então, sua autoridade funcional.

“Uma das consequências das mais relevantes dessa “migração” das cortes constitucionais é que elas, quando passam a integrar o sistema político, devem se submeter aos mesmos critérios de legitimação que os demais órgãos componentes desse sistema, onde a comunicação qualifica o código do poder. Aliás, a doutrina é unânime, na esteira de Kelsen, que tais cortes exerçam um poder de legislação negativa, e também, agora já indo além da formulação tradicional do positivismo – que podem apreciar o mérito de decisões administrativas, quando as mesmas apresentam defeitos do ponto de vista da manutenção da integridade dos princípios constitucionais e direitos fundamentais.” GUERRA FILHO, 2018, p. 122).

Sem aprofundamento, limitando-se a compreensão do caso ao modo pragmático descrito, portanto, afastando-se a verificação morfológica dos argumentos conformadores de sua vigência normativa, obtém-se que o conteúdo valorativo e semântico atribuído à ordenação jurídica constitucional como um todo, mais genérica possa parecer, tendeu a prevalecer acerca da conformação de vontades de cada um dos órgãos jurisdicionais que atuaram (politicamente?) no caso, inconteste, pois, que na própria ordenação jurídica apresentou-se a forma conformatória de resolução da problemática apresentada, vencedor, pois, o argumento defensivo de incontentamento pela atribuição de significação e emprego da lei desde a origem (em

instância singular) do “problema” em prol da priorização do contraditório e da ampla defesa, conjugados com o devido processo legal, proclamados como inválidos os argumentos de convencimento aos legitimados a tal referência quando de suas atuações anteriores à jurisdição constitucional.

“Entretanto, com a afirmação de independência judicial, o desenvolvimento de fórmulas desconcentradas de controle de constitucionalidade, a incorporação de novas referências normativas e cognitivas pelos juízes e a democratização interna do Judiciário, a hierarquia perde o sentido de instrumento de controle vertical da instituição, para ser vista apenas como mecanismo de divisão operativa do sistema de recursos processuais.” (CAMPILONGO, 2011. p. 29).

Daí, então, a compreensão definitiva acerca da concepção “imunológica” jurídica, senão pela prescrição anterior e possível do conhecimento de todos os envolvidos quanto à envergadura de significação de importância a concepção político democrática para organização social como garantia a todos os indivíduos no Brasil, traduzida expressamente na constituição, e notadamente ao caso de ações penais, isto é, suscetibilidade de sucumbir à condenação penal por prática infracional, resultando-se, esse ônus, ao crivo de privação de liberdade de locomoção, senão pela decretação condenatória e sem prejuízo de outras possibilidades.

Para além disso, a imprescindibilidade compreensiva da integração dos conteúdos hierarquicamente dispostos no (sub)sistema funcional jurídico exige que, diante dessas hipóteses de contrariedade às formas compreensivas e interpretativas possíveis, sejam buscadas dentro da própria ordenação jurídica formas para fins de autocorrigir-se evitando-se, então, tumultos e constrangimentos desnecessários à preponderância da forma política-jurídico vigente.

Essa perspectiva integradora do direito enquanto campo do saber cientificizado prescinde do acoplamento não só de seus próprios instrumentais (Lei 12.850/2013 e garantias constitucionais), mas também dos valores temporais evolutivos, trazidos pela descrição real de suas potencialidades enquanto tradutores dessas mesmas compreensões.³² Portanto, a função política da corte constitucional também faz-se

32. “Paradoxalmente, nesses campos que são palco de uma *revolução permanente*, os produtores de vanguarda são determinados pelo passado até nas inovações destinadas a superá-lo, inscritas, como em uma matriz original, no espaço dos possíveis imanentes ao próprio campo. O que se produz no campo, é cada vez mais dependente da história específica do campo, e cada vez mais difícil de deduzir ou prever a partir do conhecimento do estado do mundo social (situação econômica, política etc.) no momento considerado. A autonomia relativa do campo sempre se realiza melhor nas obras que devem suas propriedades

manifestar pela decisão proferida, não só pelo preenchimento das condições prescritas a viabilizar o acesso em termos instrumentais, mais pelos reais valores a que deve o direito perseguir, sendo então, o palco real da revolução jurídica permanente que traduz a evolução da sociedade brasileira.

3. CONCLUSÕES

A análise de julgados de qualquer natureza prescinde a utilização de método de interpretação aplicável ao direito para que desse resultado seja possível identificar o modo de utilização do mesmo ao crivo científico do conhecimento jurídico. Na hipótese do presente, verifica-se que a (crítica aos fundamentos da) dogmática analítica possibilitou a formação de um diagnóstico compreensivo da adequada forma com que devem se relacionar os conteúdos jurídicos constitucional e infraconstitucional, invariável a explicação teórica e geral doutrinária assentada em Kelsen (1998) remeter tal assunto à autonomia da formação da convicção jurídica, esta não irrestrita quanto à discricionariedade de seu utilizador na magistratura.

Com efeito, a decisão proferida no HC 166.373 PR pela corte guardiã constitucional procedeu corrigir equívoco praticado pelo magistrado singular, que não se utilizou de nenhum fundamento legal para agir como agiu e provocar tal resultado, em determinar a concomitância de apresentação temporal e em igualdade de condições de “memoriais finais” entre delator e delatado, nada obstante o interesse processual controverso entre eles, sendo mantido esse mesmo entendimento, embora suscitado o contrário em termos preliminares de apelação quanto a esta nulidade processual pela defesa do último, por parte do respectivo tribunal hierarquicamente superior, em realização, tanto do duplo grau jurisdicional (garantia de atuação na obtenção de verdade real), como também em controle administrativo interno (mediante certificação de adequado manejo legislativo aplicado ao caso em concreto).

Inferiu-se que os valores constitucionalmente estabelecidos para a hipótese, quais sejam, ampla defesa e contraditório, em majoração a própria noção que reclama a compreensão do devido processo legal, estão acima da discricionariedade decisiva da instância inferior (juízo singular e tribunal correspondente), assim também a proferida pela 3ª instância, parte inferior da instância última superior, zeladora da uniformização de decisões nacionais, em que se firmou que o contato prévio

formais e seu valor apenas a estrutura, ou seja, à história do campo, desqualificando as interpretações que, por um ‘curto-circuito’, se julgam no direito de passar diretamente do que se passa no mundo ao que se passa no campo” (BOURDIER, 2011, p. 70 – grifos do original).

com o “termo de delação premiada homologado” possibilitaria efetiva defesa de interesses pelos envolvidos e mais especificamente a defesa do delatado.

Conclui-se que, por trás do conteúdo semântico traduzido por esse instrumento processual (o “termo” em si), há uma discussão muito séria acerca da forma com que o mesmo foi obtido, senão pelo uso, neste caso, de modalidades prisionais provisórias, como se observa a nota referencial 5, sendo talvez esse o grande problema da estudada Lei 12.850/2013. Vale dizer, por não ser este o foco de análise problemática atribuído ao presente, tal situação foi referenciada tão somente em razão de descrever o que se deu.

Lado outro, por meio do confronto do resultado combatido pelas decisões vencidas diante da vencedora, proclamada pela jurisdição constitucional, buscou-se verificar se isso se revelaria uma condição autopoietica do direito, enquanto subsistema autônomo componente ao sistema social e a resposta à verificação se fez positiva.

Com base em confirmação teórica bibliográfica assentada em Guerra Filho (2018), Campilongo (2011) e Ferraz Jr. (2003), conclui-se também que o Direito pode ser estudado e compreendido enquanto sistema autônomo de utilização social, porque este ambiente lhe jaz como objeto de estudo e reflexão. Mais que isso, por ser o direito um instrumento de regulação social, confirma-se sua condição funcional à própria sociedade, sendo-lhe, então, um subsistema autônomo acoplado ao todo geral.

Uma vez confirmada a premissa possível de aplicação da teoria sistêmica luhminiana à prática, e tendo sido avançada a compreensão acerca dos efeitos que o equívoco jurídico provocou, ante o resultado diferenciado proclamado pela corte suprema, também confirmou-se que a releitura valorativa aos conteúdos jurídicos invocados pela defesa do paciente na corte suprema proporcionaram uma alternativa satisfatória à expectativa de sua compreensão inicialmente projetada sob o estudo doutrinário e jurisprudencial sobre o assunto; nada obstante, buscou-se estabelecer tal situação como uma condição de irritabilidade à harmonia que deveria ser imprimida a interpretação dos valores (semânticos) tradutores das garantias constitucional e processual, também num cotejo de viabilização de ordem social, neste avanço compreendida como política-jurídico, na melhor compreensão do estado democrático de direito.

A atuação, portanto, da corte constitucional, além de política a atribuição de valores às garantias constitucionais, também se deu de maneira imunológica a combater irregularidade empreendida à compreensão de sua ordem constitucional jurídica, esta reveladora de preceitos jurídicos e também políticos!

A teoria sistêmica, a partir do estudo realizado do caso em concreto apreciado, se mostrou eficaz à elucidação da vinculação dos interesses dispostos em lei infra-constitucional em relação a si mesma, forte a noção vinculativa constitucional de assentamento de premissas de vigência desta última. Para além disso, em termos didáticos e funcionais, se fez eficaz por demonstrar que a situação, traduzida em fenómeno jurídico (processual), além de possuir significação e identificação, também possui formas possíveis à apresentação de resultados quando da emergência dessas irritações, então traduzidas como irritabilidades internas.

Considerações à parte, o fato é que o caso versou acerca do conflito de interesses entre o paciente (acusado em uma ação penal, com condenação proferida nas duas instâncias primeiras e que sofreu o constrangimento de cumprimento prévio de pena, à luz da vigência de um precedente judicial da corte suprema que sobre isso decidiu ao julgar o HC 126.292 SP³³, em 17.02.2016) em relação ao Estado, sendo que este deve(ria) agir para o cumprimento da legalidade traduzida pelos textos legais em sua integralidade interativa.

Não bastasse isso tudo, seria possível, então, que essas decisões não fossem levadas em concretude, e tem-se que, finalmente(?), foi reconhecida como adequada e verdadeira a interpretação operada por esforço hermenêutico de sua defesa, desde o início do problema, cogitando-se, para arrematar, tempo, perda de oportunidades e, enfim, a questão do Direito ser ou não um limite ao exercício de vontades públicas de agentes do Estado, em detrimento da liberdade de locomoção individual de seus subordinados, obviamente, pensando-se tão só o interesse público, e não o privado ou particular de quem realiza o julgamento.

4. REFERÊNCIAS

- BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
- BOURDIEU, Pierre. *Razões práticas: sobre a teoria da ação*. Trad. CORRÊA, Mariza. 11. ed. Campinas: Papirus, 2011.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

33. O precedente judicial referenciado, e que, em tese, tornou “ineficaz” o comando insculpido na vigência do inciso LVII do 5º artigo constitucional, que perdurou de 17.02.2016 a 07.11.2019, o que totalizou 1.359 dias, teve encerramento com julgamento conjunto das ações declaratórias de constitucionalidade (ADCs) 43, 44 e 53, na última data retrorreferida.

- CASARA, Rubens. Precisamos falar da “direita jurídica”. (In) MIGUEL, Luis Felipe; GALLEGO, Esther Solano (Organizadores). *O ódio como política: a reinvenção da direita no Brasil*. São Paulo: Boitempo, 2018.
- DINAMARCO, Candido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: Max Limonad, 1998.
- FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- FOUCAULT, Michel. *Malfazer, dizer verdadeiro: função da confissão em juízo*: Curso em Louvain, 1981. Trad. BENEDETTI, Ivone. São Paulo: Martins Fontes, 2018.
- GARCIA, Kelvin Nascimento; CAIXEIRO, Bruno Milenkovich. *Da crise do Direito e (falta de) ordem jurisdicional supranacional: o caso da construção de ponte entre a Rússia e a Criméia em detrimento da soberania da Ucrânia*. Mauritius: Novas Edições Acadêmicas, 2019.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *Recursos no processo penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação e reclamação aos tribunais*. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2009.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *A autopoiese do Direito na sociedade informacional: introdução a uma teoria social sistêmica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago; CANTARINI, Paola. *Teoria poética do direito*. Porto Alegre: Lumen Juris, 2015.
- HEIDEGGER, Martin. *Ontologia: (hermenêutica da faticidade)*. Trad. Renato Kirchner. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2013.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1991.
- KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2019.
- KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. Trad. Alexandre Krug; Eduardo Brandão; Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Batista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- LUHMANN, Niklas. *Poder*. Trad. Mertine Creusot de Resende Martins. Brasília: UNB, 1985.
- LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociais: esboço de uma teoria geral*. Trad. Antônio C. Luz Costa; Roberto Dutra Torres Junior; Marco Antônio dos Santos Casanova. Petrópolis: Vozes, 2016.

- LUHMANN, Niklas. *Teoria dos sistemas na prática: diferenciação funcional e Modernidade*. (Tradução: Érica Gonçalves Castro; Patrícia da Silva Santos. Petrópolis: Vozes, 2019. v. II.
- LUHMANN, Niklas. *Teoria dos sistemas na prática: estrutura social e semântica*. Trad. Patrícia Silva Santos. Petrópolis: Vozes, 2018. v. I.
- MACHADO, Antônio Alberto. *Teoria geral do processo penal*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto: o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- VALENTE, Fernanda. Comitê da ONU reafirma decisão sobre Lula participar das eleições. *CONJUR; Consultor Jurídico*. Disponível em [www.conjur.com.br/2018-set-10/comite-onu-reafirma-decisao-lula-participar-eleicoes]. Acesso em: 14.11.2019.

5. LEGISLAÇÃO

- BRASIL. *Código de Processo Civil* – Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm]. Acesso em: 10.05.2022.
- BRASIL. *Código de Processo Penal* – Decreto-Lei 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em [www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm]. Acesso em: 10.05.2022.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm]. Acesso em: 10.05.2022.
- BRASIL. *Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013*. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm]. Acesso em: 10.05.2022.
- BRASIL. *Lei 13.869, de 05 de setembro de 2019*. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13869.htm]. Acesso em: 10.05.2022.
- BRASIL. *Lei 4.898, de 09 de dezembro de 1965*. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4898.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%204.898%2C%20DE%209%20DE%20DEZEMBRO%20DE%201965.&text=Regula%20o%20Direito%20de%20Representa%C3%A7%C3%A3o,casos%20de%20abuso%20de%20autoridade]. Acesso em: 10.05.2022.

6. JURISPRUDÊNCIA

- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Habeas Corpus 96.059 PR, 5ª T., rel. Min. Felix Fischer. Brasília/DF. Disponível em: [portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5607116]. Acesso em: 14.11.2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Ação Declaratória de Constitucionalidade 43, 44 e 53 (indexadas em conjunto, Plenário, Brasília/DF. Disponível em: [https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986065]. Acesso em: 02.02.2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Habeas Corpus 166.373 PR, Plenário, Brasília/DF. Disponível em: [https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5607116]. Acesso em: 02.02.2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Habeas Corpus 126.292 SP, Plenário, Brasília/DF. Disponível em: [https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4697570]. Acesso em: 02.02.2022.



PESQUISAS DO EDITORIAL

ÁREAS DO DIREITO: Penal; Filosofia

Veja também Doutrina relacionada ao tema

- Direito e justiça sob a ótica da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, de Juliane Caravieri Martins Gamba – *RIASP* 29/379-404.

Veja também Jurisprudência relacionada ao tema

- STF, HC 166.373, j. 30.11.2022, *DJe* 18.05.2023.

AQUISIÇÃO DAS FONTES DE PROVA PENAL DIGITAL: REFLEXÕES A PARTIR DO INFORMATIVO DE JURISPRUDÊNCIA 763 DO STJ

ACQUISITION OF DIGITAL CRIMINAL EVIDENCE SOURCES: REFLECTIONS BASED ON JURISPRUDENCE NEWSLETTER 763 OF THE STJ

CARLOS HÉLDER CARVALHO FURTADO MENDES

Doutor e Mestre em Ciências Criminais pela PUC-RS. Especialista em Direito Penal Econômico pela Universidade de Coimbra/IBCCRIM (2017). Especialista em Ciências Penais pela Uniderp (2017). Bacharel em Direito pelo UNDB-Centro Universitário/MA (2015). Advogado. Lattes: [<http://lattes.cnpq.br/3034060693231004>]. ORCID: [<https://orcid.org/0000-0001-5256-1297>]. helder@madeiraadvogados.com.br

YURI FELIX

Doutor e Mestre em Ciências Criminais pela PUC-RS. Professor, palestrante e parecerista com artigos publicados em revistas especializadas. Advogado. Lattes: [<http://lattes.cnpq.br/0866064520436785>]. ORCID: [<https://orcid.org/0000-0003-1494-9535>]. advyuri@gmail.com

DOI: [<https://doi.org/10.54415/rbccrim.v197i197.504>].

Autores convidados

ÁREAS DO DIREITO: Digital; Penal; Processual

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo de pesquisa o estudo acerca da aquisição de dados informáticos a partir da extração perpetrada na persecução penal, partindo da apreensão dos dispositivos informáticos. Trata-se de tema de contemporânea discussão nos Tribunais Superiores brasileiros. Assim, será analisado o julgamento do Superior Tribunal de Justiça no AgRg no Recurso em *Habeas Corpus* 143.169 – RJ (2021/0057395-6), e a partir deste precedente serão propostas outras discussões pertinentes ao tema, como a execução de mandados judiciais

ABSTRACT: This article aims to study the acquisition of computer data from the extraction perpetrated in criminal prosecution, from the apprehension of computer devices. This is a subject of contemporary discussion in Brazilian Superior Courts. Thus, the judgment of the AgRg in the Appeal in *Habeas Corpus* 143,169 – RJ (2021/0057395-6) – STJ will be analyzed, and based on this precedent, other discussions pertinent to the subject will be proposed, such as the execution of concrete court orders, the guidelines established by Digital Forensic Science and

concretos, as diretrizes estabelecidas pela Ciência Forense Digital e a observância da *Discovery* como instituto capaz de aportar maior confiabilidade na extração de dados por softwares de uso investigativo. O estudo do caso é, portanto, a metodologia empregada cuja análise também se complementa pela revisão bibliográfica e documental.

PALAVRAS-CHAVE: Prova Penal Digital – Extração de dados informáticos – Informativo de Jurisprudência 763 – STJ.

the observance of *Discovery* as an institute capable of providing greater reliability in the extraction of data by software for investigative use. The case study is, therefore, the methodology used whose analysis is also complemented by bibliographical and documentary review.

KEYWORDS: Digital Criminal Evidence – Extraction of computer data – Jurisprudence Newsletter 763 – STJ.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Apreensão de dispositivos informáticos, pesquisa e recolha de fonte de prova digital: a execução de mandados judiciais. 3. *Best Practices* da ciência forense digital e o acertamento técnico informático para aquisição e recolha de fontes de prova digital. 4. A rastreabilidade da fonte de prova penal digital: *discovery* e *softwares*. 5. Considerações finais. 6. Referências. 7. Jurisprudência.

1. INTRODUÇÃO

A prova penal digital é tema cuja importância tem se destacado em diversos julgados proferidos pelos Tribunais Superiores Brasileiros. Embora ainda haja lacunas legislativas sobre tal instituto probatório, alguns avanços jurisprudenciais já são observados desde a perspectiva da confiabilidade probatória para a utilização de dados informáticos em processos penais. Assim, o presente artigo tem como objetivo estabelecer pressupostos que sirvam de diretrizes na atividade probatória em contexto digital.

Para tanto, propõe-se a análise do AgRg no Recurso em Habeas Corpus 143.169 – RJ (2021/0057395-6)¹, em que o Min. Ribeiro Dantas proferiu voto-vista responsável

1. BRASIL, Superior Tribunal de Justiça – STJ, AgRg no Recurso em Habeas Corpus 143.169 – RJ (2021/0057395-6), rel. Min. Jesuíno Rissato (Des. convocado do TJDF); rel. p/acórdão Min. Ribeiro Dantas. “Ementa: penal e processual penal. Agravo regimental no recurso ordinário em habeas corpus. Operação open doors. Furto, organização criminosa e lavagem de dinheiro. Acesso a documentos de colaboração premiada. Falha na instrução do habeas corpus. Cadeia de custódia. Inobservância dos procedimentos técnicos necessários a garantir a integridade das fontes de prova arrecadadas pela polícia. Falta de documentação dos atos realizados no tratamento da prova. Confiabilidade comprometida. Provas inadmissíveis, em consequência. Agravo regimental parcialmente provido para prover também

MENDES, Carlos Helder Carvalho Furtado; FELIX, Yuri. Aquisição das fontes de prova penal digital: reflexões a partir do informativo de jurisprudência 763 do STJ. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 197. ano 31. p. 215-247. São Paulo: Ed. RT, jul./ago. 2023. DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v197i197.504].

pela fixação de entendimentos importantes quanto às cautelas necessárias para a aquisição e admissão de dados informáticos como fonte de prova penal extraídos de dispositivos digitais. A justificativa para a escolha metodológica desse precedente se pauta na fixação de entendimento registrado em Informativo Jurisprudencial 763 do Superior Tribunal de Justiça, cujo destaque aponta para a “inadmissibilidade de provas digitais sem registro documental acerca dos procedimentos adotados pela polícia para a preservação da integridade, autenticidade e confiabilidade dos elementos informáticos”.

em parte o recurso ordinário. 1. O habeas corpus não foi adequadamente instruído para comprovar as alegações defensivas referentes ao acesso a documentos da colaboração premiada, o que impede o provimento do recurso no ponto. 2. A principal finalidade da cadeia de custódia é garantir que os vestígios deixados no mundo material por uma infração penal correspondem exatamente àqueles arrecadados pela polícia, examinados e apresentados em juízo. 3. Embora o específico regramento dos arts. 158-A a 158-F do CPP (introduzidos pela Lei 13.964/2019) não retroaja, a necessidade de preservar a cadeia de custódia não surgiu com eles. Afinal, a ideia de cadeia de custódia é logicamente indissociável do próprio conceito de corpo de delito, constante no CPP desde a redação original de seu art. 158. Por isso, mesmo para fatos anteriores a 2019, é necessário avaliar a preservação da cadeia de custódia. 4. A autoridade policial responsável pela apreensão de um computador (ou outro dispositivo de armazenamento de informações digitais) deve copiar integralmente (bit a bit) o conteúdo do dispositivo, gerando uma imagem dos dados: um arquivo que espelha e representa fielmente o conteúdo original. 5. Aplicando-se uma técnica de algoritmo *hash*, é possível obter uma assinatura única para cada arquivo, que teria um valor diferente caso um único *bit* de informação fosse alterado em alguma etapa da investigação, quando a fonte de prova já estivesse sob a custódia da polícia. Comparando as *hashes* calculadas nos momentos da coleta e da perícia (ou de sua repetição em juízo), é possível detectar se o conteúdo extraído do dispositivo foi modificado. 6. É ônus do Estado comprovar a integridade e confiabilidade das fontes de prova por ele apresentadas. É incabível, aqui, simplesmente presumir a veracidade das alegações estatais, quando descumpridos os procedimentos referentes à cadeia de custódia. No processo penal, a atividade do Estado é o objeto do controle de legalidade, e não o parâmetro do controle; isto é, cabe ao Judiciário controlar a atuação do Estado-acusação a partir do direito, e não a partir de uma autoproclamada confiança que o Estado-acusação deposita em si mesmo. 7. No caso dos autos, a polícia não documentou nenhum dos atos por ela praticados na arrecadação, armazenamento e análise dos computadores apreendidos durante o inquérito, nem se preocupou em apresentar garantias de que seu conteúdo permaneceu íntegro enquanto esteve sob a custódia policial. Como consequência, não há como assegurar que os dados informáticos periciados são íntegros e idênticos aos que existiam nos computadores do réu. 8. Pela quebra da cadeia de custódia, são inadmissíveis as provas extraídas dos computadores do acusado, bem como as provas delas derivadas, em aplicação analógica do art. 157, § 1º, do CPP. 9. Agravo regimental parcialmente provido, para prover também em parte o recurso ordinário em habeas corpus e declarar a inadmissibilidade das provas em questão.”

Conforme consta no relatório do voto-vista proferido pelo Min. Ribeiro Dantas, a denúncia ministerial em desfavor de sete réus “relata que os acusados integravam o núcleo de *hackers* dirigentes da organização criminosa, tendo praticado 81 furtos e assim subtraído cerca de R\$ 3.300.000,00”. A investigação criminal que embasou o oferecimento da denúncia foi composta por diversas medidas cautelares probatórias e subsequentes quebras de sigilos de dados armazenados nos aparelhos eletrônicos apreendidos pela polícia. Tais dispositivos foram periciados primeiramente por uma das instituições financeiras vítima dos furtos e, após, pela autoridade policial.

No tocante ao tema da quebra da cadeia de custódia da prova digital, expõe o referido Ministro que a tese defensiva defendida era de que “a polícia não documentou nenhum de seus procedimentos no manuseio dos computadores apreendidos na casa do paciente”.

Nesse sentido, conforme o Min. Ribeiro Dantas,

“uma fonte de prova que armazena dados imateriais, se coletada de maneira profissional e técnica pela polícia, pode oferecer garantias de mesmidade superiores àquelas de uma fonte corpórea, dada a precisão e objetividade do algoritmo de *hash*.”

Assim, no caso em apreço, constatou-se que não haveria nenhum tipo de registro documental sobre o modo de coleta e preservação dos equipamentos, quem teve contato com eles, quando tais contatos aconteceram e qual o trajeto administrativo interno percorrido pelos aparelhos uma vez apreendidos pela polícia. Tais providências, entre outras, foram ignoradas pela autoridade policial. Em que pese haja menção de que a polícia extraiu arquivo de imagem, não há qualquer indicação de como ela fez isso, tampouco a indicação de *hash* respectiva.

De tal sorte, pelo entendimento do Ministro restaria comprometida a aferição da autenticidade entre a cópia periciada e o arquivo original. Como anota o voto-vista, não há explicação metodológica da extração dos arquivos de computadores. Assim, frisa o Min. Ribeiro Dantas que

“no processo penal, a atividade do Estado é objeto do controle de legalidade, e não parâmetro do controle. Dito de outro modo, cabe ao Judiciário controlar a atuação do Estado-acusação a partir do direito, e não a partir de uma autoproclamada confiança que o Estado-acusação deposita em si mesmo.”

Em contexto conclusivo, observa o Ministro que não se pode adjetivar de “desmedida formalidade”, a documentação dos atos da cadeia de custódia, pois tal postura “equivale a dizer que a atuação estatal não é submetida a controle e que, se o Estado-acusação afirmar que atuou no manejo da prova, isso já bastaria para

encampar suas conclusões, dispensando-se a demonstração objetiva da regularidade de seus atos”. Ou seja, uma patente incompatibilidade com o “processo penal democrático, racional e pautado em comprovações objetivas, para além das impressões pessoais dos agentes públicos que nele atuam”.

Diante desse cenário, o presente artigo visa ao estudo acerca da aquisição de dados informáticos a partir da extração perpetrada na persecução penal, a partir da apreensão dos dispositivos informáticos. Portanto, partindo da análise do julgamento do Superior Tribunal de Justiça no AgRg no Recurso em Habeas Corpus 143.169 – RJ (2021/0057395-6), tem-se como objetivo a propositura de respostas às lacunas ainda presentes na Doutrina, Jurisprudência e Legislação que versem sobre a Prova Penal Digital.

Uma primeira pergunta problema que se destaca é: quais pressupostos devem ser obedecidos pela Autoridade Investigativa para que se garanta grau de confiabilidade adequado na produção de prova penal digital?

A resposta para tal pergunta, em termos metodológicos, será dividida em três partes organizadas em capítulos. No primeiro capítulo, elencar-se-á alguns critérios para a execução da extração de tais fontes de provas digitais, desde pressupostos necessários para evitar mandados judiciais genéricos que resultam em verdadeiras pescarias probatórias (*fishing expedition*). No segundo capítulo, apontar-se-á as boas práticas recomendadas pela Ciência Forense Digital, estabelecendo postulados próprios que devem ser observados pelas Autoridades Investigativas, em que são destacadas as peculiaridades da Prova Penal Digital e necessárias cautelas técnicas operacionais. Por fim, no terceiro capítulo, inaugurar-se-á uma discussão pausada no estabelecimento da *Discovery*, como instituto processual penal que garante o direito ao conhecimento de todo o procedimento desempenhado para a consagração daquilo denominado rastreabilidade da fonte de prova penal digital.

2. APREENSÃO DE DISPOSITIVOS INFORMÁTICOS, PESQUISA E RECOLHA DE FONTE DE PROVA DIGITAL: A EXECUÇÃO DE MANDADOS JUDICIAIS

A apreensão de dispositivos informáticos autorizada por determinação judicial motivada é efetivamente medida cautelar probatória legítima. Após a apreensão dos dispositivos informáticos visados, proceder-se-á com a cópia integral – ou aquisição² – dos dados, arquivos e programas pela técnica *bit stream* ou *image bit*

-
2. Falar em aquisição de fontes de prova digital, portanto, é diferente de se falar em apreensão, pois o que ocorre é a extração a partir da cópia do conteúdo dos dispositivos de armazenamento. COSTABILE, Gerado. Computer forensics e informatica investigativa alla luce della Legge n. 48 del 2008. *Cyberspazio e Diritto*, v. 11, n. 3, 2010. p. 478.

a bit³. Todavia, é preciso perceber que pela amplitude das informações⁴ que podem ser armazenadas em tais dispositivos⁵ devem existir critérios mais objetivos de pesquisa e recolha das fontes de prova digital contidas nos dispositivos informáticos

3. Como salienta Polansky, “esta copia no es una copia simple, sino una imagen forense (también definida como copia bit a bit o copia forense). [...] La imagen forense es una réplica exacta del disco rígido. Es decir, es una copia idéntica de todos y cada uno de los bits del disco rígido, lo que incluye la totalidad de los archivos almacenados, el espacio libre y el no asignado, el ‘Master file table’, en el orden preciso en que se encuentran en el disco original. Esta puede ser obtenida en el lugar del allanamiento, o se puede secuestrar la unidad física de almacenamiento digital (el disco rígido) y obtenerla, en una etapa posterior, en un laboratorio de informática con personal especializado, lo que en general se recomienda. Una vez obtenida, las buenas prácticas de informática indican que, inmediatamente, se debe obtener su correspondiente código hash. Este código consiste en una compleja función matemática que sirve para determinar si dos archivos digitales son idénticos. [...] Básicamente, cualquiera de los algoritmos que se utilicen transformará la totalidad de la información contenida en la imagen forense y arrojará como resultado un código único”. POLANSKY, Jonathan A. *Garantías constitucionales del procedimiento penal en el entorno digital*. Buenos Aires: Hammurabi, 2020. p. 168-169.
4. KERR, Orin S. Executing warrants for digital evidence: the case for use restrictions on nonresponsive data. *Texas Tech Law Review*, v. 48:1, 2015. p. 3. “It is impossible to know if specific information is contained on a device without searching it. And behind the scenes, it turns out that electronic information can be stored anywhere on a device. Putting these facts together, a law enforcement search for digital evidence requires searching for a needle in an enormous electronic haystack. And because computers get better and better every year, storing more and more information, the haystack is becoming exponentially larger over time”.
5. Exemplificativamente, como apontam Gloeckner e Eilberg, “o que deve ser imediatamente bem compreendido é que o aparelho celular configura-se, concomitantemente, como um objeto capaz de assegurar a portabilidade de registros e informações de conteúdo pessoal e receptáculo de tecnologias de informação (especialmente aplicativos), que faz o papel de conector entre o usuário e múltiplos veículos de informação e facilitadores. Dessa maneira, ao mesmo tempo que o celular integra aparatos tecnológicos – como câmeras digitais, agendas de contato, calculadoras, gravadores de voz e outros tantos instrumentais –, também acaba por servir como um verdadeiro computador, atuando, então, como uma plataforma tecnológica de integração entre múltiplos canais de comunicação, além de permitir, como dispositivo tecnológico, a utilização de aplicativos de trocas de mensagens (e.g. WhatsApp), de acesso e movimentação de contas bancárias, de aquisição e armazenamento de passagens aéreas, de verificação e utilização de e-mails registrados no dispositivo, de acesso às redes sociais como o Facebook”. GLOECKNER, Ricardo; EILBERG, Daniela Dora. Busca e apreensão de dados em telefones celulares: novos desafios diante dos avanços tecnológicos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 156/2019, 2019. p. 353-393.

apreendidos. Tal preocupação, conforme Pितituri⁶, decorre do perigo de que as metodologias de pesquisa e recolha possam se transformar em formas indevidas de *inquisitio generalis*.

Desse modo, o legislador processual penal deve descrever quais os requisitos, para além dos indícios de autoria e materialidade delitiva, e os limites da atuação estatal atrelados desde a aquisição até a recolha dos dados ou informações pretendidas, programas informáticos visados e a sua vinculação pertinente ao tipo penal ilícito em apuração. A restrição aos direitos fundamentais afetados deve, necessariamente, ser fator determinante para a disposição legislativa do método coativo. Na ausência legislativa para um procedimento de aquisição de fonte de prova digital, há algumas diretrizes que devem ser levadas em consideração.

Há, portanto, dois momentos distintos cujas autorizações judiciais devem ser particularizadas. O primeiro, efetivamente, refere-se à apreensão do dispositivo informático visado. O segundo, a seu turno, refere-se à pesquisa e à recolha das *fontes de prova digital* que possam ser encontradas nos dispositivos informáticos de armazenamento digital.

No tocante à apreensão dos dispositivos informáticos visados, para que se alcance uma determinação judicial favorável, a delimitação da representação investigativa pressupõe uma investigação preliminar cuja exaustividade seja capaz de apontar à autoridade judicial elementos plausíveis de que em determinado(s) dispositivo(s) informático(s), vinculado(s) a pessoas investigadas determinadas, possam ser encontradas *fontes de prova digital* capazes de sustentar a hipótese criminal em um processo judicial⁷.

Nesse sentido, salienta Costabile⁸ que a simples referência ao título do crime não pode substituir a indicação dos requisitos probatórios concretos, mas

6. PITTIRUTI, Marco. *Digital evidence e procedimento penale*. G. Giappichelli Editore: Torino, 2017. p. 143. “Il rischio di abusi appare particolarmente concreto con riguardo alle perquisizioni informatiche, giacché la res all'interno del quale si cercano i singoli file o programmi oggetto di attenzione investigativa è il sistema informatico o telematico nella sua interezza”.
7. PITTIRUTI, Marco. *Digital evidence e procedimento penale*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2017. p. 148. “allora il sequestro deve essere preceduto da un'attività mirata a verificare se siano presenti le informazioni ricercate, per poi acquisire unicamente queste ultime”.
8. COSTABILE, Gerado. Computer forensics e informatica investigativa alla luce della Legge n. 48 del 2008. *Cyberspazio e Diritto*, v. 11, n. 3, 2010. p. 473. “In mancanza di tale individuazione non sarebbe possibile accertare né l'esistenza delle esigenze probatorie su cui si fonda il provvedimento, né la natura di corpo del reato o cosa ad esso pertinente, oggetto di

consubstancia-se apenas como referência ou pré-requisito para a atividade de aquisição probatória. É dizer, a hipótese criminal ou o *thema probandum* deve ser plenamente identificada, mesmo que de maneira hipotética, mas correspondente a uma infração que se amolda a uma descrição penal típica. Portanto, para que seja plausível a objetividade na determinação judicial autorizativa, deve-se observar como pressuposto necessário uma identificação prévia da hipótese criminal que se pretende comprovar⁹, bem como fundamental a avaliação da “função” do dispositivo informático na empreitada delitiva¹⁰.

É claro que, pela eficácia da medida cautelar probatória executada em fase de investigação preliminar, a decisão judicial autorizativa é tomada sem o estabelecimento do contraditório prévio, por isso é que se estabelece uma maior cautela para a restrição do direito fundamental do sujeito imputado. Exigindo-se assim apontamentos quanto à indicação dos dispositivos informáticos visados e sua relação com os investigados e com a investigação¹¹.

Após a apreensão do dispositivo informático, procedendo-se com a extração integral, ou cópia forense e sua autenticidade, a autoridade investigativa deverá executar as medidas de pesquisa e de recolha das *fontes de prova digital* identificadas no dispositivo de armazenamento. A pesquisa, cujo objetivo é a identificação das *fontes de prova digital* armazenadas nos dispositivos informáticos que foram copiadas,

ricerca ed acquisizione. In tal caso quindi la perquisizione non sarà più un mezzo di ricerca della prova, ma un criticato mezzo di acquisizione della notizia criminis”.

9. PITTIRUTI, Marco. *Digital evidence e procedimento penale*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2017. p. 147.
10. COSTABILE, Gerardo. Computer forensics e informatica investigativa alla luce della Legge n. 48 del 2008. *Cyberspazio e Diritto*, v. 11, n. 3, 2010. p. 471. “Per questo motivo appare fondamentale valutare il “ruolo” del computer nell’attività illecita, per motivarne l’eventuale sequestro. La Cassazione, ad esempio ha ritenuto legittimo il sequestro, presso lo studio di un avvocato sottoposto ad indagini, di un intero server informatico completamente sigillato, al fine di verificare, con le garanzie del contraddittorio anticipato, la natura effettivamente pertinenziale al reato ipotizzato, di atti e documenti sequestrati, così escludendo indebite conseguenze sulle garanzie del difensore in violazione dell’art. 103 c.p.p. 18. Successivamente, invece, la Corte ha evidenziato 19 come sia inutile, ai fini probatori, il sequestro di materiale informatico ‘neutro’ rispetto alle indagini (es. stampante, scanner, ecc.); in particolare, nel caso di specie, non veniva indicata alcuna esigenza probatoria che avrebbe potuto rendere legittimo il permanere del vincolo sul medesimo materiale”.
11. Sobre o tema MENDES, Carlos Hélder Carvalho Furtado. *Prova penal digital: direito à não autoincriminação e contraditório na extração de dados armazenados em sistemas informáticos*. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-graduação em Ciências Criminais, PUCRS, 2023.

não deve se limitar, entretanto, à observação passiva, mas na detecção de arquivos que podem se encontrar ocultos ou deletados.

Não há consenso quanto à amplitude ou limitações do mandado judicial para a procura de *fontes de prova* em dispositivos de armazenamento digital. Kerr¹², por exemplo, aponta ter papel importante a não aplicação de uma restrição *ex ante*, posto que na execução de mandados de computador, muitas informações que não constam no mandado judicial ficam à vista do investigador. Assim, para que não haja uma permissão de mandado judicial genérico na identificação de *fontes de prova digital* armazenadas em dispositivos informáticos, a sugestão do autor é a eliminação, posterior, das informações que foram alcançadas sem vinculação prévia com a autorização judicial. Segundo o autor, as restrições *ex ante* em mandados judiciais,

12. “A valid warrant justifies the seizure and use of responsive files. On the other hand, non-responsive files are seized at the physical search stage only out of investigative necessity to obtain the responsive files. Although the seizure of nonresponsive files is reasonable when needed to effectuate the search for responsive files, subsequent use of the seized nonresponsive files transforms the nature of the seizure and renders it constitutionally unreasonable. [...] Instead, it takes advantage of the overseizure and subsequent search necessary to carry out the warrant to transform the warrant for specific evidence into the equivalent of a general warrant. In effect, allowing use of nonresponsive data effectively treats that data as if it had been included in the warrant. This eliminates the role of the particularity requirement, making the warrant the equivalent of a general warrant.¹⁶³ Subsequent use enables every computer warrant that is narrow in theory to become general in fact. Because subsequent use renders the ongoing seizure unreasonable, use of the nonresponsive files generally violates the Fourth Amendment. [...] Agents can overseize, but they cannot receive a windfall from the overseizure. Courts should block the windfall by restoring the traditional limits on the seizure power to what was described in the warrant. They can do so by concluding that the overseizure is reasonable only when necessary to obtain the responsive data described in the warrant. Subsequent use of the nonresponsive data for reasons unrelated to carrying out the warrant renders the ongoing seizure of the nonresponsive data constitutionally unreasonable [...] The reason goes back to the Fourth Amendment itself. On one hand, if agents can seize all of the suspect’s digital property and use all that it contains, regardless of what the warrant says, the impact on the target’s possessory interests is severe. The government can use and reveal the target’s entire digital life, just as if the government had obtained a general warrant. On the other hand, the government’s competing interest in the use of nonresponsive data is the usual interest in crime control. Although this can be a compelling interest in specific situations, in the ordinary case it is outweighed by the interest in avoiding general warrants. The Fourth Amendment itself proves the point. The Fourth Amendment leaves no ambiguity that general warrants are constitutionally unreasonable even if they may be useful to solve crimes”. KERR, Orin S. Executing warrants for digital evidence: the case for use restrictions on nonresponsive data. *Texas Tech Law Review*, v. 48:1, 2015. p. 24-29.

mostram-se inócuas diante das buscas levadas a cabo pelas autoridades investigativas, que podem requerer mandados judiciais complementares a partir das informações que são identificadas por inspeção do material coletado sem observância dos limites estabelecidos no mandado judicial originário.

Acredita-se, porém, que a proposta de Kerr não serve para a proteção de direitos fundamentais implicados em investigações cujo objetivo é a recolha de *fontes de prova digital* armazenadas em dispositivos informáticos. Primeiramente, é preciso perceber-se que a proteção de direitos fundamentais que devem ser razoavelmente restringidos é sempre *ex ante* e em decorrência ao cumprimento das autorizações judiciais. Isso implica dizer que somente quando da usurpação da permissão, como desvio causal, por parte das autoridades estatais é que se torna passível de sanção processual que impõe a inadmissibilidade ou o desentranhamento probatório e, portanto, a eliminação do material coletado.

Dizer isso é afirmar que a determinação judicial autorizativa para o emprego da metodologia de pesquisa deve obedecer ao critério de especialidade da prova. É, portanto, afirmar, ainda segundo Kerr¹³, que o objetivo da pesquisa ou busca eletrônica é identificar os dados correspondentes ao mandado judicial. É evidente que não se trata da delimitação concreta do que deve ser alcançado, mas as linhas essenciais e individualizadas do que pode ser alcançável como *fonte de prova digital* (dado, arquivo ou programa) e, efetivamente, demonstrar a justificativa razoável para a medida investigativa pretendida.

Nesse sentido, Gloeckner e Eilberg¹⁴ salientam que o detalhamento deve ser característica da representação investigativa para a autoridade judicial, que por sua vez, após examiná-la, deve concretizar sua motivação autorizativa sob pena de, uma vez genérica – para além da inconstitucionalidade –, representar um “atalho” que facilitaria acesso a múltiplas dimensões violadoras dos direitos fundamentais afetados. O detalhamento que compõe a representação investigativa pode ser entendido como um “protocolo de pesquisa”¹⁵, cujo objetivo é o estabelecimento de condições

13. KERR, Orin S. Executing warrants for digital evidence: the case for use restrictions on nonresponsive data. *Texas Tech Law Review*, v. 48:1, 2015. p. 7.

14. GLOECKNER, Ricardo; EILBERG, Daniela Dora. Busca e apreensão de dados em telefones celulares: novos desafios diante dos avanços tecnológicos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 156/2019, 2019. p. 353-393.

15. KERR, Orin S. Executing warrants for digital evidence: the case for use restrictions on nonresponsive data. *Texas Tech Law Review*, v. 48:1, 2015. p. 8. Como aponta o autor, nos Estados Unidos não está definido se a exigência de protocolo de buscas é determinante para que se adquira um mandado judicial, de mesmo modo, também não se tem consenso acerca das consequências de sua não obediência.

específicas e a demarcação de limites capazes de apontar à autoridade judicial determinados critérios que serão obedecidos¹⁶ e que, assim, se perfaz de condição para a aquisição do mandado judicial de pesquisa e recolha da fonte de prova a partir da cópia forense. Portanto, requisito capaz de alcançar uma proteção substantiva que limita as ingerências de autoridades públicas na privacidade quando da execução das investigações, apontando uma “probabilidade razoável de descobertas de provas relacionadas com um crime”¹⁷.

Para tanto, o que se propõe é uma nova autorização judicial para fins de pesquisa e, conseqüente, recolha das *fontes de prova digital* a partir da cópia forense. Todavia, dada a efetiva cautelaridade já observada na apreensão do dispositivo informático e o procedimento de cópia e autenticação, não há mais que se falar em frustração processual probatória decorrente de comportamento ativo do sujeito visado.

16. SOUSA MENDES, Paulo de. A privacidade digital posta à prova no processo penal. In: *Quaestio facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*, n. 2, 2021. p. 236. Como aponta o autor, “o mandado judicial não pode simplesmente autorizar uma pesquisa e apreensão de ‘todos os registros’ (‘all records’), sob pena de ser um mandado genérico inconstitucional (unconstitutional general warrant). Em vez de os inspetores fazerem uma cópia eletrônica de todo o dispositivo de armazenamento, é, pois, admissível que façam uso de técnicas forenses (forensic techniques) que, por exemplo, lhes permitam restringir o universo da pesquisa e apreensão apenas aos ficheiros que contenham determinadas palavras-chave (keywords) relacionadas com os crimes investigados ao abrigo do mandado judicial, mas esta é uma possibilidade que não deverá ser imposta pela autoridade judicial, embora deva constar da promoção que lhe for dirigida”.
17. Algo semelhante ao que dispõe a 4ª emenda Norte Americana, que como declara Sousa Mendes, expõe “o direito do povo à inviolabilidade de suas pessoas, casas, papéis e haveres contra busca e apreensão arbitrárias não poderá ser infringido; e nenhum Mandado será expedido a não ser mediante indícios de culpabilidade confirmados por Juramento ou declaração, e particularmente com a descrição do local da busca e a indicação das pessoas ou coisas a serem apreendidas”. SOUSA MENDES, Paulo de. A privacidade digital posta à prova no processo penal. In: *Quaestio facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*, n. 2, 2021. p. 235. Nesse sentido, como também apontado pelo autor, nos Estados Unidos da América, “em 1994, o Departamento de Justiça publicou as Diretrizes Federais para Busca e Apreensão de Computadores (Federal Guidelines for Searching and Seizing Computers). As Diretrizes foram atualizadas através de Suplementos (Supplements), em 1997 e 1999, e foram sujeitas a uma ampla reformulação em forma de Manual de Busca e Apreensão de Computadores e Recolha de Prova Digital em Investigações Criminais (Searching and Seizing Computers and Obtaining Electronic Evidence in Criminal Investigations), publicado em 2001 e amplamente revisto em 2009. De acordo com as Diretrizes de 2009, as pesquisas informáticas em disco rígido (hard-drive) ou em outros ambientes informáticos (computer media) carecem de autorização judicial que contemple, entre outros aspetos, o modo específico de realização dessa diligência de obtenção de provas”.

Assim, não há razão para se manter a ausência de contraditório exercido pela parte afetada para que seja delimitada a atividade investigativa sob o material coletado. Ademais, deve ser a parte afetada sujeito processual oportunamente intimado para acompanhar a diligência investigativa de cumprimento ao mandado judicial de pesquisa e recolha da fonte de prova digital, exercendo um controle efetivo da observância dos limites impostos pelo mandado judicial. Nesse ponto, fazendo-se constar nos registros, eventuais desvios investigativos.

Mostrando-se necessária ampliação da diligência investigativa cujo pressuposto é a razoabilidade, o investigador especialista e a autoridade policial competente poderão demandar à autoridade judicial novamente para que seja determinada autorização complementar. Diante desse cenário investigativo complementar, também não há que se falar em impossibilidade de contraditório pela parte afetada. Logo, o conhecimento do interesse investigativo e possibilidade de manifestação da parte afetada é, desse modo, requisito a ser considerado para que – pelo contraditório – possibilite ao imputado um protagonismo na formação da decisão judicial que determinará ou negará mandado judicial complementar.

Embora possa parecer uma restrição *ex ante* descabida, não é disso que se trata. O “protocolo de pesquisa” deve ser visto como limite primeiro à restrição gradual de um direito fundamental quando da fase de pesquisa de fontes de prova armazenadas em dispositivos informáticos. A delimitação permite que se coloque objetividade na identificação de fontes de prova relevantes como garantia de eficiência investigativa diante de todas as informações contidas no dispositivo, ao mesmo tempo em que simboliza a restrição de direitos fundamentais de forma razoável, adequada e necessária.

Possibilita-se, assim, a imposição de limites para uma atuação investigativa lícita, em que a pesquisa capaz de identificar as fontes de prova digital visadas, se pauta na descrição do mandado judicial. Tal protocolo se mostra requisito específico necessário, pois possibilita um controle maior da diligência investigativa tanto pela autoridade julgadora que apreciará o “protocolo de pesquisa” como justificativa metodológica investigatória, quanto pela parte afetada que pelo exercício do contraditório pode apontar se a metodologia e abrangência se mostram necessárias, adequadas e proporcionais na representação da autoridade investigativa. A proposição é semelhante ao que Polansky¹⁸, a partir de Berman, aponta.

-
18. POLANSKY, Jonathan A. *Garantías constitucionales del procedimiento penal en el entorno digital*. Buenos Aires: Hammurabi, 2020. p. 205-207. “Estas restricciones no deberían resultar estáticas, sino que podrían ir ampliando en la medida en que avance la ejecución del análisis de la información digital, y tal ampliación se encontrara justificada. [...] en una primera etapa se deberían extraer únicamente los archivos encontrados mediante la

Chama-se atenção, entretanto, para o exercício do contraditório pela parte afetada na possibilidade de influência na formação cognitiva do julgador que apreciará a representação investigativa que objetiva mandado judicial de pesquisa e recolha da *fonte de prova digital*, cuja participação também é fundamental na fiscalização da observância de limites investigativos no cumprimento dos mandados judiciais, apontando sempre que ocorrer eventual abuso. Assim, documentado estará qualquer ato investigativo de pesquisa que exorbitar a autorização judicial, o que poderá resultar em sanção processual de inadmissibilidade probatória¹⁹. Ou seja, as restrições *ex ante* no cumprimento de mandados judiciais, notadamente quanto à aplicação dos “protocolos de pesquisa” funcionam como ferramentas de minimização da intrusão estatal.

3. *BEST PRACTICES* DA CIÊNCIA FORENSE DIGITAL E O ACERTAMENTO TÉCNICO INFORMÁTICO PARA AQUISIÇÃO E RECOLHA DE FONTES DE PROVA DIGITAL

A aquisição de provas digitais é o objetivo pretendido em investigações informáticas cujos alvos são sistemas informáticos. Se são os dados, as informações e programas informáticos ou sistemas informáticos ou telemáticos os objetos visados pela investigação tecnológica preliminar e, notadamente, a partir deles se buscam realizar pretensões probatórias, deve-se adotar medidas técnicas capazes de assegurar a sua conservação e impedir, assim, sua alteração mediante procedimento que assegure sua originalidade e inalterabilidade.

Nesse sentido, é a Ciência Forense Digital²⁰ que orienta a investigação preliminar e serve de base para as discussões probatórias²¹ que se inserem nos processos

aplicación de los filtros dispuestos, y, en una segunda, se podrían analizar cada uno de ellos. De esta forma, quienes ejecuten la medida no tendrían acceso a toda la información secuestrada, sino solamente a aquella que surgiera de la aplicación de los filtros, los cuales se podrían ir ampliando con las correspondientes autorizaciones judiciales”.

19. Embora ciente das repercussões quanto aos “conhecimentos fortuitos de prova”, não será abordado neste trabalho as discussões relacionadas à temática.
20. Assim como Ramalho, opta-se por discorrer quanto à Ciência Forense Digital “como categoria genérica que abrange, em sentido amplo, as atividades de identificação, recolha e análise de prova digital e que inclui, entre outros ramos, a Ciência Forense Computacional”. RAMALHO, David Silva. *Métodos ocultos de investigação criminal em ambiente digital*. Almedina: Coimbra, 2017. p. 111.
21. Diversas são as abordagens técnicas para a análise de sistemas informáticos, por tal razão é que a Ciência Forense Digital deve guiar as investigações e a constituição probatória. Como apontado por Costabile, as técnicas podem variar desde o estado de funcionamento dos

judiciais²². Conforme Walker, esta se compõe pela “aplicabilidade de técnicas de investigação e análise computacional com o objetivo de determinar ou identificar possíveis fontes de prova penal”²³.

Logo, nesse cenário o aspecto mais importante da fonte de prova penal digital é a confiabilidade das informações que possuem, destacando-se dois propósitos essenciais: a i) integralidade probatória, que consiste em garantia de manter a inalterabilidade dos dados armazenados e a conservação dos suportes físicos de armazenamento; e a ii) continuidade probatória, como característica de possibilidade de acompanhamento do procedimento de coleta e análise em cada uma das etapas, por meio de relatórios detalhados²⁴.

sistemas em análise. Destaca o autor, por exemplo, que a “Análise post-mortem: refere-se a uma análise realizada com a máquina desligada, realizada após a prática de uma infração. Esse tipo de atividade é mais frequente em ações de polícia judiciária, quando, por exemplo, um disco rígido ou outra memória é apreendido para ser analisado posteriormente em laboratório (ou em um consultor técnico)”. Por outro lado, a “Análise Forense ao Vivo: inclui técnicas de análise em sistemas ativos, desenvolvidas nos últimos anos; no caso, por exemplo, de um crime flagrante por acesso não autorizado a sistemas informáticos, muitas vezes não há muitos vestígios no disco rígido, mas a informação pode ser alocada na memória RAM (a temporária). Tais dados seriam perdidos ao desligar o aparelho com os métodos conhecidos no setor; além disso, muitas vezes os dispositivos de memória são protegidos por mecanismos de criptografia, e as chaves também estão contidas na memória temporária” COSTABILE, Gerado. Computer forensics e informatica investigativa alla luce della Legge n. 48 del 2008. *Cyberspazio e Diritto*, vol. 11, n. 3, 2010. p. 495-497. “Al di là delle classificazioni, che potrebbero differenziarsi o arricchirsi per tipologia e per tecnica, è necessario in ogni caso considerare ortogonali le due classificazioni proposte, in quanto ad ogni specifico campo di applicazione della computer forensics si associa una scelta preferenziale sullo stato di funzionamento del sistema (in determinati casi la scelta è obbligata, ad esempio Live Forensics per il recupero dei dati in RAM)”.

22. Como aponta Lupária, a computação forense é “la disciplina che si occupa della preservazione, dell’identificazione, dello studio, delle informazioni contenute nei computer, o nei sistemi informativi in generale, al fine di evidenziare l’esistenza di prove utili allo svolgimento dell’attività investigativa”. Portanto, uma nova especialização da atividade de polícia científica. LUPÁRIA, Lucas; ZICCARDI, Giovanni. *Investigazione penale e tecnologia informatica: l’accertamento del reato tra progresso scientifico e garanzie fondamentali*. Milano: Giuffrè Editore, 2007. p. 46-47.
23. WALKER, Cornell. *Computer forensics: bringing the evidence to court*. Acesso em: 06.2018. Disponível em: [www.infosecwriters.com/text_resources/pdf/Computer_Forensics_to_Court.pdf]. p. 1.
24. LUPÁRIA, Lucas; ZICCARDI, Giovanni. *Investigazione penale e tecnologia informatica: l’accertamento del reato tra progresso scientifico e garanzie fondamentali*. Milano: Giuffrè Editore, 2007. p. 65.

De modo geral, o procedimento de investigação desenvolvido pela Digital Forense é composto, não exclusivamente, por etapas sequenciais ou concomitantes. Afirmam Marcella e Guillosoou que o contato inicial, como primeira etapa, decorre do requerimento, em que se estabelece uma base e uma justificativa para o procedimento especializado. A autorização judicial, portanto, em casos criminais, deve demarcar o escopo do trabalho investigativo, fixando a atuação especializada e demarcando seus limites, apontando “parâmetros específicos da investigação, a amplitude e profundidade das áreas investigativas pretendidas, critérios de pesquisa, legislação aplicável e etc.”²⁵

A segunda etapa é definida pelo tratamento das fontes de prova digital, cujo objetivo é a preservação da integridade do dado que poderá ser utilizada em um processo judicial. O registro, desde as condições do objeto de análise até a metodologia adotada permite a avaliação, posterior, da lisura do procedimento adotado. Destacam os autores que um princípio geral é a cautela excessiva no registro procedimental, passando inclusive pelo apontamento de quais equipamentos são utilizados, mídias de conexão, *hardwares* e *softwares*²⁶. É o registro adequado e pormenorizado que atribui confiabilidade à cadeia de custódia²⁷.

25. MARCELLA, Albert J.; GUILLOSSOU, Frederic. *Cyber forensics: from data to digital evidence*. New Jersey: Wiley, 2012. p. 214. “At a minimum the search criteria may include several components: 1) Keywords associated with the case being investigated (personnel names, company project code names, competitor names, phrases, etc.); 2) Dates or date ranges during which the act under investigation is reported to have taken place; 3) Filetypes (.docx, .doc, .xls, .pdf, .nef, .tif, .png, .jpg, .wav, .mp4, etc.) associated with the case being investigated”.
26. “Any equipment the cyber forensic investigator uses to conduct an investigation on the evidence needs to be documented; this includes hardware, software, and connecting media. This equipment should be properly maintained and in working order. Names, versions, upgrades, models, and any other relevant information pertaining to the equipment used (hardware and software) can be considered important and therefore documented per case. As months and perhaps years pass after an investigation, it may not be easy to recall which version of software was used for an investigation”. MARCELLA, Albert J.; GUILLOSSOU, Frederic. *Cyber forensics: from data to digital evidence*. New Jersey: Wiley, 2012. p. 218.
27. Reforçam os autores que “o principal objetivo do tratamento das fontes de prova digital é garantir que os dados não sejam alterados, manipulados ou alterados de qualquer forma em relação à sua forma originalmente adquirida, preservando e rastreando as fontes de prova”. Logo, “a cadeia de custódia precisa ocorrer antes, durante e após a transferência de qualquer fonte de prova. O início de um processo de cadeia de custódia não deve ocorrer após a fonte de prova ter sido examinada, pois ser capaz de provar quem teve acesso ao objeto examinado, permitirá a responsabilização sobre a integridade da fonte de prova. Essa responsabilidade é um passo essencial na preservação do objeto de análise”. MARCELLA,

Definido o objeto alvo da investigação, passa-se para a implementação dos procedimentos comprovadamente eficientes seja para análise de sistemas, seja para análise de arquivos²⁸. Como dito, a apreensão do dispositivo informático físico é por vezes momento inicial para a investigação, uma vez que se trata do suporte detentor da informação pretendida. A transportação do material que será submetido ao procedimento para ambiente controlado de laboratório é aspecto primordial para que se possa prevenir riscos de contágio e corrompimento de informações digitais²⁹.

Uma terceira etapa é a aquisição da fonte de prova digital, cujo objetivo é obter uma imagem forense e preservar a integridade e originalidade da fonte de prova alcançada. Como esclarece Gammarota³⁰, o procedimento de aquisição e cópia

Albert J.; GUILLOSSOU, Frederic. *Cyber forensics: from data to digital evidence*. New Jersey: Wiley, 2012. p. 219.

28. MARCELLA, Albert J.; GUILLOSSOU, Frederic. *Cyber forensics: from data to digital evidence*. New Jersey: Wiley, 2012. p. 209. "Any one of the steps done incorrectly, carelessly, or skipped could thwart and invalidate the entire investigation, regardless of the eventual investigative findings".
29. LUPÁRIA, Lucas; ZICCARDI, Giovanni. *Investigazione penale e tecnologia informatica: l'accertamento del reato tra progresso scientifico e garanzie fondamentali*. Milano: Giuffrè Editore, 2007. p. 63-64. "Il manuale del dipartimento di Giustizia degli stati uniti d'America contenente le linee guida in tema di search and seizure prevede, nel chapter 2, che le circostanze possano spesso richiedere che gli investigatori sequestrino i computer e analizzino il contenuto off site, ovvero lontano dal luogo. Successivamente nel laboratorio di forensics viene realizzata una bistream o mirror image del disco fisso, un esatto duplicato non solo dei file ma di ogni bit del disco fisso".
30. GAMMAROTA, Antonio. Informatica forense e processo penale: la prova digitale tra innovazione normativa e incertezze giurisprudenziali. *Dottorato di Ricerca in Diritto e nuove tecnologie*, Università di Bologna, 2016. p. 98-100. "La cancellazione dei dati da una memoria mediante le procedure standard fornite dai sistemi operativi, salvo che non sia effettuata con particolari tecniche di c.d. wiping che vadano a sovrascrivere i dati, riguarda solo l'indice che consente di ricostruire i documenti cosicché l'utente non riesce più ad accedervi. Tuttavia, i dati c.d. cancellati, fino a quando non vengono sovrascritti, sono ancora archiviati sulla memoria e quindi potenzialmente recuperabili e analizzabili. Stesso discorso va fatto per i dati registrati nei c.d. slack space. Per comprendere il fenomeno bisogna partire dall'organizzazione della memoria la quale è strutturata in blocchi (settori) di dimensione fissa. Su tali blocchi vengono archiviati i bit, a prescindere dalle dimensioni del file. Allorquando i file sono di dimensioni inferiori a quella dei blocchi, rimarrà un'area di memoria inutilizzata, più o meno vasta. Ma se in tale area erano stati già archiviati dati dei file successivamente cancellati, nell'area all'interno dei blocchi rimasta inutilizzata dall'archiviazione dei file successivi continueranno ad insistere dati dei file precedentemente archiviati e continueranno ad essere ivi archiviati finché lo spazio non verrà sovrascritto a seguito di allocazione di nuovi file o di operazioni di wiping".

de dados constitui um momento fundamental na investigação informática, sendo atualmente reconhecido que o melhor método para aquisição de dados armazenados em memória (estática) é o chamado *bit stream* ou *image bit a bit*. Trata-se de cópia forense completa e integral da memória na qual os *bits* estão armazenados, incluindo os espaços livres, em uma perspectiva que não envolva alteração de dados e metadados. Há casos, como já informado, que dados e metadados não estão visíveis, foram deletados, estão arquivados ou ocultos.

Logo, o procedimento de cópia *bit stream* ou *image bit a bit* define-se como “procedimento de criação de imagem cópia do disco inteiro, exatamente como está, com a mesma organização de arquivos, os pedaços de arquivos, arquivos danificados, fragmentos de arquivos”. Tal imagem permite que um técnico de informática recrie ou monte todo o disco usado para armazenamento e tenha um disco idêntico ao original³¹.

O procedimento de cópia consiste, portanto, na garantia de inalterabilidade de *bits* da memória original e deve ser integral, representando perfeitamente a sequência de *bits* original. Nesse ponto, ressalta o autor para a importância da utilização de *hardware* e *software* adequados e interpostos para impedir a manipulação da memória que se pretende copiar, impedindo, por consequência, a modificação de dados originais. A verificação da conformidade dar-se-á por meio da função *hash*. Destaca Lupária³² que um dos princípios fundamentais do procedimento operatório da análise forense é que todo o trabalho do especialista seja feito sob a cópia alcançada, pois assim evitar-se-á que a originalidade seja perdida, danificada ou alterada.

Como quarta etapa, apontam Marcella e Guillossou³³ a preparação dos dados, propriamente dita, cujo objetivo é preparar e identificar dados para a análise e investigação forense. Segundo os autores, tal etapa se subdivide em “pré-processamento” e “pesquisa”. É no “pré-processamento” que se possibilita, pela montagem de sistemas de arquivo, a visualização e organização dos dados, a recuperação de arquivos deletados. Também é nele que se possibilita verificar o tipo de arquivo (.pdf, .docx,

31. LUPÁRIA, Lucas; ZICCARDI, Giovanni. *Investigazione penale e tecnologia informatica: l'accertamento del reato tra progresso scientifico e garanzie fondamentali*. Giuffrè Editore: Milano, 2007. p. 63-64.

32. LUPÁRIA, Lucas; ZICCARDI, Giovanni. *Investigazione penale e tecnologia informatica: l'accertamento del reato tra progresso scientifico e garanzie fondamentali*. Milano: Giuffrè Editore, 2007. p. 63-64.

33. MARCELLA, Albert J.; GUILLOSSOU, Frederic. *Cyber forensics: from data to digital evidence*. New Jersey: Wiley, 2012. p. 229.

por exemplo), bem como se existem arquivos ocultos na memória do dispositivo visado. A indexação, a partir do “pré-processamento”, permite uma pesquisa rápida pelo arquivo desejado. Já a sub-etape da “pesquisa” possibilita essencialmente uma refinação da fonte de prova digital em conjuntos menores de dados passíveis de investigação, geralmente se utilizando de “filtros” de pesquisas mais avançados para que se alcance com maior precisão a informação desejada.

Como já salientado, a metodologia deve ser documentada de maneira integral para que possa ser verificável pelas partes processuais em análise adequada. Dessa forma, garante-se o exercício do Direito de Defesa, notadamente quanto ao seu exercício do contraditório. A documentação de toda a etapa de cópia, possibilita a exposição de erros procedimentais. A cópia integral e em conformidade com a técnica reflete fator fundamental, posto que como se afirma, uma vez que sua execução não obedeceu aos parâmetros próprios da *computação forense*, tornar-se-á inviável o critério de confiabilidade do método, resultando assim na inutilização do material em contexto probatório.

Por fim, como quinta etapa, os autores³⁴ apontam a “investigação” dos dados objetos do mandado de busca, que se preocupa em encontrar e recolher aquilo que foi requerido. Trata-se de etapa cujo risco da subjetividade aumenta. Conforme expõem Lupária e Ziccardi, embora se imagine que todo o procedimento de análise deve ser exposto por meio de relatório especializado, que possui dois componentes distintos, um técnico e um investigativo³⁵, em uma análise mais atenta à técnica informático-científica, importa salientar que o investigador especialista ou perito informático possui o dever de apresentar sua análise técnica de maneira objetiva, na observância de procedimentos metodológicos que impedem uma análise subjetiva.

Assim, a abordagem firma-se na análise da avaliação da preservação das fontes de prova objeto de investigação e materiais adquiridos por meio de técnicas corretas e ferramentas adequadas. Conforme Casey, assim o especialista possui papel

34. MARCELLA, Albert J.; GUILLOSSOU, Frederic. *Cyber forensics: from data to digital evidence*. New Jersey: Wiley, 2012. p. 235.

35. LUPÁRIA, Lucas; ZICCARDI, Giovanni. *Investigazione penale e tecnologia informatica: l'accertamento del reato tra progresso scientifico e garanzie fondamentali*. Milano: Giuffrè Editore, 2007. p. 67. O componente técnico é o exame propriamente dito da memória de massa, a determinação e a extração dos dados em agrupamentos, recuperação de arquivos excluídos, quebra de senhas, determinação de senhas de arquivos ou pastas, ataques de força bruta, ataques direcionados ou descriptografia. Já o componente investigativo consistiria na disposição de exposições que caracterizam a conduta delitiva investigada, desde o fornecimento de diagramas de análise, como na comparação de elementos resultantes das operações e diligências policiais.

fundamental na produção da prova penal digital em momento processual oportuno, posto que para além de técnico na recolha do material pretendido é também, testemunha especializada. Portanto, a aplicação de altos níveis de objetividade em todas as etapas procedimentais é o que garante a eficácia do processo investigativo e, notadamente, probatório³⁶⁻³⁷.

Como apontado por Iovene³⁸, são três as soluções possíveis para as hipóteses em que não houve a observância das indicações procedimentais adequadas às melhores práticas forenses. A primeira teria como resultado a decretação da nulidade do ato de aquisição ou recolha pelas violações às garantias de defesa no tocante à ausência de confiabilidade, posto que as medidas técnicas destinadas a assegurar a conservação dos dados originais e evitar sua alteração integraria um requisito especial – com finalidade de garantia – que deve ser respeitado na realização de

36. É evidente que não se desconhece que como pessoas, os especialistas, também possuem reações emocionais, abrigam preconceitos, e estão sujeitos a diversos fatores de influência, todavia, o procedimento metodológico seguido deve se preocupar em blindar eventuais influências na análise especializada. Casey aponta que há um conjunto de regras no Procedimento Criminal do Reino Unido que se lançam com a intenção de evitar que os investigadores especializados ou peritos informáticos possam incorrer em análises subjetivas. Dirá o autor que i) o perito deve auxiliar o Tribunal a atingir o objetivo primordial, dando opinião objetiva e imparcial sobre assuntos de sua competência, ii) este dever deve prevalecer sobre qualquer obrigação para com a pessoa de quem recebe instruções ou por quem é remunerado e, dessa forma, iii) o perito possui obrigação de informar todas as partes e o tribunal se sua análise mudar do que consta no relatório servido como fonte de prova ou dado como uma declaração. Dirá o autor que jamais um especialista deve imputar definitivamente uma conduta tida como criminosa a um suspeito, esse não é o papel do especialista. A competência do perito não se confunde com a competência do Tribunal. CASEY, Eoghan. *Digital Evidence and Computer Crime*: Third Edition. San Diego: Elsevier, 2011. p. 51.

37. No mesmo sentido, apontam Lupária e Ziccardi, em referência à Ghirardini, que a computação forense é a disciplina que lida com a preservação, identificação, estudo, documentação de computadores ou sistemas de informação em geral, com o objetivo de identificar fontes de prova para fins investigativos. Por vezes, a disciplina é erroneamente confundida como um novo “ramo” da segurança informática o que termina por resumir sua funcionalidade. Trata-se, em verdade, de um setor que exige conhecimentos informáticos muito elevados e que refina competências de análise, observação e paciência. LUPÁRIA, Lucas; ZICCARDI, Giovanni. *Investigazione penale e tecnologia informatica*: l'accertamento del reato tra progresso scientifico e garanzie fondamentali. Giuffrè Milano: Editore, 2007. p. 68.

38. IOVENE, Federica. *Prova informatica e diritti fondamentali della persona nel processo penale*. Tesi di Dottorato, Università degli Studi di Trento. 2014. p. 68.

uma identificação de fontes de provas digitais em sistemas informáticos ou telemáticos³⁹. A segunda, conforme aponta a doutrina italiana, decorreria da adoção do critério de inutilidade probatória, na constatação de que uma vez não observada as técnicas forenses, resultar-se-ia na inidoneidade probatória do resultado e de qualquer outro meio destinado à análise do resultado, razão pela qual o julgador deveria excluí-la na fase de admissibilidade⁴⁰.

Por fim, aponta a autora que há entendimentos que se firmam sob a perspectiva da valoração probatória, em que se reconhece uma impossibilidade de nulidade probatória ou inutilidade da prova. Nesse sentido, caberia ao julgador, com o auxílio da perícia e assistentes técnicos da defesa, valorar se a investigação foi conduzida corretamente e se a cadeia de custódia foi respeitada⁴¹, bem como utilizando da busca de elementos externos que combinem com o material informático probatório “deficitário”⁴².

No Direito Processual Penal Brasileiro, a impossibilidade de reconhecer-se como confiável uma fonte de prova, pela patologia procedimental de sua aquisição ou pela violação de qualquer direito fundamental ou garantia processual, deve incorrer na aplicabilidade do Artigo 157 do Código de Processo Penal⁴³. Assim, a

39. No mesmo sentido, PITTIRUTI, Marco. *Digital evidence e procedimento penale*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2017. p. 156-157.

40. A inutilidade probatória é procedimento próprio da legislação processual penal italiana. No Direito Processual Penal Brasileiro não há procedimento semelhante, resultando apenas na declaração da ilicitude probatória cuja consequência é, ou a sua inadmissibilidade ou o seu desentranhamento dos autos processuais conforme preconiza o artigo 157 do Código de Processo Penal.

41. IOVENE, Federica. *Prova informatica e diritti fondamentali della persona nel processo penale*. Tesi di Dottorato, Università degli Studi di Trento. 2014. p. 68-69. “Infine, alcuni Interpreti ritengono che la questione si risolva sotto il profilo della valutazione della prova (art. 192 c.p.p.)²⁵⁷. Non sarebbe, infatti, possibile ravvisare né un caso di nullità né un’ipotesi di inutilizzabilità in quanto ciò equivarrebbe a ricavare divieti probatori dalla sola lesione dell’interesse tutelato dalla legge, ma privi in realtà di un’espresa copertura normativa²⁵⁸. Spetterebbe quindi al giudice, avvalendosi dell’apporto dei periti e dei consulenti tecnici della difesa, valutare se le indagini siano state condotte in maniera corretta e se sia stata rispettata la chain of custody”.

42. PITTIRUTI, Marco. *Digital evidence e procedimento penale*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2017. p. 157.

43. Como apontado por Albert J. Marcella e Frederic Guillosoy: “In some cases, not following your own written procedures may be comparable to not following the law”. MARCELLA,

constatação da patologia procedimental implica na determinação da inadmissibilidade probatória.

Ademais, todo o procedimento investigativo que se baseia na orientação científica da Ciência Forense Digital é, efetivamente, um *método de apuração fática* que – embora auxiliar ao Direito Processual Penal, notadamente ao *método de produção probatória* – independe de juízo de valor quanto à sua utilidade processual. É dizer, em que pese possa existir opiniões que discordem do *método científico*, trata-se de elemento imprescindível para determinar a confiabilidade probatória⁴⁴. Não por acaso, o artigo 158 do Código de Processo Penal, destaca a indispensabilidade de toda a documentação e registro do procedimento adotado para fins de confiabilidade processual.

Na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça⁴⁵ é possível encontrar entendimento de modo diverso, no sentido de que uma vez inexistente a previsão legal que impõe observância estrita a determinado procedimento, não há que se falar em ilicitude probatória. Porém, tal entendimento afasta a análise da própria fragilidade e volatilidade como características da *fonte de prova digital* que se pretende alcançar. Não é inapropriado dizer que é a Ciência Forense Digital que determina as diretrizes procedimentais do método, cabendo o Direito Processual Penal adequar sua metodologia de produção probatória ao método científico indicado. Nesse sentido, importa salientar que

“qualquer entrada num sistema informático, ainda que efetuada com os métodos mais avançados, pode alterar os dados nele contidos, gerando mutações que, ainda que mínimas, correm o risco de ser decisivas se se tratar de circunstâncias factuais relevantes para a afirmação da responsabilidade do acusado.”⁴⁶

Albert J.; GUILLOSSOU, Frederic. *Cyber forensics: from data to digital evidence*. New Jersey: Wiley, 2012. p. 210.

44. BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça – STJ*, Habeas Corpus – HC 160.662/RJ, 6ª T., j. 18.02.2014.
45. BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça – STJ*, REsp 1.435.421/RS, 6ª T., rel. Maria Thereza de Assis Moura. “Ementa: Recursos especiais. Penal e processo penal. Evasão de divisas. Dosimetria. Pena-base. Elevado montante evadido. Circunstância judicial negativa. Lei 12.850/13. Norma superveniente. Ausência de prequestionamento. Disco rígido. Acesso direto. Ilicitude. Inexistência. [...] 3. O espelhamento das mídias de informática são providências de perpetuação da prova destinadas a atestar, com a maior confiabilidade possível, a idoneidade da prova, mas não há determinação legal de que não sejam acessadas diretamente. [...]”
46. DANIELE, Marcelo. La prova digitale nel processo penale. *Rivista di Diritto Processuale Anno LXVI*, (Seconda Serie), n. 2, Marzo-Aprile, 2011. p. 295.

Ou seja, como aponta Daniele⁴⁷, os procedimentos de cópia de fontes de provas digitais, mesmo quando não digam respeito a dados em via de alteração – condição que, por si só, permitiria a realização do procedimento de avaliações técnicas não repetíveis – podem resultar tais mutações irreversíveis do objeto.

Há, portanto, duas situações importantes que afetam a análise do tema. De um lado, na hipótese em que a investigação se utiliza de método distinto do sugerido pela Ciência Digital Forense, caberá a defesa pelo exercício do contraditório em momento prévio à decisão de admissibilidade da fonte de prova digital apontar – em abstrato – que o *método de apuração fática* adequado e confiável é outro. Diz-se, em abstrato, pois não deve se impor a carga probatória à defesa na indicação concreta de alteração de dados. De outro, o apontamento da inadequação do método utilizado torna presumível a alteração da *fonte de prova digital*. Logo, não há que se falar em demonstração de prejuízo pela defesa, uma vez que a comprovação da alteração do dado impõe uma inversão da carga probatória incompatível aos ditames processuais. Assim, impõe-se à parte acusatória o dever da comprovação da fiabilidade da prova penal.

Essa orientação, como salienta Pittiruti, parte da consciência de que o dado informático possui características próprias e peculiares de fragilidade e volatilidade. De tal modo, de forma presumida, afirma-se que “o uso de métodos de aquisição incorretos altera a própria natureza da *fonte de prova digital*, que perde irremediavelmente, a capacidade de provar”⁴⁸. A orientação reforça, portanto, a ideia de uma necessária proteção ainda mais avançada para a autenticidade da informação comprobatória que ingressará ao processo judicial, resguardando a confiabilidade da informação para sua utilização tanto em relação ao acerto fático, como em relação à valoração judicial. Logo, a indicação do método apropriado pela Ciência

47. DANIELE, Marcelo. *La prova digitale nel processo penale*. *Rivista di Diritto Processuale*, Anno LXVI, (Seconda Serie), n. 2, Marzo-Aprile, 2011. p. 295.

48. PITTIRUTI, Marco. *Digital evidence e procedimento penale*. Torino: Giappichelli Editore, 2017. p. 158. “Detto altrimenti, occorre evidenziare che, con riferimento alla digital evidence, eventuali violazioni nelle modalità di ricerca, apprensione e formazione della prova incidono inevitabilmente sull'essenza del dato informatico, poiché il contenuto viene modificato. Tali violazioni, dunque, si riverberano sul risultato probatorio. Insomma, con riguardo alla prova digitale, i vizi dell'attività di raccolta della prova diventano vizi dell'atto probatorio in sé. Alla luce di quest'ultima precisazione, i canoni di genuinità e non alterazione della prova legislativamente imposti dall L. n. 48/2008 assumono la giusta valenza: non già mere indicazioni operative prive di alcuna sanzione, ma veri e propri divieti impliciti presidiati dalla sanzione dell'inutilizzabilità”.

Forense Digital é, para além de uma definição de proibição probatória, uma preocupação com o resultado genuíno e imutável⁴⁹.

4. A RASTREABILIDADE DA FONTE DE PROVA PENAL DIGITAL: *DISCOVERY* E *SOFTWARES*

Falar em rastreabilidade da fonte de prova digital é em um primeiro momento relacionar a aquisição da fonte de prova ao pressuposto da atribuição de carga probatória à acusação no processo penal. A presunção de inocência, como dito, possui faceta de regra probatória e isso é determinante no processo penal, na medida em que atribui à acusação a carga probatória de sua hipótese criminal desconstituindo os argumentos defensivos. Nesse sentido, rastreabilidade da fonte de prova é vinculada à carga probatória, pois impõe também o dever à acusação na demonstração do método de aquisição, uma documentação necessária que comprove sua atuação lícita que decorre da probidade processual e investigativa. O que, verdadeiramente, atrela-se ao próprio devido processo legal e à ampla defesa no tocante à sua preparação e ao seu exercício.

Assim, aponta Prado⁵⁰ que há dispositivos próprios para o controle da legalidade das atividades de investigação que não podem ser ignorados em um processo acusatório, sendo certo que o Direito Processual Penal Brasileiro reconhece a relevância do controle judicial acerca da legalidade da persecução penal. Nesse sentido, importa salientar que a rastreabilidade da fonte de prova é, sensivelmente, um dispositivo próprio vinculado ao direito de conhecimento quanto as descobertas (*discovery*) ou à obtenção de acesso a elementos de prova coletados por agentes e órgãos públicos.

A descoberta aqui apontada não se limita às fontes de prova alcançadas, mas ao conhecimento de todo o procedimento que possibilitou o alcance. É dizer, a fonte de prova alcançada surge nos autos processuais a partir de algo, logo a partir da aquisição da fonte de prova deve-se possibilitar, como uma retroanálise, o conhecimento

49. PITTIRUTI, Marco. *Digital evidence e procedimento penale*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2017. p. 160. “Proprio l’obbligo di adottare determinate accortezze a tutela della genuinità ed immodificabilità della prova rappresenta, dunque, un vero e proprio divieto probatorio, sia que pure espresso in forma implicita, a protezione dell’affidabilità dell’accertamento. Ben lungi dal rappresentare mere indicazioni di metodo agli operanti, tali disposizioni sono caratterizzate da una finalità ben più rilevante, vale a dire evitare risultati probatori inquinati. (Grifo nosso)”

50. PRADO, Geraldo. *A cadeia de custódia da prova no processo penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2019. p. 76-77.

acerca do percurso investigativo que possibilitara a identificação da fonte de prova e, portanto, da informação de valor probatório que carrega.

Trata-se, pois, de uma concepção que aponta um dever às autoridades investigativas em documentar toda a sua atividade procedimental – incluindo a coleta de informações de valor probatório, perfazendo-se como uma matéria não apenas ética acusatória⁵¹, mas como uma “obrigação processual”⁵², ou seja, como cumprimento normativo que garanta a observância dirigida à paridade de armas cuja premissa fundamental é o alcance de um julgamento justo.

Pontua Prado⁵³, a partir de menções ao Direito Norte-Americano, que não há mais espaço – em um procedimento que se pretende com protagonismo às partes – manobras que busquem o fator “surpresa” para que se garanta uma vantagem estratégica na fase judicial. Por tais razões, no ordenamento jurídico Brasileiro, por exemplo, toda informação já documentada em sede de investigação preliminar deve ser fornecida à parte afetada pela investigação, ressalvadas as diligências em andamento⁵⁴.

-
51. Sobre ética acusatória LANGER, Máximo; ROACH, Kent. Direitos no processo penal: um estudo de caso sobre convergência e direitos de disclosure = *Rights in Criminal Procedure: a case study about convergence and rights to disclosure*. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais: RBCCrim*, São Paulo, v. 23, n. 116, p. 239-257, set.-out. 2015. p. 245.
 52. PRADO, Geraldo. *A cadeia de custódia da prova no processo penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2019. p. 76-77.
 53. PRADO, Geraldo. *A cadeia de custódia da prova no processo penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2019. p. 78.
 54. BRASIL, Supremo Tribunal Federal – STF, Sumula 14: “É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa”. Nesse sentido, destaca-se o precedente representativo: “Há, é verdade, diligências que devem ser sigilosas, sob risco de comprometimento do seu bom sucesso. Mas, se o sigilo é aí necessário à apuração e à atividade instrutória, a formalização documental de seu resultado já não pode ser subtraída ao indiciado nem ao defensor, porque, é óbvio, cessou a causa mesma do sigilo. (...) Os atos de instrução, enquanto documentação dos elementos retóricos colhidos na investigação, esses devem estar acessíveis ao indiciado e ao defensor, à luz da Constituição da República, que garante à classe dos acusados, na qual não deixam de situar-se o indiciado e o investigado mesmo, o direito de defesa. O sigilo aqui, atingindo a defesa, frustra-lhe, por conseguinte, o exercício. (...) 5. Por outro lado, o instrumento disponível para assegurar a intimidade dos investigados (...) não figura título jurídico para limitar a defesa nem a publicidade, enquanto direitos do acusado. E invocar a intimidade dos demais investigados, para impedir o acesso aos autos, importa restrição ao direito de cada um dos envolvidos, pela razão manifesta de que os impede a todos de conhecer o que, documentalmente, lhes seja contrário. Por

Apesar disso, é preciso salientar que o direito à descoberta das fontes de prova deve ter vinculação quanto à origem daquilo que se documenta, sob pena de não ser possível uma plena consciência – por parte do sujeito afetado – do caminho percorrido pela investigação no alcance das informações que servem de base para sustentação da hipótese acusatória (ex. “informação decorrente de serviços de inteligência”). Ou seja, a informação alcançada deve ter procedência certa, para que se mostre confiável à tomada de decisão. Ainda que os autos de investigação não sejam compartilhados ou incluídos nos autos processuais que serão encaminhados ao juízo sentenciante, há que se ter procedência certa e – portanto – lícita das informações decorrentes de provas cautelares, antecipadas e irrepetíveis que se comunicará da investigação aos autos processuais⁵⁵.

A *Discovery*, portanto, é mecanismo capaz de tornar possível o direito à prova pela defesa⁵⁶. No tocante às fontes de prova penal digital, o direito ao conhecimento acerca da “descoberta” e, por decorrência, à rastreabilidade da fonte de prova, está diretamente vinculado não apenas quanto à utilização das novas tecnologias de investigação informática, mas prioritariamente quanto à utilização de tecnologias de aquisição ou cópia forense das *fontes de prova digital* que serão inseridas nos autos processuais.

Como já exposto, a aquisição das fontes de prova digital armazenadas em dispositivos informáticos é somente possível a partir da execução de *softwares* que permitem a exata criação de cópia forense e posterior inspeção e aquisição das *fontes de prova digital* com relevante valor probatório. Portanto, entendido esse procedimento preliminar, importa salientar que a cópia forense é sempre uma *fonte de prova*

isso, a autoridade que investiga deve, mediante expedientes adequados, aparelhar-se para permitir que a defesa de cada paciente tenha acesso, pelo menos, ao que diga respeito a seu constituinte” HC 88.190, voto do rel. min. Cezar Peluso, 2ª T, j. 29.08.2006, DJ 06.10.2006.

55. PRADO, Geraldo. *A cadeia de custódia da prova no processo penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2019. p. 78-79. “o funcionamento eficaz das *Discovery devices* depende, porém, da estruturação do procedimento penal que tenha aptidão para viabilizar o controle pelas partes da atividade probatória do adversário – e sua consequente licitude – e também da prescrição ao juiz criminal de papel destacado de fiscalização da regularidade procedimental, em um contexto em que a atividade jurisdicional penal concebida como de tutela da Constituição e das leis. [...] No caso do processo penal a nova arquitetura acusatória aos poucos aproxima os concretos sistemas de justiça criminal e redesenha a face destes sistemas, assemelhando-os em termos de estrutura básicas, ‘estrutura’ aqui concebida como ‘conexão entre elementos, etapas ou fases”.

56. PRADO, Geraldo. *A cadeia de custódia da prova no processo penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2019. p. 81.

derivada. É dizer, os dados, arquivos e programas, visíveis ou ocultos, armazenados em um dispositivo informático são *fontes de prova originárias* cuja aquisição pela cópia forense é efetivada por *software*. Ou seja, uma programação executada por instruções previamente elaboradas por um programador. Assim, a autenticidade e credibilidade auferida à *fonte de prova derivada* somente pode ser categoricamente confirmada a partir do conhecimento de que as instruções do *software*, que executa a tarefa de cópia ou aquisição, são precisas.

Sobre a matéria, aponta Mason⁵⁷ que um dispositivo informático digital não alcança sua funcionalidade sem que o *hardware* possua um *software* instalado. Este segundo, portanto, escrito por programadores e alimentado por usuários. Desse modo, o autor assinala que toda prova digital pode ser tratada como uma declaração conjunta que é “parcialmente feita pela pessoa que insere dados” e “parcialmente feita pelas centenas de programadores responsáveis por escrever o *software* que produz os dados”. Por tais razões, aponta o autor que toda forma de prova digital alcançada por *software*, pela imprecisão e inconfiabilidade permanece como *hearsay*, ou aqui adotado como “conjectura” por presunção, uma vez que é o código do *software* que alcança a informação originária e a transmite de modo inteligível.

É dizer, de acordo com Teppler⁵⁸, há uma incompreensão daquilo que pode ser entendida como “informação gerada por computador” e o que constitui uma “informação de origem”. Salienta o autor que os dados de origem de todas as informações geradas por computador são de natureza binária, e os dados processados, visualizados, impressos ou armazenados são compostos decorrentes de conjuntos ordenados de zeros e uns. Estes últimos, são processados por outros conjuntos ordenados de dados binários que compõem o sistema operacional e outros aplicativos

57. MASON, Stephen. Software code as the witness. In: Stephen Mason and Daniel Seng (eds.). *Electronic Evidence* (4th edn, University of London 2017) 88-100.

58. TEPLER, Stephen W. Digital data as hearsay. *Digital Evidence and Electronic Signature Law Review* 7, v. 6. 2009. p. 7-9. Disponível em: [https://sas-space.sas.ac.uk/5334/1/1853-2571-1-SM.pdf]. “Os dados (ou informações) realmente lidos ou percebidos por um leitor humano (ou membros de um júri) devem, portanto, ser considerados a última ‘visão’ em um conjunto de ‘visões de visões’ e não a ‘fonte’ ou dados de origem. Em outras palavras, enquanto uma pessoa pode ler, ouvir ou ver dados gerados por computador, é impossível ler, ouvir ou ver os dados de origem ou de origem gerados por computador. Para perceber os dados do computador de origem como dados nativos, é necessário interpretar o idioma em que esses dados são gravados (como ‘C’ ou ‘Visual Basic’). Para interpretar a linguagem em que os dados são escritos, é necessário, por sua vez, entender a linguagem em que eles são escritos. O objetivo final em entender ou examinar informações geradas por computador é entender as afirmações, ou discurso, dos programadores de computador (todos os quais são humanos) que, por código-objeto ou código-fonte, fornecem instruções aos computadores para fazer declarações condicionais”. [tradução livre].

de *software* de processamento de dados para produzir o que é comumente chamado de arquivos de dados.

Nesse sentido, os dados de origem são, portanto, sempre compostos por “zeros e uns” e, necessariamente, são processados ou renderizados pelo sistema operacional e vários aplicativos para que se produza os arquivos. Por sua vez, os arquivos são processados por outros aplicativos para produzir imagens que podem ser visualizadas em uma tela, ou podem ser visualizadas por impressões.

Logo, mesmo que a extração dos dados de dispositivo informático for comprovadamente autêntica pelo *software* utilizado para a aquisição, para que seja incluída em um processo judicial deve ser apontada como “fonte de prova” concreta, ou seja, afastado o seu grau de “conjectura” por presunção. Do contrário, o caráter de “conjectura” por presunção é vetor responsável para a decretação da sua inconfiabilidade e, consequentemente, sua exclusão ou inadmissibilidade pela ausência de credibilidade.

Tais informações permitem afirmar que sem a ciência do código-fonte⁵⁹ do *software* utilizado para a aquisição, cópia forense, dos dados armazenados em um dispositivo informático não é possível garantir que a informação decorrente possui credibilidade. Como aponta Teppler⁶⁰, um computador ou programa de computador somente produzirão informações dentro do alcance das instruções contidas no código-fonte do aplicativo ou programa utilizado. Ou seja, aplicativos e programas de computador produzem informações destinadas a ser criadas pela instrução elaborada pelo programador. Logo, a ciência quanto ao código-fonte à parte imputada necessariamente permite com que se avalie – sob o crivo do contraditório – a identificação de possíveis erros, proposital ou acidentalmente inseridos⁶¹, nas instruções de programação e execução de tarefas.

59. Sobre o Código-fonte, aponta Mason, a partir de Svein Willassen que “o *software* é escrito como código-fonte. O código-fonte é escrito pelo programador, inserindo instruções em um editor. A sequência de instruções define a função do programa, como receber *input* do usuário, realizar cálculos, mostrar *output* na tela e assim por diante. Esse código-fonte é geralmente compilado em um programa executável (um arquivo executável faz com que um computador execute tarefas de acordo com as instruções), que é distribuído aos usuários do programa. O código-fonte não pode ser derivado completamente do programa executável” [tradução livre]. MASON, Stephen. Software code as the witness. In: Stephen Mason and Daniel Seng (eds.). *Electronic Evidence* (4th edn, University of London 2017). p. 89.

60. TEPLER, Stephen W. Digital data as hearsay. *Digital Evidence and Electronic Signature Law Review* 7, v. 6. 2009. p. 15-16. Disponível em: [https://sas-space.sas.ac.uk/5334/1/1853-2571-1-SM.pdf].

61. “‘Human-made faults’ are, in turn, divided into malicious faults and ‘nonmalicious’ or guileless faults. These faults can be introduced during the development of the system by a

Os erros⁶² podem estar inseridos em qualquer das etapas do processamento. A partir desse panorama, quando não identificados os erros pela auditoria do código-fonte do *software*, as informações geradas pelo *software* forense serão incorporadas em um processo judicial e posteriormente valoradas inadequadamente em decisão. É dizer, as informações legíveis a partir de *softwares* que possibilitam a extração de dados, ou cópia forense, apresentam-se com maior credibilidade quando se possibilita o afastamento das hipóteses de que são enganosas ou não confiáveis. Máxime, quando se está a falar de *softwares* de decodificação das informações criptografadas ou codificadas.

É a partir, portanto, do código-fonte do *software* que se possibilita apontar que as informações alcançadas são, categoricamente, precisas e não tendenciosas. Como salienta Mason, se o código do *software* for impreciso, ou se uma instrução elaborada pelo programador atuar sobre uma informação ou outra instrução incorreta, então o código provavelmente falhará em instruir o computador da maneira que o

developer or during use by an external third party. Guileless faults can be classified as faults due to mistakes, and deliberate faults that are brought about because of bad decisions – usually caused when choices are made to accept having less of one thing in order to get more of something else, for instance, to preserve acceptable performance, or because of economic considerations. Developers who commit such faults may deliberately violate an operating procedure without understanding the consequences of their action”. MASON, Stephen. The presumption that computers are ‘reliable’. In: Stephen Mason and Daniel Seng (eds.). *Electronic Evidence* (4th ed, University of London 2017). p. 132.

62. Mason aponta que: “O professor Thomas observa que ‘A principal maneira de os desenvolvedores de software garantirem a qualidade de seu trabalho é executando testes, embora os cientistas da computação tenham dito nos últimos quarenta anos que os testes nunca podem mostrar que o software é seguro ou correto’. Mesmo para sistemas relativamente pequenos, o número de possíveis casos de teste necessários para testes abrangentes é enorme. Também nem sempre é certo se o teste foi aprovado ou reprovado, sendo necessário repetir os testes após qualquer alteração de software. Além disso, um único caso de teste só pode expor um sistema a um conjunto muito específico de condições e valores de dados. O número de variações é, em termos práticos, ilimitado porque um teste robusto deve considerar, entre outros, diferentes valores de dados, o número de tarefas simultâneas em execução, a configuração da memória do sistema, a configuração do hardware, todos os dispositivos ou sistemas conectados, as ações dos operadores, erros do usuário, erros de dados, mau funcionamento do dispositivo e assim por diante. No entanto, porque o teste é um assunto complexo, não significa que o teste não deva ser realizado”. Neste sentido, aponta ainda que “a fonte primária de erros de software está em seu processo de desenvolvimento”. MASON, Stephen. The presumption that computers are ‘reliable’. In: Stephen Mason and Daniel Seng (eds.). *Electronic Evidence* (4th edn, University of London 2017). p. 131. [tradução livre].

programador pretendia⁶³. O grau de confiabilidade e credibilidade de que a “fonte de prova derivada” necessita para ser admitida em um processo judicial somente poderá ser alcançado a partir da ciência de que o código-fonte do *software* utilizado na etapa de aquisição, cópia forense, não possui erros de instrução.

Dito isso, é preciso se ter consciência de que não há espaços para obviedades, quer-se dizer, “nem sempre será óbvio se a confiabilidade da fonte de prova gerada por computador é imediatamente detectável sem o recurso para estabelecer se o código-fonte do *software* não possui defeitos”⁶⁴. A confiabilidade do código-fonte do *software*, de suas atualizações e revisões, portanto, não é pautada em presunção de funcionalidade regular.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto, constatou-se que o entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça no Informativo de Jurisprudência 763 demarca avanço significativo quanto à aquisição e admissibilidade de dados informáticos como prova penal digital. Não sem razão, é a confiabilidade da prova e o registro documental do método de extração que garante maior acerto decisório ao caso penal. Logo, devem ser consideradas inadmissíveis todas as provas digitais que não são acompanhadas de registro documental quanto aos procedimentos adotados para a preservação de sua integralidade e autenticidade.

Todavia, como resposta à pergunta problema formulada no presente artigo, relacionada aos pressupostos que devem ser observados pela Autoridade Investigativa e Judicial na aquisição e produção da prova penal extraída de dispositivos digitais, merece destaque algumas questões.

Quanto à aquisição do Dado Informático, observou-se que diante do risco de Mandados Judiciais Genéricos, é importante verificar que tal medida deve ocorrer primeiro pela autorização da apreensão de seu suporte, o que não se relaciona com uma autorização judicial para utilização de todos os dados informáticos, nele contidos, como fonte de prova digital.

É dizer, o mandado judicial para apreensão do Suporte Informático possui delimitações próprias. Um segundo Mandado Judicial se faz necessário, estabelecendo

63. MASON, Stephen. Software code as the witness. In: Stephen Mason and Daniel Seng (eds.). *Electronic Evidence* (4th edn, University of London 2017). p. 91.

64. [Tradução livre] MASON, Stephen. The presumption that computers are ‘reliable’. In: Stephen Mason and Daniel Seng (eds.). *Electronic Evidence* (4th edn, University of London 2017). p. 182.

delimitações *ex ante* para a proteção de Direitos Fundamentais afetados e à obediência do critério da especialidade da prova. Dessa forma, evita-se buscas genéricas que caracterizam a “pesca probatória”.

Assim, como ferramenta para evitar devassas probatórias, sugere-se a implementação do detalhamento na representação investigativa que pretende o alcance de dados informáticos, materializada pelo “protocolo de pesquisa”. Essa limitação *ex ante* não impede autorizações complementares, porém, importa salientar que uma vez feita a cópia forense de dados constantes nos Sistemas Informáticos, não há mais que se falar em risco de frustração processual de natureza probatória por parte do sujeito visado. Logo, não há razão para o afastamento da atuação defensiva em contraditório, seja na formação cognitiva do juízo competente para conceder a autorização, seja no acompanhamento das diligências investigativas de alcance dos Dados Informáticos. É o acompanhamento da Defesa nessa fase que demarca a fiscalização dos limites expressos no Mandado Judicial e sua obediência.

De mesmo modo, foi possível perceber que o acerto técnico da atividade de aquisição e recolha de dados armazenados em Sistemas Informáticos deve observância às Boas Práticas da Ciência Forense Digital. Se a Prova Penal Digital é, notadamente, uma prova científica, há que se ter como pressuposto básico o rigor no cumprimento de técnicas próprias para atestar a confiabilidade e autenticidade da fonte de prova penal digital. Embora tais recomendações possam não constar em Lei Processual Penal, são estas que possibilitam a execução acertada do denominado método de apuração fática, cuja função precípua é auxiliar o método de produção da prova penal digital, como prova em espécie. Não se trata de mero capricho, mas de metodologia que serve à diminuição dos riscos de perdas probatórias, tornando as fontes de prova digital em fontes confiáveis e, portanto, admissíveis.

Nesse panorama, também foi constatado que há uma necessária relevância quanto à revelação do código-fonte do *software* utilizado na metodologia probatória. Somente com a ciência do código-fonte é possível se atestar devida credibilidade à fonte de prova penal digital, pois é pelo código-fonte que se possibilita a identificação de erros, proposital ou acidentalmente inseridos, nas instruções de programação e execução das tarefas.

Toda a diligência deve ser detalhadamente registrada, não há espaço para uma “presunção de fidedignidade”. Portanto, a cadeia de custódia da prova é requisito de admissibilidade da fonte de prova penal digital. A demonstração de que todas as etapas foram cumpridas com rigor possibilita uma atribuição de confiabilidade à informação e, por decorrência, à decisão judicial que pretende utilizá-la.

6. REFERÊNCIAS

- CASEY, Eoghan. *Digital Evidence and Computer Crime*: Third Edition. Elsevier: San Diego, 2011.
- COSTABILE, Gerado. Computer forensics e informatica investigativa alla luce della Legge n. 48 del 2008. *Cyberspazio e Diritto*, v. 11, n. 3, p. 465-508, 2010.
- DANIELE, Marcelo. La prova digitale nel processo penale. *Rivista di Diritto Processuale*, Anno LXVI, (Seconda Serie), n. 2, Marzo-Aprile, 2011. p. 295.
- GAMMAROTA, Antonio. *Informatica forense e processo penale*: la prova digitale tra innovazione normativa e incertezze giurisprudenziali. Dottorato di Ricerca in Diritto e nuove tecnologie, Università di Bologna, 2016.
- GLOECKNER, Ricardo; EILBERG, Daniela Dora. Busca e apreensão de dados em telefones celulares: novos desafios diante dos avanços tecnológicos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 156/2019, 2019.
- IOVENE, Federica. *Prova informatica e diritti fondamentali della persona nel processo penale*. Tesi di Dottorato, Università degli Studi di Trento, 2014.
- KERR, Orin S. Executing warrants for digital evidence: the case for use restrictions on nonresponsive data. *Texas Tech Law Review*, vol. 48:1, 2015.
- LANGER, Máximo; ROACH, Kent. Direitos no processo penal: um estudo de caso sobre convergência e direitos de disclosure = *Rights in Criminal Procedure: a case study about convergence and rights to disclosure*. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*: RBCCrim, São Paulo, v. 23, n. 116, p. 239-257, set.-out. 2015.
- LUPÁRIA, Lucas; ZICCARDI, Giovanni. *Investigazione penale e tecnologia informatica*: l'accertamento del reato tra progresso scientifico e garanzie fondamentali. Milano: Giuffrè Editore, 2007. p. 46-47.
- MARCELLA, Albert J.; GUILLOSSOU, Frederic. *Cyber forensics*: from data to digital evidence. New Jersey: Wiley, 2012.
- MASON, Stephen. Software code as the witness. In: Stephen Mason and Daniel Seng (eds.). *Electronic Evidence* (4th edn, University of London 2017) 88-100.
- MASON, Stephen. The presumption that computers are 'reliable'. In: Stephen Mason and Daniel Seng (eds.). *Electronic Evidence* (4th ed, University of London 2017).
- MENDES, Carlos Hélder Carvalho Furtado. *Prova penal digital*: direito à não autoincriminação e contraditório na extração de dados armazenados em sistemas informáticos. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-graduação em Ciências Criminais – PUCRS, 2023.
- PITTIRUTI, Marco. *Digital evidence e procedimento penale*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2017.
- POLANSKY, Jonathan A. *Garantías constitucionales del procedimiento penal en el entorno digital*. Buenos Aires: Hammurabi, 2020.

- PRADO, Geraldo. *A cadeia de custódia da prova no processo penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2019. p. 76-77.
- RAMALHO, David Silva. *Métodos ocultos de investigação criminal em ambiente digital*. Almedina: Coimbra, 2017.
- SOUSA MENDES, Paulo de. A privacidade digital posta à prova no processo penal. In: *Quaestio facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*, n. 2, 2021. p. 225-250.
- TEPPLER, Stephen W. Digital data as hearsay. *Digital Evidence and Electronic Signature Law Review* 7, v. 6, p. 7-9, 2009. Disponível em: [<https://sas-space.sas.ac.uk/5334/1/1853-2571-1-SM.pdf>].
- WALKER, Cornell. *Computer forensics: bringing the evidence to court*. Disponível em: [www.infosecwriters.com/text_resources/pdf/Computer_Forensics_to_Court.pdf], p. 1. Acesso em: 06.2018.

7. JURISPRUDÊNCIA

- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ, AgRg no Recurso em Habeas Corpus 143.169 – RJ (2021/0057395-6), 5ª T., rel. Min. Jesuíno Rissato (Des. convocado do TJDF), rel. p/acórdão Min. Ribeiro Dantas, *DJe* 02.03.2023.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ, Habeas Corpus – HC 160.662/RJ, 6ª T., j. 18.02.2014.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ, REsp 1.435.421/RS, 6ª T., rel. Maria Thereza de Assis Moura.
-



PESQUISAS DO EDITORIAL



ÁREAS DO DIREITO: Digital; Penal; Processual

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- Admissibilidade das provas digitais: o que se faz na nuvem; fica na nuvem, de Fernanda Antunes Marques Junqueira e Flávio da Costa Higa – *RDT* 229/75-95;
- A cadeia de custódia como elemento fundamental da validade e utilidade das provas digitais, de Maurício Tamer – *Boletim Revista dos Tribunais Online* 36/2023;
- A proteção dos dados sensíveis no ordenamento jurídico brasileiro, de Graziela Harff e Marcelo Schenk Duque – *RDCC* 29/57-88;
- O regime jurídico das provas digitais no direito brasileiro, de João Paulo Lordelo Guimarães Tavares – *RePro* 316/373-387;
- Fundamentos à aplicação do incidente de autenticidade ao elemento probatório informático: a ineficiência da simples captura de tela como meio probatório, de Spencer Toth Sydow e Agenor Alexsander C. Costa – *RD Tec* 13/2021;
- Recomendação sobre a ética da inteligência artificial da UNESCO e sua aplicação no judiciário, de Luciane Cardoso Barzotto – *RDT* 225/221-241; e
- Sequestro de dados e ataque cibernético na sociedade da informação, de Emerson Penha Malheiro, Eduardo Sorrentino de Alcântara e Nathalia Esteves – *RT* 1043/149-164.

O JUIZ DAS GARANTIAS E O JUÍZO DA ACUSAÇÃO NO PROCEDIMENTO DO TRIBUNAL DO JÚRI

THE JUDGE OF GUARANTEES AND THE PRELIMINARY EXAMINATION IN THE JURY PROCEDURE

FERNANDO MARTINHO DE BARROS PENTEADO

Doutorando e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP).

Pós-graduado em Direito Processual Penal pela Escola Paulista da Magistratura (EPM).

Juiz de Direito no Estado de São Paulo.

Lattes: [<http://lattes.cnpq.br/1830762220815573>].

ORCID: [<https://orcid.org/0000-0002-0455-6108>].

fernandombpenteado@gmail.com

Assista agora aos
comentários do autor
para este artigo



DOI: [<https://doi.org/10.54415/rbccrim.v197i197.169>].

Recebido em: 13.03.2022

Aprovado em: 29.11.2022

Última versão do(a) autor(a): 12.12.2022

ÁREAS DO DIREITO: Penal; Processual

RESUMO: O presente artigo discute a incidência do instituto do juiz das garantias previsto na Lei 13.964/2019 na primeira fase do procedimento dos crimes dolosos contra a vida. A partir da pesquisa bibliográfica e baseando-se nas finalidades dos mecanismos criados pela Lei 13.964/2019 para configurar o juiz das garantias, no caso, a divisão funcional de competências por fases do processo e a separação do expediente, busca-se aferir a compatibilidade do citado instituto com o juízo da acusação no rito do júri. Em conformidade com o entendimento que aponta o sumário da culpa como espécie de juízo oral, onde se impõem o contraditório e a imediação judicial, sustenta-se que o juiz das garantias possui plena compatibilidade com o juízo da acusação e se justifica mesmo que o objeto da decisão final seja a admissibilidade da acusação e não o julgamento de mérito.

ABSTRACT: This article discusses the judge of guarantees in the first stage of the Brazilian jury procedure. Through bibliographical review and based on the purposes of the mechanisms created by Law 13,964/2019 to configure the judge of guarantees, i.e., the proceeding's stage division and the dossier's separation, the work intends to assess the compatibility of the aforementioned institute with the preliminary examination in the jury procedure. In accordance with a viewpoint that points out the preliminary examination as an oral trial, where the adversarial principle and immediacy take place, it is argued that the judge of guarantees is fully compatible with the preliminary examination even if its goal is not to decide the truth of disputed facts, but whether there is an adequate basis for bringing a criminal charge against a suspect (probable cause).

PALAVRAS-CHAVE: Tribunal do júri – Juiz das garantias – Juízo da acusação – Juízo oral – Lei 13.964/2019.

KEYWORDS: Jury – Judge of guarantees – Preliminary examination – Oral trial – Law 13,964/2019.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Centralidade do juízo oral. 3. Imparcialidade e juiz das garantias. 3.1. Jurisprudência convencional. 3.2. Divisão funcional de competências. 3.3. Separação do expediente. 4. Juízo da acusação e juiz das garantias. 5. Conclusão. 6. Referências. 7. Legislação. 8. Jurisprudência.

1. INTRODUÇÃO

A Lei 13.964/2019 instituiu a figura do juiz das garantias no processo penal brasileiro.¹ Apesar da *vacatio legis* de 30 dias a partir de 24 de dezembro de 2019, data de sua publicação no Diário Oficial da União, os dispositivos foram suspensos cautelarmente em 15 de janeiro de 2020 pelo prazo máximo de 180 dias por decisão monocrática do Ministro Dias Toffoli.²

Posteriormente, em 22 de janeiro de 2020, o Ministro Luiz Fux revogou a decisão anterior do Ministro Dias Toffoli e suspendeu por prazo indeterminado a eficácia do juiz das garantias e seus consectários.³

Sem ignorar que os efeitos concretos do juiz das garantias somente poderão ser sentidos após a eficácia do instituto, o presente artigo visa examinar no plano teórico a incidência do juiz das garantias na primeira fase do rito dos crimes dolosos contra a vida, especificamente se tem aplicação ou não no juízo da acusação.

Justifica-se a escolha do tema pelo caráter bifásico do procedimento, uma peculiaridade do rito do júri, sendo razoável perquirir se é cabível alguma distinção por esse motivo. Outro ponto que instiga a reflexão diz respeito ao teor da decisão liminar do Ministro Dias Toffoli, pois ao afastar indistintamente o juiz das garantias do procedimento dos crimes dolosos contra a vida, implicitamente abrangeu o juízo da acusação.⁴

1. BRASIL, 2019a.

2. BRASIL, 2020a.

3. BRASIL, 2020b.

4. Conforme a referida decisão monocrática: “Do mesmo modo, deve ser afastada a aplicação do juiz de garantias dos processos de competência do Tribunal do Júri, visto que, nesses casos, o veredicto fica a cargo de um órgão coletivo, o Conselho de Sentença. Portanto, opera-se uma lógica semelhante à dos Tribunais: o julgamento coletivo, por si só, é fator de reforço da imparcialidade” (BRASIL, 2020a).

A metodologia empregada é a revisão bibliográfica e o artigo é estruturado em três partes, iniciando-se com apontamentos sobre as características do juízo oral.

Em seguida, a partir do exame da jurisprudência convencional que originou a noção de imparcialidade objetiva, será feita abordagem crítica dos mecanismos eleitos pelo legislador para configurar o juiz das garantias no direito brasileiro, materializados na divisão funcional de competências por fases e na separação do expediente que compõe a etapa de investigação, avaliando as respectivas finalidades e a relação com a imparcialidade.

Por fim, identificados os sentidos e os fins dos citados mecanismos processuais, analisar-se-á se o juiz das garantias é compatível com a primeira etapa do procedimento dos crimes dolosos contra a vida.

2. CENTRALIDADE DO JUÍZO ORAL

Em breve síntese, tendo como premissa a atividade desenvolvida no primeiro grau de jurisdição, a persecução penal pode ser dividida em três fases: investigação preliminar, fase intermediária e juízo oral.

A investigação criminal busca dados sobre o fato apurado de modo a autorizar o ajuizamento da ação penal. Serve, ainda, para indicar fontes de prova para o juízo oral e eventualmente produzir provas irrepetíveis, antecipadas e medidas de obtenção de provas.

Já a fase intermediária implica no juízo de admissibilidade da acusação, realizada com base nos elementos produzidos na etapa precedente. Por fim, a terceira fase é o juízo oral, onde são produzidas provas em contraditório judicial visando à reprodução histórica dos fatos.

Ao atribuir ao juízo oral a função de resolver o caso penal, parte-se da premissa que a derradeira etapa assume posição de centralidade no procedimento. Nesse caso, a nota característica é a realização de uma audiência com a presença dos seguintes elementos: i) publicidade; ii) oralidade; iii) imediação; iv) identidade física; v) concentração; vi) contraditório.

Para Arocena, o juízo oral é o momento em que uma pessoa (juiz) conhece, sem mediações, a prova e os sujeitos processuais (imediação). Estes podem apresentar suas provas e contrariar seus sentidos e valor (contraditório) numa audiência concentrada (concentração) e de modo que o público em geral tenha acesso e possa controlar os atos praticados (publicidade).⁵

5. AROCENA, 2001, p. 243.

Conforme Binder, a centralidade do juízo oral pode ser notada no plano político e técnico. Politicamente, ainda que sejam dadas outras possibilidades de resolução do conflito ao acusado (procedimentos abreviados, fórmulas consensuais etc.), a centralidade se manifesta na medida em que, a todo momento, o acusado mantém o direito de alcançar o juízo oral caso assim desejar (com as respectivas garantias). Já o aspecto técnico cumpre a função de orientação da atividade processual, dirigindo-a necessariamente à consecução do juízo oral (os procedimentos existem ou como preparação para o juízo oral ou são voltados para o seu próprio desenvolvimento).⁶

3. IMPARCIALIDADE E JUIZ DAS GARANTIAS

No plano recente, a discussão sobre o juiz das garantias remonta ao Anteprojeto do Novo Código de Processo Penal (NCPP),⁷ apresentado perante o Senado Federal e que deu origem ao Projeto de Lei 156/2009⁸, aprovado e posteriormente encaminhado para a Câmara dos Deputados onde tramita como Projeto de Lei 8.045/2010.⁹ Na exposição de motivos do Anteprojeto foram elencadas três justificativas básicas: i) otimização da atuação jurisdicional decorrente da especialização na matéria; ii) distanciamento do juiz do processo dos elementos de informação produzidos na investigação preliminar; iii) conformação com um modelo processual de perfil acusatório.

No entanto, antes da deliberação completa do Anteprojeto do NCPP no Congresso Nacional, o legislador preferiu positivar o juiz das garantias através da Lei 13.964/2019, originária do Projeto de Lei 10.372/2018.¹⁰ Os motivos que

6. BINDER, 2014, p. 32-33.

7. BRASIL, 2009a.

8. BRASIL, 2009b.

9. BRASIL, 2010.

10. Esse comportamento intempestivo do Congresso Nacional não passou isento de críticas. Segundo Andrade, “Metaforicamente sendo aquele projeto [Anteprojeto do NCPP] jogado de uma comissão para outra na Câmara dos Deputados, a figura do juiz das garantias foi resgatada pelo legislador atual, e inserido na Lei Anticrime, sem que os debates em torno dela chegassem a bom termo” (ANDRADE, 2020, p. 21, destaque original). Semelhantemente, para Suxberger houve evidente inopino na apresentação da proposta substitutiva contendo o juiz das garantias ao Projeto de Lei 10.372/2018 e a rapidez incomum na apreciação por ambas as Casas do Congresso Nacional (SUXBERGER, 2019, p. 12-13). Para Toldo, “No entanto, num movimento reativo – dentro da Câmara dos Deputados – ao chamado ‘pacote anticrime’ do Poder Executivo, o tema foi introduzido sem específica discussão, por emenda apresentada em plenário, prevendo exíguo prazo de trinta dias para

ensejaram este último projeto de lei, ainda que não muito claros, aparentemente foram os mesmos do Anteprojeto do NCPP.¹¹

O presente trabalho focará na questão do distanciamento entre o juiz com o inquérito policial sob a premissa de resguardo da imparcialidade judicial e não enfrentará, portanto, as outras justificativas (sistema acusatório e especialização).

A importância da imparcialidade do juiz é inquestionável na atualidade,¹² apresentando-se “hodiernamente como seu caráter essencial”¹³, ou ainda, “essência na concretização do estado de justiça”.¹⁴

Nesse sentido, assevera Regla que “no *Estado de Direito*, o dever de aplicar o direito, o dever de independência e o dever de imparcialidade são estritamente indisponíveis; quer dizer, são *intrínsecos e necessários ao papel do juiz*.”¹⁵

A imparcialidade se relaciona com a própria legitimidade do exercício do poder de punir. Nesse contexto, um julgamento justo (*fair*) exige mais do que a mera possibilidade de participação do réu no processo, demandando uma particular estrutura procedimental constituída por uma audiência pública presidida por um juiz imparcial e independente.¹⁶

a sua implementação. [...] Dito isso, pode-se afirmar que: i) o chamado ‘pacote anticrime’ não derivou de uma proposta do Poder Executivo, mas de um projeto da própria Câmara dos Deputados, elaborado por comissão de juristas composta com a finalidade de propor alterações na legislação penal e processual penal; ii) o juiz das garantias não estava previsto nessa proposta e em nenhum dos projetos de lei discutidos, tendo sido introduzido apenas no substitutivo apresentado em plenário” (TOLDO, 2022, p. 4).

11. Diz-se não muito claros, pois a primeira menção ao juiz das garantias no Projeto de Lei 10.372/2018 ocorreu no parecer apresentado em plenário na Câmara dos Deputados pelo então relator Lafayette de Andrada em 04 de dezembro de 2019, acompanhado da proposta de substitutivo cujas razões foram bastante sucintas (BRASIL, 2019b).
12. Para Bachmaier Winter, o conceito de imparcialidade abrange a exigência de que o juiz não seja parte no processo (terceiro em relação às partes) e que mantenha uma posição equidistante e de neutralidade, sem tomar partido prévio em favor de qualquer das partes (“desinteresse objetivo”). Ainda, segundo a autora, três elementos permitem identificar uma atuação parcial: “O ânimo interno do juiz, a incidência de elementos alheios ao processo e a consequência de tender a favorecer aos interesses de alguma das partes”. (BACHMAIER WINTER, 2018, p. 508; 511, tradução nossa).
13. GRINOVER; SCARANCE FERNANDES; GOMES FILHO, 2009, p. 39.
14. LOPES, 2005, p. 185.
15. REGLA, 2012, p. 164, destaques originais.
16. JACKSON; SUMMERS, 2018, p. 106-107.

Na medida em que o Direito Penal tem como fins a prevenção, retribuição, pacificação social e reabilitação, a ligação com a ideia de justiça é indissociável. Em relação ao processo, essa noção só adquire consistência se o procedimento criminal igualmente for organizado de modo justo, pois “seria claramente contraditório buscar justiça a partir de um procedimento injusto.”¹⁷

Assim, mais importante do que o produto final é a manufatura desse produto, isto é, se esse resultado foi obtido a partir de critérios satisfatoriamente justos, advindo dessa compreensão que, entre outros fins, o processo criminal tem a função de demonstrar não apenas que a justiça é feita, mas como é feita.¹⁸

Aliás, não raro é invocada a máxima proferida por Lord Hewart em julgamento de 1923, no sentido de que “justice should not only be done, but should manifestly and undoubtedly be seen to be done”.¹⁹

Por sua vez, Calamandrei também evidenciou a importância da aparência nos julgamentos ao referir que “na história dos institutos judiciais, variaram com o tempo os critérios ou mecanismos de que os juízes têm-se servido para ser e, sobretudo, para parecer imparciais.”²⁰

Justamente visando um procedimento justo e imparcial, a Lei 13.964/2019 se utilizou de duas técnicas ao formatar o modelo brasileiro de juiz das garantias: i) divisão funcional de competências por fases do processo; ii) separação do expediente que compõe a fase de investigação do juízo oral.

No primeiro caso, o artigo 3º-D, *caput*, do CPP dispõe que o juiz que praticar qualquer ato incluído nas competências do juiz das garantias ficará impedido de funcionar no processo, isto é, de atuar no juízo oral subsequente. Logo, divide-se a função jurisdicional por etapas, sendo que o juiz responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal não atuará no juízo oral.

No segundo, o artigo 3º-C, § 3º, do CPP determina que o expediente que compõe os atos praticados pelo juiz das garantias durante a investigação criminal não será

17. TRECHSEL, 2014, p. 102, tradução nossa.

18. TRECHSEL, 2014, p. 119.

19. REINO UNIDO, 1923. Trata-se de caso em que se discutiu, a partir da perspectiva de um observador razoável e informado (*reasonable and informed observer*), se a imparcialidade dos juízes aparentava estar ou não comprometida (standard de aparência). Entre outros julgados que mencionaram essa ideia, pode ser lembrado o caso Delcourt vs. Bélgica (CONSELHO DA EUROPA, 1970, § 31).

20. CALAMANDREI, 2017, p. 39.

apensado aos autos do processo enviados ao juiz da instrução e julgamento, salvo as peças relativas às provas irrepetíveis, antecipadas e medidas de obtenção de provas.²¹

3.1. *Jurisprudência convencional*

No direito internacional dos direitos humanos, a imparcialidade judicial vem consignada expressamente no artigo 6.1 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos,²² no artigo 14.1 do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos²³ e no artigo 8.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos,²⁴ estes dois últimos integrados ao ordenamento brasileiro pelos Decretos 592/1992²⁵ e 678/1992.²⁶

Desde os idos de 1980, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos tem distinguindo duas espécies de imparcialidade: objetiva e subjetiva.²⁷

A imparcialidade subjetiva se relaciona com “o que pensa o juiz que intervém num tribunal, no seu foro interior nessa circunstância e se ele esconde qualquer razão para favorecer alguma das partes”.²⁸

Já na perspectiva da imparcialidade objetiva, independentemente do aspecto pessoal, busca-se assegurar que o juiz, em razão de aspectos funcionais ou orgânicos, não possua “qualquer prejuízo ou preconceito em relação à matéria a decidir, como também se não permite que aparente essa possibilidade.”²⁹

A vertente objetiva não questiona a atitude do juiz em concreto ou sua integridade, mas se há garantias suficientes para excluir suspeitas que projetem dúvidas objetivas sobre sua imparcialidade.

21. Registre-se que a separação dos autos prevista na Lei 13.964/2019 diverge do modelo de juiz das garantias estabelecido no Anteprojeto do NCPP, pois neste último houve previsão expressa de comunicabilidade do inquérito policial aos autos do processo (artigo 16, § 3º), estipulação essa mantida no Projeto de Lei 156/2009 do Senado Federal (artigo 15, § 3º).

22. CONSELHO DA EUROPA, 1950.

23. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1966.

24. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1969.

25. BRASIL, 1992a.

26. BRASIL, 1992b.

27. Aponta Bachmaier Winter que, ao adotar essa visão, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos assumiu “uma classificação existente na jurisprudência dos tribunais do Reino Unido (análoga à distinção entre *actual bias* e *apparent bias*)” (BACHMAIER WINTER, 2018, p. 511-512, tradução nossa).

28. LOPES, 2005, p. 86.

29. LOPES, 2005, p. 87.

Em outros termos, além do julgador ser efetivamente imparcial em seu íntimo e não atuar concretamente em desfavor de quaisquer das partes em virtude de questões pessoais ou alheias ao processo, deve também, a partir das funções que exerceu durante o processo, aparentar ser imparcial e não existir motivos razoáveis para se temer acerca da perda de sua imparcialidade.

Em *Piersack vs. Bélgica*,³⁰ primeiro caso de distinção expressa sobre a imparcialidade objetiva e subjetiva, o juiz que presidiu o julgamento havia trabalhado no departamento do Ministério Público responsável pelo caso do acusado, ainda que sem atuar diretamente. Entendeu-se que, ao participar do julgamento como juiz presidente da *Assize Court*, a imparcialidade da corte que presidiu ficou sujeita a dúvidas.³¹

No caso *De Cubber vs. Bélgica*,³² discutiu-se o exercício sucessivo das funções de juiz da instrução e juiz de julgamento no mesmo processo pela mesma pessoa. Na lei belga da época, juízes conduziam a investigação judicial preparatória, cujo objetivo é reunir provas contra e a favor do investigado. Em seguida, o caso era remetido ao Ministério Público para eventual ajuizamento da ação contra o investigado. No caso concreto, um dos juízes atuou na investigação e posteriormente funcionou no júízo oral. Entendeu-se que não havia prova da perda da imparcialidade subjetiva, mas no teste objetivo, pelo fato do juiz ter conhecimento detalhado e específico do caso, admitiu-se que, aos olhos do acusado, esse juiz podia aparentar ter um poder de influência maior perante os demais juízes, bem como ter uma convicção previamente formada do caso, o que afetaria a imparcialidade objetiva.

Já em *Hauschildt vs. Dinamarca*,³³ esse entendimento foi relativizado sob o argumento de que o mero fato do juiz do processo ter tomado decisões previamente ao julgamento, incluindo a detenção provisória, não implicaria necessariamente em imparcialidade. Contudo, circunstâncias específicas podem resultar numa conclusão distinta. Assim, se a decisão judicial demandou análise de elementos

30. CONSELHO DA EUROPA, 1982.

31. Apesar de ser o primeiro caso convencional em que se discutiu a imparcialidade objetiva, as premissas assentadas em *Piersack* não eram propriamente uma novidade no direito brasileiro, pois na hipótese de atuação da mesma pessoa em diferentes órgãos (promotor e juiz), já existia a regra do artigo 252, II, do CPP. Na verdade, conforme constou da decisão em *Piersack* (§ 22) a própria lei belga previa tal incompatibilidade no artigo 127 de seu Código Judicial, muito embora a Corte de Cassação belga tenha entendido que, no caso concreto, a atuação anterior do juiz como membro do Ministério Público teria sido mínima e, na prática, não equivalera efetivamente a ter atuado no caso como promotor público (§ 17).

32. CONSELHO DA EUROPA, 1984.

33. CONSELHO DA EUROPA, 1989, §§ 50 a 52.

relacionados com a culpa do acusado, exigindo “suspeita particularmente confirmada” (*particularly confirmed suspicion*), a aparência de imparcialidade do juiz ou do tribunal pode ser afetada, dando margem para dúvidas nesse sentido.

O entendimento fixado em Hauschildt ainda serve como referência principal na identificação da imparcialidade objetiva pela Corte de Estrasburgo³⁴ e implica em um exame essencialmente casuístico: i) da natureza da função atribuída ao juiz na fase de investigação (juiz instrutor-investigador com poderes para tanto); ii) dos atos praticados pelo juiz, notadamente o grau de aprofundamento cognitivo sobre questões relacionadas com o *fumus commissi delicti*.

Seguindo os passos do congênere europeu, a Corte Interamericana de Direitos Humanos também passou a admitir e diferenciar a imparcialidade subjetiva e objetiva.

Sobre a vertente subjetiva, em Amrhein e outros vs. Costa Rica,³⁵ asseverou-se que na análise da imparcialidade subjetiva avaliam-se “as convicções, os interesses ou motivações pessoais do juiz de um determinado caso”.

No que tange à imparcialidade objetiva, em V.R.P., V.P.C. e outros vs. Nicarágua³⁶ argumentou-se que nessa aferição não se questiona as convicções do julgador sobre o caso concreto ou suas possíveis relações com as partes, mas fatos que possam razoavelmente fazer com que um observador objetivo (neutro) desconfie da imparcialidade do juiz.

Em Rodríguez Revolorio e outros vs. Guatemala,³⁷ discutiu-se a atuação do juiz na etapa de investigação e também na fase processual, cuja cumulação foi tida como problemática ante a garantia de imparcialidade, pois demanda do juiz da investigação funções que implicam necessariamente na tomada de decisões sobre os fatos e a maneira de como eles se enquadram em determinado tipo penal. Contudo, como não foram especificadas as atividades praticadas pelo juiz durante a fase de investigação, a Corte IDH entendeu pela falta de provas de atos que indicassem a perda da imparcialidade, já que imperiosa a indicação pormenorizada de quais atuações

34. Sobre a cronologia dos casos no Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, vide MONTERO AROCA, 1999, p. 55-61; e MAYA, 2014, p. 126-139. Para Andrade, não houve oscilações jurisprudenciais relevantes naquele tribunal desde Hauschildt, cuja linha interpretativa se consolidou a partir de vários julgados como: Sainte-Marie vs. França (16.12.1992), Padovani vs. Itália (26.02.1993), Nortier vs. Países Baixos (24.08.1993), Jalinski vs. Polônia (20.12.2005) e Gulyayeva vs. Rússia (01.04.2010). (ANDRADE, 2020, p. 33-37).

35. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2018a, § 386, tradução nossa.

36. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2018b, § 241.

37. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2019, §§ 112-115.

ou diligências o julgador realizou na fase de investigação e que eventualmente vulnerou a sua imparcialidade. Portanto, ainda que sem aprofundamento na casuística das hipóteses geradoras de comprometimento judicial, sinalizou-se a tendência em considerar necessária a verificação dos atos e diligências concretamente realizados pelo juiz na fase de investigação para a identificação da imparcialidade objetiva.

Por outro lado, em diversos julgados envolvendo a atuação de tribunais militares foi debatida a imparcialidade e a independência do órgão julgador.

Em *Castillo Petruzzi vs. Peru*,³⁸ se entendeu que, entre outras violações, como a ausência de ciência aos acusados da identidade dos julgadores (“juízes sem rosto”), o acúmulo das funções de combate ao terrorismo e o desempenho da atividade jurisdicional pela mesma instituição (Forças Armadas) resultariam em dúvida sobre a imparcialidade do tribunal.

Já em *Palamara Iribarne vs. Chile*,³⁹ também no contexto da Justiça Militar, prevaleceu a compreensão de que a subtração da jurisdição ordinária e privação do juiz natural pode afetar as garantias de imparcialidade e independência do tribunal.

No caso *Valencia Hinojosa vs. Equador*,⁴⁰ o tribunal pertencia à “jurisdição penal policial” e não fazia parte do Poder Judiciário, além de ser dependente funcional e administrativamente do Poder Executivo, incidindo em violação da imparcialidade.

Em que pese a preocupação com a imparcialidade, os precedentes que envolveram tribunais militares não perquiriram o problema específico da ausência de divisão funcional entre as fases investigativa e o juízo oral. Ademais, ao contrário das Forças Armadas no exercício da jurisdição militar, na jurisdição civil o Poder Judiciário não exerce função repressiva direta, mas (eventualmente) investiga e (sempre) resolve os casos penais. Portanto, tais precedentes pouco auxiliam na descoberta do entendimento da Corte IDH sobre a necessidade ou não de órgãos judiciais distintos na etapa de investigação e de julgamento.⁴¹

38. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1999.

39. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2005, § 146.

40. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2016.

41. Conforme aponta Reis: “A pesquisa para este artigo não encontrou uma decisão da CtIDH em que a ausência do juiz de garantias foi considerada uma violação do direito a um juiz imparcial. Apenas casos de justiça militar, em que foi decidido que a concentração das atividades de investigação e julgamento nas forças armadas comprometeu a imparcialidade dos juízes militares” (REIS, 2020, p. 34, nota 13). No mesmo sentido, reconhecendo que no sistema interamericano há um “vácuo interpretativo” no âmbito da jurisdição civil ordinária (não militar): LORA, 2019, p. 179. Não obstante, como já mencionado anteriormente,

3.2. Divisão funcional de competências

A análise do panorama jurisprudencial convencional é essencial para a compreensão dos parâmetros adotados pelo direito brasileiro no estabelecimento do juiz das garantias.

O entendimento das vertentes da imparcialidade firmado pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos repercutiu em diversos ordenamentos jurídicos, assim como na doutrina e jurisprudência em geral. No Brasil, a ressonância foi sentida especialmente a partir das discussões sobre o juiz das garantias no Anteprojeto do NCPP e especialmente na hipótese em que o juiz é chamado a decidir questões jurisdicionais na fase de investigação envolvendo o *fumus comissi delicti*.

Para Schreiber,⁴² caso instado a decidir matéria afeta à investigação, ainda que superficialmente, o juiz fará necessariamente uma análise de seu objeto e, ao final da investigação, já estará familiarizado com os fatos e com um juízo formado sobre o que ocorreu e quem são os envolvidos, provocando defasagem em relação à defesa, que não teve igual oportunidade de participação.

Adverte Mouraz Lopes⁴³ que há potencial de comprometimento da imparcialidade – ou ao menos da sua aparência – a depender do “grau de imersão do juiz quando da tomada de decisão na fase processual anterior e no domínio do mesmo processo, valorando significativamente o conteúdo da hipótese acusatória”.

Por sua vez, Salamanca⁴⁴ recorda a inclinação natural e comum a todas as pessoas a não mudar as próprias ideias, o que refletiria na atividade jurisdicional fazendo com que o juiz tenda a manter a decisão anteriormente proferida em sede de cautelar quando do julgamento definitivo.

Silveira⁴⁵ sustenta que a tomada de decisões anteriores na investigação não conduz necessariamente à violação da imparcialidade, mas ressalva que a depender

no precedente Rodríguez Revolorio e outros vs. Guatemala é possível vislumbrar tendência da Corte IDH em analisar concretamente os atos e diligências praticados em concreto pelo juiz na fase de investigação para aferir a perda da imparcialidade objetiva.

42. SCHREIBER, 2010, p. 2.

43. LOPES, 2005, p. 186.

44. SALAMANCA, 2009, p. 279; 291. No mesmo sentido e igualmente partindo do direito chileno: “Nisto não há duas leituras possíveis: quem tomou conhecimento dos autos e dos registros na fase preliminar, decretando muitas vezes medidas restritivas de direitos fundamentais, não está em condições de atuar como juiz imparcial no julgamento” (FRÍAS, 2020, p. 9, tradução nossa).

45. SILVEIRA, 2011, p. 260.

da natureza da decisão, é “provável é que se forme ali, um tanto prematuramente, o convencimento sobre a causa, com chances muito remotas de modificação futura.”

Aponta Maya⁴⁶ que, a partir do exame dos elementos de informação para a emissão de decisões sobre medidas de restrição de direitos (cautelares), é razoável supor que o juiz forme antecipadamente a sua convicção sobre o caso penal, afetando a sua imparcialidade.

Na mesma toada, para Luz e Silveira,⁴⁷ na medida em que o envolvimento na investigação implica em atribuições de valores na tomada de decisão, o esforço consciente de neutralidade pode ser sobrepujado por conteúdos inconscientes que tornariam o juiz predisposto a continuar na linha do quanto decidido anteriormente, ainda que o tenha feito superficialmente. Ainda que existam mecanismos de controle dessa predisposição, estes demandam esforço do juiz, sendo que a divisão funcional de competências por fases reduziria tais riscos sem demandar esse empenho adicional. E mesmo que se admita influências inconscientes na fase processual, estas concorreriam em pé de igualdade entre a defesa e a acusação, sem prévia internalização da hipótese acusatória.⁴⁸

46. MAYA, 2014, p. 216.

47. LUZ; SILVEIRA, 2013, p. 16; 24; 31.

48. Sob o fundamento de preservação da imparcialidade, a doutrina tem se debruçado sobre teorias da psicologia cognitiva, notadamente as pesquisas de Daniel Kahneman e Amos Tversky sobre heurísticas e vieses cognitivos. Entre esses, relacionando-os com a função judicial decisória, tem sido invocado o viés da confirmação (*confirmation bias*), ou seja, a tendência em favorecer informações e argumentos que confirmem concepções, associado ou não ao viés do trancamento (*lock-in effect*), que constitui tendência em manter a decisão anterior pelo fato de ter investido tempo e pesquisa. Ambos os vieses favorecem a manutenção de uma posição (ou decisão) prévia, ainda que baseada em informações incompletas ou que tenham sido contraditadas por dados posteriores, o que consistiria em um relevante fundamento para a instituição do juiz das garantias. Sobre vieses cognitivos, vide: ANDRADE, 2019; NUNES; LUD; PEDRON, 2018; GLOECKNER, 2016 e ROSA; WOJCIECHOWSKI, 2020. Em sentido semelhante, mas argumentando a partir da teoria da dissonância cognitiva de Leon Festinger: SCHÜNEMANN, 2013; e RITTER, 2019. Criticando, por outro lado, a teoria da dissonância cognitiva e o experimento de Schünemann: ANDRADE, 2020, p. 135-138; e PEREIRA, 2020, p. 42-45. Focando na adoção de contramedidas que combatam o automatismo mental (*debiasing*) ou, em último caso, pugnano pelo afastamento do agente enviesado (*insulating*): COSTA, 2018, p. 116-130. Não há dúvida de que conhecer – e acima de tudo não subestimar – o automatismo de certos processos mentais geradores de desvios cognitivos que prejudiquem a atividade decisória é evidentemente importante. Entretanto, os vieses não se circunscrevem a problemas operacionais e de atuação prática, incidindo também no campo da hermenêutica e alcançando

Por outro lado, há posição contrária a esse entendimento, acoimando-o de radical e considerando plenamente possível que o juiz assuma e mantenha uma postura imparcial quando tenha que apreciar algum requerimento na fase pré-processual (em especial medidas cautelares) e depois decida o mérito da causa, pois terá necessariamente que considerar o resultado das provas judiciais, a serem produzidas no juízo oral.

Nessa linha, Gomes⁴⁹ argumenta que inexistente substrato científico de que exista propensão à contaminação ou eventual vinculação psicológica, assertiva essa que presume que o juiz sempre esteja inclinado a decidir contra o acusado. De todo modo, caso exista algum tipo de propensão, é de ser admitir, no mínimo, diversas espécies, incluindo para favorecer o réu.

Para Reale Júnior,⁵⁰ a análise de medidas cautelares na fase de investigação não cria qualquer predisposição ao juiz, seja para condenar, seja para absolver, notadamente porque os poderes do juiz no processo penal brasileiro, ao contrário do juiz que atua na investigação preliminar de outras legislações, é passivo e submetido à iniciativa das partes. E se por vezes existe certo ativismo judicial da parte de alguns juízes, cuja atuação lembra mais a de “justiceiros sociais do que juízes, nem por isso se deve concluir que todo juiz, por ter decretado a prisão preventiva, estará ‘suspeito’ de parcialidade”. Tratar-se-ia, assim, de uma “pressuposição exagerada em busca de um juiz imaculado”.

Não obstante as posições doutrinárias anteriormente referidas, entende-se que a divisão funcional de competências por fases somente pode ser adequadamente compreendida a partir de seu principal fundamento, qual seja, a incompatibilidade

o intérprete jurídico em geral (FREITAS, 2013). Logo, abrangem todas as categorias profissionais e não apenas os juízes. Por essa razão, apesar da indiscutível relevância, a análise racional dos vieses cognitivos e, em último caso, da própria imparcialidade judicial deve ser feita sem radicalismos e, por assim dizer, sem “enviesamentos” ideológicos. Nesse sentido, criticando a correlação feita entre imparcialidade e sistema inquisitório para considerar as virtudes do juiz das garantias: ANDRADE, 2020, p. 67-70. Aliás, a depender do grau de influência atribuído aos vieses cognitivos, pode-se chegar a um entendimento limite – e paradoxal – em que o próprio contato do juiz com as partes e as fontes de prova na audiência judicial já seria um gerador de vieses e, portanto, suficiente a acarretar o impedimento do juiz para sentenciar, mesmo não tendo atuado na investigação preliminar (cf. COSTA, 2018, p. 143-145 e 200). Discorda-se dessa posição por se entender que a oralidade e a imediação na fase processual são essenciais para a atividade jurisdicional, notadamente quando o juízo oral ocupar posição central no procedimento.

49. GOMES, 2010, p. 102-103. No mesmo sentido: MENDONÇA, 2011.

50. REALE JÚNIOR, 2011, p. 113-114.

de funções tendo como parâmetro a oralidade processual, e não propriamente o resguardo da imparcialidade.⁵¹

Em primeiro lugar, a regulamentação da imparcialidade em qualquer legislação não pode pretender descobrir o ânimo de cada julgador, pois seria manifestamente impossível revelar tal ocorrência. O que se faz é estabelecer situações concretas e constatáveis objetivamente em que se presume haver perigo para a imparcialidade e, caso o juiz esteja inserido em alguma delas, permitir seu afastamento ou a recusa pelas partes.⁵²

Logo, toda causa de abstenção ou recusa de um juiz revela um juízo apriorístico adotado pelo legislador que, independentemente da existência concreta de um ânimo específico ou de um pré-juízo, impede o juiz de funcionar no processo.

Por segundo, a imparcialidade diz respeito à necessária equidistância entre o juiz e as partes. Logo, a parcialidade equivale ao risco de o juiz ser influenciado por circunstâncias alheias à sua função jurisdicional de aplicar o direito, ou seja, colocar-se a serviço de uma das partes e decidir a partir de interesses particulares e estranhos aos fatos discutidos.⁵³

Ocorre que a mera atuação durante a investigação não influencia o ânimo do juiz pela relação que mantém com as partes ou por algum interesse pessoal que possua. Se houver alguma influência, esta será fruto do exercício regular de sua função jurisdicional e não de fatos ou situações alheias ao caso penal discutido no processo.

Em terceiro lugar, o sistema processual presume etapas procedimentais distintas, estabelecendo a investigação preliminar como preparatória do juízo oral. Este, por sua vez, deve se basear na prova produzida em contraditório judicial.

Assim, definir a imparcialidade como ausência de pré-juízos não é útil para compreendê-la. Como visto, a parcialidade implica na predisposição do juiz em decidir algo em prol de interesse próprio ou servindo a interesse particular de uma das partes. Por sua vez, pré-juízo significa julgar algo antes de conhecer todos os dados

51. Nesse ponto em específico, alteramos nosso entendimento quanto à idoneidade da imparcialidade funcionar como fundamento do juiz das garantias. Conforme sustentado em trabalho anterior (PENTEADO, 2020, p. 242-248), entendíamos que a imparcialidade era justificativa adequada para a divisão funcional de competências pressuposta no juiz das garantias. Entretanto, reanalisada tal questão, sustentamos agora que a oralidade e a imediação são justificativas mais plausíveis do que o resguardo da imparcialidade do julgador.

52. MONTERO AROCA, 1999, p. 188-189; 217.

53. MONTERO AROCA, 1999, p. 215.

necessários. Contudo, a formação de uma convicção prévia não equivale à parcialidade, pois o ânimo do juiz não é afetado por fato alheio ao processo, ao contrário, são justamente os fatos do processo que influenciam sua decisão. Não obstante, a função do juiz no juízo oral poderá ser afetada pelo fato de a convicção não ter se formado do modo previsto em lei, ou seja, com base na prova produzida em contraditório judicial.⁵⁴

Nesse sentido:

“Por isso, não pode afetar a imparcialidade o ‘pré-juízo’, isto é, o decidir a partir de uma convicção prévia, não a favor ou contra uma das partes, mas sobre o conteúdo da decisão a ser proferida. Ter um juízo prévio sobre como deve se decidir um processo não é algo que determine a parcialidade, é dizer, não implica predisposição para decidir servindo aos interesses particulares de uma parte em um determinado processo, mas que afetará, de qualquer modo, ao cumprimento da função pela convicção não ser formada do modo previsto na lei. Esta, ao regular o processo de uma maneira específica, pretende, por exemplo, que a convicção sobre os fatos se forme atendendo a prova validamente produzida, e não de qualquer outra maneira, pelo que o pré-juízo é um modo de descumprir a função jurisdicional que atende ao processo, sem que isso se vincule a relação do juiz com as partes ou a ter interesse no processo.”⁵⁵

Portanto, a divisão funcional de competências por fases não encontra fundamento na imparcialidade do juiz, mas “no princípio e no direito a uma tutela judicial efetiva, relacionada ao direito a um processo oral, concentrado, com imediação e público”.⁵⁶

Nessa linha, frise-se que a importância na adequada formação do convencimento do juiz tem conexão direta com a presunção de inocência, pois em regra apenas os

54. MONTERO AROCA, 2008, p. 787. O autor critica ainda a expressão “contaminação”, termo esse que somente poderia ser aceito a partir de uma compreensão indevida e distorcida do sentido de imparcialidade (MONTERO AROCA, 1999, p. 259).

55. MONTERO AROCA, 1999, p. 215-216, tradução nossa. Em sentido contrário, entendendo que a incompatibilidade de funções entre a instrução e o julgamento se relaciona com a imparcialidade objetiva: KOERING-JOULIN, 2004, p. 23. Semelhantemente, admitindo que a atuação na fase de instrução gera a formação de pré-juízos que afetam a imparcialidade: BACHMAIER WINTER, 2008, p. 21-22. Por sua vez, admitindo as duas noções (objetiva e subjetiva), mas entendendo que a imparcialidade é única, podendo ser questionada tanto pela função processual desempenhada pelo juiz como por suas relações ou atuações pessoais: VIVES ANTÓN, 2011, p. 981-982.

56. MONTERO AROCA, 1999, p. 17, tradução nossa.

elementos produzidos sob o crivo da oralidade e do contraditório judicial são aptos a superar o estado de não culpabilidade.⁵⁷

Em outras palavras, o adequado exercício das funções do juiz e a correta formação de seu convencimento a cada etapa procedimental é justificativa mais plausível para a divisão funcional de competências por fases do que o resguardo da imparcialidade – mesmo sob a rubrica de uma imparcialidade dita “objetiva” –, pois não há como equiparar o regular exercício da atividade judicante durante a investigação preliminar com a perda da imparcialidade, que pressupõe influência por fatos alheios e escusos ao processo.

Transpondo esse entendimento para o direito brasileiro, o fato de o juiz ter emitido anteriormente alguma decisão na investigação preliminar sobre fatos relacionados ao caso penal (*fumus commissi delicti*) não o torna parcial – pois tudo o que fez foi atuar conforme impõe a lei –, muito embora possa resultar na sua incompatibilidade na medida em que há a possibilidade de influenciar a formação de seu convencimento no futuro juízo oral.⁵⁸

57. VEGASTORRES, 2006, p. 743. Segundo o autor, na sentença 31/1981 o Tribunal Constitucional da Espanha reconheceu que, em razão da presunção de inocência, qualquer condenação deve se basear em *una mínima actividad probatoria*, produzida a partir das garantias processuais, com as seguintes implicações: a) somente pode ser objeto de consideração na sentença a prova produzida no juízo oral e com observância da oralidade, imediação, publicidade e contraditório; b) as diligências praticadas na investigação preliminar não constituem prova, já que a finalidade desta não é a fixação definitiva dos fatos, mas sim de preparação para o juízo oral, proporcionando elementos para a acusação e defesa; c) os elementos da investigação preliminar somente podem ser utilizados se a reprodução em juízo for impossível ou muito difícil e, de todo modo, devem passar pelo crivo do contraditório (ob. cit., p. 754-755). Sobre a STC 31/1981, vide: REINO DA ESPANHA, 1981. No mesmo sentido, entendendo que a presunção de inocência somente pode ser superada quando a prova é praticada no juízo oral observando o contraditório, igualdade, publicidade, oralidade e imediação: PICÓ I JUNOY, 2012, p. 192.

58. Ressalte-se que para Montero Aroca o que torna o juiz incompatível para o juízo oral é a atividade instrutória (investigação). Assim, se o juiz não foi o instrutor não haverá incompatibilidade, ainda que tenha decretado alguma medida cautelar prévia (MONTERO AROCA, 1999, p. 318). Essa posição, contudo, não está plenamente de acordo com o entendimento exarado em Hauschildt e comporta ressalva por essa razão. Por outro lado, Bachmaier Winter levanta a indagação sobre qual seria o melhor sistema para se decidir sobre medidas restritivas a direitos fundamentais na fase de investigação: o juiz da instrução (responsável pela investigação) ou o juiz das garantias (alheio à investigação)? (BACHMAIER WINTER, 2008, p. 35). Também discutindo essa questão: VIVES ANTÓN, 2011, p. 991-994.

Não se ignora que a necessidade da divisão funcional de competências por fases é mais intuitiva em se tratando de sistemas que adotem o juizado de instrução. Por esse motivo, parte da doutrina tem alertado para o fato de que o juiz das garantias seria a evolução de um sistema onde a investigação é conduzida e presidida pela autoridade judicante (juizado de instrução), figura essa que nunca existiu no direito brasileiro, o que resultaria no aparente despropósito do instituto em nosso ordenamento.⁵⁹

No entanto, ainda que realmente inexista a figura do juizado de instrução no Brasil, o entendimento deduzido em Hauschildt ainda é pertinente por identificar que a emissão de decisões que demandem juízos de probabilidade na fase de investigação pode afetar a formação do convencimento no juízo oral, lembrando que a legislação dinamarquesa era semelhante à brasileira por também não adotar o juizado de instrução.⁶⁰

Assim, apesar de não se equiparar propriamente à perda da imparcialidade, a depender da atuação do juiz na fase de investigação, notadamente a emissão de decisões relacionadas ao *fumus commissi delicti*, pode haver interferência na ulterior atividade jurisdicional a ser realizada no juízo oral diante do potencial risco de formação de pré-juízos.

Por outro lado, tomando o precedente de Hauschildt como paradigma, observa-se que o legislador brasileiro criou regra mais rigorosa do que o próprio entendimento que originou a divisão funcional de competências por fases do processo, pois no elenco de atos geradores de impedimento exige-se menos cognitivamente do que a emissão de juízos positivos de “suspeita particularmente confirmada”.

59. SUXBERGER, 2020, p. 103. Oportuno notar que na exposição de motivos do atual CPP, muito embora as supostas vantagens do juizado de instrução tenham sido reconhecidas, houve rejeição expressa da figura do juiz de instrução por entender inviável sua implantação num país com a extensão e o tamanho do Brasil. Não se ignora que o CPP de 1941 tenha sido editado com traços autoritários e, mesmo depois da promulgação da Constituição de 1988, foi alterado de modo a permitir poderes indevidos ao juiz na fase de inquérito policial, como a modificação do artigo 156, I, trazida pela Lei 11.690/08, que autorizou a produção de prova antecipada de ofício. Não obstante, ainda que equivocada, a possibilidade de determinar prova *ex officio* na fase de investigação não teve o condão de transformar o juiz brasileiro em um juiz instrutor, que nunca existiu no direito brasileiro. Nesse sentido: ANDRADE, 2020, p. 38-39; 87.

60. O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos consignou expressamente em Hauschildt que a função do juiz dinamarquês durante a investigação preliminar era substancialmente distinta do juiz belga que ensejou o caso De Cubber (§ 50). Logo, segundo a compreensão da Corte, o perfil do juiz belga era o de um juiz instrutor ou, no mínimo, claramente mais próximo dessa figura do que o juiz dinamarquês.

Com efeito, além do rol do artigo 3º-B do CPP não ser exaustivo, a lei sequer exige a emissão de decisão nessa fase envolvendo o *fumus comissi delicti*, bastando a mera comunicação ao juiz sobre a instauração de investigação criminal para gerar o impedimento.⁶¹

De todo modo, mesmo admitindo que a comunicação sobre a instauração de investigação criminal implique em algum grau de atividade cognitiva na medida em que o juiz das garantias atua, por assim dizer, como garante de direitos fundamentais,⁶² o juízo sobre o *fumus comissi delicti* realizado para fins de trancamento da ação penal é mínimo e não enseja a realização de pré-juízos caso resulte negativo.

Veja-se, comparativamente, que nos sistemas que adotam o juizado de instrução há grande esforço jurisprudencial para diferenciar atos considerados propriamente de instrução,⁶³ pois é justamente a natureza e a forma desses atos (contato direto do juiz com o investigado e/ou com o material fático preparatório do futuro juízo oral) que balizará o emprego da regra *el que instruye no debe juzgar*.⁶⁴

No caso brasileiro, ainda que possam variar os standards probatórios a depender da decisão a ser proferida, é certo que a realização de juízos de probabilidade sobre o *fumus comissi delicti* na fase de investigação preliminar, notadamente quando há o exame de medidas cautelares, tem o condão de justificar a divisão funcional de competências por fases a partir do exposto em Hauschildt.⁶⁵

61. Criticando essa escolha do legislador, a qual entende exagerada: ANDRADE, 2020, p. 95-96.

62. AMARAL, 2020, p. 221.

63. Nesse sentido, vide a Sentença 145/1988 do Tribunal Constitucional da Espanha, que repercutiu o entendimento do caso De Cubber no ordenamento espanhol (REINO DA ESPANHA, 1988).

64. PICÓ I JUNOY, 2012, p. 165-166. Para Montero Aroca, o que incompatibiliza um juiz da instrução é a prática de atos de investigação propriamente ditos, ou seja, que implicam na busca dos fatos e sua autoria, como a tomada de declarações do investigado e de testemunhas, reconhecimento judicial, acareação, determinação de perícia, entre outros (MONTERO AROCA, 1999, p. 306-307).

65. Discorda-se do entendimento de Andrade, no sentido de que o grau de cognição exigido do juiz brasileiro para deferir medidas cautelares seria “claramente superficial”, contrapondo-se com o decidido em Hauschildt, a demandar “suspeita particularmente confirmada”, que indicaria um elevado grau de certeza da culpa do investigado (ANDRADE, 2020, p. 36). Apesar da posição externada em Hauschildt ser passível de crítica pela dificuldade em se precisar, dentro de juízos de probabilidade envolvendo o *fumus comissi delicti*, o grau de cognição apto a gerar a formação de pré-juízos, a análise de medidas cautelares no direito brasileiro envolve invariavelmente a materialidade do fato e indícios de autoria em grau de cognição não desprezível, pontos esses que serão ao final da causa novamente apreciados para determinar a culpabilidade do agente.

Isso é válido também para o recebimento da denúncia. Além de não haver contradição sistêmica em se atribuir a análise da admissibilidade da acusação ao próprio juiz das garantias,⁶⁶ pois o exame abrangerá o *fumus comissi delicti* a partir de elementos de informação, ou seja, dados que o juiz das garantias necessariamente terá contato durante sua atuação,⁶⁷ os custos inerentes à inclusão de um terceiro juiz no procedimento criminal indicam excessiva onerosidade.⁶⁸

Assim, coerentemente, reserva-se ao juiz das garantias a atividade decisória baseada em elementos de informação produzidos na investigação e ao juiz do processo a atividade decisória fundada em elementos de prova produzidos em contraditório, ressalvadas as exceções legais.

Em suma, ainda que a norma criada pela Lei 13.964/2019 seja mais rigorosa que o próprio precedente que direta ou indiretamente a inspirou, trata-se de opção

66. No precedente Saraiva de Carvalho vs. Portugal, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos entendeu que, não tendo atuado como juiz instrutor durante a investigação preliminar, o juiz que se limitar a admitir a acusação (despacho de pronúncia ou de não pronúncia) não está impedido de participar do posterior julgamento de mérito (CONSELHO DA EUROPA, 1994). Importante destacar dois pontos: a) a preocupação da Corte foi vedar o juiz instrutor de julgar o mérito e não afastar o juiz instrutor de realizar o exame de admissibilidade da acusação. Logo, não se abordou a questão da imparcialidade a partir do fato de o juiz atuante na investigação preliminar ter deliberado sobre a admissibilidade da acusação; b) na época em que decidido o caso perante a Justiça de Portugal vigia o Código de Processo Penal de 1929 que, por sua vez, foi revogado pelo Código de Processo Penal de 1987 (Decreto-Lei 78/1987), sendo que o atual diploma dispõe em seu artigo 17 que a decisão de pronúncia deve ser proferida pelo juiz da instrução. Frise-se que atualmente a persecução penal no direito português é dividida três etapas: i) inquérito (investigação preliminar); ii) instrução (fase facultativa destinada a comprovar a correção da decisão de deduzir acusação ou de arquivar o inquérito); iii) julgamento (juízo oral). (REPÚBLICA PORTUGUESA, 1987, artigo 17).

67. Contrariamente, Suxberger entende que “a Lei 13.964/2019 foi contraditória ao atribuir a competência para decidir sobre o recebimento da denúncia ao juiz da investigação na medida em que a decisão será proferida a partir da suficiência dos elementos informativos colhidos sob sua supervisão (SUXBERGER, 2020, p. 110). Igualmente, Garcete ressalta que não há pertinência temática entre a atuação do juiz das garantias e o exame da denúncia (GARCETE, 2020, p. 180-181).

68. Argumentando a partir do direito mexicano, Brand defende que, caso se pretenda evitar a formação de pré-juízos, todos os órgãos judiciais que intervêm em cada uma das etapas do procedimento penal (investigação, preparação, julgamento e execução) devem estar inseridos na função de “controle” e ser distintos entre si. Inclusive, acrescenta também a necessidade de um juiz específico para o controle da legalidade da prisão (BRAND, 2021, p. 75-77). Nessa linha de exigência, num único processo seriam necessários quatro juízes necessariamente diversos (fisicamente) entre si (ou até cinco em caso de prisão).

política legítima e compatível com o sistema processual pátrio, limitando-se a discussão, no máximo, ao âmbito da conveniência e eventual custo-benefício do instituto no direito brasileiro.⁶⁹

3.3. *Separação do expediente*

Além da divisão funcional de competências por fases do processo, a Lei 13.964/2019 determinou a separação (exclusão) física⁷⁰ do expediente onde transcorreu a investigação em relação ao juiz do processo, ressalvadas as provas irrepetíveis, antecipadas e medidas de obtenção de provas. Ou seja, o juiz incumbido exclusivamente de atuar no juízo oral terá acesso parcial aos autos contendo a investigação preliminar.

Inicialmente, importa destacar que não se vislumbra dúvida acerca do sentido do artigo 3º-C, § 3º, do CPP, pois a previsão de separação do expediente em que transcorreram as investigações é clara e expressa. Inevitável, assim, que ao adquirir eficácia, o novo dispositivo ab-roge o artigo 12 do CPP e derogue o artigo 155 do CPP, eliminando o advérbio “exclusivamente”.

Por outro lado, apesar de o referido dispositivo mencionar “autos que compõem as matérias de competência do juiz das garantias” e não propriamente o inquérito policial, considerando que a atividade decisória do juiz das garantias é baseada nos atos produzidos na investigação que, por sua vez, são necessariamente documentados no inquérito policial (ou nos autos em que transcorreram as investigações, independentemente da espécie), a única interpretação viável é a separação dos autos principais da investigação, sob pena de inutilidade do dispositivo.

Ainda que as matérias de competência do juiz das garantias possam ser examinadas em autos apartados, estes em regra ficam apensados aos autos da investigação principal, não havendo razão em se proibir o acesso aos autos dependentes e permitir o conhecimento integral dos autos principais, já que este último deverá conter todos os elementos informativos produzidos na investigação.⁷¹

69. Em sentido contrário, sob o argumento de que houve (grave) erro legístico, Suxberger sustenta a necessidade de se discutir, sob o prisma da conveniência normativa, a possível (in)validade constitucional do juiz das garantias na medida em que a alteração legislativa desconsiderou por completo “a necessária reflexão político-criminal de seu impacto nos arranjos institucionais” (SUXBERGER, 2020, p. 108-109).

70. Em se tratando de processo digital, a consequência será a mesma, mas agora a separação ocorrerá no plano virtual, razão pela qual pode-se falar em separação físico-digital do expediente.

71. Em sentido contrário, vide Suxberger: “Isso, porque, como foi demonstrado, o inquérito policial não é matéria de competência do juiz das garantias. Quando chamado a dizer no

Em relação à finalidade, a separação do expediente igualmente buscaria assegurar a imparcialidade judicial. No entanto, ao contrário da divisão funcional de competências por fases, a exclusão dos autos não foi enfrentada nas decisões do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos sobre a imparcialidade objetiva, ao menos não expressamente.⁷²

Nessa hipótese, não obstante inexistir atividade decisória prévia do juiz, por vezes, tem-se entendido que o mero acesso aos autos pelo juiz já seria suficiente para a formação de eventual pré-juízo e, assim, afetar negativamente a imparcialidade.

Nesse sentido, para Bachmaier Winter, “Dito de outro modo, qualquer pessoa que leia os autos da investigação inevitavelmente tenderá a formar um pré-juízo sobre os fatos que serão discutidos no processo”.⁷³

Bovino também entende que o acesso ao expediente que contém a atividade investigatória conspurca a imparcialidade judicial.⁷⁴

Na mesma toada, Lopes Jr. assevera que o contato do juiz com os fatos e dados obtidos durante a investigação preliminar tem o condão de gerar pré-juízos tanto a favor ou contra o investigado e, assim, influenciar o momento de sentenciar.⁷⁵

Por sua vez, recorda Damaška que no âmbito da *common law* também há críticas ao acesso dos autos pelo julgador:

curso da investigação preliminar, o juiz das garantias o fará em procedimentos apartados ou se valerá de atos decisórios que podem, por óbvio, ter base no inquérito, mas não se confundem com a direção ou a condução da investigação” (SUXBERGER, 2019, p. 23).

72. Nos países europeus continentais não é incomum o acesso aos autos da investigação pelo juiz ou tribunal que atuará no juízo oral, a exemplo do artigo 275.3 do Código de Processo Penal português (REPÚBLICA PORTUGUESA, 1987, artigo 275.3). Por outro lado, em sentido contrário, a legislação italiana prevê a separação dos autos, pois as peças que constam do *fascicolo per il dibattimento* (artigo 431 do Código de Processo Penal italiano) não incluem a integralidade do expediente da investigação (REPÚBLICA ITALIANA, 1988). Na América Latina, a legislação chilena também prevê a separação no artigo 334 do Código de Processo Penal (REPÚBLICA DO CHILE, 2000).

73. BACHMAIER WINTER, 2008, p. 40, tradução nossa. Não obstante, a autora lembra que impedir o acesso aos autos e reforçar eventuais características adversariais pode implicar, ao mesmo tempo, numa maior margem de erro no julgamento, pois a visão que o juiz terá dos fatos dependerá diretamente da habilidade das partes em expor e sustentar suas posições em juízo (ob. cit., p. 41).

74. BOVINO, 1998, p. 52, nota 7.

75. LOPES JR., 2011, p. 133. No mesmo sentido, sustentando que o acesso aos autos pode afetar a imparcialidade: LORA, 2019, p. 261; MELO, 2020, p. 102; 172.

“No sistema anglo-americano, o conhecimento prévio do caso por parte do juiz é mais prontamente associado ao pré-juízo [*bias*]. As razões para isso são bem diretas. Se o juiz obtiver conhecimento sobre a causa independentemente do processo dialético que ocorre durante a inquirição judicial no tribunal, ele dificilmente poderá decidir qual lado saiu vitorioso da disputa sobre a verdade; ele estará o tempo todo ao lado da parte cuja versão dos fatos está de acordo com seu conhecimento independente.”⁷⁶

Há, contudo, posição contrária, pautada pelo fato de que o acesso aos autos da investigação preliminar não significa a valoração desses elementos como se fossem provas.

Segundo Mouraz Lopes, inexistindo atos de efetiva valoração do conteúdo da consistência da hipótese acusatória na fase de investigação, não se pode falar em pré-juízos. Isso porque “o mero conhecimento dos actos processuais já levados a cabo revela-se, só por si, insuficiente para radicar o *prejudicium*, porque ausente em tal conhecimento dos factos uma operação mental sustentada num juízo sobre o mérito do inquerito.”⁷⁷

Semelhantemente, adverte Suxberger que

“pretender que a construção da imparcialidade do juiz se dê à custa da alienação deste a respeito do que se produziu na investigação preliminar é confundir o processo racional de fundamentação da decisão com o processo íntimo de convicção do julgador.”⁷⁸

Em outros termos, o que baliza a decisão judicial e permite o respectivo controle intersubjetivo pelas partes é a fundamentação externada e não o intimamente considerado pelo julgador.

Analizadas ambas as vertentes, entende-se que o conhecimento prévio do expediente que contém as investigações não implica na formação de pré-juízo pelo juiz do processo. De fato, em não havendo tomada de decisões prévias sobre o *fumus*

76. DAMAŠKA, 1975, p. 1105, tradução nossa. No mesmo sentido, entendendo que há ganhos para a imparcialidade com o menor contato do juiz com o expediente contendo as investigações: “Quanto mais curta e simplificada seja a investigação preliminar, mais se contribui para a oralidade, contraditório e imediação do julgamento. Por outro lado, em razão de uma menor repetição das provas, evita-se que o juiz tenha acesso e analise as opiniões e provas anteriores ao julgamento, o que torna a imparcialidade do julgador cada vez menos afetada” (THAMAN, 2008, p. 75, tradução nossa).

77. LOPES, 2005, p. 173.

78. SUXBERGER, 2019, p. 23-24.

comissi delicti e nem sobre a consistência da hipótese acusatória, não se pode falar consequentemente em pré-juízos.

Por si só, o fato isolado de conhecer o teor do expediente que contém a investigação não significa que o juiz necessariamente privilegiará a hipótese acusatória.

A atividade realizada na investigação preliminar por órgãos estatais constitui, em tese, uma atuação imparcial e neutra de forma a conferir justa causa à futura ação penal e evitar juízos apressados e errôneos, não necessariamente vinculada ao órgão da acusação.

A etapa investigatória serve de base não apenas para a formalização da acusação, mas também para o arquivamento, pois podem e devem ser produzidos elementos tanto contra como a favor do investigado.⁷⁹

Jackson sustenta que a construção de um julgamento justo impõe às autoridades estatais uma postura de proteção ao acusado também na fase de investigação. Assim, a polícia e o Ministério Público, ao buscar elementos informativos, devem fazê-lo *à charge et à discharge* e então apresentá-los integralmente no curso da investigação.⁸⁰

No entanto, não se pode subestimar possível desvirtuamento dessa *ratio* teórica decorrente seja da *praxis*, seja por razões ideológicas, cuja consequência resulta na instrumentalização da investigação em prol exclusivamente da atividade acusatória.⁸¹

De todo modo, ainda que com potenciais distorções e enviesamentos da atividade investigatória, é certo que o juiz pode ainda assim discordar das conclusões extraídas dos elementos informativos pelos órgãos policiais e Ministério Público, o que afasta a existência de eventual pré-juízo apenas pelo conhecimento do expediente e independentemente de qualquer atividade decisória prévia.

Não obstante, a permanência do expediente contendo as investigações pode ter consequências negativas em relação à almejada centralidade do juízo oral.

Segundo Ortells Ramos, a incorporação de peças escritas na fase judicial oriundas de atos praticados na investigação preliminar cria um referencial externo

79. SAAD, 2020, p. 32.

80. JACKSON, 2005, p. 759-760.

81. AMORIM, 2020, p. 916; 923-924. Por sua vez, Sanz entende que mesmo no plano teórico não se pode exigir imparcialidade da atividade de investigação, pois a Polícia não atua como terceiro, mas como um instrumento para colher, dentro da lei, elementos necessários para o início da instrução judicial, iniciando a investigação com base em indícios mais ou menos fundamentados de autoria, assemelhando-se a uma “presunção de culpabilidade” que, por sua vez, será ou não descartada ao longo da investigação: SANZ, 2019, p. 57.

para o juízo oral, que perde a capacidade de se autorreferenciar e passa a funcionar apenas para corroborar ou corrigir o conteúdo da investigação preliminar.⁸²

Afasta-se, ou ao menos distancia-se, o juízo oral de sua posição de centralidade, com o potencial risco de sujeitá-lo a uma função acessória em relação à investigação, prestando-se apenas a uma atividade de depuração/correção da investigação preliminar, complementar a esta e sem autonomia própria.

Ao funcionar mais como etapa de convalidação/encampação do que efetivamente etapa de produção de informações,⁸³ o resultado é um déficit cognitivo pela ausência de contraditório.

Como recorda Ferrua, o contraditório para a prova não é um obstáculo para a obtenção da verdade processual. Na verdade, é justamente com o contraditório que a verdade pode ser melhor construída, ou seja, a partir do esforço dialético das partes emerge o caráter heurístico do contraditório como ferramenta cognitiva, fator esse ausente nos elementos formados unilateralmente.⁸⁴

Assim, a providência do artigo 3º-C, § 3º, do CPP pretende evitar que o juiz do processo tenha como balizamento, ainda que implicitamente, o que foi produzido no inquérito policial, tornando em principal o que é acessório (investigação preliminar) e em complementar o que é central (juízo oral).

Mesmo pressupondo que a decisão judicial seja baseada exclusivamente em elementos de prova para a resolução da causa, o risco de balizamento da atividade judicial pelo que foi produzido anteriormente permanece presente. Só poderá ser valorado o que foi produzido em juízo, mas continuará a tendência de se depurar a partir de paradigmas já estabelecidos, ou seja, de depoimentos pretéritos.

O foco, pois, da separação do expediente não é o resguardo da imparcialidade, mas a tutela de um conhecimento original sobre os fatos relevantes da causa de modo a concretizar a centralidade do juízo oral, relacionando-se com o adequado exercício das funções do juiz a cada etapa procedimental, tal como ocorre com a divisão funcional de competências por fases do processo.

Como visto, a separação do expediente busca evitar o potencial risco de balizamento do juízo oral a partir do material produzido unilateralmente. Assim, ao mesmo tempo em que reforça a oralidade, complementa a divisão funcional de competências.

82. ORTELLS RAMOS, 2013, p. 288-292.

83. SAMPAIO; SILVA, 2018, p. 13.

84. FERRUA, 2017, p. 668.

Contudo, a sua adoção ou não se restringe ao âmbito da conveniência do legislador. Há que se lembrar, de todo modo, que mesmo tendo acesso ao expediente contendo as investigações, o juiz do processo somente poderá basear sua decisão nos elementos de prova, sendo a motivação uma garantia para alcançar esse fim.

Por fim, compreendida a finalidade da providência do artigo 3º-C, § 3º, do CPP, em que pesem os ganhos cognitivos, o dispositivo não está imune a problemas, identificando-se, *a priori*, quatro questões relevantes.

Em primeiro lugar, não é incomum que os elementos colhidos na investigação policial sejam favoráveis ao acusado. Nesse sentido, segundo Giacomolli, “para condenar o réu, considera-se como prova o que foi produzido pelo contraditório do pólo defensivo, admitindo-se, para absolver, os elementos colhidos sem o contraditório defensivo”.⁸⁵

No entanto, a regra do artigo 3º-C, § 3º, do CPP não faz distinção entre os elementos produzidos na investigação, àqueles “favoráveis” ou “desfavoráveis” a quem quer que seja. Por essa razão, Reale Júnior entende que é melhor permitir o acesso ao inquérito policial na forma do artigo 155 do CPP.⁸⁶

Por segundo, remanesce a questão de como ocorrerá o exame de medidas cautelares na fase processual, seja para reavaliar as já decretadas durante a investigação, seja para apreciar novos pedidos formulados, isso porque o juiz do processo não contará com os elementos informativos para tanto, ou, no mínimo, não terá acesso à integralidade dos autos da investigação preliminar.

Por terceiro, é imprescindível definir de forma clara e objetiva o que são provas irrepetíveis, antecipadas e medidas de obtenção de provas, pois tais elementos são exceções à regra geral e podem ser apreciados no juízo oral, ainda que produzidos na fase investigatória.

Em quarto, a separação do expediente dificultará em grande medida a chamada leitura de confronto, isto é, a leitura de trechos pontuais de depoimento anterior perante a mesma testemunha que o prestou para resolver eventuais contradições ou desconformidades entre o que foi dito na fase de investigação preliminar e o que é declarado em juízo.⁸⁷

85. GIACOMOLLI, 2008, p. 22.

86. REALE JÚNIOR, 2011, p. 112-113.

87. Vale lembrar que a leitura de confronto não se confunde com a indevida leitura de depoimentos visando a mera “ratificação” em juízo do teor das declarações prestadas durante a investigação, prática essa contrária à oralidade. Nesse sentido: “Não são válidos os depoimentos em que a testemunha simplesmente ratifica as declarações anteriores do inquérito

Ainda que a testemunha seja questionada em juízo sobre suposta contradição, o juiz ficará alijado de verificar se houve a alegada desconformidade, pois não terá acesso ao depoimento paradigma, que permanecerá isolado no expediente da investigação.⁸⁸

De todo modo, o presente artigo não pretende discutir todas as possíveis consequências que possam surgir, mostrando-se oportuno, por ora, além de aferir a sua real finalidade, constatar a conveniência de aprofundamento sobre os desdobramentos da separação do expediente.

4. JUÍZO DA ACUSAÇÃO E JUIZ DAS GARANTIAS

Identificadas as finalidades dos mecanismos processuais criados pelo legislador para a configuração do juiz das garantias, passa-se ao exame da compatibilidade deste instituto com o rito do júri, especificamente a primeira fase de seu procedimento.

A legislação processual prevê um procedimento bifásico ou escalonado para a apuração dos crimes de competência do Tribunal do Júri, estabelecendo duas etapas judiciais.

A primeira, chamada de sumário da culpa ou juízo da acusação, destina-se ao exame de admissibilidade da acusação. A segunda, denominada de juízo da causa, consiste no julgamento propriamente dito, agora em plenário e perante os jurados, sob a presidência de um juiz togado.

Retomando a análise da decisão do Ministro Dias Toffoli,⁸⁹ observa-se que o fundamento utilizado foi o fato de, nos processos de competência do júri, a decisão

ou prestadas em processo anulado, deixando o juiz, assim, de inquiri-la diretamente sobre os fatos, pois o contato do juiz com a testemunha é fundamental para a aferição da força probante de suas palavras, sentindo suas dúvidas e incertezas, esclarecendo suas contradições, constatando suas omissões: colhendo, enfim, sua impressão pessoal a respeito da pessoa que depõe e sobre o que diz (princípio da imediação)” (GRINOVER; SCARANCE FERNANDES; GOMES FILHO, 2009, p. 153). Semelhantemente: FULLER, 2020, p. 125-126.

88. Sobre a insuficiência da Lei 13.964/2019 nesse ponto, Pereira assevera que no ordenamento italiano, onde há previsão de separação do expediente, a lei processual regulamenta de forma extensa as “leituras consentidas e não consentidas, em juízo, dos depoimentos prestados na fase de investigação. Essa disciplina é essencial para permitir, regular e limitar o cotejo entre as informações prestadas na fase preliminar de apuração e as informações feitas em juízo. E ainda assim as controvérsias na jurisprudência e doutrina italianas são amplas e intrincadas” (PEREIRA, 2020, p. 50-51, nota 93).

89. Sobre o teor da decisão (trecho) em que há menção ao tribunal do júri, vide nota 4, *retro*.

ser proferida por um órgão coletivo, no caso, o Conselho de Sentença, operando-se uma lógica semelhante ao que acontece nos julgamentos colegiados perante os tribunais, o que por si só implicaria em reforço da imparcialidade e, consequentemente, dispensaria a adoção do juiz das garantias no rito do júri.

Decompondo o fundamento da citada decisão, o juiz das garantias seria desnecessário, pois: i) ao juiz presidente incumbe o juízo da acusação e não o julgamento de mérito, logo, caso intervenha na etapa de investigação ou tenha acesso ao expediente, não geraria influência no juízo da causa;⁹⁰ ii) paralelamente, o Conselho de Sentença, responsável pelo julgamento do mérito, não profere decisões sobre o *fumus commissi delicti* e nem atua na fase investigativa⁹¹ e, assim, o veredicto proferido não seria influenciado por elementos de informação colhidos naquela etapa;⁹² iii) a coletividade do órgão julgador funciona como salvaguarda contra influências indesejadas.

Ao afastar o juiz das garantias do procedimento dos crimes dolosos contra a vida, a decisão se limitou a considerar as peculiaridades do juízo da causa, onde há o julgamento colegiado pelos jurados. Na fase de plenário, o risco advindo da ausência de divisão funcional de competências e da não separação do expediente é diluído até porque, como preparador do julgamento e presidente da sessão, o próprio juiz togado atua de certa forma, ao menos implicitamente, como uma espécie de juiz das garantias da fase de plenário. Apesar disso, vislumbram-se situações em que ainda assim o juiz das garantias seria relevante no juízo da causa.

Havendo desclassificação em plenário para imputação diversa de um crime doloso contra a vida, o julgamento do mérito será transferido ao juiz presidente que, se tiver sido o mesmo da primeira fase do procedimento, terá tido acesso ao inquérito policial e eventualmente proferido decisões sobre o *fumus commissi delicti* na fase de investigação, ou seja, justamente a situação que o legislador buscou evitar ao instituir o juiz das garantias.

Por sua vez, a separação do expediente tem importância no juízo da causa na medida em que, caso admitida a utilização indiscriminada em plenário de elementos da investigação preliminar, não se pode excluir a hipótese de, em casos limites, eventual condenação se fundar exclusivamente em elementos informativos, pois a decisão dos jurados não é fundamentada e com isso há inerente dificuldade de entender com precisão quais os argumentos das partes foram acolhidos pelos jurados e em que grau.

90. SANTOS, 2020, p. 97.

91. GARCETE, 2020, p. 190.

92. AVELAR; SILVA, 2020, p. 173.

Quanto à dinâmica do julgamento coletivo em si, a diluição de possíveis influências ocorrerá apenas se um dos integrantes do órgão julgador tenha atuado na investigação e/ou tenha tido acesso ao expediente, mas os demais necessariamente não o tenham feito. E no caso dos jurados, ainda que não atuem na investigação, é certo que todos os membros do Conselho de Sentença podem ter acesso integral aos autos, conforme prevê o artigo 480, § 3º, do CPP.

Não obstante tais ponderações, o presente artigo não tem como propósito enfrentar as nuances do juiz das garantias no juízo da causa, limitando-se a abordar o instituto sob a ótica do juízo da acusação.

E nesse ponto em específico, ao vedar o juiz das garantias no rito do júri, implicitamente incluindo ambas as fases do procedimento, a decisão do Ministro Dias Toffoli não atentou para a exata dimensão e finalidade do juízo da acusação, pois olvidou que a primeira fase do procedimento tem características idênticas a de um juízo oral, isto é, imediação e contraditório judicial para as provas.

Sob o aspecto procedimental, o juízo da acusação assemelha-se ao procedimento ordinário, notadamente os poderes processuais concedidos ao juiz e a amplitude probatória conferida às partes.

Há uma fase pré-processual de investigação preliminar seguida do exame de admissibilidade da acusação a partir de elementos informativos, consistente no recebimento da denúncia, cuja disciplina segue o disposto no artigo 395 do CPP e impõe a rejeição quando for manifestamente inepta, faltar pressuposto processual ou condição da ação penal, ou ainda, carecer de justa causa para o exercício da ação penal.

Recebida a denúncia, passa-se à instrução preliminar, igualmente voltada a aferir a admissibilidade da acusação, mas agora sob o crivo do contraditório judicial. Ao final, conforme o caso, admitem-se quatro hipóteses decisórias: pronúncia, impronúncia, absolvição sumária ou desclassificação.

Segundo o artigo 413, *caput*, do CPP, “O juiz, fundamentadamente, pronunciará o acusado, se convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação.” Ausentes tais requisitos será caso de impronúncia, nos termos do artigo 414 do CPP.

Por outro lado, havendo prova certa e consistente da inexistência do fato, não ser o acusado autor ou participe do fato, o fato não constituir infração penal ou de causa de isenção de pena ou exclusão do crime, a lei autoriza a absolvição sumária, nos termos do artigo 415 do CPP. Por fim, demonstrada a existência de crime diverso de um doloso contra a vida, terá lugar a desclassificação prevista no artigo 419, *caput*, do CPP.

No que concerne especificamente à pronúncia, essa decisão configura um “juízo avançado sobre a admissibilidade da acusação”,⁹³ cuja emissão sinaliza que a proposta acusatória preliminarmente acolhida no recebimento da denúncia teve evolução consistente no curso da instrução preliminar, tanto quantitativa como qualitativamente.

No prisma quantitativo, discute-se se o standard probatório⁹⁴ da decisão de pronúncia deveria ser a preponderância de provas⁹⁵ ou a prova clara e convincente.⁹⁶

Independentemente da nominação de um standard específico, é certo que, diante da exigência legal de que os indícios de autoria sejam “suficientes”, *de lege lata*, o grau de probabilidade de autoria para a pronúncia deve ser mais intenso do que o previsto para o recebimento da denúncia.⁹⁷

Sob o aspecto qualitativo, ao prever a judicialização da primeira fase do rito escalonado do júri, a lei estrutura o sumário da culpa a partir das características de um juízo oral: publicidade, oralidade, imediação, concentração e contraditório.

Consequentemente, a decisão a ser emitida ao final da primeira fase, notadamente a pronúncia, deve se fundar necessariamente em elementos produzidos em contraditório judicial.⁹⁸

93. NOGUEIRA, 2018, p. 70.

94. Para Gascón Abellán “são os critérios que indicam quando se conseguiu provar um fato; ou seja, os critérios que indicam quando está justificado aceitar como verdadeiro a hipótese que o descreve” (GASCÓN ABELLÁN, 2005, p. 129, tradução nossa, destaque original). Como se percebe, os standards de prova dizem respeito a níveis de suficiência probatória exigidos para reputar como processualmente verdadeira uma determinada hipótese fática. Apesar de mais facilmente observáveis no provimento final do processo, ou seja, na sentença (como é o caso do conhecido standard da “prova além da dúvida razoável”), incide também em outras decisões proferidas durante a persecução penal, notadamente aquelas em que há juízos de probabilidade quanto ao *fumus comissi delicti*.

95. Para Vasconcellos, “o imputado deve ser pronunciado e submetido ao Júri se houver uma preponderância de provas a favor da tese acusatória, ou seja, mais provas incriminatórias do que absolutórias” (VASCONCELLOS, 2021, p. 238-239).

96. NOGUEIRA, 2018, p. 182. Ou seja, um standard acima da preponderância de provas, mas abaixo da prova além da dúvida razoável.

97. Segundo Giacomolli, “A carga de positividade desta decisão interlocutória há de ser maior daquela exigível ao recebimento da denúncia” (GIACOMOLLI, 2008, p. 90). Da mesma forma, Rassi e Queijo ponderam que deve ser verificado “se houve robustecimento da prova indiciária durante a instrução preliminar” (QUEIJO; RASSI, 2009, p. 190). Também nesse sentido, concluindo por um “juízo mais rigoroso dos indícios existentes de autoria”: MARQUES, 2009, p. 65.

98. Nesse sentido: TORRES, 2011, p. 8; NASSIF, 2009, p. 59; NOGUEIRA, 2018, p. 182; VASCONCELLOS, 2021, p. 239. Em sentido contrário, admitindo o emprego de elementos de informação: BONFIM, 2012, p. 168.

A imposição legal de uma etapa adicional de verificação da admissibilidade da acusação, agora judicializada, teleologicamente demanda a incidência do artigo 155 do CPP ao juízo da acusação. É irrelevante que o objeto do juízo da acusação seja a admissibilidade da acusação e não propriamente o julgamento de mérito, pois o que importa é a forma estipulada pela lei para a consecução do resultado, isto é, via contraditório judicial.⁹⁹

Assim, as mesmas razões que justificam o juiz das garantias nos demais procedimentos – adequado exercício das funções do juiz a cada etapa procedimental e a formação de seu convencimento – evidenciam igualmente a pertinência do funcionamento de juízes diversos na investigação preliminar e no juízo da acusação em se tratando do rito do júri.¹⁰⁰

Além da compatibilidade sistêmica do juiz das garantias com o juízo da acusação, inexistente qualquer vedação legal para tanto, pois a Lei 13.964/2019 somente excluiu o instituto das infrações de menor potencial ofensivo (artigo 3º-C, *caput*, do CPP) e das varas criminais colegiadas permanentes previstas no artigo 1º-A, § 1º, da Lei 12.694/2012, silenciando sobre os demais procedimentos.

Por tais razões, não pode ser aceito o argumento de inaplicabilidade ou desnecessidade do juiz das garantias no procedimento do júri pelo fato de que “qualquer juiz que atua no processo já exerce, apenas, o papel de juiz de garantias de forma a preparar o processo para o julgamento pelo seu juiz natural: o conselho de sentença”, ou porque o juiz não julga o mérito da acusação, mas apenas declara a admissibilidade da acusação em caso de pronúncia.¹⁰¹

A Lei 13.964/2019 pretendeu isolar o juiz que atua na fase processual, independentemente do rito ser bifásico ou não. Logo, havendo pertinência e necessidade em distinguir entre elementos de informação e elementos de prova, os mecanismos processuais do juiz das garantias devem incidir ainda que o objeto da decisão final não seja o julgamento de mérito propriamente dito, mas a admissibilidade da acusação, pois para os fins pretendidos pela lei, isto é, prolação de uma decisão fundada em elementos produzidos em contraditório, o juiz que atua na instrução preliminar

99. Conclui-se, portanto, que o rito do júri é estruturado com dois juízos orais: um destinado para a admissibilidade da acusação (juízo da acusação) e outro para o julgamento do mérito (juízo da causa).

100. Entendendo pela aplicação do juiz das garantias na primeira fase do procedimento do júri, ainda que sob o fundamento de preservação da imparcialidade: AVELAR; SILVA, 2020, p. 173; MAYA, 2020, p. 115-116; MENDES; LUCCHESI, 2020, p. 41; SANTOS, 2020, p. 97-98.

101. KURKOWSKI, 2020, p. 169. No mesmo sentido, sustentando que o juiz das garantias não tem aplicação no rito do júri: GARCETE, 2020, p. 190.

se equipara ao juiz da instrução definitiva. Ademais, não pode ser descartada a possibilidade de eventual absolvição sumária, o que implica na equiparação do juiz atuante no juízo da acusação a um juiz que julga o mérito.

A conveniência em se atribuir a função de admissibilidade da acusação para fins de julgamento perante o júri a um juiz diferente daquele que atua na fase de investigação também foi percebida pela doutrina espanhola ao analisar o *procedimiento ante el jurado* vigente na Espanha.¹⁰²

Em breve síntese do rito espanhol, na fase de investigação, após a análise positiva da verossimilhança do fato e dos indicativos de autoria da *denuncia*, *querella* ou do *atestado policial*, o juiz de instrução profere a decisão de abertura do procedimento (*incoación*), determinando a notificação do investigado e do Ministério Público para comparecer em juízo (*comparecencia*), ocasião em que os ouvirá sucessivamente e resolverá pela continuação ou não do procedimento. Em caso de prosseguimento, o juiz decidirá sobre requerimento de diligências desde que sejam imprescindíveis. Não há decisão formal encerrando a investigação, sendo que o juiz tacitamente encerra a *instrucción* quando intima as partes para se manifestarem. Essa decisão inaugura a fase intermediária, destinada a examinar se existe fundamento suficiente para o *auto de apertura del juicio oral* (isto é, julgamento pelo júri), mediante a realização de uma audiência sob contraditório (*audiencia preliminar*).¹⁰³

Nesse ponto, apesar da reconhecida maior “acusatoriedade” conferida ao procedimento do júri quando comparado com os demais ritos no direito espanhol,¹⁰⁴ Moreno Catena e Cortés Domínguez criticam a opção legal em se atribuir ao mesmo juiz tanto a instrução (investigação) como a resolução sobre a seriedade da acusação em audiência preliminar, “o que deveria ser repensado no futuro”.¹⁰⁵

5. CONCLUSÃO

A Lei 13.964/2019 promoveu mudanças de vulto no processo penal brasileiro. No entanto, a alteração mais impactante – o juiz das garantias – teve sua eficácia

102. REINO DA ESPANHA, 1995.

103. MORENO CATENA; CORTÉS DOMÍNGUEZ, 2019, p. 536-539.

104. Para Marín, houve uma clara tentativa do legislador em conferir um caráter (mais) acusatório à fase de instrução do rito do júri, limitando as atividades investigativas do juiz comparativamente com os demais procedimentos (MARÍN, 2016, p. 81-82). No mesmo sentido: SPIEGELBERG, 1998, p. 513.

105. MORENO CATENA; CORTÉS DOMÍNGUEZ, 2019, p. 539, tradução nossa.

suspensa por força de medida cautelar proferida em sede de controle concentrado de constitucionalidade.

No plano teórico, o legislador formatou o instituto do juiz das garantias a partir de duas técnicas: i) divisão funcional de competências por fases do processo, sendo que o juiz responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal não atuará no juízo oral subsequente; ii) separação do expediente que compõe os atos praticados pelo juiz das garantias durante a investigação criminal, cujo acesso é vedado ao juiz do processo, com exceção das provas irrepetíveis, antecipadas e medidas de obtenção de provas.

Tais técnicas não têm relação com a imparcialidade judicial e na verdade se destinam a assegurar o adequado exercício da função jurisdicional e a correta formação do convencimento judicial a cada etapa da persecução penal, bem como reforçar a centralidade do juízo oral.

Sobre a divisão funcional de competências por fases do processo, é impróprio equiparar a perda da imparcialidade, que pressupõe influência por fatos alheios e escusos ao processo, ou seja, predisposição para decidir servindo a interesses particulares de uma parte ou a interesse do próprio julgador, com a regular atividade jurisdicional exercida durante a investigação preliminar, seja o controle da legalidade dos atos praticados, seja a emissão de decisões envolvendo juízos de probabilidade sobre a materialidade e a autoria. Não obstante, a depender da atuação do juiz na fase de investigação, notadamente quando profere decisões relacionadas ao *fumus comissi delicti*, há o potencial de gerar pré-juízos e afetar a adequada formação do convencimento judicial na fase do juízo oral, situação essa que, ainda que não seja equivalente à perda da imparcialidade, é suficiente para justificar a divisão funcional de competências por fases do processo.

Em relação à separação do expediente, apesar do mero acesso aos autos contendo o teor das investigações não resultar em pré-juízos, pois nenhuma decisão foi tomada anteriormente, tal técnica evita que a formação da convicção do juiz do processo fique sujeita a ser balizada, ainda que indiretamente, pelo que foi produzido no inquérito policial, tornando em principal o que é acessório (investigação preliminar) e em complementar o que é central (juízo oral).

A primeira fase do rito do júri tem como premissa um juízo oral, impondo a observância do contraditório e da oralidade. Logo, os mecanismos processuais do juiz das garantias são compatíveis e se justificam ainda que o objeto do sumário da culpa seja a admissibilidade da acusação e não, em regra, um julgamento de mérito, pois para os fins pretendidos pela lei o juiz que atua na instrução preliminar se equipara ao juiz da instrução definitiva na medida em que deverá decidir necessariamente a partir de elementos produzidos em contraditório judicial.

6. REFERÊNCIAS

- AMARAL, Cláudio do Prado. O juiz das garantias: o Pacote Anticrime em busca de maior imparcialidade objetiva no sistema de justiça criminal. In: SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo; BRUNI, Aline Thaís; AMARAL, Cláudio do Prado; SAAD-DINIZ, Eduardo; MORAIS, Hermes Duarte. *Pacote anticrime. Comentários à Lei 13.964/2019*. São Paulo: Almedina, 2020. p. 215-230.
- AMORIM, Maria Carolina M. O inquérito penal: vicissitudes e mudanças necessárias. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 6, n. 2, p. 913-950, maio-ago. 2020. Disponível em: [<https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i2.335>].
- ANDRADE, Flávio da Silva. A tomada da decisão judicial criminal à luz da psicologia: heurísticas e vieses cognitivos. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 5, n. 1, p. 507-540, jan.-abr. 2019. Disponível em: [<https://doi.org/10.22197/rbdpp.v5i1.172>].
- ANDRADE, Mauro Fonseca. *Juiz das garantias*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2020.
- AROCENA, Gustavo A. La oralidad en el debate. In: NORES, José I. Cafferata; AROCENA, Gustavo A. *Temas de derecho procesal penal (contemporáneos)*. Córdoba: Editorial Mediterránea, 2001.
- AVELAR, Daniel Ribeiro Surdi de; SILVA, Rodrigo Faucz Pereira e. *Manual do Tribunal do Júri*. São Paulo: Ed. RT, 2020.
- BACHMAIER WINTER, Lorena. Acusatorio versus inquisitivo. Reflexiones acerca del proceso penal. In: BACHMAIER WINTER, Lorena (Coord.). *Proceso penal y sistemas acusatorios*. Madrid: Marcial Pons, 2008. p. 11-48.
- BACHMAIER WINTER, Lorena. Editorial dossier “Sistemas procesales penales e imparcialidad del juez”: imparcialidad y prueba en el proceso penal – reflexiones sobre la iniciativa probatoria del juez. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 4, n. 2, p. 501-532, maio-ago. 2018. Disponível em: [<https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i2.169>].
- BINDER, Alberto M. *Elogio de la audiencia oral y otros ensayos*. Nuevo León: Consejo de la Judicatura del Estado de Nuevo León, 2014. Disponível em: [www.pjenl.gob.mx/Publicaciones/publicacion.asp?id=26]. Acesso em: 20.04.2021.
- BONFIM, Edilson Mougenot. *Júri. Do inquérito ao plenário*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BOVINO, Alberto. Imparcialidad. In: BOVINO, Alberto. *Problemas del derecho procesal penal contemporáneo*. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 1998.
- BRAND, José Luis Eloy Morales. *Proceso penal y tutela de derechos. Audiencias, privacidad y medios de comunicación*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2021.
- CALAMANDREI, Piero. *Processo e democrazia*. Trad. Mauro Fonseca Andrade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

- CONSELHO DA EUROPA. *Convenção Europeia dos Direitos Humanos*, Roma, 04.11.1950. Disponível em: [www.echr.coe.int/documents/convention_eng.pdf]. Acesso em: 04.11.2021.
- CONSELHO DA EUROPA. Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. Caso De Cubber vs. Bélgica, *Application*, n. 9186/80, 26.10.1984. Disponível em [http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57465]. Acesso em: 05.12.2019.
- CONSELHO DA EUROPA. Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. Caso Delcourt vs. Bélgica, *Application*, n. 2689/65, 17.01.1970, § 31. Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57467]. Acesso em: 16.12.2021.
- CONSELHO DA EUROPA. Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. *Caso Hauschildt vs. Dinamarca, Application*, n. 10486/83, 24.05.1989. Disponível em: [http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57500]. Acesso em: 05.12.2019.
- CONSELHO DA EUROPA. Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. Caso Piersack vs. Bélgica, *Application*, n. 8692/79, 01.10.1982. Disponível em: [http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57557]. Acesso em: 05.12.2019.
- CONSELHO DA EUROPA. Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. Caso Saraiva de Carvalho vs. Portugal, *Application*, n. 15651/89, 22.04.1994. Disponível em: [http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57883]. Acesso em: 05.12.2019.
- COSTA, Eduardo José da Fonseca. *Levando a imparcialidade a sério*. Salvador: JusPodivm, 2018.
- DAMAŠKA, Mirjan R. Presentation of evidence and factfinding precision. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 123, p. 1083-1106, 1975. Disponível em: [http://hdl.handle.net/20.500.13051/828]. Acesso em 05.12.2019.
- FERRUA, Paolo. Gênese da reforma constitucional do “giusto processo” na Itália. Tradução de Bruna Capparelli e Vinicius Gomes de Vasconcellos. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 3, n. 2, p. 661-688, maio-ago. 2017. Disponível em: [https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i2.61].
- FREITAS, Juarez. A hermenêutica jurídica e a ciência do cérebro: como lidar com os automatismos mentais. *Revista da AJURIS*, v. 40, n. 130, p. 223-244, jun. 2013.
- FRÍAS, Eduardo Gallardo. La reforma al proceso penal chileno y el juez de garantía. *Boletim do IBCCrim*, São Paulo, v. 28, n. 330, p. 7-10, maio 2020.
- FULLER, Paulo Henrique. Alterações ao Código de Processo Penal. In: JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patrícia; PARDAL, Rodrigo; FULLER, Paulo Henrique. *Lei Anticrime comentada. Artigo por artigo*. São Paulo: Saraiva, 2020.
- GARCETE, Carlos Alberto. *Homicídio: aspectos penais, processuais penais, tribunal do júri e feminicídio*. São Paulo: Ed. RT, 2020.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina. Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, v. 28, p. 127-139, nov. 2005. Disponível em: [https://doi.org/10.14198/DOXA2005.28.10].
- GIACOMOLLI, Nereu José. *Reformas (?) do processo penal. Considerações críticas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

- GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Prisões cautelares, *confirmation bias* e o direito fundamental à devida cognição no processo penal. In: PEREIRA, Flávio Cardoso (Coord.). *Verdade e prova no processo penal*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016. p. 261-287.
- GOMES, Abel Fernandes. “Juiz das garantias”: inconsistência científica; mera ideologia – como se só juiz já não fosse garantia. *Revista CEJ*, Brasília, v. 14, n. 51, p. 98-105, out.-dez. 2010.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; SCARANCA FERNANDES, Antonio; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal constitucional*. 11. ed. São Paulo: Ed. RT, 2009.
- JACKSON, John D.; SUMMERS, Sarah J. Seeking core fair trial standards across national boundaries: judicial impartiality, the prosecutorial role and the right to counsel. In: JACKSON, John D.; SUMMERS, Sarah J. (ed.). *Obstacles to fairness in criminal proceedings*. Individual rights and institutional forms. Oregon: Hart Publishing, 2018. p. 99-124.
- JACKSON, John D. The effect of human rights on criminal evidentiary processes: towards convergence, divergence or realignment?. *Modern Law Review*, v. 68, n. 5, p. 737-764, sept. 2005. Disponível em: [<https://doi.org/10.1111/j.1468-2230.2005.00559.x>].
- KOERING-JOULIN, Renée. A fase preparatória do processo penal: grandes linhas da jurisprudência europeia. In: DELMAS-MARTY, Mireille (Org.). *Processo penal e direitos do homem: rumo à consciência europeia*. Trad. Fernando de Freitas Franco. Barueri: Manole, 2004. p. 19-26.
- KURKOWSKI, Rafael Schwez. Execução provisória da pena em condenação no tribunal do júri. In: SOUZA, Renee do Ó (Coord.). *Lei Anticrime. Comentários à Lei 13.964/2019*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2020. p. 157-171.
- LOPES, José Antônio Mouraz. *A tutela da imparcialidade endoprocessual no processo penal português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.
- LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. v. 1.
- LORA, Deise H. K. *Subjetividade e imparcialidade no processo penal*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.
- LUZ, Denise; SILVEIRA, Leon Murelli. A angústia de decidir e o juiz das garantias no projeto de reforma do CPP: uma importante contribuição da psicanálise para o direito. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 9, n. 51, p. 15-41, dez.-jan. 2013.
- MARQUES, Jader. *Tribunal do júri. Considerações críticas à Lei 11.689/08*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- MARÍN, Maria Ángeles Pérez. *Procedimiento ante el jurado*. Teoría y práctica. Curitiba: Juruá, 2016.

- MAYA, André Machado. *Imparcialidade e processo penal. Da prevenção da competência ao juiz de garantias*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- MAYA, André Machado. *Juiz de garantias. Fundamentos, origem e análise da Lei 13.964/19*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.
- MELO, Marcos Eugênio Vieira. *Oralidade e contraditório no processo penal brasileiro. Em busca da superação da tradição inquisitorial*. São Paulo: IBCCrim, 2020.
- MENDES, Tiago Bunning; LUCCHESI, Guilherme Brenner. *Lei anticrime. A (re)forma penal e a aproximação de um sistema acusatório?* São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.
- MENDONÇA, Ricardo Magalhães de. Breves anotações sobre o juiz das garantias. *Boletim dos Procuradores da República*, São Paulo, v. 12, n. 83, p. 26-30, abr. 2011.
- MONTERO AROCA, Juan. La imparcialidad judicial en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. In: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; ZALDÍVAR LELLO DE LARREA, Arturo (Coord.). *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*. Tomo IX – Derechos humanos y tribunales internacionales. México: Universidad Autónoma Nacional de México-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional-Marcial Pons, 2008. Disponível em: Disponível em: [<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2562/33.pdf>]. Acesso em: 31.05.2020.
- MONTERO AROCA, Juan. *Sobre la imparcialidad del juez y la incompatibilidad de funciones procesales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.
- MORENO CATENA, Victor; CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín. *Derecho procesal penal*. 9. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.
- NASSIF, Aramis. *O novo júri brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- NOGUEIRA, Rafael Fecury. *A decisão de pronúncia no processo penal brasileiro: valoração da prova e limites à motivação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.
- NUNES, Dierle; LUD, Natanael; PEDRON, Flávio Quinaud. *Desconfiando da imparcialidade dos sujeitos processuais*. Salvador: JusPodivm, 2018.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos*. Nova Iorque, 16.12.1966. Disponível em: [www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/ccpr.pdf]. Acesso em: 03.11.2021.
- ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. São José da Costa Rica, 22.11.1969. Disponível em: [www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm]. Acesso em: 04.11.2021.
- ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte IDH. *Caso Amrhein e outros vs. Costa Rica*, série C, n. 354, 25.04.2018a. Disponível em: [www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_354_esp.pdf]. Acesso em: 20.04.2020.

- ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi vs. Peru*, série C, n. 52, 30.05.1999. Disponível em: [www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_52_esp.pdf]. Acesso em: 05.10.2020.
- ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*, série C, n. 135, 22.11.2005. Disponível em: [www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_135_esp.pdf]. Acesso em: 20.04.2020.
- ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte IDH. *Caso Rodríguez Revalorio e outros vs. Guatemala*, série C, n. 387, 14.10.2019. Disponível em: [www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_387_esp.pdf]. Acesso em: 20.04.2020.
- ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte IDH. *Caso V.R.P., V.P.C. e outros vs. Nicarágua*, série C, n. 350, 08.03.2018b. Disponível em: [www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_350_esp.pdf]. Acesso em: 20.04.2020.
- ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte IDH. *Caso Valencia Hinojosa vs. Equador*, série C, n. 327, 29.11.2016. Disponível em [www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_327_esp.pdf]. Acesso em: 05.10.2020.
- ORTELLS RAMOS, Manuel. Problemas de la oralidad en el proceso penal español (oralidad, contradicción, intermediación de los medios de prueba personales). In: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; SAID RAMIREZ, Alberto (Coord.). *Juicios orales. La reforma judicial en Iberoamérica. Homenaje al maestro Cipriano Gómez Lara*. México: Universidad Autónoma Nacional de México, 2013. p. 279-315. Disponível em: [https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3330/16.pdf]. Acesso em: 29.05.2020.
- PENTEADO, Fernando Martinho de Barros. *Oralidade e processo penal*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.
- PEREIRA, Frederico Valdez. Juiz das garantias: dissonância cognitiva e imparcialidade objetiva. Uma apreciação sobre os fundamentos para a reestruturação do processo penal brasileiro. *Revista CEJ*, Brasília, v. 24, n. 80, p. 35-52, jul.-dez. 2020.
- PICÓ I JUNOY, Joan. *Las garantías constitucionales del proceso*. 2. ed. Barcelona: Bosch Editor, 2012.
- QUEIJO, Maria Elizabeth; RASSI, João Daniel. Questões polêmicas atinentes ao novo procedimento do Tribunal do Júri. In: MARZAGÃO JÚNIOR, Laerte I. (Coord.). *Homicídio crime rei*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 182-207.
- REALE JÚNIOR, Miguel. O juiz das garantias. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 10, n. 43, p. 99-115, out.-dez. 2011.
- REGLA, Josep Aguiló. Aplicación del derecho, independencia e imparcialidad. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí, v. 17, n. 2, p. 161-172, maio-ago. 2012. Disponível em: [https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/3965]. Acesso em: 21.04.2021.

- REINO DA ESPANHA. *Lei Orgânica 5, de 22 maio de 1995* (Ley Orgánica del Tribunal del Jurado). Disponível em: [www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-12095]. Acesso em: 27.12.2021.
- REINO DA ESPANHA. Tribunal Constitucional da Espanha (Pleno). *Sentença 145/1988*, 12.07.1988. Disponível em: [https://hj.tribunalconstitucional.es/docs/BOE/BOE-T-1988-19564.pdf]. Acesso em: 03.11.2021.
- REINO DA ESPANHA. Tribunal Constitucional da Espanha (Primeira Sala). *Sentença 31/1981*, 28.07.1981. Disponível em: [https://hj.tribunalconstitucional.es/docs/BOE/BOE-T-1981-18424.pdf]. Acesso em: 21.12.2021.
- REINO UNIDO. *R. v. Sussex Justices, ex parte McCarthy*, [1924] 1 KB 256, 09 nov. 1923. Disponível em: [www.iclr.co.uk/wp-content/uploads/media/vote/1915-1945/McCarthy_kb1924-1-256.pdf]. Acesso em: 12.12.2021.
- REIS, Thiago Nascimento dos. Prisão provisória: recentes reformas e próximos passos à luz do sistema interamericano de direitos humanos. *Boletim do IBCCrim*, São Paulo, v. 28, n. 330, p. 31-34, maio 2020.
- REPÚBLICA DO CHILE. *Lei 19.696, de 29 setembro de 2000* (Codigo Procesal Penal). Disponível em: [www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=176595]. Acesso em: 27.12.2021.
- REPÚBLICA ITALIANA. *Decreto 447 do Presidente da República, de 22 de setembro de 1988* (Codice di Procedura Penale). Disponível em: [www.gazzettaufficiale.it/dettaglio/codici/codiceProceduraPenale]. Acesso em: 21.12.2021.
- REPÚBLICA PORTUGUESA. *Decreto-Lei 78, de 17 de fevereiro de 1987* (Código de Processo Penal). Disponível em: [https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-lei/1987-34570075]. Acesso em: 21.12.2021.
- RITTER, Ruiz. *Imparcialidade no processo penal. Reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva*. 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.
- ROSA, Alexandre Morais da; WOJCIECHOWSKI, Paola Bianchi. *Vieses da justiça*. 2. ed. Florianópolis: Emais, 2020.
- SAAD, Marta. Editorial do dossiê “Investigação preliminar: desafios e perspectivas”. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 6, n. 1, p. 29-40, jan.-abr. 2020. Disponível em: [https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i1.348].
- SALAMANCA, Andrés Bordalí. El derecho fundamental a un tribunal independiente e imparcial en el ordenamiento jurídico chileno. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, v. 33, n. 2, p. 263-302, 2009. Disponível em: [www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/viewArticle/709]. Acesso em: 20.04.2021.
- SAMPAIO, André Rocha; SILVA, Joane Marcelle de Oliveira e. Superando a contaminação da sentença pelo inquérito policial: a oralidade como elemento de ruptura do paradigma inquisitório. In: GONZÁLEZ POSTIGO, Leonel (Dir.); BALLESTEROS, Paulo Rodriguez (Coord.) *Desafiando a inquisição. Ideias e propostas para a reforma processual penal no Brasil*. Chile: CEJA, 2018. v. II.

- p. 13-23. Disponível em: [<https://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/5611/desafiando%20e%20inquisica%20web.pdf?sequence=1&isAllowed=y>]. Acesso em: 20.04.2021.
- SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *Comentários ao pacote anticrime*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020.
- SANZ, María Rosa Gutiérrez. *La declaración del sospechoso y del detenido en la fase preprocesal del proceso penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.
- SCHREIBER, Simone. O juiz de garantias no projeto do Código de Processo Penal. *Boletim do IBCCrim*, São Paulo, v. 18, n. 213, p. 2-3, ago. 2010.
- SCHÜNEMANN, Bernd. O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e aliança. In: SCHÜNEMANN, Bernd; GRECO, Luís (Coord.) *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. Trad. Danielle Soares Delgado Campos. São Paulo: Marcial Pons Brasil, 2013. p. 205-221.
- SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. O juiz das garantias entre os caminhos da reforma do Código de Processo Penal. In: BONATO, Gilson (Org.). *Processo penal, Constituição e crítica: estudos em homenagem ao Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 247-265.
- SPIEGELBERG, José Luis Seoane. Incoacción e investigación en el procedimiento ante el tribunal de jurado. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*. Coruña, n. 2, p. 511-526, 1998. Disponível em: [<http://hdl.handle.net/2183/1967>]. Acesso em: 20.04.2021.
- SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. Juiz das garantias: o inquérito policial deve compor os autos do processo? *Revista de Doutrina Jurídica*, Brasília, v. 111, n. 1, p. 10-27, jul.-dez. 2019. Disponível em: [<https://doi.org/10.22477/rdj.v111i1.582>].
- SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. O juiz das garantias como caso de erro legístico. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 57, n. 228, p. 93-114, out.-dez. 2020. Disponível em: [www12.senado.leg.br/ril/diçoes/57/228/ril_v57_n228_p93]. Acesso em: 20.04.2021.
- THAMAN, Stephen C. Aspectos *adversariales*, acusatorios e inquisitivos en el proceso penal de los Estados Unidos. In: BACHMAIER WINTER, Lorena (Coord.). *Proceso penal y sistemas acusatorios*. Madrid: Marcial Pons, 2008. p. 161-176.
- TOLDO, Nino Oliveira. Juiz das garantias: como implementá-lo? *Boletim do IBCCrim*, São Paulo, v. 30, n. 350, p. 4-5, jan. 2022.
- TORRES, José Henrique Rodrigues. O júri garantista. *Boletim do IBCCrim*, São Paulo, v. 19, n. 226, p. 07-08, set. 2011.
- TRECHSEL, Stefan. Why must trials be fair? In: KEMPEN, P.H.P.H.M.C. van (ed.). *Criminal law and human rights: The international library of essays on criminal law*. Inglaterra/EUA: Ashgate Publishing, 2014. p. 94-122.

- VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Standard probatório para a decisão de pronúncia ao Tribunal do Júri e a inadmissibilidade do *in dubio pro societate*. In: SAMPAIO, Denis (Org.). *Manual do Tribunal do Júri. A reserva democrática da justiça brasileira*. Florianópolis: EMais, 2021. p. 235-242.
- VEGAS TORRES, Jaime. La presunción de inocencia y el escenario de la prueba penal. Persona y derecho. *Revista de Fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, Navarra, n. 55, p. 741-767, 2006. Disponível em: [https://hdl.handle.net/10171/14696]. Acesso em: 20.04.2021.
- VIVES ANTÓN, Tomás S. *Fundamentos del sistema penal*. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

7. LEGISLAÇÃO

- BRASIL. *Lei 13.964, de 24 dezembro de 2019*. Brasília: Presidência da República, 2019a. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm#art3]. Acesso em: 31.10.2021.
- BRASIL. *Decreto 592, de 06 julho de 1992*. Brasília: Presidência da República, 1992a. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm]. Acesso em: 03.11.2021.
- BRASIL. *Decreto 678, de 06 novembro de 1992*. Brasília: Presidência da República, 1992b. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm]. Acesso em: 03.11.2021.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei 8.045, de 2010*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2010. Disponível em [www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1638152&filename=Tramitacao-PL+8045/2010]. Acesso em: 29.10.2021.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. *Parecer proferido em Plenário ao Projeto de Lei 10.372/2018, de 04 dezembro de 2019*. Autoria: Relator Deputado Lafayette de Andrada, Brasília: Câmara dos Deputados, 2019b. Disponível em: [www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1841955]. Acesso em: 13 nov. 2021.
- BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei 156, de 2009*. Autoria: Senador José Sarney. Brasília: Senado Federal, 2009b. Disponível em: [https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4575260&ts=1630439509060&disposition=inline]. Acesso em: 29.10.2021.
- BRASIL. Senado Federal. *Comissão de juristas responsável pela elaboração de Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal*. Brasília: Senado Federal, 2009a. Disponível em: [www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/182956]. Acesso em: 27.10.2021.

8. JURISPRUDÊNCIA

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 6.300 MC/DF. Decisão proferida no plantão judiciário pelo Ministro Presidente Dias Toffoli, de 03 de fevereiro de 2020a. Disponível em: [<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342138713&text=.pdf>]. Acesso em: 31.10.2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 6.300 MC/DF. Decisão monocrática proferida pelo Relator Luiz Fux, de 03 de fevereiro de 2020b. Disponível em: [<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342203608&text=.pdf>]. Acesso em: 31.10.2021.



PESQUISAS DO EDITORIAL

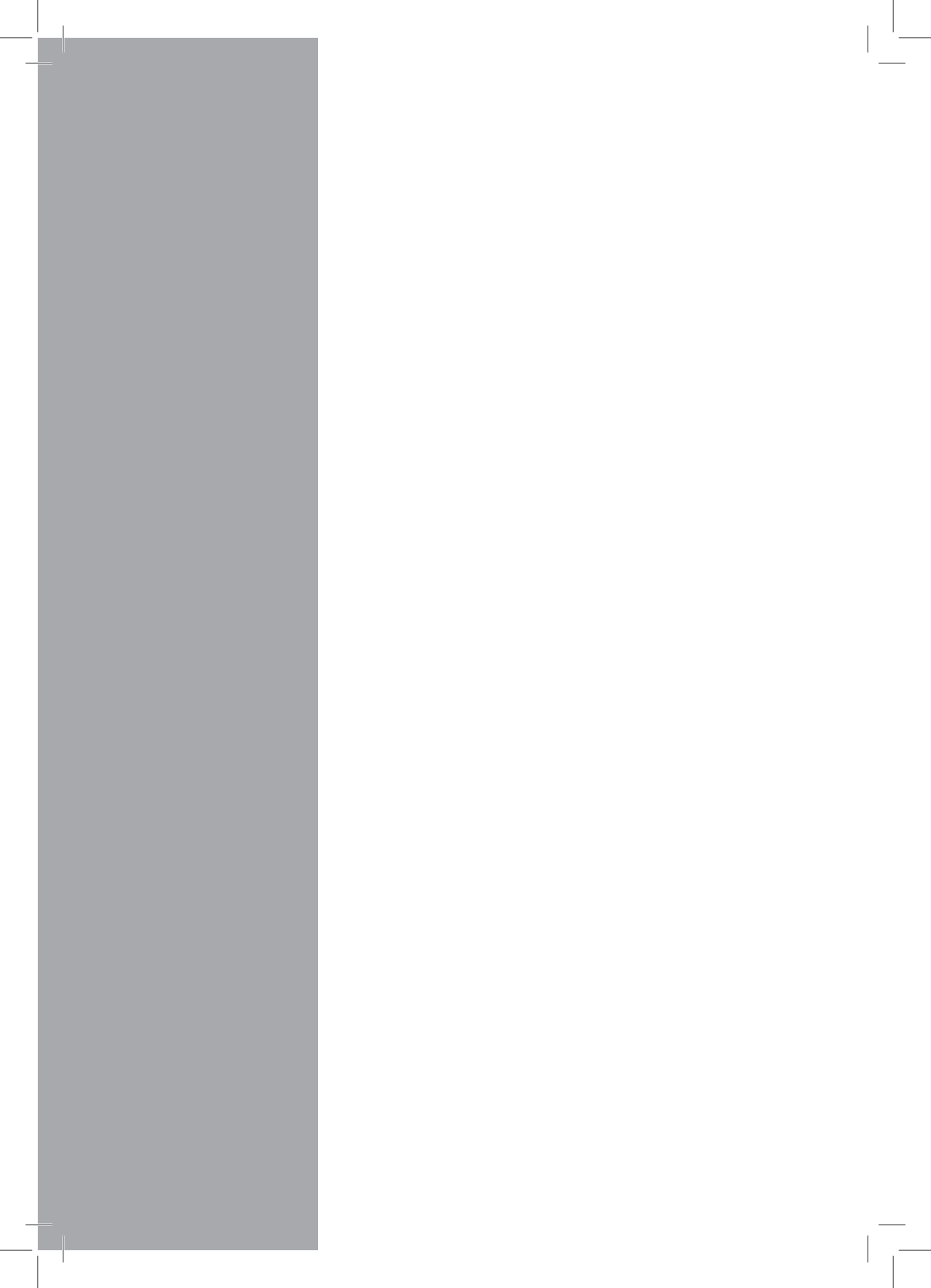
ÁREAS DO DIREITO: Penal; Processual

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- A constitucionalidade do juiz de garantias previsto pela Lei 13.964/2019, de Allan Dias Lacerda e Alexandre de Castro Coura – *RT* 1036/79-95;
- A imprescindibilidade da implementação da etapa intermediária no processo penal brasileiro, de Marco Aurélio Nunes Da Silveira – *RBCCrim* 180/137-162;
- A suspensão da implantação do juiz de garantias pela via monocrática no STF, de Luciano Anderson de Souza – *Boletim Revista dos Tribunais Online* 1/341-344;
- Imparcialidade judicial e psicologia comportamental: há fundamento científico para um juiz de garantias?, de Edison Vítorelli e João Henrique de Almeida – *RePro* 316/29-62;
- O juiz de garantias no Brasil e no Chile: breve olhar comparativo, de Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho e Bruno Augusto Vigo Milanez – *RBCCrim* 168/93-123; e
- O papel do juiz das garantias na pacificação de conflitos penais, de Walter Nunes da Silva Júnior – *Boletim Revista dos Tribunais Online* 27/2022.

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.

Criminologia



CORRELAÇÃO ENTRE LAUDOS PSIQUIÁTRICOS E SENTENÇAS JUDICIAIS NA DETERMINAÇÃO DE MEDIDAS DE SEGURANÇA: DADOS DE SÃO PAULO/SP EM 2019

*CORRELATION BETWEEN PSYCHIATRIC REPORTS AND COURT SENTENCES
IN THE DETERMINATION OF SECURITY MEASURES:
DATA FROM SÃO PAULO/SP IN 2019*

BEATRIZ FERRUZZI SACCHETIN

Mestre em Direito Político e Econômico pelo Mackenzie (2021), com financiamento pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes). Pós-graduada em Direito Penal e Criminologia pela Uninter (2019) e em Educação pela Unoeste (2016). Bacharela em Direito pela PUC-Campinas (2018), bacharela em Ciência Política pela Unicamp (2015) e licenciada em Ciências Sociais pela Unicamp (2014). Participante do Grupo de Estudos Avançados "Escolas Penais" (GEA-SP), do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) (2020). Advogada criminalista.

Assista agora aos
comentários da autora

para este artigo



Lattes: [<http://lattes.cnpq.br/6033302556969740>].

ORCID: [<https://orcid.org/0000-0003-1088-5765>].

biafesa@hotmail.com

DOI: [<https://doi.org/10.54415/rbccrim.v197i197.499>].

Recebido em: 05.07.2021

Aprovado em: 23.11.2021

Última versão do (a) autor (a): 04.02.2022

ÁREAS DO DIREITO: Processual; Penal; Filosofia

RESUMO: O presente trabalho buscou compreender a relação entre a Psiquiatria e o Direito Penal a partir de sentenças e laudos utilizados para o reconhecimento da inimputabilidade e aplicação de medidas de segurança. A hipótese que buscou ser verificada foi se essa relação estaria atrelada a propósitos ligados ao Positivismo Criminológico e ao paradigma médico-psiquiátrico ou se haveria proximidade com as diretrizes da Reforma Psiquiátrica e de críticas criminológicas na desconstrução desses modelos. Para isso, foram analisadas 59 sentenças judiciais no município

ABSTRACT: The purpose of the present work was to comprehend the relationship between Psychiatry and Criminal Law, based on sentences and psychiatric reports used for the acknowledgment of inimputability and enforcement of security measures. The intent was to test the hypothesis of whether this relationship would be linked to the purposes of Criminological Positivism and medical-psychiatric paradigm or there would be resemblances to the guidelines of the Psychiatric Reform and criminological critics that seek to deconstruct these models. To do so, 59 judicial

de São Paulo/SP proferidas ao longo do ano de 2019, bem como sua correlação com os laudos psiquiátricos de avaliação da insanidade mental dos sujeitos. Realizou-se levantamento quantitativo do perfil das pessoas sentenciadas e das espécies de medida de segurança aplicadas e fez-se um estudo qualitativo a partir da análise de conteúdo da fundamentação desses documentos. Foi encontrada uma forte vinculação entre as sentenças e os laudos, especialmente no tocante ao reconhecimento das psicopatologias dos pacientes-réus e à necessidade de intervenção para controle de seus corpos, vidas e comportamentos, assim como foi reconhecida grande similaridade com o paradigma do Positivismo Criminológico na medida em que a psicopatologia era encarada como principal fator desencadeante do comportamento criminoso desses sujeitos.

PALAVRAS-CHAVE: Medida de segurança – Positivismo Criminológico – Reforma Psiquiátrica – Sentença Criminal – Laudo Psiquiátrico.

sentences proclaimed over the year of 2019 in the city of São Paulo/SP were analyzed, as well as their correlation with the psychiatric reports of mental insanity. With that data, we conducted a quantitative inquiry about the profile of sentenced people and the types of security measures applied, as well as a qualitative content analysis of the motivation to these decisions. A strong link was found between the sentences and the reports, especially in regard to the recognition of the psychopathologies of the patients-defendants and the need to intervene and control their bodies, lives and behaviors. Moreover, a great similarity with the Criminological Positivism paradigm was found, once the psychopathology was treated as the main triggering factor for the criminal behavior of these subjects.

KEYWORDS: Security Measure – Criminological Positivism – Psychiatric Reform Movement – Criminal Sentence – Psychiatric Report.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Interdisciplinaridade entre ciências criminais e da saúde. 2.1. Interdisciplinaridade no Positivismo Criminológico. 2.2. Paradigma médico-psiquiátrico, reforma psiquiátrica brasileira e impactos no direito penal. 3. Fundamentos da aplicação de medida de segurança. 3.1. Considerações metodológicas. 3.2. Perfil dos sujeitos analisados. 3.3. Análise quantitativa das medidas indicadas nos laudos e aplicadas nas sentenças. 3.4. Análise da fundamentação das sentenças. 4. Sentenças analisadas e modelo positivista. 5. Considerações finais. 6. Referências. 7. Jurisprudência. 8. Legislação.

1. INTRODUÇÃO

O poder punitivo é visto como algo inerente à sociedade e vem sendo reproduzido e difundido quase como uma verdade universal imutável; entretanto, esse poder possui raízes históricas em processos de colonização, de formação de instituições, normas, regras sociais e morais, bem como na marginalização de grupos mais vulneráveis. A formação do pensamento social brasileiro, assim, trouxe consigo paradigmas punitivistas que acabaram sendo absorvidos e reproduzidos pela população e pelas instituições como algo natural e indiscutível. Então, como essa lógica esteve inserida na base da nossa construção social, as dinâmicas inquisitoriais existem até os dias de hoje e os discursos legitimadores dessas práticas ainda estão vigentes.

Nesse sentido, Raúl Eugenio Zaffaroni afirma que “nada do passado está morto ou enterrado, apenas oculto, e não por acaso”¹ (ZAFFARONI, 2012, p. 36), justamente porque as práticas punitivas configuradas na atualidade possuem fortes raízes nesses processos históricos.

Nesse sentido, os paradigmas constituídos em determinados momentos históricos não desaparecem repentinamente, uma vez que a História não se configura a partir de rupturas, e a formação do pensamento social e da cultura das populações não se esvaem no tempo. É por esse motivo que a atual formação da sociedade se dá a partir de conceitos e práticas historicamente construídos, inclusive no tocante ao diálogo referente à punição e ao tratamento designado aos sujeitos historicamente conhecidos como “criminosos”. Isso não é diferente para as pessoas diagnosticadas com psicopatologia, que passaram por diversos modelos de atenção, desde a total negligência, e segregação, até a integração e mais recentemente a busca por práticas inclusivas, conforme explica Arlete Aparecida Bertoldo Miranda (2004). Ressalte-se, novamente, que esses paradigmas de atendimento não são lineares, sendo possível encontrar teorias e práticas adotadas em relação a todos eles até os dias de hoje.

Especificamente em relação a essa população, o paradigma punitivista se utilizou do discurso e do saber médico-psiquiátrico como forma de legitimação de seus discursos, conforme o que aduz Thayara Castelo Branco (2019), em uma cooperação recíproca, visto que o poder de polícia apresentava poder sem discurso, e o saber médico-psiquiátrico era um discurso sem poder. Assim, a partir dessa inter-relação, institui-se a ideia de que os “loucos criminosos” naturalmente apresentariam uma grande “periculosidade”, excluindo sua possibilidade de livre-arbítrio. Essa lógica foi predominante na escola do Positivismo Criminológico, uma vez que seus principais autores, como Césare Lombroso (2010) e, no Brasil, Nina Rodrigues (2011), associavam diretamente a existência de um diagnóstico psicopatológico com a alta probabilidade de cometimento de crimes.

Desse modo, a inter-relação entre as áreas das Ciências Criminais e da Saúde se voltou para as explicações etiológicas do comportamento criminoso, associando-o a características psicobiológicas dos sujeitos. Houve, assim, grande diálogo interdisciplinar entre as diferentes ciências e profissões no Positivismo Criminológico; entretanto, esse diálogo esteve voltado para a construção de discursos produtores de verdade e poder e para a manutenção de práticas punitivistas que corroborassem essa noção, a partir do controle dos corpos e vidas desses sujeitos (FOUCAULT, 2017).

Ocorre que, no final do século XX e início do século XXI no Brasil, formou-se um movimento denominado “Reforma Psiquiátrica”, fundado na efervescência da

1. No original: “nada del pasado está muerto ni enterrado, sino sólo oculto, y no por azar”.

resistência à Ditadura Militar e na busca pela concretização de direitos fundamentais de democracia e cidadania, que teve como principal objetivo a instauração de um atendimento inclusivo e universalizado às pessoas diagnosticadas com psicopatologia, conforme afirma Ana Pitta (2011). Esse movimento, então, buscou a autonomia e o protagonismo dessas pessoas na atenção psicossocial, a concretização de seus direitos fundamentais, em especial da cidadania, para isso rompendo com o modelo médico-psiquiátrico vigente até então, de acordo com o que afirma Paulo Amarante (1995).

No entanto, esse movimento foi muito incipiente em relação às práticas jurídicas no Brasil, visto que os estudos na área indicam que essas práticas continuam utilizando-se do discurso médico-psiquiátrico como maneira de legitimar o poder punitivo, ainda compreendendo essa população vulnerabilizada como “portadora” de uma periculosidade inata, conforme o exposto por Myriam Mitjavila e Priscilla Mathes (2012).

Tendo isso em vista, este trabalho buscou contribuir para o campo de estudo das Ciências Criminais a partir da investigação da relação entre a Medicina Psiquiátrica e o Direito Penal a partir das sentenças e laudos utilizados como fundamento para o reconhecimento da inimputabilidade dos sujeitos, com consequente aplicação de medida de segurança. Nesse sentido, a hipótese que buscou ser verificada foi se essa relação interdisciplinar ainda estaria atrelada a propósitos semelhantes ao do Positivismo Criminológico e do paradigma médico-psiquiátrico ou se haveria alguma proximidade com as diretrizes da Reforma Psiquiátrica e de críticas criminológicas na desconstrução desses modelos.

Para tanto, foram analisados os processos que determinaram medida de segurança no município de São Paulo/SP no ano de 2019, utilizando-se de análise quantitativa do perfil da população e das espécies de medidas aplicadas, bem como de análise de conteúdo da fundamentação das sentenças em relação aos laudos psiquiátricos. Após tal análise, foi possível compreender se havia adequação dos parâmetros usados pelos magistrados à lógica Positivista Criminológica e em que medida a saúde dos sujeitos era colocada como ponto central da questão, prezando por sua autonomia e protagonismo, bem como pela garantia de seus direitos fundamentais.

2. INTERDISCIPLINARIDADE ENTRE CIÊNCIAS CRIMINAIS E DA SAÚDE

As relações humanas sociais, históricas, políticas e biológicas são complexas e se configuram a partir de profundas teias multidimensionais, que podem ser analisadas por diversos ângulos. Devido à limitação humana da capacidade de compreensão a respeito de fenômenos tão complexos, houve e ainda há a necessidade

de segmentação dos conhecimentos em áreas específicas, que buscam explorar objetos e temas de análise ainda mais restritos. Ocorre que esse movimento, muitas vezes, acaba por fazer com que o investigador ou interventor tenha compreensões muito limitadas, com metodologias superficiais de análise e conclusões científicas que ignoram saberes que partem de outras perspectivas igualmente importantes.

É evidente que uma análise completa e perfeita a respeito dessa teia relacional humana é impossível, já que é muito mais densa do que possa pretender ser qualquer objeto de análise ou intervenção. Porém, a construção de uma rede colaborativa de diálogo e compartilhamento é absolutamente essencial para que esse grande objeto multidimensional seja observado e operado. Portanto, tanto no âmbito prático quanto no campo teórico-científico, é fundamental que essa comunicação entre as diferentes áreas, vertentes e perspectivas seja estimulada, com o intuito de fomentar o desenvolvimento mútuo.

A produção de conhecimento e de práticas interdisciplinares, nesse sentido, é um processo simbiótico imprescindível para uma compreensão mais profunda da ampla realidade em que nos inserimos. De acordo com Boaventura de Sousa Santos (2001), a dinâmica de construção e reconstrução de nossas práticas e saberes, que não se configuram enquanto fenômenos estáticos, exige cuidadosos processos de reflexão, questionamento, pensamento e autocrítica. Assim, a comunicação interdisciplinar tem justamente a função de aprofundar os debates e pontos de vista a respeito dos mais diversos objetos nesse contexto de promoção do pensamento, para que paradigmas sejam criados e remodelados de maneira responsável e rigorosa.

No tocante a temáticas que envolvem os conceitos de “crime” e “loucura” ou a aplicação das medidas de segurança propriamente ditas, a lógica é a mesma. A interdisciplinaridade tem sua relevância justificada precisamente pela busca de uma compreensão mais completa a respeito da matéria, ainda que jamais possa se propor a exaurir todos os ângulos de visão e abordagens possíveis sobre o tema. Por esse motivo, este artigo se propõe a realizar uma análise acerca da maneira como a interdisciplinaridade entre os campos das Ciências Criminais – mais especificamente o Direito Penal – e das Ciências da Saúde – mais especificamente a Medicina Psiquiátrica – se configuram no atual cenário.

Como a pesquisa parte de uma investigação na área do Direito, cumpre salientar que hodiernamente esse campo enfrenta uma grande dificuldade na busca por essa inter-relação com outras áreas, tanto no campo da pesquisa científica quanto na prática jurídica, segundo o filósofo Marcos Nobre (2009). Para ele, existem dois principais fatores que reforçam essa dificuldade: um afastamento de outras ciências e uma total confusão entre prática jurídica e pesquisa acadêmica. A respeito do primeiro fator, o autor afirma que há uma posição de soberania e arrogância em relação

às outras áreas, que dificulta o processo de compartilhamento de saberes, de escuta de outros campos e produção de conhecimento conjunto. Há, assim, uma posição de superioridade e hierarquização, tratando outras ciências enquanto auxiliares, o que dificulta a relação de genuíno interesse em desenvolvimentos de trabalhos coletivos.

Arelado a essa questão, há também o segundo aspecto levantado por Nobre, que se refere à grande confusão na avaliação sobre o que é conhecimento acadêmico teórico construído a partir de metodologia científica e o que é instrumento técnico normativo voltado para a prática jurídica. Isso, para o autor, tem raiz em certas limitações do ensino jurídico no país em demarcar esses campos e, como consequência, também acaba por dificultar a inter-relação com outros saberes tanto no âmbito acadêmico quanto nas práticas forenses. Desse modo, pode-se dizer que o desenvolvimento de investigações científicas e de inovações metodológicas nessa área restam prejudicadas na mesma medida em que o processo técnico de interpretação e aplicação das normas fica limitado a uma só perspectiva de intervenção, sem que haja a promoção da interdisciplinaridade, conforme afirmam as autoras Solange Teles da Silva e Susana Mesquita Barbosa (2013).

Na intersecção com as ciências da saúde, em especial no âmbito da saúde mental, recorte deste trabalho, essa dinâmica não é diferente: de acordo com Thayse dos Santos Teixeira (2014), os profissionais de outras áreas acabam sendo responsáveis apenas pela produção de laudos e estudos tratados como auxiliares pelos juristas e, assim, não há um verdadeiro compartilhamento de saberes. No processo criminal, o laudo pericial fabricado pelos profissionais da área da saúde é tomado como prova rainha, impedindo que sejam produzidas provas no sentido contrário e violando diversos princípios constitucionalmente estabelecidos, segundo Bruna Rossol (2011) e Mariana de Assis Brasil e Weigert (2017).

Em suma, na área acadêmica, os trabalhos do Direito são realizados a partir de pouca interação com outras áreas, utilizando-se desses outros campos geralmente como apoio na construção de seus argumentos teóricos, sem trocas recíprocas e diálogos; e no campo prático, as outras áreas são colocadas em uma posição de subordinação para a produção de documentos que permitam o desenvolvimento-padrão de processos judiciais e procedimentos extrajudiciais, conforme o que aclara Adriana Eiko Matsumoto (2015).

Apesar da configuração desse bloqueio na comunicação interdisciplinar, no tocante ao tema deste artigo, de criminalidade e “loucura”, é impossível negar a existência histórica de diversos e importantes estudos realizados pelo Direito em parceria com outras áreas do saber, como a Criminologia, Antropologia Criminal, Psiquiatria, Psicologia e a Biologia. Comportamentos considerados desviantes, tanto aqueles

entendidos como crimes como aqueles vistos como “loucura”, vêm sendo tratados por diversas áreas de atuação em conjunto com os juristas desde, ao menos, a Idade Média, conforme o que afirma Zaffaroni (2012). A esse respeito, é fundamental também ressaltar a lógica do Positivismo Criminológico, para a qual houve um diálogo abundante entre profissionais de áreas distintas na busca por explicações etiológico-individuais sobre características biológicas que fariam com que determinados sujeitos pudessem ser criminosos.

Assim, não obstante o diagnóstico de grandes dificuldades na contemporaneidade de nosso país em promover uma maior interdisciplinaridade, há uma raiz histórica abrangendo os estudos e práticas que envolvem as temáticas do poder punitivo e do tratamento médico-psiquiátrico de pessoas diagnosticadas com psicopatologia. A ciência e as práticas médicas e jurídicas brasileiras tiveram especial contato com a produção italiana a respeito do tema e, na segunda metade do século XIX, autores como Césare Lombroso, Enrico Ferri, Raffaele Garófalo e Raymundo Nina Rodrigues produziram trabalhos que se inter-relacionavam, se autorreferenciavam e compartilhavam saberes científicos.

Logo, afirmar que nunca houve qualquer diálogo interdisciplinar a respeito da temática seria falacioso e ignoraria estudos que tiveram importantes impactos na ciência e nas práticas jurídico-criminais e médico-psiquiátricas por todo o mundo. Entretanto, embora tenha havido essa série de estudos que promoveram a interdisciplinaridade entre as Ciências Criminais e as Ciências da Saúde dentro da discussão a respeito da punição e do tratamento de sujeitos diagnosticados com psicopatologia, não se pode deixar de realizar importantes críticas acerca da maneira como se deu a associação entre essas áreas do saber.

2.1. *Interdisciplinaridade no Positivismo Criminológico*

Ao longo do período inquisitorial, Direito e Medicina estiveram atrelados a um propósito de manutenção e até ampliação do poder punitivista sobre as pessoas consideradas desviantes, segundo o que afirma Zaffaroni (2012):

“Teremos mais adiante a oportunidade de verificar que os médicos sempre tiveram desejo pelo poder punitivo e chegaram a dominar seu discurso legitimador com horríveis e massacrantes consequências.” (ZAFFARONI, 2012, p. 50, tradução nossa).²

-
2. No original: “Tendremos más adelante oportunidad de verificar que los médicos siempre le tuvieron ganas al poder punitivo y llegaron a dominar su discurso legitimante con horribles consecuencias masacradoras”.

Assim, existiu uma preocupação em classificar subjetividades, criando categorias entendidas como perigosas: era esse o caso das então consideradas bruxas ou das pessoas em sofrimento psíquico. A partir dessa classificação, diversos setores de controle e poder, como instituições religiosas e científicas, se uniram para garantir que o devido tratamento fosse destinado a essa população. De acordo com Fernanda Otoni Barros-Brisset (2011), mesmo no século XVIII, havia a busca pela cura moral de um mal psíquico de pessoas consideradas “loucas”, “dementes” e “perigosas”.

Consequentemente, entre os séculos XVIII e XIX, foram desenvolvidos inúmeros estudos científicos a esse respeito e postos em prática diversos procedimentos da Criminologia, da Psiquiatria, da Antropologia Criminal, da Biologia, entre outros, que levavam em conta as teorias eugênicas e da degenerescência moral. Então, os sujeitos passaram a ser classificados de acordo com sua periculosidade, a partir de sua constituição biopsicossocial, colocando alguns como mais propensos ao cometimento de crime que outros (BARROS-BRISSET, 2011; MITJAVILA; MATHES, 2012). Nesse período, houve uma efervescência do diálogo interdisciplinar entre as Ciências Criminais e Ciências Médicas, fortalecendo a produção de estudos e práticas da escola do Positivismo Criminológico.

As escolas positivistas partiam do pressuposto de que havia uma verdade a ser alcançada por meio de métodos científicos e, no caso do Positivismo Criminológico, a busca por essa verdade se daria com base nos objetos do crime e do criminoso. Buscava-se uma explicação etiológica para a ocorrência de comportamentos “desviantes” ou criminosos, a partir de teorias com fundamentos médicos-biológicos. Césare Lombroso, um dos grandes destaques dessa corrente, foi grandemente influenciado pelos estudos de Mendel e Darwin e se dedicou especialmente à compreensão sobre a causalidade das condutas criminosas. De acordo com esse autor, o delinquente era um homem incompleto, um ser não evoluído, selvagem, subdesenvolvido, figura essa atrelada a questões eugênicas e racistas, que correlacionavam comportamentos criminosos com base em fenótipos dos sujeitos criminalizados (LOMBROSO, 2010).

O autor se debruçou sobre sujeitos que haviam sido presos e buscou, a partir desse grupo, compreender um padrão de criminalidade com base em suas compleições físicas, sem ter em conta a seletividade penal que fez com que esses sujeitos tivessem sido criminalizados por suas condutas. As conclusões de Lombroso apontavam para uma série de características que poderiam indicar tendências criminosas nos sujeitos, desde tatuagens, sensibilidade a dor, sexualidade, peso, compleição física, vaidade, entre outros fatores. Assim, o psiquiatra italiano foi considerado um positivista evolucionista, por alicerçar seu pensamento na teoria da evolução e, a partir daí, justificar o comportamento criminoso de maneira naturalística, originando a

figura do “criminoso nato” ou do “homem delinquente”. Esses conceitos se opõem à noção do homem “normal” ou “são”, que não apresentaria as características biológicas específicas que levariam ao cometimento de crimes.

Especificamente em relação a pessoas com diagnósticos de psicopatologia, o autor italiano realizou uma relação direta entre sua doença e a suposta tendência ao cometimento de crimes, conforme se extrai do excerto:

“A escassez dos dementes morais nos manicômios e a sua abundância nos cárceres são enfim *uma prova indireta da identidade da criminalidade com a demência moral*, unida à presença de todos os seus sistemas no decurso de muitas doenças mentais. É o que explica como nos encarceramentos 25% dos dementes devem tornar muito incertos os alienistas sobre a real existência dessa forma psiquiátrica e tantos os médicos legais obrigados a trabalhar com fatos de segura demonstração. [...] Rebuscando os casos mais clássicos recolhidos desses autores, temos um conjunto de caracteres que reproduzem muito bem aqueles que demos sobre o delinquente nato.” (LOMBROSO, 2010, p. 195, grifo meu).

Nesse sentido, Lombroso afirmava que a “demência moral” era um dos fatores etiológicos explicativos da criminalidade e, assim, fez uma distinção entre o “delinquente-demente” e o “delinquente-moral”, que eram espécies do mesmo gênero. Desse modo, no âmbito da discussão a respeito de criminalidade e “loucura”, sua teoria foi responsável pela promoção de um profundo diálogo interdisciplinar entre seus estudos no campo da Medicina Psiquiátrica com as questões das Ciências Criminais, compartilhando conceitos, métodos e conclusões.

Um dos autores que esteve em grande diálogo com Lombroso foi o jurista e criminólogo Raffaele Garófalo, que também se apoiava na teoria darwiniana e argumentava no sentido da existência de uma evolução moral das sociedades. Por esse motivo, acreditava na tendência de um código do delito natural, construído naturalmente nas sociedades que fossem moralmente evoluídas (GARÓFALO, 1925). O recorte dado pela teoria de Garófalo era jurídico, mas ainda assim havia a influência de diversos autores e teorias de outras áreas do conhecimento, já que buscava também compreender a questão do crime e do criminoso natos, enquanto partículas específicas ocorrentes em todas as culturas. Assim, ele também contribuiu para a construção do conhecimento interdisciplinar do Positivismo Criminológico, pois desenvolveu uma teoria etiológica jurídica a respeito do delito moral com base em conhecimentos de amplos campos de conhecimento.

Nesse sentido, outro autor que foi grande referência e partilhou os saberes referentes a essa questão foi o também italiano Enrico Ferri (1931), que buscou a construção de uma abordagem multidisciplinar do fenômeno criminoso. Do mesmo

modo que os outros positivistas, partia de uma noção apriorística da normalidade, segmentando comportamentos e características humanas com base nessa noção por um viés jurídico. A partir dessas questões, realizou potentes críticas ao bacharelismo no Direito e sua incapacidade de enxergar o crime enquanto um fato humano e não apenas como entidade jurídica e reforçou a importância de estudos sociológicos a respeito desse mesmo objeto. Dessa forma, compreendia que análises jurídicas não poderiam negar as perspectivas de outras ciências, devendo utilizar-se delas como pressuposto para a construção do conhecimento no Direito.

Tendo em conta esse modelo desenvolvido pelos pensadores europeus, o Brasil também teve grande influência de suas teorias, destacando-se nesse contexto o psiquiatra Raymundo Nina Rodrigues (2011) como propulsor das teorias eugênicas e racistas do Positivismo Criminológico no país. O autor maranhense desenvolveu teorias referentes à responsabilidade penal, afirmando que o livre-arbítrio seria uma ilusão, pois o que na realidade motivaria as ações dos indivíduos, inclusive aquelas criminosas, não seria sua liberdade de ação, mas sua “organização psicofisiológica” (NINA RODRIGUES, 2011, p. 16). Nesse sentido, o autor trazia que a motivação humana seria instintiva, ocorrendo de acordo com seu maior prazer, seu menor mal, isto é, aquilo que de fato exprimiria a “natureza” daquele sujeito, demonstrando também seu total alinhamento com a divisão dos comportamentos entre aqueles considerados normais e os entendidos como desviantes.

Nina Rodrigues, portanto, também fez parte desse grupo de teóricos que promovia o diálogo entre o âmbito da Medicina Psiquiátrica com o Direito Penal, atrelando a etiologia do crime à biologia e a concepção fisiológica dos sujeitos. Integrou estudos de diversas áreas do conhecimento para compreender a questão criminal, pois acreditava que a fundação da doutrina brasileira no livre-arbítrio perpetuava a “impunidade”. Para ele, não havia liberdade na motivação para o crime, visto que essa motivação era essencialmente psicofisiológica e, assim, partir do pressuposto do livre-arbítrio dos sujeitos permitia sua não responsabilização pela conduta criminosa:

“O exame da responsabilidade das raças brasileiras nos nossos códigos penais vai ministrar um novo exemplo desse dilema em que se debatem os criminalistas clássicos: ou punir sacrificando o princípio do livre arbítrio, ou respeitar esse princípio, prejudicando a segurança social.” (NINA RODRIGUES, 2011, p. 23).

O psiquiatra foi grande opositor das teorias do jurista Tobias Barreto – para quem o “crime” e a “loucura” não poderiam ser diretamente identificáveis –, pois dizia que a utilização do livre-arbítrio como fundamento da responsabilidade promoveria a impunidade dos criminosos em relação a seus crimes, uma vez que a loucura

demonstrava o caráter irresistível das impulsões criminosas. Assim, para ele as únicas alternativas seriam ignorar a questão do livre-arbítrio enquanto fundante da responsabilidade penal, continuando a punir os criminosos da maneira que “deviam” ser punidos ou respeitar a ideia do livre-arbítrio, mas sacrificando a proteção do que denominava segurança social.

Os teóricos do Positivismo Criminológico estiveram fortemente empenhados em um diálogo interdisciplinar, especialmente entre a área do Direito e da Medicina, interligando as noções de crime, loucura e desvio dos padrões apriorísticos de normalidade. Desse modo, reforçaram a noção da periculosidade dos sujeitos com diagnóstico de psicopatologia, antecipando seus comportamentos “anormais” e inerentemente criminosos. Para isso, basearam-se em uma suposta neutralidade científica, que os blindaria de toda e qualquer argumentação no sentido contrário do que pudessem estar produzindo, um mecanismo de poder e de legitimação das suas práticas punitivas.

Vera Regina Pereira de Andrade, em sua tese publicada em 1994, apontou para o funcionamento dos processos de criminalização decorrentes da seletividade penal de grupos específicos afastados de situação de poder político, econômico ou social. A partir dessa ideia, é possível compreender que a cientificidade e a pretensa neutralidade do Positivismo Criminológico ignoravam uma série de fatores sociais desses processos e consideravam os sujeitos eminentemente “loucos”, “criminosos” ou “perigosos”. Os mencionados autores e estudos ignoravam a perspectiva sob a qual a produção do conhecimento era realizada e consideravam a “normalidade”, a “natureza” e a “naturalidade” como fatores pressupostos e inquestionáveis.

Há, portanto, uma raiz histórica profunda no conhecimento e nas práticas médicas e jurídicas que atrela a “loucura” ou os comportamentos desviantes de maneira geral à “criminalidade” e que parte de práticas de poder escamoteadas pelo discurso científico legitimante (BRANCO, 2019; CAETANO, 2019). O processo de segregação dessa população é, assim, perpetuado pela lógica da neutralidade científica, que propõe teorias eugênicas e racistas como verdades universais inquestionáveis, dessa maneira também entendidas pelas políticas criminais. É essa a análise realizada pela estadunidense Angela Davis (2020) ao apontar para as questões de raça e gênero imbricadas nos processos de prisionalização, retomando a importância da compreensão da questão histórica na construção da lógica de perpetuação das estruturas de poder e dominação para a realização de uma leitura crítica a respeito dessa ordem.

Portanto, é claro que o diálogo interdisciplinar é fundamental para a ampliação do conhecimento científico e para a possibilidade de compreensão dos objetos de estudo de maneira menos fragmentária. Todavia, a prática conjunta entre diferentes âmbitos do saber por si só não é suficiente para a produção de conhecimento e

experiências que busquem a concretização de direitos fundamentais dos cidadãos. O diálogo interdisciplinar que se construiu ao longo do tempo e, especialmente – para os fins desta análise – no âmbito do Positivismo Criminológico, teve como finalidade específica a segregação de pessoas com comportamentos desviantes ao padrão de normalidade, incluídos nesse rol os sujeitos diagnosticados com psicopatologia. Entretanto, com as alterações nos paradigmas brasileiros e internacionais referentes à ampliação de direitos sociais, políticos e civis, foi necessária uma rediscussão dos discursos médico-psiquiátrico e jurídico então vigentes.

2.2. Paradigma médico-psiquiátrico, reforma psiquiátrica brasileira e impactos no direito penal

O Brasil não foi exceção à regra de negligência e segregação no atendimento aos sujeitos diagnosticados com psicopatologia, e essa lógica também se estendeu ao âmbito penal. As medidas de segurança eram previstas no país já desde o Código Criminal do Império de 1830 e acompanharam esse movimento positivista de raízes inquisitoriais e racistas, determinando imposição de um tratamento discriminatório a determinadas pessoas mormente pela existência de um diagnóstico de psicopatologia. A fundamentação da imposição de um tratamento da periculosidade pressuposta dessas pessoas tendo em vista apenas esse aspecto de sua vida acarreta a instauração de uma sanção baseada nas suas características pessoais, e não na avaliação concreta do injusto penal cometido, configurando uma lógica de direito penal do autor (WEIGERT, 2017).

Entre o século XIX e a maior parte do século XX, assim, havia uma prevalência na imposição da internação aos pacientes psiquiátricos como meio de controle em instituições totais, de acordo com Ervin Goffman (2010). Um dos grandes exemplos históricos no território brasileiro foi do Hospital Colônia, em Barbacena, que funcionou de 1903 a 1994 e ficou marcado pelos horrores e violações a direitos humanos de seus pacientes, conforme retratado na obra de Daniela Arbex (2013) intitulada “Holocausto Brasileiro”.

Essa lógica também foi perpetuada nos antigos “manicômios judiciais”, que ainda se encontram em funcionamento para o cumprimento das medidas de segurança de internação, porém, agora sob a nomenclatura de Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico. Os hospitais psiquiátricos e manicômios judiciais foram, dessa forma, o marcante retrato de práticas do paradigma médico-psiquiátrico, sendo muitas vezes associados ao poder punitivo judicial e voltados à aniquilação da identidade desses sujeitos e ao controle de seus comportamentos, corpos e vidas (GOFFMAN, 2010).

Nesse ínterim, o principal movimento ocorrido no Brasil em relação à busca pela desconstrução do paradigma médico-psiquiátrico e dos discursos de poder legitimantes de tratamentos segregadores a pessoas diagnosticadas com psicopatologia foi a Reforma Psiquiátrica, que teve sua gênese entre os anos 1970 e 1980. Esse movimento veio como uma reação às políticas privatistas de saúde que foram largamente adotadas pelos governos da Ditadura Militar pela difusão de um modelo denominado de “indústria da loucura”. O paradigma da época buscava a maximização de lucros dos empresários da saúde a partir de fraudes, realização de procedimentos desnecessários, incentivo à cronicidade de doenças e usurpação de recursos do poder público, de acordo com o que afirma Paulo Amarante (1995).

Inicialmente, houve uma proposta da universalização da saúde visando à garantia desse direito fundamental a todos os cidadãos brasileiros, porém, ainda havia um discurso de competência da área privada. Os hospitais e instituições privadas nesse momento histórico prestavam os serviços à população e recebiam os recursos e financiamentos do então chamado INPS (Instituto Nacional de Previdência Social), o que acarretou um *déficit* financeiro significativo à máquina pública. Isso tudo estava aliado às más condições dos hospitais psiquiátricos, que acabavam sendo um verdadeiro “depósito de gente”, segundo o que pode se observar, por exemplo, nas denúncias e relatos escritos por Daniela Arbex (2013) a respeito do Hospital Colônia em Barbacena/MG.

Por conseguinte, a Reforma Psiquiátrica, instaurada por profissionais da área da saúde, buscou a construção de um novo modelo de atenção em saúde mental, com características que desvinculassem desse atendimento do paradigma médico-psiquiátrico privatista vigente. Essa atuação teve grande influência no movimento italiano da antipsiquiatria, preconizado por Franco Basaglia e Franco Rotelli, que visava precisamente a romper com a configuração do saber médico instaurada na época e construir um modelo inclusivo, que tivesse em conta a autonomia e o protagonismo dos sujeitos com diagnóstico de psicopatologia. Para eles, a “loucura” não poderia ser considerada uma patologia e esses sujeitos não poderiam ser marginalizados e invisibilizados, devendo desconstruir-se o modelo do hospital psiquiátrico e buscar a consolidação de um atendimento desinstitucionalizante (BASAGLIA et al., 1994; ROTELLI et al., 1990).

Houve importantes trocas entre profissionais da saúde e pesquisadores brasileiros e italianos nessa época, que buscavam a consolidação desse novo modelo de atenção em saúde mental a fim de romper com a centralização na figura do médico. Por esse motivo, a proposta da Reforma Psiquiátrica esteve grandemente ligada ao atendimento multidisciplinar, engrandecendo a atuação de outros profissionais da saúde nesse contato com os sujeitos atendidos. Essa pauta esteve ligada também à

busca pela realização de atendimento no território em que o sujeito se inseria e vivia suas relações sociais cotidianas, a fim de compreendê-lo de maneira integral, e não apenas como um objeto de estudo e intervenção. Ainda, buscou-se reinterpretar as visões a respeito dos medicamentos psiquiátricos, sem deixar de reconhecer a relevância da “medicação” no tratamento, mas buscando o abandono do processo de “medicalização” do doente como forma de aniquilar sua doença e sua identidade, conceito explicado por Daniele de Andrade Ferrazza et al. (2010).

O movimento da Reforma Psiquiátrica esteve atrelado à busca pela democracia na época (PITTA, 2011) e acarretou a criação de diversos elementos e instituições no país que tinham como principal diretriz esse novo modelo democratizante de intervenção, em especial a RAPS (Rede de Atendimento Psicossocial), os CAPS (Centros de Atendimento Psicossocial) e a articulação entre os diferentes entes de atenção em saúde, seja ela primária, secundária ou terciária, conforme o que apontam Cristina Luzio e Silvio Yasui (2010). Essa rede foi fortalecida conjuntamente com o SUS (Sistema Único de Saúde), a partir dessa proposta de universalização do atendimento e busca pela autonomia dos sujeitos, e vem sendo institucionalizada. Cumpre ressaltar, entretanto, que, com o movimento de “contrarreforma”, que teve início por volta da segunda metade dos anos 2010, segundo as psiquiabras e pesquisadoras Ana Pitta e Ana Paula Guljor (2019), foram configurados significativos desmontes no âmbito da saúde pública, que tendem ao retrocesso na formação dessa rede.

A Reforma Psiquiátrica teve como bandeira a compreensão dos sujeitos diagnosticados com psicopatologia como cidadãos que devem ter seus direitos garantidos, entendendo a saúde enquanto um conceito muito mais amplo. A saúde, a partir desse modelo, não pode ser mais considerada como a não doença, mas um aspecto amplo da vida dos sujeitos, que engloba questões concernentes à moradia, alimentação, arte, trabalho, renda, transporte, lazer e consolidação de direitos, conforme Eraldo Carlos Batista et al. (2016) e Ana Pitta (2011). É evidente, então, que nessa nova construção da saúde mental, a garantia de acesso à justiça e de um tratamento digno no âmbito do Poder Judiciário é fundamental, visto que faz parte do sujeito compreendido em sua integralidade e complexidade.

A partir da perspectiva ampliada de compreensão da saúde, englobando os mais diversos âmbitos da vida dos cidadãos, é imprescindível entender em que medida o Direito foi impactado por essa mudança de paradigma no atendimento em saúde mental. Houve significativos avanços nas políticas públicas de saúde no sentido de garantia dos direitos fundamentais da população, buscando-se um novo modelo calcado na autonomia e no protagonismo dos sujeitos, em detrimento da centralização da figura do médico, e na imposição de tratamentos orientados às políticas

privatistas. Indaga-se, porém, se essa mudança alcançou também as práticas no âmbito do Direito Penal, em especial no que diz respeito às medidas de segurança criminais, aplicadas compulsoriamente a pessoas com diagnóstico de psicopatologia que tenham cometido um injusto penal.

Myriam Mitjavila e Priscilla Mathes (2012) denunciam essa relação a partir da afirmativa de que a luta antimanicomial não alcançou o âmbito judicial até os dias de hoje, visto que os sujeitos diagnosticados com psicopatologia vêm sendo submetidos a decisões judiciais contrárias às diretrizes propostas pela Reforma Psiquiátrica. Desse modo, há um grande embasamento desse movimento nas propostas multi e interdisciplinares de atuação prática e produção do conhecimento, mas o Direito foi alcançado apenas na concretização de normas que regulamentassem minimamente as novas práticas em saúde mental.

A esse respeito, Pitta (2011) afirma que os anos 2000 foram os anos de “Reforma Legal” da Reforma Psiquiátrica, uma vez que diversas leis e normativas foram promulgadas a fim de regulamentar os novos atores, instituições e políticas em saúde mental. Entretanto, nota-se que essa discussão foi demasiadamente superficial no âmbito jurídico, tanto em relação às pesquisas acadêmicas quanto em relação à prática forense.

A Lei 10.216/01, conhecida como Lei da Reforma Psiquiátrica, representou um grande avanço na institucionalização e regulamentação das práticas em saúde mental, em especial na restrição das medidas de internação a casos específicos. Nesse sentido, Daniel Barros e Antônio Serafim (2009) explicam a distinção da internação em três espécies: i) voluntária, em que o sujeito declara por escrito que aceita e tem interesse em sua própria internação; ii) involuntária, geralmente solicitada por familiares e autorizada por médico ou então realizada por médico devido a necessidade clínica, sempre com comunicação ao Ministério Público; e iii) compulsória, por determinação judicial, como é o caso das medidas de segurança. Todavia, apesar dessa normatização, as instituições jurídicas ainda se utilizam da internação (e da curatela/interdição) como mecanismos que “revigoram práticas de caráter punitivo e repressivo” (BARISON; GONÇALVES, 2016, p. 42).

Assim, a Reforma Psiquiátrica foi um movimento de enorme importância no cenário brasileiro de busca pela desconstrução do modelo médico-psiquiátrico e da reestruturação da lógica de poder que permeia as relações de pessoas com diagnóstico de psicopatologia. Contudo, apesar de essas mudanças terem perpassado por importantes regulamentações legislativas, a literatura aponta para um impacto inexpressivo nas análises e práticas no âmbito do Direito, pela diminuta participação na pesquisa e no atendimento multidisciplinar em saúde mental.

Especialmente em relação às normativas do Direito Penal, críticos afirmam que o paradigma médico-psiquiátrico vem sendo perpetuado como meio de utilizar o saber médico para a legitimação das práticas punitivas e do poder policial em face de grupos mais vulneráveis, deixando de utilizar os parâmetros e normativas estabelecidas pela Reforma Psiquiátrica nos casos que envolvem pessoas com diagnóstico de psicopatologia (BARISON; GONÇALVES, 2016; CAETANO, 2019).

Em termos de atualização normativa no âmbito penal, pouco se alterou em relação às medidas de segurança conforme as novas diretrizes em saúde mental. Conforme dito anteriormente, a base das intervenções na vida dessa população a partir de uma perspectiva criminal era o livre-arbítrio e a liberdade para o cometimento de condutas consideradas criminosas, considerando-se que sujeitos com psicopatologia não tinham capacidade de optar por cometer ou não um injusto penal. Atualmente, o norte da aplicação das medidas de segurança é a inexistência da culpabilidade devido à inimputabilidade desses sujeitos: considera-se que, devido a um diagnóstico de psicopatologia, essas pessoas não são capazes de compreender o caráter ilícito de suas condutas ou de se autodeterminar de acordo com a conduta exigida.

O fundamento da avaliação da conduta criminosa passa da “responsabilidade” à “culpabilidade”, deixando-se de questionar o livre-arbítrio para investigar sobre a capacidade de entendimento e autodeterminação dessas pessoas. Nos termos da lei penal e processual penal, entretanto, o fundamento para a aplicação da medida de segurança é a periculosidade, que é um elemento pressuposto como inerente a esses sujeitos a partir do momento em que há um ilícito penal e um diagnóstico de psicopatologia combinados. Logo, a previsão normativa das medidas de segurança ainda atribui características inerentes aos sujeitos diagnosticados com psicopatologia a fim de justificar a imposição de tratamento, demonstrando seu caráter estigmatizante e perpetuando atendimentos negligentes e segregadores.

Destarte, devido a esse posicionamento crítico na literatura a respeito da configuração das medidas de segurança, faz-se fundamental a análise acerca da prática do diálogo entre a área jurídica e área da saúde no tocante às diretrizes estabelecidas pela Reforma Psiquiátrica.

A análise de dados dessa pesquisa se baseou nas sentenças que determinaram a medida de segurança a sujeitos diagnosticados com psicopatologia a fim de compreender de que maneira estabelecem diálogo com o campo da saúde mental, a partir do uso dos laudos psiquiátricos como meio para fundamentar a decisão pela aplicação do tratamento. Dessa maneira, após considerações sobre o recorte metodológico, o trabalho se encarregará de expor a análise dos dados coletados de modo a compreender o atual modelo penal-psiquiátrico à luz do paradigma de

interdisciplinaridade do Positivismo Criminológico e das diretrizes da Reforma Psiquiátrica brasileira.

3. FUNDAMENTOS DA APLICAÇÃO DE MEDIDA DE SEGURANÇA

3.1. *Considerações metodológicas*

Com o objetivo de analisar a relação entre Medicina e Direito no âmbito da aplicação das medidas de segurança, foram selecionados laudos e sentenças em diálogo que, ao final, aplicassem medidas de segurança de internação ou tratamento ambulatorial a sujeitos diagnosticados com psicopatologia. Visto que o cumprimento das medidas de segurança pode ocorrer em diversas instituições (especialmente devido à modalidade ambulatorial), muitas vezes, até mesmo nas penitenciárias, a seleção das sentenças foi feita diretamente no recurso “Consulta de Julgados de 1º Grau” do portal *on-line* do Tribunal de Justiça de São Paulo.

Por se tratar de um recurso *on-line*, é importante ressaltar que só estiveram disponíveis as sentenças de processos digitais ou processos físicos com sentenças digitalizadas, excluindo-se os processos físicos cujas sentenças não tenham sido inseridas nesse banco de dados do Tribunal.

A respeito do recorte espacial, foi eleito o município de São Paulo devido à sua dimensão – cidade com o maior número de habitantes do país – bem como por ser a sede do Grupo de Estudos que originou este trabalho. Portanto, deve-se desde já ter em conta as limitações regionais deste estudo, visto que trata de dados pertinentes a apenas uma capital brasileira que, mesmo sendo a maior delas, ainda não necessariamente permite macrogeneralizações para o estado, região ou país em que se insere.

Em continuidade, sobre a limitação temporal, a coleta dos dados teve início no ano de 2020 e, por isso, foram escolhidos os dados do ano de 2019, visto que eram os mais recentes disponíveis. Já a limitação do prazo de um ano se justificou pela quantidade viável de dados a ser analisados para este artigo. Novamente, pela necessidade de realização de recorte a fim de viabilizar a pesquisa, os resultados estão restritos temporalmente ao ano de 2019, podendo haver variações relativas a outros períodos, que só seriam verificadas com sua análise mais aprofundada.

A partir dos recortes, foram selecionadas as palavras-chave para que pudessem ser encontradas as sentenças que determinaram medida de segurança aos pacientes, tendo sido utilizados os termos “medida de segurança”, “absolver impropriamente”, “absolvo impropriamente” ou “absolvição imprópria” nas buscas. Vale ressaltar que os termos “tratamento ambulatorial” e “internação” não foram usados na metodologia do trabalho porque trouxeram demasiados resultados discrepantes do objeto

desta pesquisa, e aqueles resultados que foram pertinentes já haviam sido devidamente contemplados pelas outras palavras-chave. Os resultados que tratassem de sentenças que apenas mencionavam as palavras-chave sem imposição de medida de segurança foram excluídos – foi o caso, por exemplo, de sentenças que se utilizavam do termo “medida de segurança” apenas como citação de jurisprudências.

Como resultado, foram encontrados 59 casos de aplicação de medida de segurança. Para cada um deles, foi tabulado, quando disponível: i) número do processo; ii) nome do/a réu/ré; iii) raça; iv) idade quando do cometimento do injusto; v) estado civil; vi) escolaridade; vii) profissão; viii) sexo; ix) espécie de medida aplicada; x) prazo mínimo do cumprimento; xi) diagnóstico (CID) no laudo psiquiátrico; xii) espécie de tratamento indicada pelo perito; xiii) tempo mínimo de cumprimento indicado pelo perito; xiv) data do fato; xv) data da sentença; xvi) foro; xvii) vara; xviii) tipo penal cometido; e xix) pena em abstrato aplicada ao tipo (reclusão ou detenção). É importante ressaltar que os a análise dos dados dos itens iii) a vii) foi feita diretamente dos boletins de ocorrência constantes no processo, portanto, com base na coleta das informações em sede policial.

Com a base de dados elaborada com tais informações, foi possível, assim, realizar o levantamento do perfil dos sujeitos submetidos à medida de segurança nos processos em questão, bem como compreender algumas dinâmicas de inter-relação entre os laudos psiquiátricos elaborados a título de perícia e as sentenças judiciais que determinaram a absolvição imprópria dos sujeitos.

Além disso, em uma leitura exploratória das sentenças, foi percebido que se tratava de material rico para análise, visto que continha a fundamentação dos magistrados para a aplicação da medida de segurança, com frequentes menções aos laudos psiquiátricos. Por esse motivo, foi realizado um segundo exame no trabalho, com investigação qualitativa, a partir do método de análise de conteúdo, proposto por Laurence Bardin (2011), conforme o qual a aplicação da medida pelos magistrados foi esmiuçada e analisada.

Para os quatro processos em que os laudos periciais não estiveram disponíveis, as sentenças não foram analisadas, uma vez que não haveria como realizar a comparação sobre o que foi sugerido pelo perito e o que foi fundamentado pelo magistrado. Dessa forma, 55 sentenças foram analisadas, mas, para a investigação pretendida, foram selecionados apenas os trechos que contivessem fundamentação a respeito da aplicação da medida de segurança. A análise de autoria e materialidade do delito, por exemplo, não foi levada em consideração na metodologia qualitativa do trabalho, tendo sido utilizados os parágrafos ou sentenças que explicitamente avaliavam a imputabilidade dos sujeitos e que fundamentavam a melhor espécie de medida para o caso em questão.

Tendo isso em conta, foi feita análise de registro por parágrafos (FIORIN, 2000), já que permitiam uma compreensão mais ampla a respeito da fundamentação, e identificados os seguintes elementos: i) uso do laudo pericial como elemento fundamental para o reconhecimento da inimputabilidade; ii) fundamento para a justificativa da modalidade de medida de segurança aplicada; iii) existência de justificativa para aplicação de internação para casos puníveis com detenção; e iv) existência de justificativa para aplicação de tratamento ambulatorial para casos puníveis com reclusão. A partir das justificativas explícitas usadas para a aplicação de cada espécie de medida de segurança, foram generalizados os dados em algumas categorias, que permitiram a composição de banco de dados e compreensão global da questão. Deve-se ressaltar que para cada sentença foi possível o uso de mais de uma categoria de fundamentação para a escolha da medida detentiva ou restritiva, o que resultou em 120 respostas, mesmo que houvesse apenas 55 sentenças analisadas.

3.2. *Perfil dos sujeitos analisados*

A partir da metodologia aplicada, em relação à porção quantitativa da pesquisa, pode-se afirmar que o perfil médio do sujeito submetido à medida de segurança nos recortes anteriormente especificados é de um homem negro, solteiro, de 35 anos, com ensino fundamental completo e desempregado, que cometeu injusto penal contra o patrimônio e com diagnóstico de esquizofrenia. Existem, assim, algumas importantes similaridades com a população prisional regular do país, segundo relatórios do Infopen de 2017 (MOURA, 2019), bem como com a população geral submetida à medida de segurança, de acordo com os dados levantados pela socióloga Débora Diniz (2013). Entretanto, há também algumas diferenças importantes, especialmente no tocante à menor disparidade entre gênero e raça, maior escolaridade e maior faixa etária média.

Inicialmente, é importante destacar a dificuldade, incompletude e baixa confiabilidade da obtenção de dados do perfil dessa população. Conforme dito anteriormente, os dados de raça, idade, estado civil, escolaridade e profissão foram extraídos dos boletins de ocorrência elaborados em sede policial e, assim, em grande parte dos casos, não havia dados completos a respeito de cada sujeito. Desse modo, dos 59 processos analisados, 3 não continham dados de idade, 9 não declararam o estado civil, 11 não apresentaram a raça, 15 deles não tinham a escolaridade e 21 não relataram a profissão.

Vale salientar que a ausência de dados é um dado em si, na medida em que demonstra a despreocupação com a formulação de políticas públicas a essa população e a irrelevância de seu perfil para as instituições governamentais. Thayara Castelo

Branco (2019) ressalta em sua obra a dificuldade na obtenção de dados junto à Justiça Criminal, que é agravada ainda mais nos casos em que há aplicação de medida de segurança. Para a autora, trata-se de uma das estratégias utilizadas para o processo de invisibilização dessa população, pois a omissão dos dados impede análises mais aprofundadas, formulação de propostas e articulação de projetos para a garantia dos direitos fundamentais desses indivíduos.

Nesse mesmo sentido, a autora Clarice Seixas Duarte (2013) aponta que a avaliação é a etapa do ciclo de políticas públicas responsável por realizar um mapeamento do campo e da população e por viabilizar o desenho de políticas públicas orientadas para fins específicos. Dessa forma, a inexistência de dados dificulta a promoção e a garantia de direitos e cidadania dessa população.

Portanto, a partir dos dados existentes, é possível afirmar que a população analisada apresentou uma porcentagem de 71,2% de homens contra 28,8% de mulheres, bem como 60,4% de negros³ em face de 39,6% de brancos (sem registro de outras etnias nos boletins de ocorrência). Há uma grande quantidade de pessoas solteiras nesse grupo, alcançando uma porcentagem de 74%, que foi seguida pelos casados (14%), pessoas em união estável (8%) e sujeitos divorciados e viúvos (2% cada categoria). Em relação à escolaridade, a maior parte dos indivíduos havia terminado o ensino fundamental, mas há uma porcentagem significativa de pessoas que haviam iniciado ou concluído o ensino superior, conforme os dados da Tabela 1.

Tabela 1 – Grau de escolaridade

ENSINO	QUANTIDADE	PORCENTAGEM
Ensino Fundamental Incompleto	6	13,6%
Ensino Fundamental Completo	19	43,2%
Ensino Médio Incompleto	3	6,8%
Ensino Médio Completo	8	18,2%
Ensino Superior Incompleto	2	4,5%
Ensino Superior Completo	6	13,6%

Fonte: Tabela elaborada pela autora (2022).

3. Tendo em vista a profunda e complexa discussão acerca do “colorismo” enquanto um sistema de hierarquização social, trazido por Alessandra Devulsky (2021), é importante ressaltar que a subdivisão de uma raça historicamente oprimida é uma estratégia de poder da branquitude para minimização dos números, encarceramento e submissão a políticas punitivistas, utilizada tanto nos registros de boletins de ocorrência como nos documentos

Apesar de não existir registro em 21 dos casos analisados, foram diversas as profissões encontradas a partir dos registros dos boletins de ocorrência: açougueiro, administrador, ajudante geral, aposentado, autônomo, auxiliar de limpeza, bancário, bombeiro, comerciante, dama de companhia, dona de casa, entregador, estudante, gerente de produção, jornalista, mecânico, médico, modelo, motorista, pintor e vendedor. Em cada categoria apresentou-se geralmente um ou dois indivíduos, entretanto, os desempregados somaram dez indivíduos, ou seja, quase 30% dos valores sobre os quais se tinham dados.

Ainda, em relação aos injustos penais cometidos, praticamente metade dos casos tratava de crimes contra o patrimônio, seguidos por crimes previstos na Lei de Drogas, crimes contra a pessoa e crimes contra a liberdade individual, conforme se pode observar na Tabela 2; em relação às outras categorias, nenhuma delas passou de 5% dos casos.

Tabela 2 – Injustos penais cometidos

CRIME	QUANTIDADE	PORCENTAGEM
Lei de armas	2	2,9%
Crimes contra a administração pública	1	1,5%
Crimes contra a dignidade sexual	3	4,4%
Estatuto da Criança e do Adolescente	1	1,5%
Crimes contra a fé pública	1	1,5%
Crimes contra a honra	1	1,5%
Crimes contra a incolumidade pública	2	2,9%
Crimes contra a liberdade individual	7	10,3%
Crimes contra o patrimônio	32	47,1%
Crimes contra a pessoa	9	13,2%
Lei de drogas	9	13,2%

Fonte: Tabela elaborada pela autora (2022).

Por fim, em relação aos diagnósticos de psicopatologia presentes nos laudos psiquiátricos, 34,1% dos sujeitos apresentavam esquizofrenia ou transtorno psicótico, 24,2% continham algum tipo de retardo mental e 12,1% tinham transtornos mentais relacionados ao uso de álcool ou outras drogas. Em relação a outros diagnósticos, foram todos inferiores a 10% do total, ressaltando que muitos dos sujeitos foram diagnosticados com duas ou mais psicopatologias em apenas um laudo e processo.

oficiais. Para os fins dessa análise, portanto, “pretos” e “pardos” foram unidos em apenas uma categoria, chamada aqui de “negros”.

A partir de tais dados apontados, é importante a realização de um breve comparativo com os dados do sistema penitenciário trazidos pelo Infopen (MOURA, 2019) e da população em medida de segurança no país, cujo perfil foi levantado e analisado por Débora Diniz em 2013 com base nos dados do Censo de 2011. Inicialmente, em relação ao gênero, em todos os casos os homens são maioria, mas, nos casos aqui analisados, a desproporção entre homens e mulheres é menor (71% de homens), visto que nos dados de Diniz (2013), a população masculina era de 92% e, na população carcerária brasileira, esse número é superior a 95%.

Em relação à raça, a lógica também é a mesma em todas as populações, com maior número de negros em relação a brancos: nesta pesquisa são 60% de negros, na população carcerária, 64%, e, na medida de segurança global levantada por Diniz, a proporção é menor, visto que 53% das pessoas eram negras. Entretanto, vale ressaltar que nesse último relatório não havia registro de raça em 16% dos casos, similarmente a esta pesquisa, em que não há registro em 18% dos casos.

Ainda, a faixa etária dos sujeitos aqui analisados é muito próxima da idade média das pessoas em medida de segurança no Brasil, mas consideravelmente superior à idade média dos presos regulares do país, que se encontram majoritariamente na faixa dos 18 aos 24 anos de idade (MOURA, 2019). Novamente, em relação ao estado civil, lembrando que os solteiros nesta pesquisa são 74%, esse dado é muito similar ao da população em medida de segurança levantado por Diniz (2013), mas um pouco distante da realidade da população prisional regular: nas medidas de segurança, 77% das pessoas são solteiras, enquanto no cárcere esse número cai para 55%. A respeito da escolaridade, há mais pessoas com ensino superior completo nesta pesquisa que nos outros cenários, entretanto, em todos eles a grande parte dos casos se concentra em sujeitos com ensino fundamental incompleto ou completo.

Há duas outras variáveis importantes aqui analisadas para as quais não há dados nos relatórios da população carcerária regular, porém, se assemelham muito com os dados trazidos por Diniz (2013) a respeito das medidas de segurança. Sobre as profissões encontradas, conforme dito, em grande parte dos casos, os sujeitos se encontravam desempregados e, no caso de exercerem um ofício, muitas vezes eram profissões que não exigiam extensa qualificação, como de ajudante geral, auxiliar de limpeza ou entregador. Desse modo, é possível concluir que o perfil da população aqui analisada é bastante semelhante ao perfil da população submetida à medida de segurança no país como um todo, de acordo com o que afirma Diniz:

“Nos 26 ECTPs, havia uma concentração de indivíduos em profissões que exigem pouca ou nenhuma qualificação técnica e educacional. Trabalhadores de serviços administrativos, vendedores do comércio, trabalhadores da área agropecuária, florestais e da pesca concentravam 31% (1.228) das ocupações. Trabalhadores

da produção de bens e serviços industriais exerciam 22% (875) das ocupações. Aqueles sem profissão constituíam 17% (687) da população total. Havia 4% (159) de indivíduos aposentados. [...] Além disso, 1% (48) era de profissionais das ciências e das artes e 0,8% (33) era de profissionais das forças armadas, policiais e bombeiros militares.” (DINIZ, 2013, p. 39).

Finalmente, o diagnóstico psiquiátrico apresentado nos dados referentes à população em medida de segurança geral no país também foi muito similar aos dados aqui encontrados. A grande concentração dos diagnósticos em ambos os casos foi de sujeitos com esquizofrenia, com 34% dos dados levantados sobre o município de São Paulo em 2019 e 42% no relatório global. Também, em ambos os casos, o segundo maior resultado foi dos retardos mentais, com 13% em São Paulo e 16% no global; seguido por transtornos devido ao uso de álcool ou outras drogas, constando que representaram 12% dos casos paulistanos e 11% dos casos gerais brasileiros. No mesmo sentido do banco de dados desta pesquisa, outros diagnósticos tiveram valores bem menos expressivos, não ultrapassando 5% do total.

Houve divergência em relação aos injustos penais majoritariamente cometidos, visto que, no caso do relatório global, houve maior incidência de crimes contra a vida (43%) e contra a dignidade sexual (15%), embora uma parte significativa dos sujeitos também tenha cometido injustos contra o patrimônio (29%). Ainda assim, o perfil dos sujeitos deste trabalho e do perfil geral da população brasileira em medida de segurança é absolutamente similar, fazendo com que os dados a seguir apresentados sobre a relação entre a sentença e o laudo pericial tenham maior grau de confiabilidade e possibilidade de aplicação a outros contextos do país.

3.3. Análise quantitativa das medidas indicadas nos laudos e aplicadas nas sentenças

Tendo em conta o perfil populacional dos sujeitos nos processos analisados, a segunda etapa de análise consistiu em cruzar as variáveis desse perfil com a indicação pelo laudo médico-psiquiátrico e a aplicação na sentença das diferentes espécies de medida de segurança. Assim, em relação ao sexo, houve uma diferença considerável, visto que os homens são muito mais submetidos à medida de internação que as mulheres: mais da metade deles (56,1%) foram internados, enquanto houve apenas dois casos de internação feminina (13,4% dos dados disponíveis), conforme os dados da Tabela 3.

Tabela 3 – Indicação e aplicação de medida de segurança de acordo com o sexo

SEXO MASCULINO		
	Determinação da sentença	
Recomendação do laudo	Internação	Tratamento Ambulatorial
Internação	15 (37,5%)	
Tratamento Ambulatorial	7 (17,5%)	18 (45,0%)

SEXO FEMININO		
	Determinação da sentença	
Recomendação do laudo	Internação	Tratamento Ambulatorial
Internação	1 (6,7%)	
Tratamento Ambulatorial	1 (6,7%)	13 (86,7%)

Fonte: Tabela elaborada pela autora (2022).

É importante notar que há um enrijecimento do tratamento judicial ainda mais forte em relação aos homens, haja vista que, em 17,5% dos casos, mesmo com a indicação de tratamento ambulatorial pelo médico psiquiatra, foi determinado o cumprimento de internação pelo juiz. O disparate da diferença em relação à internação e o tratamento ambulatorial é muito maior em relação à sentença do que ao laudo pericial: em 62,5% dos casos, os peritos sugeriram a aplicação da medida ambulatorial aos homens, mas, em quase um terço desses casos, o juiz não seguiu a proposta do médico psiquiatra.

Já em relação à raça, não houve diferença significativa do tratamento aplicado a negros e brancos em relação à espécie da medida de segurança. Em ambos os casos, a quantidade de internações ficou próxima da metade dos processos analisados, enquanto o tratamento ambulatorial representou pouco mais que 50% do total de casos com dados disponíveis. No mesmo sentido, a quantidade de internações determinadas judicialmente, mesmo com a existência de laudo sugerindo que a melhor intervenção seria ambulatorial, girou em torno de 15%, tanto para brancos como para negros, conforme se pode depreender da Tabela 4. Vale ressaltar mais uma vez que os dados disponíveis em relação à raça estiveram desfalcados por conta da ausência de informações (e da baixa confiabilidade) nos boletins de ocorrências juntados nos processos judiciais.

Tabela 4 – Indicação e aplicação de medida de segurança de acordo com a raça

BRANCOS		
	Determinação da sentença	
Recomendação do laudo	Internação	Tratamento Ambulatorial
Internação	6 (31,6%)	
Tratamento Ambulatorial	3 (15,8%)	10 (52,6%)

NEGROS		
	Determinação da sentença	
Recomendação do laudo	Internação	Tratamento Ambulatorial
Internação	10 (34,5%)	
Tratamento Ambulatorial	4 (13,8%)	15 (51,7%)

Fonte: Tabela elaborada pela autora (2022).

Assim como a raça, o crime cometido parece não ter sido um fator que definiu a aplicação de tratamento ambulatorial ou internação, já que que em pouquíssimos casos houve grande discrepância entre a quantidade de cada medida aplicada. Conforme já exposto, os crimes contra o patrimônio foram bastante significativos nas sentenças analisadas, entretanto, houve uma distribuição quase igual entre a medida de internação (13 casos) e a medida ambulatorial (16 casos). Apenas no caso dos crimes contra a liberdade individual e tráfico de drogas, houve maior diferença: no primeiro caso foram seis internações contra um tratamento ambulatorial, e no segundo uma internação para oito tratamentos ambulatoriais. Considera-se interessante que haja uma maior tendência na aplicação da medida ambulatorial aos crimes previstos na Lei de Drogas, uma vez que 30% da população carcerária masculina atualmente no Brasil está presa devido a crimes dessa mesma natureza.⁴

No mesmo sentido, o diagnóstico constante no laudo pericial não teve impacto tão significativo na atribuição da espécie de medida de segurança, visto que, em grande parte dos casos, os valores da internação estiveram bastante próximos dos valores do tratamento ambulatorial. Essa lógica pode ser observada na Tabela 5,

4. Ressalte-se que, em nenhum dos casos de injustos penais previstos na Lei de Drogas, os sujeitos foram diagnosticados com transtornos mentais e comportamentais devidos ao uso de álcool ou outras drogas.

em que 48,4% dos diagnósticos foram encaminhados para internação e 51,6%, para o tratamento ambulatorial. Deve-se salientar que, em relação aos diagnósticos, o número absoluto foi de 91 casos, mesmo com apenas 59 sentenças e 55 laudos analisados, pois em várias situações houve mais de um diagnóstico para o mesmo sujeito.

Tabela 5 – Aplicação de medida de segurança de acordo com o diagnóstico médico-psiquiátrico

DIAGNÓSTICO CONSTANTE NO LAUDO PERICIAL	INTERNAÇÃO		TRATAMENTO AMBULATORIAL		TOTAL	
Transtornos mentais orgânicos	3	3,3%	1	1,1%	4	4,4%
Transtornos mentais e comportamentais devidos ao uso de álcool ou outras drogas	6	6,6%	5	5,5%	11	12,1%
Psicoses	16	17,6%	15	16,5%	31	34,1%
Transtorno afetivo bipolar		0,0%	5	5,5%	5	5,5%
Depressão/ansiedade		0,0%	4	4,4%	4	4,4%
Transtorno de adaptação	1	1,1%		0,0%	1	1,1%
Transtornos da personalidade	5	5,5%	2	2,2%	7	7,7%
Transtornos Dos Hábitos e Dos Impulsos	1	1,1%	1	1,1%	2	2,2%
Retardos mentais	12	13,2%	10	11,0%	22	24,2%
Distúrbio da atenção e do comportamento		0,0%	1	1,1%	1	1,1%
n/c		0,0%	3	3,3%	3	3,3%
TOTAL	44	48,4%	47	51,6%	91	100,0%

Fonte: Tabela elaborada pela autora (2022).

Ainda, em cruzamento do perfil populacional com as aplicações de medida de segurança, observou-se que a idade média mais baixa foi das pessoas submetidas à internação após a recomendação dessa medida pelo perito (32 anos), seguida pelas pessoas submetidas à medida ambulatorial no mesmo sentido da opinião do experto (36 anos). O grupo de sujeitos que foi submetido à internação contrariamente à indicação do laudo pericial teve a maior idade média, alcançando 38 anos de idade.

Também é importante que se note a diferença entre as indicações de tratamento ambulatorial pelos profissionais da saúde em relação às medidas em liberdade aplicadas pelos juízes: em mais de 70% dos casos analisados, os peritos recomendaram a medida ambulatorial, mas, em 59% dos casos, essa medida foi a aplicada pelos magistrados. Assim, na maior parte dos casos, a opinião do experto foi seguida, mas é fundamental ressaltar que, em 15% dos casos, a medida sugerida foi agravada no

momento da aplicação da sentença. Enquanto isso, não houve nenhum caso em que o perito tenha afirmado que a internação seria a melhor alternativa e o julgador tenha optado por aplicar a medida ambulatorial ao sujeito (Tabela 6).

Tabela 6 – Relação do tratamento sugerido no laudo pericial e do tratamento aplicado na sentença

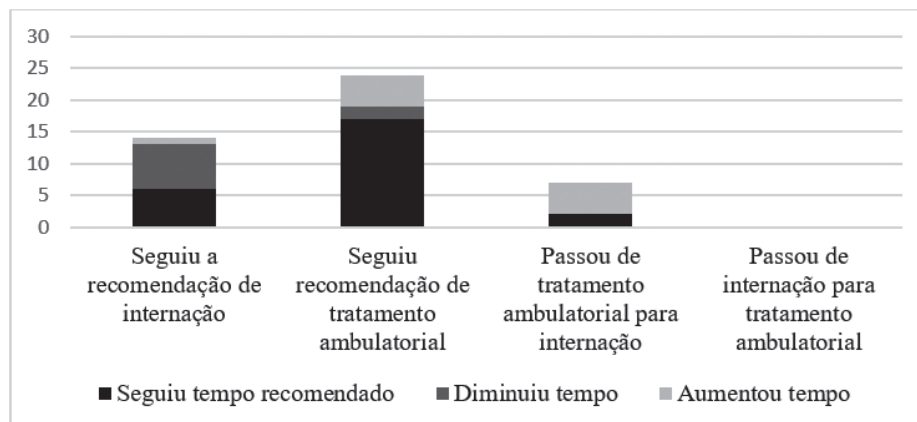
TRATAMENTO SUGERIDO NO LAUDO PERICIAL	TRATAMENTO APLICADO NA SENTENÇA		
	Internação	Tratamento ambulatorial	Total
Internação	16	0	16
Tratamento ambulatorial	8	31	39
Total	24	31	55

Fonte: Tabela elaborada pela autora (2022).

Da mesma forma, em grande parte dos casos (42,4%), o magistrado adotou o mesmo tempo mínimo para o cumprimento da medida do que o recomendado pelo psiquiatra, tendo aumentado esse tempo em 18,6% dos casos e diminuído em 15,3% deles. Insta salientar que, na grande maioria dos casos de diminuição do tempo, foi aplicada medida de internação, em acordo com a opinião do perito.

Em suma, na maior parte das sentenças, foi seguida a recomendação de espécie de medida e tempo mínimo a ser cumprido (23 casos); contudo, houve também: i) cinco casos em que a medida de internação foi seguida, mas o tempo diminuído; ii) um caso em que a medida de internação foi seguida e o tempo foi aumentado; iii) dois casos em que o tratamento ambulatorial foi seguido e o tempo foi diminuído; iv) cinco casos em que o tratamento ambulatorial foi seguido, mas o tempo foi aumentado; v) dois casos em que o tempo mínimo recomendado foi seguido, mas aplicou-se internação em vez de tratamento ambulatorial; e vi) cinco casos em que não apenas foi aplicada internação em detrimento da medida ambulatorial, como também foi aumentado o tempo mínimo para o cumprimento (Gráfico 1).

Gráfico 1 – Correlação entre laudo e sentença no tocante à espécie de medida e ao tempo mínimo



Fonte: Gráfico elaborado pela autora (2022).

Tem-se, portanto, que, em mais de 51% dos casos com todos os dados disponíveis (tempo e espécie recomendados pelo perito; tempo e espécie aplicados pelo magistrado), a recomendação pericial foi seguida integralmente no momento da aplicação da medida de segurança. Fora isso, mais de 30% seguiram o regime indicado, mesmo que tenha aumentado ou diminuído o tempo mínimo para seu cumprimento; e 4% seguiram o tempo indicado, mesmo alterando a sugestão da medida ambulatorial para internação. De todos os casos disponíveis, então, apenas 11% se desvencilharam totalmente das sugestões dos laudos, aplicando medida de internação em vez de tratamento ambulatorial e aumentando o tempo mínimo para o cumprimento que havia sido sugerido.

Observa-se, nesse sentido, que há uma grande vinculação da sentença ao laudo pericial, ainda que o juiz não esteja obrigado a seguir a recomendação e a palavra do experto. Ao contrário, não foi observada vinculação das sentenças com o disposto no art. 97, do Código Penal, que dispõe que “se o agente for inimputável, o juiz determinará sua internação (art. 26). Se, todavia, o fato previsto como crime for punível com detenção, poderá o juiz submetê-lo a tratamento ambulatorial” (BRASIL, 1940). Nos termos desse código, a regra para os crimes apenados com reclusão seria de internação e, para aqueles injustos cuja pena abstrata seria de detenção, poder-se-ia aplicar a medida ambulatorial, ainda que a internação seja o padrão.

Na exposição de motivos da Reforma Penal de 1984, o legislador deixou claro que a medida ambulatorial (detentiva) surge como uma alternativa mais bem

adaptada às tendências desinstitucionalizantes do período; entretanto, afirma ser um exagero a eliminação da internação:

“O Projeto consagra *significativa inovação* ao prever a medida de segurança restritiva, consistente na sujeição do agente a tratamento ambulatorial, cumprindo-lhe comparecer ao hospital nos dias que lhe forem determinados pelo médico, a fim de ser submetido à modalidade terapêutica prescrita. [...] Corresponde a inovação às atuais tendências de ‘desinstitucionalização’, *sem o exagero de eliminar a internação*. Pelo contrário, o Projeto estabelece limitações estritas para a hipótese de tratamento ambulatorial, apenas admitido quando o ato praticado for previsto como crime punível com detenção.” (BRASIL, 1983, grifos meus).

Assim, de acordo com o ordenamento penal brasileiro, a regra de aplicação da medida, mesmo com os avanços da Reforma Psiquiátrica, seria a da internação. No entanto, os magistrados em regra não estiveram tão ligados a essa instrução quando da aplicação das sentenças, estando suas decisões muito mais atreladas às diretrizes lançadas pelos peritos, como se pode observar na Tabela 7, a seguir.

Tabela 7 – Relação do tratamento sugerido no laudo pericial e do tratamento aplicado na sentença

PENA EM ABSTRATO / TRATAMENTO SUGERIDO NO LAUDO PSIQUIÁTRICO	DETERMINAÇÃO DA SENTENÇA	
	Internação	Tratamento Ambulatorial
Reclusão e detenção		
internação	3	0
tratamento ambulatorial	1	1
Reclusão		
internação	12	0
tratamento ambulatorial	6	27
Detenção		
internação	1	0
tratamento ambulatorial	1	3

Fonte: Tabela elaborada pela autora (2022).

Conforme se pode aduzir do elemento gráfico supraindicado, em mais da metade dos casos com dados disponíveis (55), o magistrado seguiu a recomendação constante no laudo médico-psiquiátrico como o melhor tratamento para os sujeitos em questão, aplicando o tratamento ambulatorial embora o crime fosse punível

com reclusão. Em 18 casos (32,73%), ainda, foi seguido o perito, mas essa opinião do especialista foi coincidente com as diretrizes estabelecidas na normativa penal.

Em sete dos casos, ou 12,73% do total, entretanto, o magistrado optou por seguir as disposições do Código Penal, aplicando a medida de internação, mesmo que a opinião do médico psiquiatra tenha sido de determinação de tratamento ambulatorial. Em mais um caso, a sentença seguiu a recomendação do perito de promover a internação, ainda que a lei penal estabelecesse a possibilidade de medida ambulatorial. E, finalmente, em um último processo, mesmo com a previsão legal de tratamento restritivo e com a recomendação do especialista pelo tratamento em liberdade física, o juiz determinou o cumprimento da medida de segurança na modalidade de internação.

A esse respeito, cumpre salientar que não houve qualquer registro de que o julgador tenha aplicado a medida restritiva, mesmo com previsão no Código Penal, a não ser que tenha seguido a indicação do perito: na realidade, mais que isso, não houve nenhum caso em que o juiz tenha aplicado medida de segurança ambulatorial sem a orientação do perito. Desse modo, torna-se evidente a vinculação da sentença com os laudos periciais produzidos pelos médicos psiquiatras, exceto nos casos em que o juiz decide por aplicar medida mais rigorosa, de internação, por seguir os parâmetros do Código Penal ou pelo seu livre convencimento, mesmo que haja possibilidade de aplicação de medida ambulatorial. Nesse sentido, foi realizada uma breve análise das sentenças em questão, a fim de compreender se a fundamentação do magistrado de fato é argumentada sobre os elementos trazidos nos laudos e de que maneira isso ocorre.

3.4. *Análise da fundamentação das sentenças*

Conforme exposto nas considerações metodológicas, os elementos analisados na porção qualitativa da pesquisa foram: o uso do laudo como fundamento para reconhecimento da inimputabilidade; os argumentos para fundamentar a espécie de medida de segurança aplicada; a justificativa para medida ambulatorial para injusto punível com reclusão; e a justificativa para medida de internação a injusto punível com detenção.

Em relação ao primeiro elemento analisado, cumpre expor que, em apenas uma das sentenças, o fundamento da sentença não foi o laudo pericial realizado nos autos do processo ou em incidente de insanidade mental. Isso porque, nesse caso específico, já havia sido realizada perícia em outro processo criminal, motivo pelo qual o magistrado considerou suficiente essa perícia como prova emprestada no reconhecimento da inimputabilidade do réu: esse indivíduo já havia sido internado em

Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico em outra oportunidade e, para o julgador, esses elementos foram suficientes para a compreensão da psicopatologia e da incapacidade de compreensão e/ou autodeterminação dessa pessoa.

Trata-se de caso excepcional, entretanto, não se pode deixar de notar que não houve avaliação sobre a capacidade de compreensão e/ou autodeterminação do sujeito em relação ao crime especificamente avaliado naquele processo judicial. Para o magistrado, bastou a comprovação da existência de um diagnóstico de psicopatologia pretérito para se assumir que o sujeito era inimputável, atrelando diretamente uma característica pessoal à inimputabilidade, independentemente da avaliação de sua capacidade de compreensão/autodeterminação dos fatos concretos do injusto cometido. Essa lógica se assemelha à relação das teorias positivistas com a questão da “loucura”, pois assume que a mera existência de um diagnóstico psicopatológico garante a incapacidade e, consequentemente, a periculosidade do sujeito, já que é esse o fundamento da aplicação da medida de segurança.

Em relação ao primeiro dado analisado, portanto, restou evidente que os magistrados se utilizam dos laudos periciais e, sobretudo, do diagnóstico da psicopatologia dos sujeitos para justificar a existência de inimputabilidade e a aplicação da medida de segurança. Há uma fortíssima inter-relação entre o âmbito do Direito Penal e da Medicina Psiquiátrica, porém, não há de fato um diálogo interdisciplinar entre as duas áreas de atuação.

A comunicação realizada nos autos dos processos criminais ocorre meramente a partir da obrigatoriedade de produção do laudo por parte do médico e do livre convencimento em acatar ou não a sugestão da perícia pelo julgador. Observa-se que não há comunicação com a intenção de troca de saberes e discussão do caso do sujeito visando à melhor intervenção, muito menos busca pela compreensão do sujeito em sua integralidade como um ser dotado de autonomia sobre sua própria vida e protagonista de suas próprias escolhas.

Verifica-se, assim, que há comunicação entre Direito e Medicina quando do reconhecimento da inimputabilidade desses sujeitos, entretanto, leva-se em consideração apenas a rigidez do diagnóstico psicopatológico e da concepção da saúde enquanto não doença para considerar a irresponsabilidade da pessoa sobre o injusto penal cometido. Não houve nenhuma sentença que citasse qualquer outro elemento da anamnese realizada pelo médico que não a conclusão constando a psicopatologia e seu nome e número na Classificação Internacional de Doenças (CID).

No mesmo sentido, não houve nenhum laudo que reconhecesse a psicopatologia do sujeito, mas que considerasse que ele pudesse ter capacidade de entendimento e/ou autodeterminação, o que reforça a ideia de que o sujeito “doente” é um sujeito incapaz e, portanto, naturalmente criminoso. Considera-se, assim, que os injustos

penais cometidos são “normais” na vida dessas pessoas, pois são naturalmente perigosas tendo em vista seu diagnóstico de psicopatologia, deixando clara a estigmatização dessas pessoas a partir do vínculo indissolúvel entre psicopatologia e crime.

Em relação aos argumentos utilizados para fundamentar a espécie da aplicação de medida de segurança, 45 das 55 sentenças se utilizaram do laudo psiquiátrico para fazê-lo, considerando que 14 destas se utilizaram exclusivamente da perícia para explicar a opção pela internação ou tratamento ambulatorial. Na Tabela 8 estão listados todos os argumentos utilizados pelos magistrados na fundamentação da sua opção pela medida detentiva ou restritiva, de acordo também com a sugestão do laudo pericial.

Tabela 8 – Argumentos utilizados na fundamentação das sentenças em relação à espécie de medida de segurança aplicada (internação ou tratamento ambulatorial)

Medida sugerida no laudo pericial	Internação	Tratamento Ambulatorial	Tratamento Ambulatorial	Total
Medida aplicada em sentença judicial	Internação	Internação	Tratamento Ambulatorial	
Laudo psiquiátrico	8		13	21
Fundamentação exclusiva no laudo	4		10	14
Crime punível com reclusão	6	4		10
Reincidência	3	3		6
Insucesso de intervenções ambulatoriais anteriores	4	2		6
Não fundamentou			5	5
Periculosidade	3	2		5
Defesa da ordem pública	1	3		4
Ausência de violência ou grave ameaça			3	3
Livre convencimento do magistrado		2	1	3
Baixa ou ausente a periculosidade			2	2

Medida sugerida no laudo pericial	Internação	Tratamento Ambulatorial	Tratamento Ambulatorial	Total
Medida aplicada em sentença judicial	Internação	Internação	Tratamento Ambulatorial	
Crime punível com detenção			2	2
Já está em acompanhamento ambulatorial			2	2
Jurisprudência STJ			2	2
Sem registro de crimes subsequentes			2	2
Princípio da razoabilidade		1	1	2
Gravidade da psicopatologia	1		1	2
Gravidade do delito		2		2
Maus antecedentes		2		2
Ausência de respaldo familiar	1	1		2
Garantia do tratamento	1	1		2
Violência ou grave ameaça	1	1		2
Evolução do sistema			1	1
Excepcionalidade da medida detentiva			1	1
Lei 10.216/01			1	1
Medida ambulatorial é o “tratamento médico adequado” previsto em lei			1	1
Medida de segurança visa à recuperação			1	1
Possibilidade de conversão em internação na execução			1	1
Primariedade			1	1
Princípio da individualização da pena			1	1

Medida sugerida no laudo pericial	Internação	Tratamento Ambulatorial	Tratamento Ambulatorial	Total
Medida aplicada em sentença judicial	Internação	Internação	Tratamento Ambulatorial	
Quantidade irrisória de drogas			1	1
Redirecionamento do modelo de atenção em saúde mental			1	1
Tratamento visa minimizar o risco que representa para si e para a sociedade			1	1
Desaparecimento após realização de perícia		1		1
Princípio da proporcionalidade		1		1
Ameaça à sociedade	1			1
Ideação suicida	1			1
Internação anterior	1			1
Personalidade audaciosa e fria	1			1
Reintegração à sociedade	1			1
Uso de drogas	1			1
<i>Total</i>	39	26	55	120
<i>Número de casos da categoria</i>	16	8	31	55

Fonte: Tabela elaborada pela autora (2022).

Percebe-se que existem três grandes grupos entre as sentenças analisadas, quando levada em conta a sugestão de tratamento no laudo pericial e a espécie aplicada pelo julgador: i) casos em que o perito sugeriu a internação e esta foi aceita pelo juiz; ii) casos em que o perito entendeu ser melhor o tratamento ambulatorial e foi essa a mesma opinião do julgador; e iii) casos em que o profissional da saúde recomendou o tratamento ambulatorial, mas o magistrado entendeu ser melhor a aplicação de internação ao sujeito. Desse modo, os dados foram analisados de acordo com essas três categorias a fim de compreender as justificativas utilizadas em cada um deles.

Em relação à primeira categoria, das 16 sentenças, 12 delas tiveram como fundamento principal ou exclusivo o laudo psiquiátrico, o que representa a porção bastante significativa de 75% desses casos. Além dessa justificativa, magistrados argumentaram que: o crime seria punível com reclusão, portanto, a medida deveria ser a detentiva (6 casos); que já houve tentativas anteriores sem sucesso de intervenções ambulatoriais (4); que o sujeito era reincidente e não seria cabível a medida ambulatorial (3); ou que havia exacerbada periculosidade e, portanto, cabível apenas a internação (3). Além dessas, outras justificativas foram aplicadas a apenas um caso cada uma delas, conforme consta na Tabela 7.

No caso da recomendação e aplicação da medida ambulatorial, a mesma proporção se manteve (74%), visto que, em 23 dos 31 casos, o fundamento foi no laudo pericial. Ainda, em cinco casos não houve qualquer fundamentação, limitando-se o magistrado a inserir no dispositivo da sentença qual seria o tratamento a ser cumprido, sem qualquer explicação sobre o porquê. Além desses, utilizou-se a justificativa da ausência de violência ou grave ameaça (3); baixa ou ausente a periculosidade do sujeito (2); crime punível com detenção, portanto, possível a aplicação da medida ambulatorial (2); réu já estava em acompanhamento ambulatorial, logo não haveria por que se aplicar medida diversa (2); uso de jurisprudência do STJ consolidando esse entendimento (2); inexistência de registro de crimes subsequentes cometidos, demonstrando a “recuperação” do sujeito (2); bem como outras justificativas minoritárias constantes da tabela.

É necessária uma ressalva neste momento a respeito do fundamento na periculosidade, utilizado por sete juízes: cinco para fundamentar a internação e dois para o tratamento ambulatorial. Consta da legislação penal que a periculosidade é o fundamento legal para a aplicação da medida de segurança e, desse modo, não deveria ser argumento para a distinção da espécie da medida. A justificativa de “existência de periculosidade” é um contrassenso, uma vez que todos os sujeitos submetidos à medida de segurança têm a periculosidade pressuposta, motivo pelo qual está sendo aplicado o tratamento em primeiro lugar; logo, a fundamentação pela opção de medida de segurança detentiva não poderia levar em conta aquilo que já é o pressuposto de sua aplicação. Entretanto, a justificativa da “ausência de periculosidade” é ainda mais absurda enquanto fundamento para aplicação do tratamento ambulatorial, já que, se ausente a periculosidade, não seria sequer necessária a aplicação da medida.

Também é interessante notar, nessa segunda categoria de análise, que em alguns casos, mesmo com a imposição da medida restritiva, há uma preocupação em apresentar a possibilidade de posterior alteração do regime para o de internação. Um dos magistrados utilizou como argumento para a imposição da medida ambulatorial

que a possibilidade de internação continuaria existindo, caso o juízo da execução achasse apropriado pelo descumprimento da medida imposta, demonstrando a perfeita adequação da medida a um modelo punitivista. Ainda, em outro caso o juiz afirmou o seguinte: “[...] sujeitando-se o réu à internação caso não cumpra as condições impostas durante o tratamento” – como maneira de deixar claro que a preocupação não seria com a melhor intervenção em saúde mental, mas com a capacidade de controle sobre esse sujeito.

Em relação à terceira categoria desse segundo ponto de análise, foram avaliados os oito casos em que a recomendação seria de tratamento ambulatorial, mas os magistrados optaram por internar os indivíduos. É evidente que nesses casos nenhum deles se fundamentou no laudo psiquiátrico, porque estavam contradizendo a palavra do perito e, assim, usaram as justificativas: da punibilidade do crime com reclusão, vista como a previsão legal adequada ao caso (4); da reincidência do sujeito, relacionando-a com uma maior tendência ao cometimento de crimes (3); da defesa da ordem pública (3); do insucesso em tentativas anteriores de intervenções ambulatoriais (2); da alta gravidade do delito (2); de maus antecedentes, mesmo que primários (2), além das justificativas menos frequentes constantes na tabela. Em um dos casos, o magistrado fundamentou a opção pela internação afirmando que “o réu é inimputável e somente não oferece risco à sociedade se estiver adequadamente tratado e medicado”, demonstrando novamente a necessidade de controle dos corpos e da vida dessa população, além da perfeita adequação ao paradigma positivista. Nesse sentido, há um evidente exercício do poder punitivista a partir de um discurso médico-psiquiátrico, mesmo que não tenha havido a recomendação de intervenção detentiva por parte do perito-médico.

Em relação aos outros dois parâmetros analisados, constatou-se que, na aplicação de tratamento ambulatorial, 12 juízes justificaram a aplicação de medida em liberdade física apesar da previsão de punição com reclusão, enquanto 16 magistrados fundamentaram a aplicação sem mencionar que a pena seria a mais rigorosa. No caso da internação, apenas duas medidas foram aplicadas em caso de injustos puníveis com detenção e, destas, um juiz justificou a aplicação da medida mais grave e o outro não mencionou por que estaria em embate com a previsão legal. Esse dado demonstra, novamente, que há maior preocupação em justificar eventuais discordâncias com o perito do que a aplicação em desacordo com a norma legal, o que ocorre por um vínculo muito maior da sentença com o laudo do que com à própria letra da lei.

Evidencia-se, assim, a forte inter-relação entre laudos psiquiátricos e sentenças judiciais de determinação de medida de segurança, que é dada, no entanto, a partir de visões unilaterais sobre o mesmo objeto de análise (o paciente-réu) sem que haja de fato

uma troca de experiências, saberes, conhecimentos e até mesmo opiniões a respeito da melhor intervenção. Resta demonstrado que tanto o reconhecimento da inimputabilidade quanto a opção pela espécie de medida de segurança aplicada levam em conta a opinião do experto, mas de maneira a considerar apenas os elementos psicopatologizantes do laudo psiquiátrico, numa clara redução do réu à sua doença.

4. SENTENÇAS ANALISADAS E MODELO POSITIVISTA

Conforme já dito anteriormente, as escolas científicas e a constituição das atividades profissionais não se esvaem no tempo, deixando marcas no pensamento social e fundando as instituições e práticas vigentes em cada época. A formação social, portanto, não ocorre de maneira linear nem a partir de rupturas, mas com sobreposições de modelos que baseiam as nossas práticas acadêmicas e até mesmo cotidianas. Nesse sentido, a medida de segurança tem raízes históricas no pensamento etiológico-determinista do Positivismo Criminológico, na medida em que se baseia em argumentos biologizantes e patologizantes do comportamento para aplicação de uma sanção penal desenhada exclusivamente para pessoas diagnosticadas com psicopatologia (BRANCO, 2019; CAETANO, 2019; WEIGERT, 2017).

O movimento da Reforma Psiquiátrica teve características opostas a esse pensamento e, assim, buscou concretizar intervenções multidisciplinares em saúde mental, que envolvessem as mais diversas áreas de atuação, voltadas para o protagonismo do sujeito em seu próprio atendimento. A promoção do diálogo entre as Ciências Criminais e as Ciências da Saúde, portanto, acrescentaria em muito às medidas de segurança, visto que poderia propor um modelo mais inclusivo e garantista no atendimento dessa população. Entretanto, os dados analisados apontam para o fato de que o diálogo interdisciplinar entre essas áreas é extremamente incipiente, observando-se majoritariamente o uso dos laudos produzidos pelos peritos como meio de legitimação do discurso punitivo.

Há uma enorme vinculação entre as sentenças judiciais e os laudos psiquiátricos, uma vez que a maior parte dos fundamentos dos juízes esteve atrelada à argumentação produzida pelo médico psiquiatra, mas isso se deu especialmente em relação ao reconhecimento da psicopatologia e da inimputabilidade, que foram dadas como intrínsecas entre si. Como exemplo, não houve nenhum caso em que se reconheceu a psicopatologia do sujeito sem que se determinasse que ele era incapaz de entender ou se autodeterminar de acordo com o ilícito. Essa vinculação dos juízes aos laudos psiquiátricos só foi rompida nos casos em que eles demonstraram seu livre convencimento a fim de “enrijecer” as medidas aplicadas, transformando a sugestão de tratamento ambulatorial em determinação de internação.

Em suma, foi possível observar a reprodução de determinadas noções do Positivismo Criminológico na medida em que se atrela automaticamente a existência de uma psicopatologia à inimizabilidade, incapacidade, periculosidade e criminalidade inerente a essas pessoas. Com esse movimento, exclui-se a capacidade de livre-arbítrio do sujeito e reduz-se esse indivíduo à sua doença, reproduzindo a noção do criminoso nato, da pessoa inerentemente perigosa. Essa lógica reproduz a preocupação de Nina Rodrigues (2011) mencionada anteriormente com a “impunidade” dessas pessoas, visto que, mesmo com a determinação dessa “incapacidade”, não se busca compreender a saúde de forma ampliada, mas sim priorizar o debate sobre a existência da punição e do controle, utilizando-se da psicopatologia como pretexto para a punição desses sujeitos.

Contudo, em relação à espécie de medida de segurança aplicada, não se pode ignorar que em 27 casos os magistrados deixaram de aplicar a internação, que seria a medida proposta de acordo com o Código Penal, para aplicar o tratamento ambulatorial de acordo com a recomendação do experto. Em um dos casos, inclusive, a magistrada mencionou explicitamente a Lei 10.216/01 (Lei da Reforma Psiquiátrica) e o movimento Antimanicomial na fundamentação de sua sentença:

“É importante ressaltar que a classe médica, há alguns anos, vem se mobilizando no sentido de evitar a internação dos pacientes portadores de doença mental, somente procedendo a internação dos casos reputados mais graves quando o convívio do doente com seus familiares ou com a própria sociedade torna-se perigoso para estes e para ele próprio. Em virtude desse raciocínio, surgiu em nosso ordenamento jurídico a Lei 10.216/01, que dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais, redirecionando o modelo assistencial em saúde mental. Assim, independentemente da disposição constante do artigo 97 do Código Penal, o julgador terá a faculdade de optar pelo tratamento que melhor se adapte ao inimputável, não importando se o fato definido como crime é punido com pena de reclusão ou de detenção, nos termos do artigo 4º e 6º da Lei 10.216/01.”

Ainda que tenha reduzido o movimento à “classe médica” – deixando de mencionar as outras categorias de profissionais da saúde que também se mobilizaram na Reforma Psiquiátrica, como psicólogos, enfermeiros, assistentes sociais, fisioterapeutas, entre tantos outros –, a magistrada demonstrou ter um mínimo conhecimento a respeito do movimento e da sua importância na busca pela desinstitucionalização dos sujeitos diagnosticados com psicopatologia. Esse foi o único caso em que a Reforma Psiquiátrica foi usada como argumento direto de justificativa para a aplicação de tratamento ambulatorial. Todavia, apesar de ser uma iniciativa ainda incipiente, demonstra a possibilidade de diálogo interdisciplinar entre as Ciências da Saúde e a área jurídica.

Na grande maioria dos casos analisados, houve maior preocupação com a psicopatologização dessa população, o reconhecimento de sua periculosidade e a associação direta entre “loucura” e “criminalidade”. Essa lógica demonstrou o caráter punitivista da medida de segurança (BRANCO, 2019) e a sua inadequação aos moldes da proposta antimanicomial, especialmente no tocante à promoção e à garantia dos direitos fundamentais dessa população (CAETANO, 2019). Entretanto, houve alguns casos em que se pensou na concepção mais ampla da saúde do sujeito, considerando que ele já realizava tratamento e estava inserido em uma rede de suporte, além de se levar em conta o redirecionamento da rede de saúde mental nas últimas décadas e a excepcionalidade da medida detentiva no marco da Lei da Reforma Psiquiátrica.

De forma geral, a avaliação da correlação entre as sentenças e os laudos revelou que, ao mesmo tempo que há a utilização do discurso psiquiátrico como meio de legitimação do poder punitivo, nos casos em que o saber psiquiátrico demonstrou um alinhamento minimamente voltado às diretrizes da Reforma Psiquiátrica, o Direito Penal demonstrou tendência a escutá-lo e segui-lo. Evidencia-se, assim, que, enquanto a medida de segurança partir de uma concepção e estrutura de política penal, haverá a tendência ao punitivismo dos sujeitos diagnosticados com psicopatologia, utilizando-se dos laudos produzidos como forma de justificar sua segregação. A busca pela garantia de direitos fundamentais dessas pessoas no âmbito das diretrizes estabelecidas pela Reforma Psiquiátrica, afastando-se de concepções eugênicas do Positivismo Criminológico, exige que haja um verdadeiro diálogo interdisciplinar entre as Ciências da Saúde e as Ciências Criminais.

Para tanto, é necessário não apenas que a relação entre esses campos se dê mediante a provocação do Direito Penal para a produção de laudos psiquiátricos e no rigor do processo penal, mas também que esses sujeitos sejam inseridos no âmbito das políticas de saúde para que haja promoção de cuidado e atenção à sua saúde mental. Assim, as medidas para a promoção de atenção nos moldes estabelecidos pela Reforma Psiquiátrica perpassam pela horizontalização das relações entre as Ciências da Saúde e das Ciências Criminais e pela busca da desconstrução (e reconstrução) de ambas em suas próprias concepções e modelos.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tendo em vista os dados analisados, constatou-se a correlação entre a área do Direito Penal e a Medicina Psiquiátrica a partir do enorme vínculo entre a fundamentação das sentenças judiciais nos laudos periciais produzidos. A questão que merece ser destacada é que essa correlação não se configura exatamente como um diálogo

interdisciplinar (ou mesmo multidisciplinar) entre essas áreas, na medida em que não há comunicação a respeito do objeto que elas compartilham, pois se limitam a uma atividade mecânica na elaboração desses documentos. A relação observada, portanto, parte de uma perspectiva de manutenção do poder e garantia do poder punitivo, em que se une a natureza essencial coercitiva do Direito Penal ao discurso médico-psiquiátrico. Ainda, essa união se dá em via de mão única, pois os peritos são chamados a se manifestar no processo apenas quando é pertinente ao Poder Judiciário, ou seja, quando há necessidade de legitimação do discurso punitivo do Direito Penal (BRANCO, 2019; WEIGERT, 2017; ROSSOL, 2011).

A lógica observada também teve como importante característica a associação direta entre a existência de um diagnóstico de psicopatologia, o reconhecimento da inimputabilidade e, como consequência, a aplicação da medida de segurança, que tem fundamento na periculosidade desses sujeitos. Trata-se assim da reprodução de discursos muito assemelhados às teorias do Positivismo Criminológico, já que coloca o sujeito “louco” enquanto naturalmente mais propenso ao cometimento de crimes. A Reforma Psiquiátrica, de fato, esteve pouquíssimo presente na fundamentação das sentenças analisadas, visto que, em apenas um dos casos, houve menção explícita às diretrizes antimanicomiais e à necessidade do tratamento ao menos em liberdade física desses sujeitos.

Ainda assim, a vinculação dos magistrados aos laudos periciais trouxe um aspecto muito relevante, que foi a aplicação de tratamento ambulatorial em diversos casos que seriam puníveis com reclusão, demonstrando maior abertura à medida restritiva do que à previsão legal da medida de segurança. Portanto, essa inter-relação entre as duas áreas de atuação demonstrou uma incipiente iniciativa em relação às diretrizes antimanicomiais da Reforma Psiquiátrica, que, se ampliada e incentivada para a transição a uma verdadeira comunicação interdisciplinar, pode se encaixar muito melhor nesse novo paradigma de saúde mental. Dessarte, a busca por um modelo verdadeiramente interdisciplinar, que promova o debate amplo a respeito do objeto de atenção do Direito Penal, da Psiquiatria, bem como das outras Ciências Criminais e da Saúde, é um modelo a ser alcançado em termos de garantia dos direitos fundamentais e de concretização das diretrizes antimanicomiais trazidas pela Reforma Psiquiátrica.

Finalmente, é possível afirmar que a qualidade da relação entre as diferentes áreas do conhecimento interfere diretamente na maneira como o sujeito-objeto é compreendido e como a intervenção sobre sua vida e seus direitos é planejada. Dessa forma, não basta que haja correlação entre os documentos produzidos por uma ou outra área; é necessário um verdadeiro diálogo interdisciplinar que promova a crítica aos modelos vigentes e que compreenda o âmbito da atuação de cada uma.

A mera inter-relação entre os documentos produzidos por diferentes áreas do conhecimento não basta para que medidas inclusivas sejam promovidas e que os direitos fundamentais de cidadania sejam protegidos. Para a interdisciplinaridade e a adesão ao modelo antimanicomial promovido pela Reforma Psiquiátrica, é necessário também que haja comunicações críticas aos modelos ainda atrelados a teorias e práticas de negligência e segregação em relação às pessoas diagnosticadas com psicopatologia, bem como revisão das ações e conceitos referentes às medidas de segurança.

6. REFERÊNCIAS

- AMARANTE, Paulo (Coord.). *Loucos pela vida: a trajetória da reforma psiquiátrica no Brasil*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Fiocruz, 1995. 136 p.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Dogmática e sistema penal: em busca da segurança jurídica prometida*. 1994. Tese (Doutorado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1994. 504 p. Disponível em: [<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/106397>]. Acesso em: 12.08.2020.
- ARBEX, Daniela. *Holocausto brasileiro*. São Paulo: Geração, 2013. 255 p.
- BARDIN, Laurence. *Análise de conteúdo*. São Paulo: Edições 70, 2011.
- BARISON, Mônica Santos; GONÇALVES, Rafael Soares. Judicialização da questão social e a banalização da interdição de pessoas com transtornos mentais. *Serv. Soc. Soc.*, São Paulo, n. 125, p. 41-63, jan.-abr. 2016. Disponível em: [www.scielo.br/pdf/ssoc/n125/0101-6628-ssoc-125-0041.pdf]. Acesso em: 24.04.2020.
- BARROS, Daniel Martins; SERAFIM, Antônio de Pádua. Parâmetros legais para a internação involuntária no Brasil. *Revista de Psiquiatria Clínica*, São Paulo, v. 36, n. 4, p. 175-177, 2009. Disponível em: [www.scielo.br/pdf/rpc/v36n4/a08v36n4.pdf]. Acesso em: 26.03.2020.
- BARROS-BRISSET, Fernanda Otoni de. Genealogia do conceito de periculosidade. *Responsabilidades*, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, p. 37-52, mar./ago. 2011. Disponível em: [www8.tjmg.jus.br/elat%C3%B3rios/programanovosrumos/pai_pj/revista/elat%C3%B3_01_1/02-GENEALOGIA%20DO%20CONCEITO%20DE%20PERICULOSIDADE.pdf]. Acesso em: 15.11.2019.
- BASAGLIA, Franco et. Al. Considerações sobre uma experiência comunitária. In: AMARANTE, P. (Org.). *Psiquiatria social e reforma psiquiátrica*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 1994. P. 11-40.
- BATISTA, Eraldo Carlos et al. Os Centros de Atenção Psicossocial (CAPS): Uma Instituição de Referência no Atendimento à Saúde Mental. *Rev. Saberes*, Rolim de Moura/RO, v. 4, n. 1, p. 72-86, jan.-jun. 2016. Disponível em: [<https://facsao paulo.edu.br/wp-content/uploads/sites/16/2018/05/ed5/7.pdf>]. Acesso em: 20.04.2020.

- BRANCO, Thayara Castelo. *A (des)legitimação das medidas de segurança no Brasil*. 2. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019. 239 p.
- CAETANO, Haroldo. *Loucos por liberdade: direito penal e loucura*. Goiânia: Escolar Editora, 2019. 224 p.
- DAVIS, Angela. *Estarão as prisões obsoletas?* 6. Ed. Rio de Janeiro: Difel, 2020. 144 p.
- DEVULSKY, Alessandra. *Colorismo*. São Paulo: Jandaíra, 2021.
- DINIZ, Débora. *A custódia e o tratamento psiquiátrico no Brasil: censo 2011*. Brasília: UnB, 2013. 382 p. Disponível em: [http://newpsi.bvpsi.org.br/ebooks2010/pt/Acervo_files/custodia_tratamento_psiquiatrico_no_brasil_censo2011.pdf]. Acesso em: 09.09.2018.
- DUARTE, Clarice Seixas. O ciclo das políticas públicas. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins; BRASIL, Patricia Cristina (Org.). *O direito e as políticas públicas no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2013. P.16-43.
- FERRAZZA, Daniele de Andrade; LUZIO, Cristina Amélia; ROCHA, Luiz Carlos da; SANCHES, Raphael Rodrigues. A banalização da prescrição de psicofármacos em um ambulatório de saúde mental. *Paidéia*, Ribeirão Preto, v. 20, n. 47, p. 381-390, set.-dez. 2010. Disponível em: [www.scielo.br/pdf/paideia/v20n47/a10v20n47.pdf]. Acesso em: 24.04.2020.
- FERRI, Enrico. *Princípios de direito criminal: o criminoso e o crime*. São Paulo: Saraiva, 1931.
- FIORIN, José Luiz. *Elementos de análise do discurso*. 9. Ed. São Paulo: Contexto, 2000.
- FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. 5. Ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2017. 431 p.
- GARÓFALO, Raffaele. *Criminologia: estudo sobre o delicto e a repressão penal*. 4. Ed. Lisboa: Livraria Clássica, 1925.
- GOFFMAN, Erving. *Manicômios, prisões e conventos*. 8. Ed. São Paulo: Perspectiva, 2010. 312 p.
- LOMBROSO, Cesare. *O homem delinquente*. São Paulo: Ícone Editora, 2010. 223 p.
- LUZIO, Cristina Amélia; YASUI, Silvio. Além das portarias: desafios da política de saúde mental. *Psicologia em Estudo*, Maringá, v. 15, n. 1, p. 17-26, jan.-mar. 2010. Disponível em: [www.scielo.br/pdf/pe/v15n1/a03v15n1.pdf]. Acesso em: 24.03.2020.
- MATSUMOTO, Adriana Eiko. Contribuições do materialismo histórico-dialético para a análise das alianças psi-jurídicas no estado democrático de Direito Penal. *REDES – Rev. Eletrônica Direito e Sociedade*, Canoas, v. 3, n. 1, maio 2015. Disponível em: [<https://revistas.unilasalle.edu.br/index.php/redes/article/view/2179/1350>]. Acesso em: 20.05.2020.
- MIRANDA, Arlete Aparecida Bertoldo. História, deficiência e educação especial. *Histedbr*, Campinas, n. 15, p. 1-7, set. 2004. Disponível em: [www.fe.unicamp.br/pf-fe/elatórios/4762/art1_15.pdf]. Acesso em: 28.09.2020.

- MITJAVILA, Myriam Raquel; MATHES, Priscilla Gomes. Doença mental e periculosidade criminal na psiquiatria contemporânea: estratégias discursivas e modelos etiológicos. *PHYSIS – Revista de Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 22, n. 4, p. 1377-1395, 2012. Disponível em: [www.scielo.br/pdf/physis/v22n4/a07v22n4.pdf]. Acesso em: 17.11.2019.
- MOURA, Marcos Vinícius (Org.). *Levantamento nacional de informações Penitenciárias*: atualização – jun. 2017. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, Departamento Penitenciário Nacional, 2019. 87 p. Disponível em: [http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/elatórios-sinteticos/infopen-jun2017-rev-12072019-0721.pdf]. Acesso em: 22.10.2020.
- NINA RODRIGUES, Raymundo. *As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil*. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2011. 95 p.
- NOBRE, Marcos. Apontamentos sobre a pesquisa em direito no Brasil. *Cadernos Direito GV*, São Paulo, 2009. Disponível em: [http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2779/Pesquisa_Direito_Cadernos_Direito_GV.pdf?sequence=1&isAllowed=y]. Acesso em: 02.04.2019.
- PITTA, Ana Maria Fernandes. Um balanço da Reforma Psiquiátrica brasileira: instituições, atores e políticas. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 16, n. 12, p. 4579-4589, 2011. Disponível em: [www.scielo.br/pdf/csc/v16n12/02.pdf]. Acesso em: 24.02.2020.
- PITTA, Ana Maria Fernandes; GULJOR, Ana Paula. A violência da contrarreforma psiquiátrica no Brasil: um ataque à democracia em tempos de luta pelos direitos humanos e justiça social. *Cadernos do CEAS*, Salvador/Recife, n. 246, p. 6-14, jan.-abr. 2019. Disponível em: [https://cadernosdoceas.ucsal.br/index.php/cadernosdoceas/article/view/525/424]. Acesso em: 03.04.2020.
- ROSSOL, Bruna. *O laudo psiquiátrico no incidente de insanidade mental*: problematizando o discurso pericial no processo penal brasileiro. 2011. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2011. 172 p. Disponível em: [www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/35826/000816616.pdf]. Acesso em: 15.10.2020.
- ROTELLI, Franco; LEONARDIS, Ota de; MAURI, Diana; RISIO, C. de. *Desinstitucionalização*. São Paulo: Hucitec, 1990. 112 p.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. Por que pensar? *Lua Nova*, São Paulo, n. 54, 2001. Disponível em: [www.scielo.br/pdf/ln/n54/a03n54.pdf]. Acesso em: 19.03.2019.
- SILVA, Solange Teles da; BARBOSA, Susana Mesquita. Desafios da inovação na pesquisa em direito no Brasil. In: SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva; SIQUEIRA NETO, José Francisco (Coord.). *60 Desafios do Direito*: Política, Democracia e Direito. v. 3. São Paulo: Atlas, 2013. p. 1-10.
- TEIXEIRA, Thayse dos Santos. *Exame de verificação de cessação de periculosidade*: o que avalia? 2014. Monografia (Graduação em Psicologia) – Universidade do Sul de Santa Catarina (Unisul), Santa Catarina, 2014. 31 p. Disponível em:

[http://pergamum.unisul.br/pergamum/pdf/112438_Thayse.pdf]. Acesso em: 18.09.2018.

WEIGERT, Mariana de Assis Brasil e. *Medidas de segurança e Reforma Psiquiátrica: silêncios e invisibilidades nos manicômios judiciais brasileiros*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. 206 p.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *La cuestión criminal*. Buenos Aires: Planeta, 2012. 363 p.

7. JURISPRUDÊNCIA

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Consulta de Julgados de 1º Grau*. São Paulo: Poder Judiciário, 2019. Disponível em: [<https://esaj.tjsp.jus.br/cjpg>]. Acesso em: 02.12.2020.

8. LEGISLAÇÃO

BRASIL. Decreto-lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, seção 1, p. 23911, 31.12.1940. Disponível em: [www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-publicacaooriginal-1-pe.html]. Acesso em: 06.05.2020.

BRASIL. Exposição de motivos 211, de 9 de maio de 1983. Decreto-lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940. *Diário do Congresso Nacional*, Brasília, seção 1, suplemento A, p.14, 01.07.1983. Disponível em: [www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-exposicaodemotivos-148972-pe.html]. Acesso em: 07.10.2020.



PESQUISAS DO EDITORIAL



ÁREAS DO DIREITO: Processual; Penal; Filosofia

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- A (dis)funcionalidade da medida de segurança no paradigma da reforma psiquiátrica, de Soraia da Rosa Mendes e Gustavo Dalul Faria – *RBCCrim* 144/217-250;
- A (in)visibilidade das medidas de segurança no Brasil: um estudo empírico das publicações em revistas brasileiras sobre ciências criminais, de Thayara Castelo Branco, Gustavo Noronha de Ávila e Érika Mendes de Carvalho – *RBCCrim* 152/499-530;
- Editorial do dossiê "crime e loucura": estudos inter e transdisciplinares sobre os reflexos jurídico-penais da lei antimanicomial sobre as medidas de segurança, de Élide Lauris e Patricia F. Carlos Magno – *RBCCrim* 144/17-18;
- Loucura, direito penal e psiquiatria: programação jurídica entre ruídos e acoplamentos, de Bruno Amaral Machado e Fernando Luiz de Lacerda Messere – *RBCCrim* 157/51-84;
- Medida (de segurança) cautelar: uma análise dogmática e criminológica do art. 319, VII, do Código de Processo Penal, de Thayara Castelo Branco, Antonio Eduardo Ramires Santoro e Claudio Alberto Gabriel Guimarães – *RBCCrim* 149/299-325; e
- O modelo penal-psiquiátrico do asilamento sob a ótica da Lei 10.216/2001, de Gilberto Giacoia e Letícia Gabriella Almeida – *RBCCrim* 151/43-73.

O SONHO BENTHAMIANO, A PRISÃO RENTÁVEL E O CICLO DA EXPLORAÇÃO: A SUBSUNÇÃO VIRTUAL DO TRABALHO AO CAPITAL REALIZADA PELA PRISÃO

*THE BENTHAMIAN DREAM, THE PROFITABLE PRISON AND
THE EXPLORATION CYCLE: THE VIRTUAL SUBSUMPTION
OF LABOR TO CAPITAL CARRIED OUT BY PRISON*

JACKSON SILVA LEAL

Doutor pela Universidade Federal de Santa Catarina. Mestre pela Universidade de Pelotas.
Professor na Universidade do Extremo Sul Catarinense.
Lattes: [<http://lattes.cnpq.br/8756216995959645>].
ORCID: [<https://orcid.org/0000-0002-0779-1103>].
jacksonsilvaleal@gmail.com

DOI: [<https://doi.org/10.54415/rbccrim.v197i197.294>].

Recebido em: 20.07.2022

Aprovado em: 02.03.2023

Última versão do(a) autor(a): 25.04.2023

ÁREAS DO DIREITO: Penal; Filosofia

RESUMO: O presente trabalho se apresenta como fragmento de pesquisa acerca do sistema penitenciário catarinense, que visou atualizar a crítica da economia política da pena, agregando elementos teóricos de análise para compreender as práticas punitivas do neoliberalismo na realidade local desde uma perspectiva marxista. Os objetivos do presente trabalho podem ser enumerados como: 1 compreender a realidade punitiva e prisional contemporânea, e como são impactadas pela lógica econômica neoliberal e, 2 agregar elementos de compreensão atualizando a economia política da pena a partir da leitura do neoliberalismo enquanto nova racionalidade. Metodologicamente se organizou como pesquisa de coleta de dados das unidades prisionais do

ABSTRACT: The present work presents itself as a fragment of research about the Santa Catarina prison system, which aimed to update the critique of the political economy of punishment, adding theoretical elements of analysis to understand the punitive practices of neoliberalism in the local reality from a Marxist perspective. The objectives of the present work can be enumerated as one to understand the contemporary punitive and prison reality, and how they are impacted by the neoliberal economic logic, and, two but not least, to add elements of understanding updating the political economy of punishment from the reading neoliberalism as a new rationality. Methodologically, it was organized as a research to collect data from prisons in the

estado de Santa Catarina via Departamento de Administração Prisional (DEA) e analisados qualitativa e quantitativamente a partir de uma abordagem teórica materialista histórica para pensar e compreender o uso do trabalho prisional no período atual. Enquanto conclusão, verificou-se que a questão prisional de Santa Catarina inaugura em solo brasileiro uma nova (importada forma) de exploração e gestão prisional alinhada com os ditames da eficiência neoliberal constituindo a internos e verdadeiras commodities para o trabalho superexplorado.

PALAVRAS-CHAVE: Neoliberalismo – Trabalho prisional – Encarceramento em massa – Economia política.

state of Santa Catarina via the Department of Prison Administration (DEA) and analyzed qualitatively and quantitatively from a historical materialist theoretical approach to think and understand the use of prison work in the current period. As a conclusion, it was found that the prison issue in Santa Catarina inaugurates on Brazilian soil a new (imported form) of prison exploitation and management aligned with the dictates of neoliberal efficiency, constituting inmates and true commodities for overexploited work.

KEYWORDS: Neoliberalism – Prison work – Mass incarceration – Political economy.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A prisão como demarcadora dos ciclos da materialidade histórica. 3. A prisão rentável como obra do neoliberalismo: nem Bentham acreditaria!. 4. A subsunção virtual e o ciclo interminável de exclusão e exploração na atual etapa da expansão do capital. 5. Considerações. 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A estrutura social foi profundamente alterada pela racionalidade neoliberal – como denomina Laval e Dardot (2016) e suas lógicas de funcionamento e de pensar a própria sociedade, produzindo severos efeitos em todos os âmbitos, desde como o próprio indivíduo pensa a si mesmo (ser social), até a própria estrutura social, e com ela a sua dinâmica punitiva – como diria Hirsch (2014) a cada modo de produção sua forma punitiva.

Nesse sentido que se entende que e esse trabalho em grande medida ser a esse propósito, de buscar demonstrar quicá a nova funcionalidade do fenômeno prisional dentro do sistema econômico dito neoliberal, buscando demonstrar como se articulam esses elementos operacionais e conceituais e funcionarem como sistema penal dentro do marco do neoliberalismo e o que isso apresenta de novo.

Acredita-se que o sistema penal sempre se constituiu – ou foi constituído – como certa centralidade dentro da estrutura social e econômica, proporcionando o que se tem denominado na literatura marxiana de subsunção formal do trabalho ao capital que proporcionou a acumulação primitiva; assim como o sistema penal esteve no centro da consolidação da sociedade industrial e da subsunção material do trabalho

ao capital com a introjeção da ideologia do trabalho, sempre com a função da tipificação e imposição da moral e retidão do trabalho, da produção e da exploração.

Nesse novo momento, quando já que acreditava que a literatura ou o marco de análise marxista já não conseguia explicar mais a realidade social, com o advento – ou complexificação das relações socioeconômicas – decorrente do neoliberalismo recoloca a base teórica marxista e *marxiana* no centro da análise para pensar as mudanças econômicas e seus impactos sociais.

É nesse contexto factual e teórico que se insere este trabalho, que se apresenta como fragmento de pesquisa, que se realizou para entender algumas mudanças e inserção do sistema penitenciário catarinense na lógica neoliberal de gestão prisional na perspectiva do custo-benefício, e da prisão como empresa. Nesse sentido, realizou-se uma pesquisa que está mais amplamente apresentada (LEAL, 2021), e que aqui se coloca para pensar o que se tem denominado de subsunção virtual do trabalho ao capital, como função do sistema penal na nova etapa e do desenvolvimento das forças e das relações produtivas.

Buscando-se atualizar a leitura da crítica da economia política da pena para o período neoliberal, e pensando a realidade do capitalismo e das relações de dependência da região periférica brasileira e latino-americana e seus reflexos na violência – sobretudo estrutural e institucional; ou seja, este trabalho é mais um esforço de voltar a pensar o fenômeno da violência como parte de uma estrutura econômica – ou melhor, de um modo de produção da vida social – como diria Michel Miaille (2005).

2. A PRISÃO COMO DEMARCADORA DOS CICLOS DA MATERIALIDADE HISTÓRICA

Inicialmente revisita-se o momento fundacional da penalidade para resgatar e problematizar suas funções, não no sentido de recontar – e com isso incorrer em arbitrariedade com a história – mas para pensar a realidade atual, e se essas funções historicamente atribuídas à pena, dão conta da realidade contemporânea.

Para isso, volta-se às duas primeiras e principais obras que realizaram essa abordagem em uma perspectiva crítica. Constituindo-se no principal marco teórico da economia política da pena em chave de análise materialista. A construção fundacional da economia política da pena com a obra *Punição e Estrutura Social* de Georg Rusche e Otto Kirchheimer (2004) de 1939, mas que durante muito ficou esquecida nas estantes, e veio à tona no final da década de 1960 com a segunda edição norte-americana e, no final de 1970, com a tradução ao italiano, por Dario Melossi e Massimo Pavarini (1979), uma vez que o livro seria complementado pelo *Cárcere e Fábrica: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX)*, (2006 [1977]), de

autoria destes últimos; ou seja, apenas tardiamente a economia política de pena realiza sua síntese sobre a questão da punição, da prisão e sua relação com a questão do mercado produtivo e de trabalho.

Assim, essas duas obras que se complementam vão proporcionar a síntese do surgimento da prisão enquanto locus de cumprimento de pena e a constituição da relação social do cidadão livre burguês ligado por um contrato aos seus semelhantes livres e ao Estado, e cujas relações são mediadas pela ameaça de suspensão temporal dessa liberdade – a prisão/trabalho.

Por isso, busca-se resgatar a contribuição e explicação da economia política da pena, em uma perspectiva de explicação marxista, para compreender a relação dos elementos imbricados: liberdade – tempo – pena – trabalho – sociedade burguesa – mercado capitalista.

Para uma análise da velha economia política da pena, as penas diziam respeito às condições econômicas, nas quais estavam inseridas, como mostram Rusche e Kirchheimer (2004), com o uso da multa, indenização e fiança na Alta Idade Média; período de prosperidade econômica, em que o pagamento de um determinado valor poderia se constituir em mediador das relações e das condutas sociais.

As penas pecuniárias, gradualmente, deixaram de ser utilizadas conforme os malfeitores das classes mais baixas não tinham condições de pagar por elas, deixando de se constituir em um instrumento de controle social; e, à medida que a pobreza, a incapacidade econômica e a deterioração social avançavam, as penas e o controle social necessitavam de novo foco de atenção – que seria o corpo e as chagas da massa de pobres e despossuídos.

Da mesma maneira que o uso de penas corporais não diz respeito ao estágio de desenvolvimento, enquanto civilização, ou mesmo de uma partilha ou aceitação da barbárie, como dinâmica de relações sociais; a substituição das penas corporais e do sofrimento físico, também não diz respeito a um avanço, enquanto modelo societário. Ou mesmo, como historicamente se quer crer, de um aprimoramento humanitário, mas tem a ver com as necessidades macroestruturais dessas mudanças comportamentais, em relação às pessoas, aos comportamentos e aos castigos.

Nesse contexto, Rusche e Kirchheimer (2004) inserem o surgimento do direito penal moderno, como um corpus normativo regulamentador das condutas humanas, balizador da resposta estatal em relação a estas e à prisão, como locus de depósito de pessoas atingidas, ou definidas como violadoras desse códex de conduta social; ou, em uma leitura da velha economia política da pena, é justamente nesse contexto, nessa macro estrutura de sociedade capitalista, que surge a necessidade de uma estrutura normativa, impondo o trabalho como conduta obrigatória e representativa da moral do homem livre e laborioso.

Da mesma maneira, surge (constrói-se) a instituição de confinamento chamada prisão, enquanto espaço de privação da liberdade e de ensinamento das novas condições de trabalho, não por acaso, nascem conjuntamente cárcere e fábrica, um à imagem e semelhança do outro.

Dinâmica essa voltada ao disciplinamento, que em um primeiro momento, seria proporcionada de maneira voluntariosa pelas estruturas de controle, como política de assistência social, ofertando o aprimoramento para o novo regime de trabalho capitalista; em um segundo momento, operando uma divisão social de maus pobres e bons pobres, estes, que eram dignos de pena e de filantropia caritativa, e àqueles, que eram dignos de uso da força para imprimir-lhes o hábito do trabalho mediante a privação da liberdade, em instituições de confinamento e trabalho forçado, extirpando da organização social os vícios e a vagabundagem. Nessa linha, escrevem Melossi e Pavarini (2006, p. 36)

“Um estatuto de 1530 obriga o registro dos vagabundos, introduzindo uma primeira distinção entre aqueles que estavam incapacitados para o trabalho (*impotent*), a quem era autorizado mendigar, e os demais, que não podiam receber nenhum tipo de caridade, sob pena de serem açoitados até sangrar. O açoite, o desterro e a execução capital foram os principais instrumentos da política social inglesa até a metade do século [XVI], quando os tempos se mostraram maduros, evidentemente, para uma experiência que se revelaria exemplar. [...] além disso, ela deveria desencorajar outras pessoas a seguirem o caminho da vagabundagem e do ócio, e assegurar o próprio auto sustento através do trabalho, a sua principal meta.”

Ocorre que – criado o Direito Penal como forma única de regular os comportamentos voltados para a rotina de trabalho e, conjuntamente a instituição prisional como destino dos trabalhadores infratores ou vagabundos –, com o século XIX e a revolução industrial, tanto o direito penal quanto a prisão perdem sua função original, mas não perdem seu sentido de existir, uma vez que já não seria preciso mais de uma massa de trabalhadores tão extensa, e tampouco, da sua função pedagógica, de ensino laborioso.

Dessa maneira, a prisão e o direito penal, restam como instrumentos de monopólio da violência e da gestão da liberdade. Assim como única ferramenta, ou mesmo resultado, da resolução de conflitos sociais, cada vez mais abundantes e problemáticos nas sociedades capitalistas complexas.

Se, de acordo com essa velha economia política da pena, pode-se depreender que a estrutura jurídico-penal e a prisão surgem como instrumentos de gestão do mercado de trabalho capitalista – desde a proibição da vagabundagem, até a

vedação de organização como classe laboral –, controlando e disciplinando a massa trabalhadora.

Após a revolução industrial, quando não mais se fazia necessária essa função reguladora, pois, o capitalismo já estaria atrelado ao humanitarismo liberal burguês, ou seja, com o projeto societário capitalista já implantado, a estrutura penal passa a desenvolver a função de gerenciar os despojos desse mesmo desenvolvimento capitalista desigualmente distribuído.

Com isso, pode-se apontar, a partir da contribuição da velha economia política da pena, que a prisão e as estruturas de controle sociopenal foram fundamentais para (1) organizar e regular o mercado de trabalho – sobretudo, classe trabalhadora – massa de sujeitos indisciplinados para a condição de assalariado; (2) controlar o mercado de preços do trabalho, na medida em que era proibido organização laboral, por melhores condições de trabalho e remuneração; (3) garantir o próprio exército de mão de obra, uma vez que era vedado o não trabalho (ócio/vagabundagem), e também garantiam a disponibilidade abundante de mão de obra, com a própria obrigatoriedade do exercício laboral; (4) também, a divisão do tempo humano em tempo de trabalho, encerrando a própria liberdade, dividindo-a de acordo com o trabalho contido nessa medida de tempo; e (5) para a produção de uma racionalidade do trabalho, pois, ao longo do tempo se produziu a divisão social de normalidade/anormalidade, desde a condição para o exercício laboral, o que Melossi e Pavarini apontam como o grande produto da prisão – o proletário (2006, p. 211).

Entretanto, acredita-se, para efeito desse estudo, que essa compreensão da prisão não dê mais conta da realidade e das funções que a instituição controle sociopenal agregou, complexificando-se ao longo do tempo conjuntamente com as transformações e desenvolvimento das forças produtivas; e com isso, transformações da centralidade desempenhada pela prisão e pelas estruturas de controle social na organização social capitalista neoliberal.

Nesse ponto, portanto, busca-se inserir novos elementos de economia política da penalidade a partir do contexto neoliberal, até este momento, traçado no sentido de tentar contribuir com elementos que demonstrem o quanto o neoliberalismo, enquanto racionalidade, ultrapassa a questão econômica e tem afetado a questão criminal e as próprias definições criminológicas.

Assim, esse ponto organiza-se em três momentos: primeiro como a racionalidade neoliberal volta-se para a construção/defesa de uma suposta estrutura consensual de valores sociais, e como, esses valores essencializados estão alinhados econômica e criminologicamente; segundo, a própria construção do sujeito que passa de um sujeito produtivo (*homo laborans*), para um sujeito competitivo, calculador

neoliberal, e uma atuação eminentemente centrada em si mesmo; e, terceiro, a consequência criminal e criminológica desses elementos, a influírem diretamente na forma de entendimento e enfrentamento da criminalidade no neoliberalismo, redundando em um determinado estado de coisas, que se busca compreender, desde uma economia política da questão criminal no neoliberalismo.

Em uma clara retomada neoclassicista, de acordo com a racionalidade neoliberal, de uma sociedade de valores de mercado competitivo, que se divide enquanto organização social, não mais entre trabalhador x não trabalhador ou bom pobre x mau pobre; mas sim, em negociadores x não negociadores, entre economicamente ativos x passivos, ou entraves econômicos.

Relacionado a isso, a clássica obra de Dario Melossi e Massimo Pavarini (2006) chega à conclusão ao final do *Cárcere e Fábrica*, que o principal produto da prisão é a produção do proletário, mediante todo o processo de conformação subjetiva/disciplinar, oferecida pela institucionalidade, circunscrevendo todos os elementos da vida do sujeito, a partir da sua relação com o trabalho. Inclusive, a própria medida de pena como tempo de privação da liberdade do corpo de trabalho – a isso que se entende, para efeito desse trabalho, como elemento central da velha economia política da pena.

Nesse sentido, pode-se apontar a principal obra, resultado da dinâmica de controle social penal por meio da prisão, não como sendo o trabalhador; mas, determinada racionalidade que transformou o sujeito em objeto econômico; o que, atualmente, o neoliberalismo eleva ao paroxismo, com a ideia de homem-empresa, ou sujeito negociador de si mesmo.

Esses dois elementos de contexto, em conjunto vão proporcionar o fundamento para uma série de transformações na forma de ver a questão criminal, no neoliberalismo, assentando as bases para uma visão econômica da própria vida social “a família, o casamento, a delinquência, o desemprego, mas também a ação coletiva, a decisão política e a legislação, tornam-se objetos de raciocínio econômico” (DARDOT; LAVAL, 2016, p. 214).

Se outrora a defesa social apresentava-se como garantia e defesa de elementos de mercado, tais como, a propriedade privada ou mesmo a própria garantia de força de trabalho; no mercado neoliberal, a própria defesa social constitui-se em mercadoria, em produto de uma relação negocial, no que Christie também foi precursor em anunciar como indústria (seria melhor dizer mercado?) do controle do crime.

Nessa linha, pode-se apontar alguns elementos desse mercado neoliberal, da prestação de serviço de segurança e do controle do crime – o governo através do crime (SIMON, 2017).

Constituindo-se, em gasto penal de caráter puramente defensivo, abandonando por ora, qualquer outra função, que não devolver às classes produtivas a tranquilidade para continuarem seus negócios, cumprirem seus contratos.

E segundo, ao mesmo tempo em que se constitui num imperativo a vigilância dos valores neoliberais, essa segurança – assim como o sucesso econômico – é de responsabilidade inteiramente do agente; atribuindo-se ao sujeito consumidor, a responsabilidade por parcela significativa da própria segurança.

O que, por si só, já abre a questão criminal ao mercado capitalista, transformando o direito à segurança em mercadoria, de múltiplas formas (FELETTI, 2014). Ou seja, quiçá, elevar a própria ideia de segurança ao patamar de mercadoria de interesse nas bolsas de valores, que, por sua vez, também precisam de regularidade e segurança, para seu bom funcionamento.

Diante do abandono do ideário da ressocialização, entregando-os como mão de obra, menos que barata, e mais que precarizada para o grande capital e exploração industrial prisional, em uma nova parceria público-privada – prisão-fábrica – não em nome do discurso ideológico da ressocialização, mas em nome da reprodução ampliada do capital, que se transmuta em eufemismos ampla e facilmente aceitos, como desenvolvimento, geração de oportunidades e aumento da produtividade nacional.

A isso que se entende como sendo o processo de complexificação da pena, não diz respeito somente à prisão; e sim de maneira mais geral à punitividade no capitalismo neoliberal. Tendo em vista essa expansão e ramificação, submete o sujeito a severo escrutínio em todos os espaços da vida social, atrelado, enredado em uma complexa dinâmica de interesses econômicos.

3. A PRISÃO RENTÁVEL COMO OBRA DO NEOLIBERALISMO: NEM BENTHAM ACREDITARIA!

Neste momento, aborda-se eminentemente dois pontos, um concreto, a modo ilustrativo, e um teórico, de caráter mais conclusivo, quais sejam: a demonstração material do processo de privatização e constituição do cárcere, especificamente na região Estado de Santa Catarina, em um verdadeiro repositório de mão de obra barata, que tem sido objeto de uma dinâmica crescente de (super)exploração, desde uma parceria público-privada, na qual o Governo do Estado se apresenta como verdadeiro gestor-agenciador desse exército de força de trabalho precarizada e marginalizada pelas dinâmicas de controle social.

E, em um sentido teórico, de como essa dinâmica político-econômica, enredada com as políticas penais e penitenciárias mostram-se como a nova fase do

desenvolvimento das forças produtivas e na nova etapa de reprodução ampliada do capital.

No século XIX se constitui em produção da subsunção formal do trabalho ao capital a partir de uma dinâmica impositiva de controle sociopenal, para impor a dinâmica do trabalho-satisfação de necessidades ligadas à dinâmica do mercado, a partir da lógica de intercâmbio desigual de equivalentes. Já no século XX, apresenta-se como sendo a forma política da consolidação capitalista, proporcionando a subsunção material do trabalho ao capital, mediante o discurso do controle social atrelado ao ideário reabilitador, para centralizar a dinâmica de controle social ao trabalho, ao menos enquanto estrutura ideológica, como racionalidade voltada ao trabalho produtivo.

No século XXI, verifica-se uma nova e importante transformação, profunda, nas funções atribuídas à pena e à prisão, não mais a produção de trabalhador enquanto resultado da prisão (MELOSSI; PAVARINI, 2006), também não a ideologia do trabalho, pois não se necessita de tanta mão de obra após as revoluções tecnológicas, e tampouco da ideologização do trabalho. No atual momento sócio-histórico de desenvolvimento das forças produtivas, o trabalhador (como o conhecemos) se apresenta como uma parte cada vez menos fundamental no ciclo da produção e o que necessita a lógica do sistema é um processo de gestão eficiente em custos, e transformação dos serviços em ativos financeiros.

Nesse sentido, a partir do diálogo com a literatura norte-americana, sobretudo a criminologia negra e abolicionista de Ruth Gilmore (2007), que tem longamente retratado esse processo desde o final dos anos 1980 e, principalmente ao longo dos anos 1990, e que pode servir de uma importante contribuição tendo em vista se constituir em alerta aos efeitos do processo de fragmentação do trabalho e transformação dos direitos em mercadoria (sobretudo, a segurança). Com eles, o direito à liberdade mercantilizado, juntamente a prisão como sua negação, constituída em ativo passível de contratação financeira em complexo de exploração econômica.

Nesse ponto, volta-se a discussão mais propriamente para a questão da política de encarceramento em massa, enquanto opção político-criminal, não apenas como mecanismo pretensamente produtor de segurança, mas, sobretudo, de mais-valor e ativos econômicos.

Retomando a abordagem de Joachim Hirsch (2014), se o modelo de acumulação da história moderna capitalista guardava na prisão a tarefa de regulação, no neoliberalismo, se situa no que se chamaria de complexo industrial prisional, também a tarefa de acumulação, desenvolvendo duplamente a dinâmica de regulação/acumulação.

Esse é exatamente o contexto em que se perfectibiliza o discurso de retomada do livre-arbítrio da conduta criminal, uma liberdade de escolha e conduta que separa os indivíduos entre cidadãos de bem x maus – novamente operando uma sociedade maniqueísta, uma organização social dividida.

Sem deixar de responder à sua atribuição de controle das classes subalternas, mas o fazendo maximizando a capacidade lucrativa das funções que lhe são atribuídas, ao que Iñaki Beiras (2019) chamou de modelo de prisão eficiente,

“[...] ou melhor, gestão eficiente do sistema penitenciário e seus estabelecimentos. trata-se na verdade de um modelo que só busca o *bom funcionamento*, (e gestão) da instituição penitenciária, desprovida de um discurso de legitimação externa.” (BEIRAS, 2019, p. 36).

Assim se apresenta o cenário de responsabilização do sujeito pela condição de vitimização (teoria da prevenção situacional), sendo responsável pelo ato que se lhe atribui, e sendo responsável pela posição de agredido. Colocando-se o cenário teórico ideológico justificador para o processo gradual, mas acelerado, de privatização dos serviços – amplos serviços – de segurança e controle público e privado do crime/encarceramento.

É justamente em meio a este processo, de direcionamento reorganizado do mercado capitalista para o mercado de serviços, que se visualiza a meca da acumulação, e ela estaria nos serviços de segurança e sua variada gama de atuação e possibilidades de lucro. Desde o fornecimento de gestão privada para segmentos e serviços de segurança pública, até mesmo o oferecimento de todo o arsenal defensista privado.

Esse é o centro de nossa preocupação, que é a adesão do ideário prisional ao discurso neoliberal, encontrando a nova função para a prisão – a função perdida com o *nothing Works* –; na nova racionalidade neoliberal de indivíduos empresa, responsáveis por seu sucesso, de instituições geridas como empresas, a prisão não tem que funcionar, ela precisar render (capital e ativos)! Assim, a partir da lógica da eficiência em custos e maximização dos resultados, a prisão é o destino da política criminal de tolerância zero, voltada aos *street crimes*.

Durante sua história, a prisão cumpria a função de absorver os despojos do desenvolvimento capitalista. Dos anos 80 do século XX em diante a prisão assume a função não mais de absorver despojos, mas sim produzir lucro. Com ela se realiza o sonho *benthamiano*, a massa carcerária não mais como problema social e da (desigual) organização social, mas sim como sucesso de uma gestão de política criminal, orientada em metas de aprisionamento e formação de um exército de força de trabalho.

Metodologicamente, foi realizado um levantamento quantitativo e documental, junto a 37 unidades prisionais do Estado, entre um total de 50 unidades prisionais, entre mistas, masculinas, femininas, penitenciárias, presídios, unidades prisionais avançadas, de regime fechado e semiaberto, de acordo com o mapeamento e divisão geográfica definida pelo Departamento de Administração Penitenciária do Estado de Santa Catarina (DEAP/SC), dividido em sete regiões penitenciárias, conforme a localização no território catarinense.

O levantamento se dirige às unidades maiores, distribuídas em todas as regiões do Estado de acordo com o mapeamento do DEAP, e tendo como critério de inclusão unidades que já se havia identificado em que havia trabalho prisional, o que não quer dizer que nas outras não exista.

Esse levantamento se inicia em setembro de 2019, a partir de uma iniciativa da Comissão de Assuntos Prisionais da Seccional do Estado de Santa Catarina da Ordem dos Advogados do Brasil (CAP-OAB/SC), para identificar alguns elementos e condições prisionais em todas as unidades do Estado, e se estende até abril de 2020, com o levantamento próprio, acerca dos dados do trabalho prisional.

O que permitiu, partir-se de um mapeamento prévio, das unidades que dispunham de um uso recursivo mais significativo em termos de trabalho prisional privatizado-arrendado, que se apresenta como o centro de análise dessa investigação.

A coleta de dados se deu mediante a facilitação pela condição de coordenador regional da comissão de assuntos prisionais, que deu acesso e possibilitou prontas respostas dos policiais penais (agentes penitenciários) responsáveis pela segurança (chefia de segurança) e também nas unidades prisionais em que existe um coordenador somente da questão do trabalho. Dessa forma se realizou tanto de maneira presencial (nas unidades mais próximas (região sul), como também via e-mail e contato telefônico com as chefias de segurança e ou trabalho das unidades.

Essa coleta de dados buscou das instituições prisionais informações/quesitos pontuais, mediante preenchimento de um questionário fechado, que, nesse segundo momento, buscava saber (a) quantos presos tinham em sua totalidade, em comparativo ao (b) número de vagas oficialmente para o qual as instalações haviam sido projetadas, mas, sobretudo, (c) do total de presos quantos trabalham, e deste total de trabalhadores, (d) quantos exerciam/exercem atividade laborativa, para empresas privadas, a partir do convênio de empresas para a tomada de trabalho carcerário; e ainda, (e) se os chamados trabalhadores nominados internamente *regalias*, também recebiam remuneração (o chamado pecúlio), e por fim, (f) se as empresas exerciam as atividades dentro das unidades/complexos prisionais, e (g) quais a empresas conveniadas ao Estado e vinculadas à unidade prisional.

A perspectiva teórica, como já se demonstrou na introdução e ao longo do trabalho, é uma abordagem materialista-crítica do trabalho prisional, sobretudo, como esse se vincula ao encarceramento em massa em um contexto de superexploração da força de trabalho, e, como essas duas estruturas – trabalho x prisão – estão interagindo no início do século XXI na realidade brasileira de capitalismo dependente, desde uma abordagem da teoria marxista da dependência, para buscar entender o atual momento de incremento em investimentos privados e exploração das unidades prisionais.

Em termos operacionais, a pesquisa obteve uma amostragem bastante significativa do universo prisional do Estado de Santa Catarina e do trabalho prisional da mesma forma.

Na Região Penitenciária 1, que engloba a grande Florianópolis, e que possui 7 unidades prisionais, obteve-se os dados de 5 delas, sendo o que se entende para efeito deste trabalho, as principais, e de maior relevância, em decorrência da população prisional e uso do trabalho prisional; o que se verificou com os dados das unidades: Presídio Masculino de Florianópolis, Presídio Feminino de Florianópolis, Penitenciária de Florianópolis; Colônia Agrícola da Palhoça; e Complexo Penitenciário do Estado (conhecido como São Pedro de Alcântara).

Na Região Penitenciária 2, localizada na região Sul do Estado, que possui 8 unidades prisionais, obteve-se os dados de 6 delas, sendo Presídio Regional de Aranguá; Penitenciária Feminina (Criciúma), Penitenciária Sul (Criciúma), Presídio Masculino de Tubarão, Presídio Feminino de Tubarão, e Presídio Regional de Criciúma (conhecido como Santa Augusta).

Na Região situada no Norte do Estado, que engloba a Região Penitenciária 3, com total de 6 unidades, prisionais, trabalhou-se com os dados de 4 delas; sendo Presídio Regional de Joinville; Penitenciária Industrial de Joinville; Presídio Regional de Jaraguá do Sul; Unidade Prisional Avançada de São Francisco do Sul.

A Região 4, localizada no Vale do Itajaí, possui um total de 6 unidades, das quais se dispõe dos dados de 5 delas, sendo Penitenciária de Itajaí, Presídio de Itajaí, Presídio Feminino de Itajaí, Unidade Prisional Avançada de Brusque e Unidade Prisional Avançada de Tijucas.

A Região 5, situada na região Serrana, possui 7 unidades prisionais, das quais dispõe-se dos dados de 5 delas, que são Presídio Regional de Lages, Penitenciária Masculina de Lages, Penitenciária de Curitiba, Presídio Regional de Caçador e Penitenciária Industrial de São Cristóvão do Sul.

Na Região 6, que está no meio Oeste do Estado, possui o maior número de unidades, totalizando 10, e das quais se dispõe de 8 unidades em dados nesta investigação,

que são Presídio Regional de Xanxerê, Presídio Regional de Joaçaba, Penitenciária Agrícola de Chapecó, Penitenciária Industrial de Chapecó, Presídio Regional de Concordia, Presídio Feminino de Chapecó, Unidade Prisional Avançada de São Miguel do Oeste, e, Unidade Prisional Avançada de Maravilha.

Por fim, a Região Penitenciária 7 do mapeamento do DEAP, chamado e situado no Médio Vale do Itajaí, a menor delas, que possui no total 4 unidades prisionais, e das quais se dispõe de 3, sendo Presídio Regional de Blumenau, Penitenciária Industrial de Blumenau, e Unidade Prisional Avançada de Indaial.

Está se falando de uma amostragem de 20.371 apenados nas unidades pesquisadas, de um universo total de 23.470 mil pessoas privadas da liberdade em todas as unidades prisionais do Estado.

Consubstanciando uma pesquisa que abarca 86,8% da população prisional catarinense, tendo sido observado uma amostragem relevante (além de 50%) em todas as regiões penitenciárias distribuídas pelo território catarinense.

Tendo-se observado o cruzamento de dados obtidos pelo Departamento Penitenciário Nacional de dezembro de 2019 (DEPEN, 2020). Assim como números do relatório da Comissão de Assuntos Prisionais da Seccional Catarinense da Ordem dos Advogados do Brasil (CAP-OAB/SC, 2020), e também, outros dados próprios obtidos junto às unidades prisionais via contato pessoal, e-mail e telefônico.

Antes de adentrar mais propriamente nos dados que interessam a essa investigação, alguns elementos a fim de contextualizar a realidade do sistema prisional catarinense, que, não obstante seja um pouco melhor que outras unidades federativas, nas quais a realidade se apresenta significativamente mais dramática, está muito longe do ideal, ainda que esse ideal sequer exista (ou melhor dizendo, o ideal seria menos prisões).

Verifica-se no Estado, uma taxa média de 25% de presos provisórios, o que perfaz uma quantidade de aproximadamente 5.600 presos, em todo o Estado, variando, em algumas comarcas, podendo chegar até a quase 40% de presos provisórios em alguns casos.

Verifica-se, também, um déficit de vagas em todo o Estado, a partir dos dados fornecidos pelo DEPEN, de aproximadamente 4.500; de outro lado, nas 37 unidades pesquisadas, verifica-se um total de vagas disponíveis de 14.581 para um total de pessoas presas 20.659, o que já apresenta um déficit de vagas de 6.078 vagas; o que pode se justificar, tendo em vista que os dados levantados pelo DEPEN vão até dezembro de 2019, e a presente pesquisa colaciona dados que vão até abril de 2020, e se verifica uma variação significativa no sistema prisional, tendo um alto fluxo de entradas e saídas, além da possibilidade de disparidade de dados fornecidos.

Como o próprio DEPEN aponta em seu relatório, o Brasil em sua totalidade, tem ampliado o déficit de vagas em pelo menos 25 mil vagas ao ano, desde 2014; a isso que se tem chamado de escalada punitiva e o que pode ajudar a explicar a diferença de dados e informações aferidas pela pesquisa e as disponibilizadas no DEPEN.

Além do déficit de vagas, aponta-se a taxa de ocupação prisional, que, olhado na totalidade das 37 (talvez) principais unidades do Estado, demonstram uma taxa de 129% de ocupação do território prisional; mas que, percebido individualmente, apresentam informações mais preocupantes, como se verifica na tabela a seguir:

Tabela 1 – déficit de vagas por unidade e região penitenciária

REGIÃO 1	Total de Presos	Total de Vagas	Taxa de Ocupação %
P. Fem. Florianópolis	120	118	101,69%
P. Masc. Florianópolis	2276	2276	100%
Col. Agr. Palhoça	614	634	96,84%
P. Florianópolis	1570	1557	100,83%
COPE S. P Alcântara	1312	1297	101,15%
<i>Total da região 1</i>	3897	3877	100,51%
REGIÃO 2			
P. Masc. Criciúma	796	666	119,51%
P. Fem. Criciúma	290	286	101,39%
Pr. Masc. Tubarão	657	388	169,32%
Pr. Fem. Tubarão	98	80	122,5%
P.R. Criciúma	1050	696	150,86%
UPA Imbituba	152	165	92,12%
P. R. Araranguá	360	244	147,54%
<i>Total Região 2</i>	3403	2525	134,77%
REGIÃO 3			
P. R. Joinville	1249	664	188,10%
P. R. Jaraguá do Sul	558	401	139,15%
UPA SF Sul	229	177	129,37%

LEAL, Jackson Silva. O sonho benthamiano, a prisão rentável e o ciclo da exploração: a subsunção virtual do trabalho ao capital realizada pela prisão.

Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 197. ano 31. p. 339-369. São Paulo: Ed. RT, jul./ago. 2023.

DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v197i197.294].

REGIÃO 1	Total de Presos	Total de Vagas	Taxa de Ocupação %
P. Ind. Joinville	752	670	112,23%
<i>Total região 3</i>	2788	1912	145,81%
REGIÃO 4			
P. Fem. Itajaí	225	194	115,97%
Pres. Tijucas	373	155	192,26%
P. R. Itajaí	1052	700	150%
P. Masc. Itajaí	1389	620	224,03%
UPA Brusque	152	86	176,74%
<i>Total região 4</i>	3191	1755	181,82%
REGIÃO 5			
Pres. Caçador	233	161	144,72%
P. Curitibanos	925	884	104,63%
Pr. Masc. Lages	511	344	148,54%
P. R. Lages	275	192	143,22%
P. Ind. S Crist. do Sul	763	599	127,37%
<i>Total região 5</i>	2707	2180	124,17%
REGIÃO 6			
P. Ind. Chapecó	685	599	114,35%
P. Masc. Xanxerê	283	134	211,19%
P. Fem. Chapecó	260	145	179,31%
P. Agr. Chapeco	1234	1132	109%
P. R. Joaçaba	232	139	166,90%
UPA SM Oeste	120	114	105,26%
P. R. Concordia	222	169	131,36%
P. Masc. Maravilha	109	90	121,11%
<i>Total região 6</i>	3145	2522	124,70%

REGIÃO 1	Total de Presos	Total de Vagas	Taxa de Ocupação %
REGIÃO 7			
P. R. Blumenau	709	451	157,20%
UPA Indaial	114	92	123,91%
P. Ind Blumenau	840	611	137,47%
Total região 7	1663	1154	144,10%

Fonte: Tabela do autor.

Como se pode verificar, a taxa de ocupação prisional de unidades como Presídio Masculino de Itajaí, o presídio Regional de Joinville e o Presídio Regional de Criciúma, ou Regional de Blumenau tem, respectivamente, 224%, 188%, 150% e 157%, que demonstra uma outra realidade do encarceramento catarinense.

Mas a questão que mais interessa dentro do panorama prisional catarinense é a questão da exploração da prisão enquanto mecanismo produtivo. E, nesse sentido, pode-se verificar que, das 37 unidades pesquisadas, tem-se um total de 6513 presos trabalhando como trabalhador recluso, ou seja, 31,52% da população prisional pesquisada sob alguma forma de exploração econômica (privada). O DEAP em seu relatório apresenta uma média acima, mas inclui o trabalho externo (incluindo regime semiaberto).

O que neste trabalho não se levou em conta, tendo-se considerado somente o trabalho interno desenvolvido nas instituições prisionais, e que são regidos pela Lei Complementar (Estadual) 529/2011 que regula a questão do trabalho prisional no âmbito estadual e, contemporaneamente, com suas relações e possibilidades ampliadas pelo Decreto Lei (Federal) 9.450/2018, que permite a contratação de trabalho prisional, mediante a realização de convênio das Secretarias de Segurança Pública, com entidades, tanto públicas, quanto privadas.

Nesse sentido, que se apresenta de maneira imensamente interessante, resgata-se a discussão do primeiro capítulo, acerca da questão da liberdade do trabalho, como condição para consideração da classe trabalhadora, que se desenvolveu no âmbito do que se chamou de capitalismo colonial (e escravista) brasileiro; e que aqui se apresenta sob a forma de um trabalho, que, de maneira diferente, também não é livre, como aponta a própria Lei Complementar Estadual em seu art. 51, no qual coloca o trabalho do condenado como dever social e condição de dignidade humana (SANTA CATARINA, 2011, s/n), ou ainda, de maneira mais clara, no artigo 53

prevê, “o condenado à pena privativa de liberdade está obrigado ao trabalho na medida de suas aptidões e capacidade” (SANTA CATARINA, 2011, s/n).

Esse é exatamente o panorama jurídico e legal em que se insere a exploração da força de trabalho prisional, e no qual a realidade catarinense, que tem sido vista como vanguarda do processo de modernização da política penitenciária, se apresenta como etapa de avanço do capitalismo para um mercado que ainda não vinha sendo integralmente explorado que é o complexo prisional.

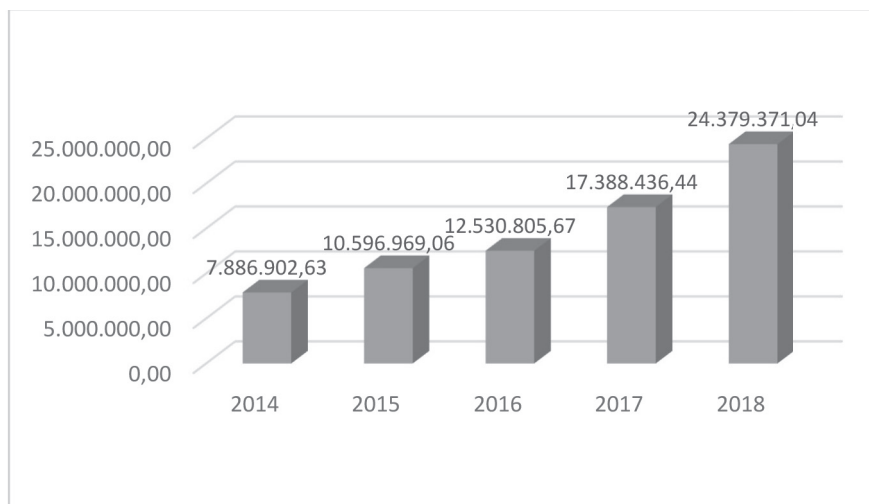
Como se verificou, entre as 37 unidades pesquisadas, nem todas responderam à questão de quantas e quais empresas tinham convênio com a unidade prisional. Das que responderam – que foram 26 unidades prisionais – estas unidades têm convênio com 71 empresas privadas, associações, prefeituras, para a exploração do trabalho prisional¹. Mas o Governo do Estado fala em mais de 200 empresas no site da Secretaria de Administração Prisional e Socioeducativa.

Não chama atenção prefeituras ou associações, mas sim, o interesse no trabalho prisional de médias e grandes atividades empresariais, como importantes empresas do ramo da produção de cerâmica ou mesmo uma importante empresa do ramo de eletrônicos, assim como muitas empresas do ramo de alimentação e limpeza.

Nesse sentido, vê-se que as empresas que exercem suas atividades na conservação das próprias unidades, sendo empresas responsáveis pela alimentação e limpeza de diversas unidades prisionais, já estão sob controle privado, constituindo-se em um passo/etapa no processo de privatização, com a transformação da prisão em *lôcus* de extração de mais-valia, nesse caso, mais-valia financeira e produtiva, conforme aponta Gilmore (2007), tema abordado mais adiante neste tópico.

Para se ter uma ideia do crescimento dessa empresa produtiva empresarial, segue o gráfico disponível no próprio site do DEAP, sobre ampliação do fundo rotativo criado especialmente para a arrecadação prisional no que se tem chamado de Política Nacional de Trabalho no âmbito Prisional (PNAT), mediante o qual se pode apontar um crescimento ao redor de triplicação da arrecadação desde seu início.

-
1. Empresas cujos nomes serão preservados, não obstante se trate de contratos públicos, para evitar danos às marcas e eventuais problemas jurídicos, bem como por questões de ética em pesquisa.

Gráfico 1 – Arrecadação do Fundo Rotativo

Fonte: Secretaria do estado da Administração Prisional e Socioeducativa, 2019.

Como se pode verificar, a arrecadação mais que triplicou em relação ao início do projeto e as expectativas eram de que chegasse a 30 milhões ao final de 2019, dados que ainda não se têm disponíveis; o que faria quadruplicar a arrecadação prisional pelo programa Ressocializando pelo Trabalho do governo do Estado de Santa Catarina.

Assim, dá-se início ao projeto de transformação do cenário prisional brasileiro no que se tem denominado de complexo industrial prisional, ou, em um grande canteiro de obras para utilizar a alusão popular de transformar algo que se demonstra improdutivo em produtivo.

Das mais de 20 mil pessoas privadas da liberdade e que compõem essa pesquisa, 6.500 fazem parte desse exército industrial, que não se pode nem mais chamar de reserva, na medida em que estar dentro da prisão não é mais estar na reserva da lógica produtiva e do mercado.

E isso fica claro quando se verifica que da totalidade do trabalho prisional, 82,69% estão sendo realizados junto a empresas e a iniciativa privada, ou seja, mais de 5.380 pessoas, e apenas 1.200 trabalhadores ligados à ideia original de trabalho prevista pela LEP em 1984, e que o DEPEN até hoje, em seu relatório de 2020, chama de laborterapia, que a regulamentação de 2011 do Estado chama de trabalhos sem importância econômica (SANTA CATARINA, 2011, s/n).

Na mesma linha é o discurso do trabalho enquanto parte do processo de ressocialização, como previsto na Política Nacional do Trabalho no âmbito do Sistema

Prisional (PNAT) aprovado pelo Decreto 9450/2018, que resgata a abordagem da prisão x trabalho como forma de inserção social e humanização e que nada mais são do que uma forma de inserção do projeto de gestão financeira e privatizada da dinâmica prisional, pautada, sobretudo, pela exploração da força de trabalho semiescravidada, precarizada, sub-remunerada, controlada física e juridicamente, cuja a própria existência enquanto classe se lhe nega.

4. A SUBSUNÇÃO VIRTUAL E O CICLO INTERMINÁVEL DE EXCLUSÃO E EXPLORAÇÃO NA ATUAL ETAPA DA EXPANSÃO DO CAPITAL

Como se pode verificar têm-se unidades que já contam com a capacidade de explorar a quase totalidade de sua população prisional, como a Penitenciária Industrial de Joinville, ou a Penitenciária de Curitiba, ou ainda a Penitenciária Agrícola de Chapecó.

No atual regime de trabalho a que adere o governo e a política penitenciária brasileira e a política catarinense é o plano piloto, na qual não tem nada de laborterapia, assim como também não é um projeto ressocializante; e sim, de exploração de um exército interminável de força de trabalho a baixo custo.

Nessa linha, é muito interessante resgatar Iñaki Rivera Beiras (2019), quando, na mesma linha que Baratta (2019), já apontava a importância de não se perder ideia de reintegração social do apenado (não ressocialização, que se apresenta como discurso legitimador da pena e da prisão há mais de 200 anos incumprida), mas sim a necessidade de abrir as portas da sociedade para o reingresso do condenado com políticas concretas de reinserção social, como políticas e acompanhamento pós-prisional.

No sentido que atribuíra Baratta (2011) e que resgata Beiras (2019), da reintegração social não através da prisão, mas apesar da prisão, a pesquisa se depara com a inexistência de dados acerca do pós-cumprimento de pena.

Ficando a provocação: esses dados não existem por que os apenados não têm esse mesmo campo de trabalho quando saem da prisão? Por que não existe uma política de acompanhamento depois da prisão? Ou, depois da prisão eles já não são mais uma força de trabalho tão atraente como quando eram presos?

Parece que cada vez mais, não só o sistema de justiça se volta inteiramente para a prisão, não obstante seu fracasso declarado (ANDRADE, 2015), também o sistema econômico começa a identificar o potencial de exploração do complexo prisional.

Realidade na qual a remuneração, nos moldes de como prevê a LEP (Lei 7.210/84), em que apenas $\frac{3}{4}$ fica para o trabalhador/apenado (art. 29), enquanto

que $\frac{1}{4}$ serve a remunerar o contrato/parceria/convênio firmado entre o Estado e a empresa.

A remuneração do reeducando, por sua vez, fica depositada em um fundo chamado pecúlio, do qual o apenado poderá fazer uso para, em primeiro, pagar o ressarcimento da vítima do delito e ressarcir o Estado com as despesas do condenado (como custas processuais), e só então, prestar assistência à família. Salientando que o valor só pode ser usado ao longo do cumprimento da pena seguindo os rígidos e taxativos limites previstos na legislação estadual (art. 60 da LC 520/11).

Não podendo fazer uso de mais de 25% do percebido mensalmente pelo trabalho do preso, conforme artigo 103 da mesma Lei Complementar.

Cumpre chamar a atenção que pecúlio também era chamado o fundo a que estava autorizado o escravo fazer mediante trabalho extra nas cidades, a que se dava o nome de escrava ou negro de ganho, remuneração pelo trabalho a que o senhor também tinha direito a uma parte; mas a remuneração ficava em sua maior parte, guardada, para o escravizado poder juntar e comprar sua alforria (GORENDER, 2016 a).

Outro dado interessante de pesquisa é que, apenas 8 unidades prisionais responderam que os presos que trabalham para a conservação da unidade prisional – os chamados regalias que não estão ligados a nenhuma empresa privada –, recebem remuneração e o chamado pecúlio além da remição. Que, ambos, são direitos do reeducando na execução penal previstos na LEP.

Não obstante não tenha sido objeto de inquirição nesse sentido – pois careceria de uma abordagem qualitativa mais imersiva e ampla –, fica a provocação: se não recebem remuneração os presos regalias, seria por incapacidade (ilegal) financeira do Estado? ou mesmo estratégia de fazer com que os reeducandos agradeçam a filantropia oferecida pela empresa privada? Forçando a própria lógica do sistema na direção do processo de privatização e financeirização do complexo penal? Inserindo de vez a lógica da administração prisional na perspectiva neoliberal da gestão eficiente em custos?

Assim, diante desses dados, e da abordagem materialista empreendida até esse momento, acredita-se que a prisão enquanto complexo prisional a ser explorado, se apresenta como a nova etapa da expansão do capitalismo na periferia capitalista, aos moldes do já realizado no capitalismo desenvolvido, com a particularidade de seguir produzindo os mesmos índices de violência e sofrimento de sua história, cumprindo – além da novíssima função de acumulação de capital – a sua velha função de produção de terror de classe.

Nessa linha, segue a brilhante análise de Joachim Hirsch (2014) acerca da configuração do modo de acumulação que tem intrínseca relação e uma permanente dialética com o modo de regulação, aponta;

“Cada formação histórica capitalista adquire sua estabilidade transitória através da conformação de um modo de acumulação compatível como o modo de regulação [...] Mas um regime de acumulação estável só pode formar-se quando se impõe simultaneamente um contexto de regulação correspondente. Ambos devem ser vistos como o resultado de confrontações e lutas sociais em diferentes planos da sociedade, cujo desenlace não pode ser pré-determinado objetivamente, mas depende da força, das estratégias e das conquistas dos atores em jogo” (2014, p. 108).

A partir dessa interpretação e análise, insere-se a prisão enquanto dinâmica de regulação, e baseada na política neoliberal de encarceramento em massa, como resultante de determinada perspectiva política, plasmada em uma política criminal, que serve substancialmente aos ditames do capital, no Século XXI.

Rusche e Kirchheimer (2008) já demonstraram que o uso (adoção) do trabalho prisional e a pretensão de tornar a prisão lucrativa no século XIX não funcionou ou não foi permitida justamente por essa correlação de forças sociais.

Naquele momento, a própria lógica de organização (crescente) do trabalho viu tal dinâmica como nociva às relações laborais e organizativas. Pode-se dizer o mesmo do que se tem chamado de período fordista, que era marcado justamente pela forte organização da classe trabalhadora, em meados do século XX (ao menos nas regiões de capitalismo desenvolvido).

Mas essa perspectiva se apresenta forte no século XXI neoliberal, pois, um dos primeiros passos para a mudança nessa correlação de forças se inicia na década de 70 do século XX com o processo de enfraquecimento/esfacelamento da organização laboral (sindical), e, culmina, com a década de 90 e início do século XXI com uma dinâmica acentuada de desregulação e enfraquecimento das relações produtivas, bem como, com a consolidação de uma classe trabalhadora desprovida da consciência de classe, composta por seres sociais fragmentados.

Onde se apresenta fundamental entender, como isso tem reflexos e interage diretamente com o processo de encarceramento em massa, e, a retomada de projeto de tornar a prisão lucrativa. Ainda que não no mesmo sentido do século XIX, mas ainda assim, intimamente ligado ao modo de acumulação e enfraquecimento das relações laborais.

Diante desse contexto, permite-se que a dinâmica prisional do encarceramento massivo proporcione, em termos de regulação, encontrar uma nova onda de

justificação e legitimação (por meio do trabalho, que oferece uma legitimação de fácil adesão e apelo), permitindo o ciclo cada vez mais ampliado de segregação prisional.

Assim como, em termos de acumulação, se apresenta como a oferta cada vez maior (diretamente proporcional à população prisional crescente e ao encarceramento ascendente) de um exército de mão de obra, o que permite a extração de mais-valia ampliada, aprofundada, com o trabalho prisional. Processo que se apresenta facilitado e rentável por diversas razões².

A isso que Mathias Seibel Luce (2018) chamaria de cisão das fases no ciclo do capital, referindo-se à dissociação do ciclo produtivo das necessidades das massas³, o que aqui toma-se no sentido de como o discurso do trabalho na prisão serve

2. 1. o trabalhador encarcerado não se constitui em classe trabalhadora, portanto não faz jus as garantias trabalhistas e todos os custos que advém dessa condição, que ainda interferem no valor do produto final, permitindo em termos de mercado disponibilizar uma mercadoria com preço mais competitivo; [...].
2. o trabalho prisional não tem problemas, em relação à organização dos trabalhadores, e aos “problemas” que isso eventualmente podem ocasionar, como greves, paralisações, exigências de salário, afinal de contas não recebem propriamente salário e tampouco se constituem em classe trabalhadora; além do fato da organização prisional e sua estrutura de controle inviabilizar toda e qualquer forma de insubordinação;
3. não se enfrenta, da mesma forma, empecilhos à produção, tais como, falta ao trabalho, licença por doença, atrasos na jornada de trabalho; ou como diria o próprio Marx:
4. se produz um processo extremamente descarado de desvalorização do trabalho em termos de valor, juntamente com precarização de condições de trabalho;
5. apresenta-se, novamente, como no século XIX, em um ótimo mecanismo de regulação do valor da mão de obra no mercado externo, rebaixamento de salários, afinal de contas, porque que razão ou elevado senso de prodigalidade, um empresário neoliberal arcaria com os custos de um empregado, podendo tomar a força de trabalho prisional com todas as suas economias financeiras e operacionais?
6. além do fato, da tomada de mão de obra barata, obediente e controlada pela administração prisional, tem-se a economia com parcela dos meios de produção, como o local (imóvel) e a manutenção do mesmo (energia elétrica p.ex.) que ficam a cargo do Estado, já que dentro da unidade prisional; fazendo o negócio duplo ou multiplamente vantajoso para o capitalista/empreendedor, uma vez que economiza tanto com o valor dos salários, quanto com o capital constante (meios de produção); ocasionando um contrato altamente rentável e meio de acumulação.
3. Aborda, sobretudo, a dinâmica de distanciamento/dissociação, dos interesses do capital em relação às necessidades das massas, no ciclo produtivo a partir da dinâmica expansiva do capitalismo dependente e de consolidação de economias industriais no decorrer do século XX, e Para saber mais, ver: LUCE, Mathias Seibel. *Teoria Marxista da dependência: problemas e categorias – uma visão histórica*. São Paulo: expressão popular, 2018.

LEAL, Jackson Silva. O sonho benthamiano, a prisão rentável e o ciclo da exploração: a subsunção virtual do trabalho ao capital realizada pela prisão.

Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 197. ano 31. p. 339-369. São Paulo: Ed. RT, jul./ago. 2023.

DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v197i197.294].

para justificar e retomar a perspectiva do trabalho prisional e não da reintegração dos internos/criminalizados.

Ainda que, em uma perspectiva absolutamente nova, mas que inaugura a nova transformação, tanto do trabalho, como das relações de prisão e mercado e as dinâmicas de controle social, demonstra justamente a capacidade sociometabólica (HARVEY, 2018) do capitalismo e sua capacidade de reprodução ampliada. Assim como da prisão, que se reinventa enquanto modo de regulação, alinhada ao capital como modelo de organização social.

Como aponta Lauren-Brooke Eisen (2019), o trabalho prisional, o discurso da ressocialização e a projeção de construção de um modelo prisional eficiente, nada mais são do que a dinâmica de *Policy makers*, que servem como estratégia de encobrimento e como objetivo meramente declarado (ANDRADE, 2015), servindo para camuflar uma proposta e perspectiva de exploração da prisão enquanto locus de extração de lucro – trabalho prisional e complexo de serviços – quando, em realidade, sua dinâmica está absolutamente dissociada da necessidade ou intencionalidade de produzir qualquer processo de reintegração social.

Nesse sentido que escreve Lauren-Brooke Eisen:

“Indeed, whether through slavery or incarceration, the United States has a long history of using captive labor for economic purposes, separate and apart from the moral or ethical questions that these practices present. Incarcerated people, much like slaves, were first and foremost a cheap and disenfranchised form of labor.” (EISEN, 2019, p. 47).

O que permite a extração de mais-valia ampliada e uma nova etapa de expansão do capital mediada pelo trabalho prisional, porque com o trabalho nas prisões “profit is directly linked to a constant and increasing supply of incarceration prisoners. For the first time, it is in someone’s self-interest to foster and encourage incarceration” (EISEN, 2019, p. 64).

Também, ao mesmo tempo em que permite a regulação do mercado de trabalho externo, contribui com a dinâmica de precarização das relações produtivas (em andamento), resgatando novamente o princípio da *less eligibility* (*menor elegibilidade*), proposto por Dario Melossi e Massimo Pavarini (2006).

Afinal, a prisão se torna concorrente na oferta de mão de obra (por um preço muito mais baixo), permitindo com que o mercado e o capital ganhem dentro e fora da prisão, às custas do trabalho do lado de cá e de lá dos muros.

Nos dois primeiros capítulos trabalhou-se com a subsunção formal e material, em diferentes momentos de expansão e reprodução ampliada do capital, que se resgata na síntese proporcionada por Marcelo Badaró Mattos,

“no chamado capítulo inédito de O capital, Marx definiu a subsunção formal e a subsunção real do trabalho ao capital. Associando a primeira forma ao mais-valor absoluto e a segunda ao mais valor-relativo, Marx procurou demonstrar que o processo se inicia pela subordinação direta dos trabalhadores aos capitalistas, quando estes passam, na condição de proprietários/possuidores dos meios de produção, a controlar o tempo e as condições de trabalho daqueles que foram reduzidos à condição de proletários. O passo seguinte, da subsunção real, apresenta-se como decorrência da acumulação apropriada pela etapa anterior e se materializa pela aplicação da ciência e da maquinaria à produção imediata.” (BADARO MATTOS, 2019, p. 27).

Nesse novo momento de reprodução e expansão ampliada do capital, agrega-se o que se propõe ser a ideia de subsunção virtual do trabalho ao capital, consoante sinalizado por Hirsch (2014), ainda que não denominando dessa maneira, situa o indivíduo humano (ser social) cada vez menos como sujeito e protagonista do processo produtivo, e cada vez mais, pura e simplesmente, enredado enquanto um objeto/parte/componente – espiritual e intelectual –, imerso na dinâmica do capital.

No qual seu trabalho se apresenta, de maneira crescentemente improdutivo e abstrato⁴, além de ter cada vez menos poder de servir como elemento de rompimento com as dinâmicas do capital. Demonstra-se como uma relação que simplesmente permite e proporciona o processo de aprofundamento da lógica de submissão e exploração, marcado pela constante e intensa marginalização social e econômica.

Continuando na esteira proposta por Hirsch (2014), a dinâmica de expansão do capitalismo sempre se deu a partir da ampliação da exploração da terra, das tecnologias; e para efeito dessa investigação trabalha-se com a ideia de que quando não havia mais terras a desbravar e povos a dominar, e, quando a tecnologia chega em um auge, que mais parece o cume de sua capacidade produtiva, que o destino mais lógico é a exploração da prisão.

-
4. Acrescenta Marcelo Badaró Mattos sobre trabalho abstrato e concreto, e trabalho produtivo e improdutivo: “a terminabilidade do trabalho decorreria de uma ditadura do trabalho morto. As transformações tecnológicas em curso decretariam o fim da possibilidade de qualquer utopia baseada no trabalho (e, portanto, nos trabalhadores, também eles condenados a perecer). As distinções categoriais entre trabalho produtivo (que gera mais-valor) e improdutivo (que não gera mais-valor), assim como entre trabalho concreto (criador de valores de uso, sociometabolismo da humanidade com a natureza etc.) e trabalho abstrato (produtor de valores de troca, subsumido ao capital, estranhado/alienado etc.)” (BADARÓ MATTOS, 2019, p. 98).

Com isso, a expansão do capitalismo em sua fase neoliberal se volta e avança novamente sobre os trabalhadores como processo de precarização e sucateamento da própria ideia de classe, e seus elementos custosos ao capital. Esse é exatamente o momento em que se verifica o retorno do capitalismo para dentro da prisão, enquanto *lôcus* produtivo a ser explorado. Assim como seu crescente contingente de mão de obra – exército industrial.

Ruth Wilson Gilmore (2007), desde a experiência norte-americana, narra o contexto e os elementos que situam o ressurgimento da dinâmica de produção/extração de mais-valia prisional como sendo composta, ou resultado, de outros diferentes tipos de mais-valia (ou excedente).

Elenca quatro tipos de mais-valia, que permitem o crescimento da empreitada prisional enquanto projeto socioeconômico e, entre eles, em primeiro lugar, o que ela chama de (1) mais-valia do capital financeiro, pois, segundo ela, valor que não está em movimento, não é capital; no que diz respeito a (2) mais-valia da terra, com o processo de circulação e migração de capital, o mesmo – diante da estagnação – passa a investir em serviços e outros tipos de contrato, que não necessariamente dependem de trabalho produtivo, mas que possam ser financeirizados; produzindo uma redução drástica e rápida de investimentos, como a agricultura, gerando assim uma crise, desvalorizadora da terra; que se apresenta como uma ativo de fácil absorção/aquisição, para outras finalidades; como a construção de prisões, como novo foco de investimento.

A autora chama essa dinâmica de destruição criativa do capital permitindo gerir o mercado da terra e direcioná-lo para outro segmento enquanto mercadoria; o que Karl Polaniy (2012) já havia chamado de mercadorias fictícias, submetidas às regras e aos interesses do mercado no neoliberalismo são transformados em mercadoria abstrata, em ativo financeiro, coproduzindo as próprias regras e funcionamento de mercado.

Nessa linha, acerca da mais valia da terra Ruth Gilmore escreve:

“Surplus land is not empty land. Devalued residential, retail, manufacturing, and other built improvements are symptoms of stagnant or shrinking local economies. High unemployment can serve as a guide for locating surplus land, because it is an indication that capital has reorganized in, or withdrawn from, the area. An example of reorganization is investment in labor-saving technology: capital is still here, value is still produced, but less value circulates as wages. In other words, the local production of surplus land – or labor – can go hand in hand with a rise or a fall in the local production of surplus value.” (GILMORE, 2007, p. 69).

Agrega ainda, (3) o que chama de mais-valia da capacidade estatal, ou mais precisamente a produção de excedente de relações de poder, de força, legitimidade e império estatal, no processo de produção de consenso, em torno de determinações e escolhas políticas, mediante leis, políticos, regulamentos, burocracia, agências reguladoras. O que permite ao Estado, consoante define Ludovico Silva como mais-valia ideológica (2013, p. 164 ss.), produzir consenso e validação em torno de interesses sociais de mercado, como se fossem em benefício de todos.

E, por fim, (4) o que denomina de população excedente relativa (mais-valia populacional), na qual aponta que a dinâmica moderna, e a neoliberal mais ainda, gerencia (e, portanto, consegue persistir e muito bem), com determinados níveis e índices de desemprego, e esse processo de gestão se dá seletivamente a partir dos processos de migração, e desde uma questão racial e classista, que permite manter e gerir em condições extremas de trabalho e vida, ou mesmo fora de trabalho, determinados segmentos, grupos, contingentes indesejados, racial ou etnicamente identificáveis.

É interessante, mesmo consideradas populações fora do mercado produtivo, decorrente da reestruturação econômica, modernização das forças produtivas, seguem cumprindo, para a mesma dinâmica, um papel importante, que é o que Marx (2017) denomina de exército industrial de reserva.

É nesse sentido que se extrai mais-valia da população relativa, no mesmo caminho, em que não estão nos planos do mercado produtivo, estão no caminho da marginalização e do aprisionamento. E por essa via, e nessa condição, voltam a fazer parte dos planos da exploração capitalista, enquanto mão de obra e força de trabalho superexplorada.

Como escreve Marcelo Badaró Mattos:

“Essa superpopulação relativa que é produto necessário da acumulação, também se constitui em alavanca da acumulação capitalista por representar um exército industrial de reserva, disponível para ser explorado pelo capital, independentemente do aumento populacional. A cada novo setor da economia ou região do globo desbravados pela expansão capitalista, esse exército estará disponível para produzir mais-valor, na mesma medida que sua abundância garante ao capital a possibilidade de manter os salários dos efetivamente empregados em um nível suficientemente baixo para que os processos cíclicos de variação da taxa de lucro não signifiquem um freio definitivo à acumulação.” (BADARÓ MATTOS, 2019, p. 37).

A isso que Lauren-Brooke Eisen (2019) chamaria de prisioneiros como *commodities*, a serem negociadas no mercado de tomada de trabalho prisional, em

um processo e dinâmica de privatização fragmentada (fatiada) dos mais variados segmentos que compõem o complexo industrial, e se constituem justamente na riqueza transformada a prisão em negócio (ativo financeiro).

Seguindo na mesma linha de análise e interpretação de Karl Polanyi (2012), em que a expansão do capital se volta para áreas ainda não desbravadas, mediante a criação de mercadorias fictícias, como o próprio dinheiro (rentabilidade financeira), a terra, o trabalho, e agora a prisão, como reunindo esses três elementos, potencialidade financeira, espaço/território, e trabalho em abundância.

Nessa linha que se permite chegar à compreensão de que a atual fase da expansão do capitalismo, segundo Hirsch se daria em duas direções, interna, mediante o processo de racionalização e efficientização de suas técnicas, bem como externa, produzindo novos mercados antes inexistentes, ou não submetidos à lógica do mercado, como o era a ideia de monopólio da violência encerrado nas prisões, sob a tutela e controle do Estado, a partir de uma ideia de interesse público (ainda que isso fosse uma falácia, ainda era menos assustadora).

Com o processo neoliberal em curso, verifica-se que a expansão do capitalismo tem se dirigido para a prisão, justamente nos dois sentidos, seja no sentido de efficientização em custos da administração prisional e da própria política criminal, gerando um imenso mercado de securitização, como já apontado de maneira visionária por Nils Christie (1993).

Seja também para o processo de tornar a prisão um verdadeiro canteiro de obras e complexo industrial prisional produtivo, a baixo custo, e no qual os presos se apresentam como *commodities* a serem negociados em sua reclusão, como força de trabalho.

Nesse ponto, vale resgatar a definição de superexploração da força de trabalho, que tem sido a marca do avanço e etapa atual de expansão do capitalismo, e que se apresenta de maneira mais dramática na realidade de capitalismo dependente brasileiro, com suas prisões e política criminal genocida, e seu encarceramento em massa, apto a produzir um exército interminável de mão de obra.

Para isso retoma-se a contribuição de Mathias Seibel Luce (2018), que inicia apontando e explicando o que superexploração do trabalho não é enquanto definição e realidade material concreta. A partir disso, aponta que a superexploração da força de trabalho não é simplesmente a ampliação e aprofundamento da extração de mais-valia mediante o aumento da carga ou intensidade do trabalho, ou que a superexploração simplesmente se aproxime do regime de escravidão, enquanto formas de produção de mais-valia ampliada e consumo das forças vitais do corpo negro escravizado.

A partir disso, permite-se apontar o que seria a superexploração da força de trabalho, como sendo as manifestações e aprofundamento da face negativa da lei do valor, tais como: negação do valor produzido pela força de trabalho, pagamento da força de trabalho abaixo de seu valor; consumo das forças vitais do trabalhador e aceleração de seu esgotamento, em síntese, intercâmbio desigual de equivalentes.

O que no mundo neoliberal já se apresenta sob a forma de precarização das relações de trabalho, se intensifica atrás dos muros do complexo prisional, uma vez que se trata de indivíduos para com os quais se tem muita dificuldade de produzir empatia. Isso permite, ainda, que o discurso do trabalho intramuros, independente das condições, se apresente como uma estratégia de adesão e aceitação muito facilitada, e que permite tal projeto se apresentar tão valioso enquanto investimento em *commodities* humanas tornadas mercadorias no novo processo produtivo, nessa nova etapa de expansão do capitalismo e remodelação das relações produtivas chamada neoliberalismo.

A partir desses elementos se permite associar a tomada de trabalho prisional no neoliberalismo – que se entende como *new slavery* (Alexander, 2017)⁵ –, ao uso que se fez da força de trabalho escrava na acumulação primitiva como condição para surgimento e maturação do capitalismo enquanto modo de produção social. No neoliberalismo se apresenta como resultado por um processo de acumulação que pensa não ter limites, assim prescinde da clássica ideia de classe trabalhadora.

Nessa linha, entende-se que por meio do uso da mão de obra prisional está se operando um processo público-privado de produção de mais-valia absoluta e relativa conjuntamente, o que em meio a uma política de encarceramento em massa permite uma fonte inesgotável de enriquecimento às custas de sangue e suor de homens não livres explorados em troca da vã esperança da antecipação da liberdade (a promessa de remissão da pena), reerguendo a quimera da promessa da reintegração social como função declarada, quando em realidade, situam esses sujeitos em um verdadeiro processo interminável de exclusão, a que se tem denominado de subsunção virtual do trabalho ao capital, pois, a lógica economia a qual a prisão faz parte, apenas os tem como combustível na condição de corpos baratos a serem moídos – transformando a prisão cada vez mais num moinho de

-
5. Michele Alexander (2017) apresenta o que chama de *new slavery* quando analisa o superencarceramento nos Estados Unidos da América que de maneira encoberta resgatam a lógica segregacionista das leis Jim Crow, e que proporcionam o *lôcus* para a superexploração racial mediante o sistema penal, de maneira similar ao que postula Ruth Gilmore (2007) em sua análise do sistema penitenciário californiano.

moer gente (como sempre foi), mas agora também como uma lócus de produção de ativos financeiros.

5. CONSIDERAÇÕES

A título de conclusão, ainda que provisória e fragmentária, tendo em vista que esse texto se apresenta como elemento de pesquisa, a questão que fica é, será que existe lócus de produção mais propício para extrair da força de trabalho maior eficiência do que dentro de uma instituição prisional vigiada permanentemente, e na qual a ineficiência ou qualquer outra falta é apenada com regressão de regime ou qualquer outra forma de repressão penal/administrativa? Ou ainda, se existe negócio/empreendimento mais seguro do que o garantido/proporcionado tanto em eficiência, quanto em estrutura pelo próprio Estado? Parece que não, e que nem Jeremy Bentham nos seus mais otimistas sonhos ou boas intencionalidades liberais poderia crer o que se faria com a instituição penitenciária, e que o neoliberalismo e sua racionalidade proporcionaram.

Por fim, se o trabalho livre, com toda a sua regulamentação tanto normativa quanto institucional (realizado pelas organizações fiscalizadoras das condições de trabalho) se apresenta como a história da exploração e é marcada pela incapacidade de controle dos desmandos da classe e interesses capitalistas, assim como da própria lógica sociometabólica do capital, imagine-se toda essa intencionalidade voltada para o cárcere e dirigida aos sujeitos que foram relegados e esquecidos pela sociedade de bem extramuros, constituídos como inimigos e mercadologicamente desnecessários.

Mais do que nunca a prisão não só não é lócus de ressocialização, mas de consolidação de uma estrutura social segregacionista, e agora mais, readquirindo finalidade econômica, se apresenta como uma etapa da exclusão permanente de pessoas, as inserindo (funcionalizando) permanentemente na condição de matéria-prima do moinho de moer gente e produzir ativos financeiros, ambos em abundância, marcado pelo encarceramento em massa que não parece encontrar limites, assim como na capacidade de capitalizar a prisão e o sofrimento; ao que se tem denominado de subsunção virtual do trabalho ao capital, que a prisão tem dado uma contribuição fundamental na perpetuação da exclusão.

6. REFERÊNCIAS

ALEXANDER, Michelle. *A nova segregação: racismo e encarceramento em massa*. Trad. Pedro Davoglio. São Paulo: Boitempo, 2017.

- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des) ilusão*. Rio de Janeiro: Pensamento Criminológico, 2ª reimpressão, 2017.
- ANITUA, Gabriel Ignacio. *Histórias dos Pensamentos Criminológicos*. Rio de Janeiro: Revan, 2008.
- BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan/ ICC, 2011.
- CHRISTIE, Nils. *La Industria del control del delito: la nueva forma del Holocausto?*. Buenos Aires: Del Puerto, 1993.
- CHRISTIE, Nils. *Los limites del Dolor*. Ciudad de Mexico: FCE, 1988.
- CHRISTIE, Nils. *Uma razoável quantidade de Crime*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.
- DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal*. São Paulo: Boitempo, 2016.
- DAVIS, Angela. *Estarão as prisões obsoletas?* Rio de Janeiro: Difel, 2018.
- GILMORE, Ruth Wilson. *Golden Gulag: prisons, surplus, crisis and, opposition in globalizing California*. Los Angeles: California Press, 2007.
- HARVEY, David. *A loucura da razão econômica: Marx e o capital no século XXI*. São Paulo: Boitempo, 2018.
- HARVEY, David. *O neoliberalismo: história e implicações*. Trad. Adail Sobral e Maria Stela Gonçalves. Dições Loyola: São Paulo, 2008.
- HIRSCH, Joachim. *Teoria materialista do estado*. Rio de Janeiro: Revan, 2014.
- LEAL, Jackson da Silva. *Criminologia da libertação: a construção da criminologia crítica latino-americana como teoria crítica do controle social e a contribuição desde o Brasil*. [1. reimpr.]. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.
- LEAL, Jackson da Silva. Uma razoável quantidade de violência: a aceitação Das Prisões Como Síntese Da Atual Sensibilidade Acerca Da Violência. *Revista Brasileira de Segurança Pública*, São Paulo, v. 15, p. 58-73, 2021.
- LEAL, Jackson Silva. *Criminologia da dependência: prisão e estrutura social brasileira*. Belo Horizonte: Casa do Direito/Letramento, 2021.
- LOSURSO, Domenico. *O marxismo ocidental: como nasceu, como morreu, como pode renascer*. São Paulo: Boitempo, 2018.
- LUCE, Mathias Seibel. *Teoria Marxista da dependência: problemas e categorias – uma visão histórica*. São Paulo: Expressão Popular, 2018.
- MARX, Karl. *Grundrisse*. Rio de Janeiro: Boitempo, 2011.
- MARX, Karl. *O capital: livro I*. São Paulo: Boitempo, 2017.
- MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *Manifesto comunista*. São Paulo: Boitempo, 2010.
- MATHIESEN, Thomas. *Juicio a la Prisión: una evolución crítica*. Buenos Aires: Ediar, 2003.

- MATTOS, Marcelo Badaró. *A classe trabalhadora: de Marx ao nosso tempo*. São Paulo: Boitempo, 2019.
- MELOSSI, Dario. *Controlar el Delito, controlar la sociedad: teorías y debates sobre la cuestión criminal del Siglo XVIII al XXI*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2018.
- MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e Fábrica: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX)*. Rio de Janeiro: Revan, 2006.
- MIAILLE, Michel. *Introdução Crítica ao Direito*. Lisboa: Estampa, 2005.
- PAVARINI, Massimo. *Castigar el Enemigo: criminalidade, exclusion y inseguridad*. Quito: FLACSO, 2009.
- PAVARINI, Massimo. *Control y Dominacion: teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*. Ciudad de Mexico: Siglo XXI, 2013.
- POLANYI, Karl. *A grande transformação: As origens de nossa época*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.
- RUSCHE, Georg; Kirchheimer, Otto. *Punição e estrutura social*. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004.
- SIMON, Jonathan. *Governing Through the Crime: How the war on crime transformed American Democracy and Created a Culture of Fear*. New York: Oxford Press, 2007.



PESQUISAS DO EDITORIAL

ÁREAS DO DIREITO: Penal; Filosofia

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- Apontamentos sobre crime, direito penal e pauperismo em Marx, de Vitor Bartoletti Sartori e Nayara Rodrigues Medrado – *RBCCrim* 181/229-272;
- Jeremy Bentham penitenciarista, de Livia Maria Silva Macêdo – *RBCCrim* 120/299-327;
- Mídia e sistema penal no capitalismo tardio, de Nilo Batista – *RBCCrim* 42/242-263; e
- Privatização de presídios e a mercantilização do crime e da pobreza, de Erica do Amaral Mattos – *RBCCrim* 133/257-297.

QUESTÕES DE ÉTICA NA PESQUISA CRIMINOLÓGICA

ETHICAL ISSUES IN CRIMINOLOGICAL RESEARCH

WAGNER AMORIM MADOZ

Doutorando em Direito, Centro de Ensino Unificado de Brasília – UniCEUB, Brasília – DF. Mestre em Direito pela mesma Instituição (2015). Pós-graduação em Análise da Constitucionalidade – Universidade de Brasília/Unilegis (2002). Professor de Direito Público. Membro Grupo de Pesquisa Política Criminal – UniCEUB. Lattes: [http://lattes.cnpq.br/4995063088465113]. ORCID: [https://orcid.org/0000-0002-3850-7005]. wamadoz@hotmail.com ou wmadoz@gmail.com

DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v197i197.241].

Recebido em: 21.05.2022

Aprovado em: 12.09.2022

Última versão do (a) autor (a): 23.09.2022

ÁREAS DO DIREITO: Penal; Fundamentos do Direito

RESUMO: A pesquisa objetiva refletir criticamente sobre questões de ética na pesquisa criminológica. Enfoca alguns paradoxos decorrentes das escolhas diante dessas complexas questões no contexto da pesquisa qualitativa, a partir da teoria crítica. Questões que surgiram em outras pesquisas e que constituíram os grandes paradigmas da pesquisa de campo e fizeram instituir os princípios éticos basilares em pesquisa, materializados nos Códigos Internacionais de conduta, nas pesquisas com e em seres humanos, contendo os requisitos do consentimento informado, da propriedade dos dados, das relações de poder, da questão das diferenças culturais e seu papel na caracterização dos valores éticos. Apresenta o trabalho "Uma vida Severina" como exemplo de pesquisa ética no campo criminológico, que reflete o entendimento estabelecido pela Academia Brasileira de Ciências.

ABSTRACT: The research aims to critically reflect on ethical issues in criminological research. It focuses on some paradoxes arising from the choices faced with these complex issues in the context of qualitative research, based on critical theory. Issues that emerged in other researches and that constituted the great paradigms of field research and made the basic ethical principles in research established, materialized in the International Codes of Conduct, in research with and in human beings, containing the requirements of informed consent, ownership data, power relations, the issue of cultural differences and their role in the characterization of ethical values. It presents the work "Uma vida Severina" as an example of ethical research in the criminological field, which reflects the understanding established by the Brazilian Academy of Sciences.

PALAVRAS-CHAVE: Ética em pesquisa – Pesquisa qualitativa criminológica – Relações de poder – Consentimento informado – Benefícios compartilhados.

KEYWORDS: Research ethics – Qualitative criminological research – Power relations – Informed consent – Shared benefits.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Ética na justificação da punição criminal. 3. Códigos Éticos na pesquisa em e com seres humanos. 4. Ética na pesquisa em ciências sociais: limite ético na observação participante. 5. A prática de ilícito durante a pesquisa – tudo em nome da ciência?. 6. Colaboração ou não com o sistema criminal. 7. O desvio ético pela desonestidade do investigador. 8. O "gene da violência" e o "sangue dos Yanomani". 9. Falácia presentista e relativismo ético. 10. Exemplo de ética na pesquisa etnográfica: uma vida Severina. 11. Conclusão. 12. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A ética costuma ser entendida como o estudo das questões e julgamentos morais das ações e condutas, do que é bom ou mau, certo ou errado (BANKS, 2017, p. 25), de como devemos viver (SINGER, 1997, p. 202-203), mas também como a “teoria ou ciência do comportamento moral dos homens em sociedade” (VÁSQUEZ, 2005, p. 23).

A reflexão ética do fundamento da condição humana tem enorme importância para a pesquisa criminológica, primeiramente porque induz a pensar radicalmente a própria justificativa e racionalidade da punição, bem como os fenômenos associados ao crime e à violência, decorrentes ou não de graves problemas estruturais e sociais.

Decorrente da grande abrangência, a ética é estudada em grandes ramos, como a metaética, que engloba os métodos, a linguagem, e mesmo a estrutura lógica e racional dos termos éticos; a ética normativa, na qual as formas dos comportamentos e os padrões de condutas são estudados, e a ética aplicada, onde os problemas e dilemas morais práticos, particularmente nas profissões, são o objeto de pesquisa (BANKS, 2017, p. 25; SOURYAL, 2015, p. 53; VÁSQUEZ, 2005, p. 19).

Existe um vasto campo de investigação criminológica, a começar pela natureza desse campo, sua função social e, sobretudo, as justificações do castigo e da pena. Os problemas éticos, por sua vez, se caracterizam pela sua generalidade, enquanto os problemas concretos, de determinada situação, são da esfera dos problemas práticos morais. Ocorre que há um entrelaçamento entre os dois campos da ética, como defende Adolfo Sánchez Vásquez:

“os problemas teóricos e os problemas práticos, no terreno moral, se diferenciam, portanto, mas não estão separados por uma barreira intransponível. As soluções que se dão aos primeiros não deixam de influir na colocação e na solução dos segundos, isto é, na própria prática, vivida, assim como as suas soluções, constituem a matéria de reflexão, o fato ao qual a teoria ética deve retornar, constantemente, para que não seja uma especulação estéril, mas sim a teoria de um modo efetivo, real, de comportamento do homem.” (VÁSQUEZ, 2005, p. 17).

No sistema criminal, nos defrontamos com problemas morais decorrentes de atos e comportamentos humanos, muito além dos desvios éticos de agentes públicos, como juízes, promotores e policiais, na condução do processo criminal, mas por se constituírem em dilemas para cuja solução não necessariamente há previsão em atos normativos. A pesquisa científica, por sua vez, é um processo de investigação cujo caminho é determinado pelo tipo de problema que se está a investigar (GOLDENBERG, 2015, p. 13), e a reflexão ética sobre esse agir moral na pesquisa, ou a prática de pesquisa, avalia as decisões tomadas, as quais podem ou não estar em conformidade com os padrões éticos adotados.

A criminologia tem um amplo campo de estudo, tanto pela combinação de teoria e pesquisa empírica, quanto pelo corpo de conhecimento interdisciplinar sobre o crime, como um fenômeno social, o infrator, a vítima e o controle social do comportamento tido como delitivo (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, 2003, p. 47).

Existem, entretanto, muitas dúvidas e críticas quanto ao papel, aplicação, valor e contribuições dos criminologistas para a solução dos problemas a que se propõem resolver, dada a amplitude do seu objeto, envolvendo muitos campos e abordagens multidisciplinares, que conduz a variedade dos métodos de pesquisa utilizados – experimentos de controle aleatórios, entrevistas em profundidade, etnografias etc., e questões éticas na produção da pesquisa.

Além dos clássicos e lamentáveis casos de plágio e violação de privacidade, destacam-se as questões éticas ou *dilemas éticos* surgidos nas diversas fases da pesquisa criminológica, cuja compreensão está longe de ser um enfadonho estudo de normas deontológicas, que gera “má vontade” nos pesquisadores iniciantes (GOLDENBERG, 2015, p. 11), ou um desnecessário obstáculo à pesquisa, devido ao aparato burocrático dos Comitês de Ética e dos formulários de consentimento e de informações (ISRAEL; HAY, 2011, p. 500). Além disso, o exponencial crescimento das tecnologias ligadas à informação impõe novas questões para a ética na pesquisa criminológica, notadamente após o advento da *internet* e do ciberespaço (LÉVY, 1999, p. 17).

Convém reconhecer primeiramente, que as teorias criminológicas formam um arsenal teórico desse campo de investigação, concebidas como “caixa de

ferramentas” (DELEUZE; FOUCAULT, 2005, p. 71), com o objetivo de compreensão do fenômeno criminológico. Uma vez que se alcança melhor esse objetivo com a visão plural e não restrita ou exclusiva a determinado campo, mesmo porque, se há apenas martelos como ferramentas, todos os problemas tendem a se resumir a pregos, como diz um provérbio inglês: “if all you have is a hammer, everything looks like a nail”, no mesmo sentido, “I suppose it is tempting, if the only tool you have is a hammer, to treat everything as if it were a nail” (MASLOW, 1970, 15).

É claro que recuperar todas as discussões e argumentos éticos, utilizados para definir condutas na pesquisa criminológica seria tarefa impossível de cumprir no curto espaço deste trabalho. Por essa razão, definimos os principais problemas e dilemas, a partir de algumas pesquisas clássicas nas ciências sociais, mas que tangenciam de alguma maneira temas criminológicos.

García-Pablos de Molina utiliza feliz alegoria, ao fazer alusão ao mundo das togas negras do direito e dos aventais brancos da ciência diante do problema do crime (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, 2003, p. 32). De fato, o método empírico baseado na observação formal e sistemática constitui uma das características da ciência criminológica, além do peculiar objeto de sua investigação, que não se reduz ao comportamento criminal, nem às vítimas, mas engloba as agências de controle, a mídia, as leis e o sistema judiciário. Assim, por exemplo, ao medir o fenômeno criminológico, desenvolvendo técnicas que ajudem a mensurar o objeto de pesquisa, de maneira a ser possível descrevê-lo de forma clara, objetiva e o mais precisamente possível, constitui apenas uma forma de explicação do fenômeno, cuja validade desafia a confirmação pelas formulações e testes das hipóteses supervenientes, as quais, confirmam ou não a teoria elaborada.

Ocorre que é precisamente a diversidade e ambiciosa abrangência das questões investigadas pela criminológica que constituem o seu encanto e atraem muitos investigadores, talvez por uma *libido sciendi*. De modo que a interdisciplinaridade se vale de outras investigações que partilham do mesmo objeto, enaltecendo, portanto, as similaridades dos problemas investigados e as inevitáveis conexões entre elas e que faz com que a criminologia seja fruto da herança intelectual de muitas contribuições.

Ao longo do tempo, a criminologia tem se enriquecido desse pluralismo teórico e conexão com outras ciências no esforço criativo de resolução dos enigmas criminológicos mais intrigantes. Por outro lado, a série de questões relacionadas com a pesquisa de temas da criminologia induz a adotar uma atitude cética, com relação às explicações teóricas sobre o fenômeno em torno do crime e a pensar criticamente essas teorias – pela análise metódica de seus pressupostos –, através da aplicação aos problemas importantes e questões absolutamente intrincadas, bem como as

afirmações e especulações da *dogmática penal*, das crenças tradicionais e do senso comum, porque, como em outras ciências sociais, existe uma grande quantidade de questões e dilemas não resolvidos, além de igual ou maior número de controvérsias teóricas, deixando-as absolutamente em aberto (BANKS, 2017, p. 42-43).

A pesquisa científica costuma ser compreendida como uma sequência ordenada de etapas, a partir da pergunta ou indagação inicial, que já define o tema em que ela se insere, bem como a formulação da hipótese de pesquisa, testável e mensurável – quando possível –, seguindo-se do planejamento, no qual são previstos a forma como será realizada, o tipo ou método de pesquisa empregado, o local, pessoas e instituições envolvidas, tempo necessário, custos envolvidos etc., a coleta (questionário, entrevista em profundidade, etnografia etc.) e análise dos dados, a formulação da conclusão e elaboração do relatório dos achados da pesquisa. Embora não se possa dizer que todas as pesquisas científicas sigam essa sequência, é difícil conceber alguma que não siga pelos menos algumas dessas etapas, as quais podem ser agrupadas em fases do projeto científico, tal como sugerido pela Academia Brasileira de Ciência, no guia *Rigor e Integridade na Condução da Pesquisa Científica – Guia de Recomendações de Práticas Responsáveis*: planejamento do trabalho de pesquisa; manuseio de dados; execução do projeto; e publicação dos resultados (ABC, 2013, p. 7-9). Em todas essas fases podem surgir problemas ou dilemas éticos, como se ilustrará com os exemplos de condutas impróprias na pesquisa ou consideradas em confronto com as normas éticas da pesquisa científica.

Muito mais do que um legislador do comportamento moral das pessoas e da sociedade, no sentido da formulação de princípios e normas para orientação do agir correto (VÁZQUEZ, 2005, p. 20), o desenvolvimento das reflexões éticas na pesquisa científica em sentido lato, criminológica em sentido estrito, envolve avaliações críticas das diferentes questões e dilemas que se apresentaram ao longo do tempo, nas variadas fases das pesquisas, antes, durante e após a sua realização, com a divulgação dos resultados ou relatórios, às vezes até muitas décadas após sua publicação, como foi o caso da pesquisa de William Foot Whyte, *Street Corner Society*, como discutiremos.

2. ÉTICA NA JUSTIFICAÇÃO DA PUNIÇÃO CRIMINAL

São inúmeros os questionamentos que podem ser formulados na pesquisa criminológica a demandar investigação empírica. No que se refere à ética na pesquisa, poderíamos indicar a questão do significado e abrangência dos termos de consentimento livre e esclarecido; o acesso aos benefícios da pesquisa; a reflexão ética sobre a remuneração do participante na pesquisa; ou se os formulários de consentimento,

na pesquisa criminológica, seriam uma ameaça aos participantes da pesquisa, embora gerassem proteção para pesquisadores e comitês de ética. Essas questões estão longe de atingirem um consenso que os Códigos de Nuremberg e a Declaração de Helsinque alcançaram:

“O tema da ética em pesquisa alcançou alguns acordos que se mantêm sólidos desde o Julgamento de Nurembergue, o Código de Nurembergue e a Declaração de Helsinque. Isso não significa que a ambição do campo seja atingir o consenso. A ética em pesquisa não é matéria para a tranquilidade dos acordos perenes ou dos dogmas inquestionáveis. É um campo em ebulição, em que as questões são desafiantes e as respostas, em larga medida, provisórias. O que se almeja como consenso é garantir que os princípios da cultura dos direitos humanos façam parte das práticas de revisão ética, do cotidiano investigativo dos cientistas e da formação de jovens pesquisadores. Por isso não é correto sair à procura de consensos para o enfrentamento das questões mais desafiantes, (...)” (DINIZ; SUGAI, 2008, p. 17).

A questão ética na pesquisa criminológica também abrange o fundamento ou a justificativa para a punição e todo o debate em torno da necessidade, proporcionalidade e modos de se punir as condutas tidas como merecedoras de sanção criminal (BANKS, 2017, p. 238). Desse modo, as teorias que embasam ou servem de fundamento para a punição, ou o aumento da punitividade, são também objeto de estudo da ética, uma área de estudo específica da justiça criminal, como defendem alguns autores (JACOBS; JACKSON, 2017, p. xv).

A justificativa, natureza e fundamento da pena, ou seja, a razão pela qual se utiliza do Direito Penal para tutelar determinados comportamentos, têm grande importância para a compreensão do sistema criminal e o respectivo embasamento ético envolvendo o direito de punir no Estado Democrático de Direito, o tipo de pena, a quantidade e o tipo de conduta (SUXBERGER, 2006, p. 21-22).

Teorias relativistas e absolutas da pena, os funcionalismos teleológico e sistêmico, as teorias justificacionistas e abolicionistas, o minimalismo penal, a complexa questão da prevenção no Direito Penal, a justiça restaurativa, a utilização do “medo da criminalidade” para justificar discurso punitivo (CORNELLI, 2003, p. 57-58), são algumas das incontáveis questões éticas que podem surgir da análise crítica desses fundamentos e justificativas teóricas, que extrapolam o âmbito desse estudo (FALCÓN Y TELLA, 2002/2008, p. 79-80).

Parece exemplar, no entanto, o estudo da justificativa da punição utilizada na Alemanha, durante o Terceiro Reich, além da conduta dos cientistas nazistas, pela riqueza e profundidade das questões éticas envolvidas. Tanto assim é que, a partir do

juízo dos médicos nazistas em Nuremberg, houve a definição de princípios que deveriam balizar a conduta nas pesquisas em seres humanos (ESTADOS UNIDOS vs. KARL BRANDT et al.).

Quanto ao fundamento da punição, os nazistas pregavam que a sociedade dividida em classes e níveis socioeconômicos daria lugar a uma “comunidade de base”, fundada acima de tudo sobre o sentimento de união do povo. Assim, quem quer que se recusasse a adotar a doutrina, ou que não cumprisse com seus padrões “raciais”, políticos e morais, ou mesmo os requisitos de desempenho, seria considerado inimigo do povo alemão, e, como tal, deveria ser excluído, isolado ou mesmo fisicamente exterminado (WILDT, 2012, p. 173). Hitler começou o projeto de eugenia com o assassinato em massa de “doentes incuráveis”, através da “morte misericordiosa”, e que pretendia ampliar o programa para o extermínio de alemães “geneticamente defeituosos” (doentes do coração e pulmão), vidas consideradas sem valor – “sie galten als lebensunwert” (ARENDR, 1999, p. 312).

A ideia da eliminação pura e simples dos desviados, delinquentes habituais, incorrigíveis ou natos, não era propriamente uma invenção nazista. O pensamento criminológico dominante, no final do Século XIX e começo do Século XX, estava impregnado do “discurso médico”, do controle da população pela terapêutica social (ANITUA, 2010, p. 141). Von Liszt, por exemplo, incluía nessa categoria de desviados os mendigos, vagabundos, prostitutas de ambos os sexos, alcoólatras etc., como inimigos da ordem social (MUÑOZ CONDE, 2001, p. 151). De modo que era uma ideia dominante a inocuidade ou mesmo a eliminação pura e simples desses indivíduos “desprovidos de valor vital”, deficientes, pessoas de segunda categoria (*untermenschen*), associadas, delinquentes habituais e insuscetíveis de melhora ou correção, por serem considerados portadores de defeitos congênitos e enfermidades hereditárias.

Na Alemanha, essas ideias de eugenia social floresceram de modo especial, no início do séc. XX, proposta por médicos, biólogos e criminólogos, que formavam o paradigma biologista, o qual serviu de base para o positivismo criminológico (MUÑOZ CONDE, 2001, p. 153). É nesse contexto que surgem as ideias de internamentos de segurança, com duração indeterminada, proposta como medida preventiva, aplicadas àqueles em situação de “periculosidade social”. Tem particular interesse, nesse sentido, a introdução no Código Penal alemão, em 1934, da “Lei sobre o delinquente habitual e perigoso”, através da qual se permitia manter o delinquente habitual em confinamento em campos de concentração, por tempo indeterminado.

A Lei sobre *Gemeinschaftsfremde* (estranhos à comunidade), de uma forma ainda mais radical, pretendia castrar e esterilizar, além de internar em campos de concentração, aqueles indivíduos que, segundo a ideologia nazista, eram considerados

nocivos à comunidade, ou seja, marginais, mendigos, desocupados, delinquentes sexuais, incluindo homossexuais. Trata-se inequivocamente de uma lei que protagoniza a política de depuração racial, pela limpeza étnica, a se juntar às Leis de Nuremberg de 1935, que no início do governo nazista se concentrava contra todos aqueles não arianos, principalmente os judeus, ciganos e negros, mas depois se dirigiu àqueles arianos que não se encaixavam no conceito de *Volksgeosse*, verdadeiro membro da *Volksgeinschaft* (literalmente comunidade do povo), por serem portadores de alguma particularidade congênita ou adquirida que os convertia em pessoas de menor valor. Aliás, a Lei sobre os *Geinschaftsfremde* (estranhos à comunidade) que teve inequivocamente a participação do penalista Edmund Mezger, só não entrou em vigor, em 1945, porque os nazistas precisavam urgentemente prover o exército alemão de “carne de canhão” – *Kanonenfutter* (MUÑOZ CONDE, 2001, p. 162).

Desse modo, parece correto afirmar que a perseguição aos “desviantes”, especialmente a violência antissemita, exerceu uma função central no nazismo, sua ética fundamental, a *Volksgeinschaftspolitik*, indica a cumplicidade da comunidade, pela violência com as vítimas, revelando a qualidade de cúmplices e espectadores, seriam os carrascos voluntários de Hitler (GOLDHAGEN, 1997).

3. CÓDIGOS ÉTICOS NA PESQUISA EM E COM SERES HUMANOS

As preocupações éticas em torno da pesquisa científica em seres humanos tiveram grande impulso com o julgamento dos médicos nazistas, por crimes de guerra e contra a humanidade, na cidade de Nuremberg (Estados Unidos vs. Karl Brandt et al.), após a Segunda Guerra Mundial, em cujo desenrolar foram divulgadas atrocidades cometidas pelo regime nazista, não circunscritas àquelas ocorridas nos campos de concentração, posteriormente transformados em campos de extermínio: o *Holocausto*. Abrangeu também populações vulneráveis, ainda que pertencentes ao grupo étnico ariano, mas portadoras de anomalias, congênitas ou não, consideradas *vidas que não mereciam ser vividas*, ou *vidas consideradas sem valor* (ARENDT, 1999, p. 312).

Ficou claro nesse julgamento o conflito entre as necessidades da pesquisa científica e os direitos humanos, embora circunscrito aos médicos nazistas, era necessário se recorrer à formulação Kantiana do imperativo categórico que estabelece que o ser humano é um fim em si mesmo e não um meio (COSTA, 2008, p. 28).

Também nesse julgamento emergiu o dilema ético da justificação da condenação, presente nos argumentos de defesa – *nullum crimen nulla poena sine lege* – caracterizando a “justiça dos vencedores”. Como condenar um indivíduo se o crime

pelo qual ele será condenado ainda não existia? Sobre tudo, os crimes contra a humanidade, como foi o caso do Holocausto (*Shoá*), os quais transcendem a capacidade humana de compreensão e seriam componentes e fenômenos de um monstruoso *scelus infandum* –, quando da prática do ato tido como ilegal? Seriam crimes que não se poderia punir nem perdoar (ARENDT, 2004, p. 510).

A reflexão crítica de Hannah Arendt sobre o episódio do julgamento de Eichmann em Jerusalém tem profundo significado ético, pois, embora seja uma visão externa, e talvez até por isso, aponta para problemas radicais daquele julgamento, mas poderia se aplicar também ao julgamento dos médicos nazistas, pois questiona como castigar um indivíduo que não é radicalmente malvado e que renuncia a pensar fora do contexto de uma ideologia totalitária baseada na *obediência cadavérica* (uma espécie de aplicação da teoria das baionetas cegas), conduzindo o sujeito a obedecer cegamente à execução de atos desumanos. Além de mostrar que o maniqueísmo, que reduz as condutas em julgamento do bem ou mal, são insuficientes para explicar a máquina de extermínio, como foi o Holocausto (*Shoá*) (ARENDT, 1999, p. 185-186; AMBOS, 2015, p. 84-85).

Como resultado desse julgamento, foi elaborado o Código de Nuremberg, que consistiu em dez regras ou princípios que definiram a legitimidade de experimentos médicos com seres humanos, como o consentimento voluntário do participante do experimento, o princípio da beneficência (cujos resultados devam ser vantajosos para a sociedade), bem como evitar todo o sofrimento e danos desnecessários, físicos ou mentais aos participantes, a exigência de cuidado e habilidade, em todos os estágios, daqueles que conduzem e gerenciam o experimento. Além disso, o participante deve ter plena liberdade de se retirar, caso ele sinta que há possibilidade de algum dano com a sua continuidade e durante o curso do experimento e o pesquisador preparado para suspender os procedimentos de pesquisa, em qualquer estágio, se a continuação do experimento puder causar qualquer dano ao participante (CÓDIGO DE NUREMBERG).

Embora fosse tido como um marco para a reflexão ética, pela intransigente condenação de pesquisas que atentassem contra os direitos humanos, não tinha efeito vinculante em relação aos pesquisadores. Somente com a Declaração de Helsinque, praticamente duas décadas depois, elaborado pela Associação Médica Mundial em 1964, houve esse efeito para as respectivas associações médicas. Como demonstrou Henry Beecher, mesmo nos EUA e quase 20 anos após o Código de Nuremberg, pesquisas semelhantes às aquelas realizadas pelos médicos nazistas eram realizadas em pessoas com deficiência mental, idosos, crianças e, sobretudo, prisioneiros (COSTA, 2008, p. 32).

Inspirada no Código de Nuremberg, a Declaração de Helsinque, procurou impor limites éticos à pesquisa científica com seres humanos, ainda que fundamentada no

argumento ético de se alcançar o progresso científico e a cura de doenças, embora à custa da experimentação sem limites. Trata-se de documento de referência em ética na pesquisa científica que serviu de base para a elaboração de diversos documentos sobre ética na pesquisa científica posteriores, como o Relatório Belmont, do Departamento de Saúde dos EUA de 1979, e as diretrizes do Conselho de Organizações Internacionais de Ciências Médicas (CIOMS) de 2002.

Paradoxalmente, nos EUA, sob financiamento do Departamento de Saúde, iniciou-se em 1932 a pesquisa sobre o curso da doença da sífilis, envolvendo 399 homens negros e pobres, com sorologia positiva, do estado do Alabama. Os participantes eram levados a acreditar que possuíam “sangue ruim”. No início havia a justificativa para o experimento, pois não havia ainda medicamento para o combate da doença, que apenas surgiu na década de 1940, com a descoberta da penicilina. O problema é que não foram tratados e o experimento seguiu até ser denunciado por Jean Heller, em artigo publicado pelo jornal New York Times em 1972, quando foi encerrado, diante da grande repercussão gerada.

Como legado dos experimentos de Tuskegee, além do sofrimento e morte da maioria dos participantes, foi a criação da Comissão Nacional para a Proteção de Sujeitos Humanos em Pesquisas Biomédicas e Comportamentais, cujo resultado dos seus trabalhos ficou conhecido como Relatório Belmont, no qual foram introduzidos princípios éticos nas pesquisas envolvendo seres humanos, o *respeito pelos indivíduos*, a *beneficência* e a *justiça* (COSTA, 2008, p. 36).

O Conselho de Organizações Internacionais de Ciências Médicas (CIOMS) em conjunto com a Organização Mundial de Saúde definiu também diretrizes sobre princípios éticos para orientar a pesquisa envolvendo pacientes humanos, entre as quais podem ser citadas a criação de Comitês de revisão ética (Comitê de Ética em Pesquisa – CEP); a obtenção do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido: informações essenciais para potenciais participantes em pesquisas; a previsão de benefícios para participantes e suas comunidades; o fornecimento de serviços médicos; a distribuição de encargos e benefícios.

Essas diretrizes têm sido utilizadas na definição das normas nacionais de ética na pesquisa com seres humanos, bem como a criação dos Comitês de Ética em Pesquisa.

Criado pela Resolução 196/1996, do Conselho Nacional de Saúde vinculado ao Ministério da Saúde, cuja composição é constituída por representantes da sociedade civil, centros de pesquisa e instituições do Estado, esse sistema é composto pela Comissão Nacional de Ética em Pesquisa (Conep) e pelos Comitês de Ética em pesquisa (CEP) das instituições acadêmicas e de saúde.

A instituição a que o pesquisador está vinculado em geral determina os parâmetros a serem seguidos pela pesquisa. No nosso caso, na instituição do UniCEUB, foi instituído o Comitê de Ética em Pesquisa – CEP, para avaliação ética de pesquisas envolvendo a participação de seres humanos. O processo de registro e avaliação de projetos de pesquisa é feito pelo sistema formado pelos Comitês de Ética em Pesquisa (CEPs) e a Comissão Nacional de Ética em Pesquisa (Conep) pela Plataforma Brasil, base nacional e unificada de registros de pesquisas para todo o sistema CEP/Conep.¹

A avaliação dos projetos de pesquisa realizada pelo CEP tem como referencial a Resolução 446/2012 do Conselho Nacional de Saúde (CNS), que estabelece diretrizes e normas regulamentadoras de *pesquisas envolvendo seres humanos*, estipulando no Item I que

“A presente Resolução incorpora, sob a ótica do indivíduo e das coletividades, referenciais da bioética, tais como, autonomia, não maleficência, beneficência, justiça e equidade, dentre outros, e visa a assegurar os direitos e deveres que dizem respeito aos participantes da pesquisa, à comunidade científica e ao Estado.”²

Além disso, foi instituído no UniCEUB a Comissão de Ética no Uso de Animais – CEUA, na forma da Lei 11.794/08 (Lei Arouca), sancionada pelo Decreto 6.899/2009, que regulamenta o inciso VII do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelecendo procedimentos para o uso científico de animais.³

Como pode ser observado, essas normas internacionais de ética da pesquisa científica em seres humanos foram elaboradas por médicos, ou por pesquisadores vinculados à área médica, à exceção do Relatório Belmont que teve a participação comunitária,⁴ para orientar a pesquisa médica. Assim, o Código de Nuremberg, a Declaração de Hensinque, o Relatório Belmont e as Diretrizes do Conselho de Organizações Internacionais de Ciências Médicas (CIOMS)/Organização Mundial de Saúde (OMS) são normas dirigidas para a pesquisa médica.

Foi necessário instituir normas e diretrizes para as pesquisas *com* seres humanos (ciências sociais), após diversas críticas de pesquisadores das ciências sociais, como Luís Roberto Cardoso de Oliveira:

1. Disponível em: [www.uniceub.br/cep]. Acesso em: 20.04.2021.
2. Disponível em: [https://conselho.saude.gov.br/resolucoes/2012/Reso466.pdf]. Acesso em: 22.04.2021.
3. Disponível em: [www.uniceub.br/ceua]. Acesso em: 20.04.2021.
4. Disponível em: [www.hhs.gov/ohrp/regulations-and-policy/belmont-report/read-the-belmont-report/index.html]. Acesso em: 22.05.2021.

“Além de revelar uma má compreensão do caráter desta relação nas ciências sociais (ou nas humanidades), creio que a imposição do modelo biomédico desrespeita direitos e, assim, teria implicações normativas. Uma distinção central na relação com os sujeitos da pesquisa, invisibilizada pelo que estou chamando de áreacentrismo, seria a diferença entre pesquisas em seres humanos, como no caso da área biomédica, e pesquisas com seres humanos, que caracterizaria a situação da antropologia, especialmente da antropologia social ou cultural, que congrega a grande maioria dos pesquisadores no Brasil.” (OLIVEIRA, 2004, p. 33).

Assim, foi editada a Resolução 510/2016, do mesmo CNS, que dispõe sobre as normas aplicáveis a pesquisas em Ciências Humanas e Sociais cujos procedimentos metodológicos envolvam a utilização de dados diretamente obtidos com os participantes ou de informações identificáveis ou que possam acarretar riscos maiores do que os existentes na vida cotidiana.⁵

A Res. 510/2016 estabelece um marco normativo contendo diretrizes para que se possa prever e evitar possíveis danos aos participantes de pesquisas com seres humanos, envolvidos nas atividades de pesquisa em Ciências Humanas e Sociais.

O parágrafo único do artigo 1º da Res. 510/2016 do CNS, entretanto, excepciona os seguintes tipos de pesquisas:

“Não serão registradas nem avaliadas pelo sistema CEP/CONEP:

I – pesquisa de opinião pública com participantes não identificados; II – pesquisa que utilize informações de acesso público, nos termos da Lei 12.527, de 18 de novembro de 2011; III – pesquisa que utilize informações de domínio público; IV – pesquisa censitária; V – pesquisa com bancos de dados, cujas informações são agregadas, sem possibilidade de identificação individual; e VI – pesquisa realizada exclusivamente com textos científicos para revisão da literatura científica; VII – pesquisa que objetiva o aprofundamento teórico de situações que emergem espontânea e contingencialmente na prática profissional, desde que não revelem dados que possam identificar o sujeito; e VIII – atividade realizada com o intuito exclusivamente de educação, ensino ou treinamento sem finalidade de pesquisa científica, de alunos de graduação, de curso técnico, ou de profissionais em especialização.”

É recomendável que a realização de pesquisas qualitativas que envolvam a participação de seres humanos e utilizem o método etnográfico, mesmo em espaços virtuais (on-line), particularmente envolvendo grupos estigmatizados, e que possam

5. Disponível em: [<http://conselho.saude.gov.br/resolucoes/2016/Reso510.pdf>]. Acesso em: 21.04.2020.

revelar as identidades dos participantes, sejam registradas para avaliação das implicações éticas, pelo respectivo Comitê de Ética em Pesquisa – CEP.

Aqui pode acontecer de se visualizar um conflito entre a pesquisa e a proteção do participante, uma vez que os formulários de consentimento, no qual os participantes informam sua vontade livre e consciente de participar da pesquisa criminológica, geram proteção tanto para pesquisadores quanto para os Comitês de Ética, mas podem ser uma ameaça aos participantes da pesquisa (ROBERTS; INDERMAUR, 2003, p. 297-298).

4. ÉTICA NA PESQUISA EM CIÊNCIAS SOCIAIS: LIMITE ÉTICO NA OBSERVAÇÃO PARTICIPANTE

Nos EUA, diversas pesquisas, relacionadas de alguma forma ao campo criminológico, fornecem intrigantes informações, com relação à ética ou ao comportamento ético do pesquisador na realização da pesquisa.

É o caso da pesquisa de William Foot Whyte, *Street Corner Society: The Social Structure of an Italian Slum*, publicado primeiramente em 1943, e subseqüentes edições de 1955 e 1981. Trata-se de obra clássica das pesquisas empíricas urbanas, em que o autor utilizou o método denominado por ele de observação participante, durante quase quatro anos, entre 1936 a 1940, na localidade de North End (*Little Italy*), Corneville, Estado de Boston nos EUA.

O estudo detalha a forma como as gangues locais se organizavam, descrita pela imprensa da época como violenta e pobre (*slum*), bem como os diversos grupos de jovens existentes nessa comunidade. O autor não se limitou a descrever as gangues de North End, ele residiu e participou do cotidiano da comunidade durante a pesquisa. As notas, publicadas a partir da segunda edição, onde detalha a forma como se desenvolveu o trabalho de campo enriqueceu a análise.

Gilberto Velho enalteceu a obra, no prefácio da edição brasileira, como uma das mais importantes pesquisas do Séc. XX:

“É um livro de impressionante atualidade e de alto interesse interdisciplinar. É exemplo magistral de como o trabalho de investigação científica pode ser um instrumento precioso para a crítica de estereótipos e preconceitos.” (VELHO, 2005, p. 9).

William Foot Whyte popularizou o método de observação participante, no qual o pesquisador não apenas observa o fato social objeto da pesquisa, mas participa desses fatos enquanto observa. Também analisou a estrutura social de pequenos

grupos da comunidade, influenciando a realização de outros estudos do gênero (e.g. Tally's Corner: A Study of Negro Streetcorner Men, de Elliott Liebow; O impacto Whyte sobre um "Underdog", de Angelo Ralph Orlandella, um dos líderes de gangue de North End).

Uma das contribuições do estudo foi o confronto com a noção então corrente na pesquisa sociológica sobre áreas pobres e degradadas, de que seriam desorganizadas (WIRTH, 1958), e mostrou que em North End havia organização – “com muitos agrupamentos coesos” (WHYTE, 2005, p. 348) – baseada na hierarquia entre diversos grupos sociais, as gangues em particular. O autor confessa que antes de realizar a pesquisa desconhecia a literatura sociológica sobre o tema:

“Felizmente para mim, durante o período em que fazia meu trabalho de campo, eu desconhecia a literatura sociológica sobre áreas pobres e degradadas, e começara o estudo considerando-me um antropólogo social. Durante os dois anos em Chicago, mergulhei naquela literatura sociológica e fiquei convencido de que a maior parte era inútil e enganosa.” (WHYTE, 2005, p. 347-348).

O Journal of Contemporary Ethnography dedicou um número exclusivamente para examinar a obra (Vol. 21, 1, de abril de 1992). Entre os estudos da edição, consta a contundente crítica de W. A. Marianne Boelen – Street Corner Society Cornerville Revisited (BOELEN, 1992, p. 11-51), em particular do que chamou de desvio ético, a partir de visitas feita pela autora a North End, entre 30 e 45 anos após o término da pesquisa de Whyte (1940), bem como de entrevistas com diversos personagens estudados por Whyte.

Para Boelen, William Foot Whyte não falava italiano, língua em que se expressavam os jovens nas equinas, nem estava familiarizado com a cultura e os sistemas de valores italianos. Sua formação pessoal e classe social eram muito diferentes da comunidade de Cornerville, o que pode ter impedido sua compreensão dos valores envolvidos. Além disso, quando da realização da pesquisa Whyte estava se aventurando em um território metodológico totalmente novo, a observação participante, para o qual não havia normas ou regulamentos estabelecidos e sua aparente falta de interesse pela “unidade básica da sociedade humana”, a família, pode ter produzido uma análise imprecisa e incompleta da comunidade, pois para ela a família é a instituição mais fundamental na sociedade italiana, bem como os contextos sociais e intelectuais operantes na época do estudo poderiam ter sido determinantes na seleção e subsequente análise de um problema sociológico, e o “pecado ético capital” falta de *feedback* dos sujeitos do estudo, pois Whyte não levou seu manuscrito de volta ao campo e não extraiu seus comentários e trechos de conversas e expressões utilizadas pelos “informantes”, que não sabiam que suas falas seriam utilizadas. Segundo

Boelen, algumas pessoas da comunidade que participaram da pesquisa de *Street Corner Society* ficaram magoadas com as conclusões de Whyte, pois teria contribuído para a estigmatização do bairro.

Whyte contestou a crítica, além de Angelo Ralph Orlandella, chamado de “Sam Franco” no livro, um dos “underdogs” estudado. (ORLANDELLA, 1992, p. 69-79) Para ele não houve desvio ético algum:

“Esse ‘pecado ético capital’ é uma criação de Boelen. Na época de meu estudo, nunca ouvira nada sobre tal obrigação. Atualmente, alguns sociólogos e antropólogos sociais advogam algum tipo de feedback para o campo; no entanto, ainda assim, não conheço qualquer código de ética profissional em sociologia ou antropologia que faça tal exigência. (...) Observe-se que Boelen lida com relações no campo apenas em termos das supostas obrigações do pesquisador diante dos estudados. Ela não considera o direito de o pesquisador publicar conclusões e interpretações tal como as vê. Encontrar o equilíbrio entre nossas obrigações perante os que estudamos e os direitos de autor de publicar nossas descobertas é uma questão complexa que não pode ser abordada simplesmente em termos do ‘pecado capital’ de Boelen.” (WHYTE, 2005, p. 252-253).

Embora importante, o “Revisit” etnográfico, tal como realizado por Boelen, encontra limites, como aponta Fabiane Vinente dos Santos:

“O *revisit* é sem dúvida uma possibilidade importante para a reflexão etnográfica pela necessidade de compreensão das transformações experimentadas por grupos estudados em pesquisa em tempos passados e atualização de dados pois permite comparações, mas essas devem estar pautadas pelo cuidado metodológico de se avaliar as múltiplas dimensões que devem ser levadas em conta nesse tipo de exercício.” (SANTOS, 2012, p. 10).

Além disso, a crítica do desvio ético de Whyte feita por Boelen pode levar a uma espécie de “falácia do presentismo”, ou seja, a interpretação ética de pesquisas do passado ou eventos históricos levando em conta o conhecimento e conceitos científicos atuais (WALLACE, 1984, p. 374).

5. A PRÁTICA DE ILÍCITO DURANTE A PESQUISA – TUDO EM NOME DA CIÊNCIA?

A reflexão sobre as críticas éticas à *Street Corner Society* revela grandes e profundas questões, relacionadas com as escolhas feitas pelo pesquisador, que podem surgir antes, durante e mesmo muitos anos depois de publicado os resultados da pesquisa, como ocorreu com William Foot Whyte.

É claro que a revelação dos nomes reais dos personagens estudados, em particular seu informante-chave de Street Corner Society (Doc), seus diálogos, atitudes e expressões, parece ser um problema de difícil solução, porque mesmo após a morte desses participantes seus descendentes podem se sentir afetados com a divulgação.

A revisitação das pesquisas etnográficas pode mostrar esse tipo de problema, ao observar a observação dos observadores e, de certa forma, desconstruir a análise efetuada (LUHMANN, 1993, p. 763).

Embora relevantes, o estudo dos gângsteres e políticos, a história das organizações mafiosas; a organização do jogo de números; as relações com a polícia, o suborno etc., para os propósitos desta pesquisa, interessa o reconhecimento pelo autor da prática do “crime federal” de votar mais de uma vez (WHYTE, 2005, p. 314-315).

Esse fato, ter votado mais de três vezes no seu candidato em diversos distritos, que constitui um crime federal, ainda que fosse na época amplamente praticado pela comunidade de Cornerville, com duvidosa justificativa social e servindo de moeda de troca com os políticos locais (WHYTE, 2005, p. 247), é mais relevante do que o desvio ético reconhecido pelo autor, de violar regra fundamental da observação participante ao agir ativamente para influenciar os eventos que observa (WHYTE, 2005, p. 331).

É certo que as tendências ou visões do pesquisador podem intervir na pesquisa, na medida em que suas expectativas interferem no resultado da observação realizada, entretanto, aqui como em outras ciências, os fins não devem justificar os meios. Como reconheceu Whyte, “Não é justo com as pessoas que aceitam o observador participante que ele busque manipulá-las, possivelmente causando-lhes algum prejuízo, somente para tentar fortalecer sua posição social numa determinada área” (WHYTE, 2005, p. 331).

Em uma das tentativas de votar falsamente, Whyte foi descoberto e quase preso. Refletindo posteriormente sobre o episódio, afirma que

“tinha visto de primeira mão, por experiência pessoal, como era feita a repetição. Mas isso era realmente de pouca importância, pois observara essas atividades bastante de perto antes, e poderia ter obtido todos os dados sem correr risco algum. Na verdade, não aprendi nada de valor para a pesquisa com essa experiência, e me arrisquei a prejudicar todo o meu estudo.” (WHYTE, 2005, p. 314).

Relata ainda, reconhecendo o erro, que sua consciência lhe criou sérios problemas, pela prática do ilícito, a revelar a enorme discrepância entre a realidade eleitoral de Corneville e os valores morais nos quais havia sido educado – “criado como

um respeitável cidadão de classe média seguidor da lei” (WHYTE, 2005, p. 314). Apontou ter sido levado pela “dinâmica da campanha” eleitoral:

“Quando descobri que era um repetidor, minha consciência começou a criar sérios problemas. Não era essa a auto-imagem que vinha tentando construir. Não podia simplesmente rir dela, como se fosse uma parte necessária do trabalho de campo. Sabia que não era necessária; depois de ter começado a ‘repetir’, poderia ter-me recusado a ir adiante. Houve outros que se recusaram. Eu simplesmente me envolvi na dinâmica da campanha e me permitia ser levado por ela. Tive de aprender que, para ser aceito pelas pessoas num distrito, você não deve fazer tudo exatamente como elas fazem. Na verdade, num distrito onde existem diferentes grupos com diferentes padrões de comportamento, ajustar-se aos padrões de um grupo particular pode ter consequências muito sérias.” (WHYTE, 2005, p. 314-315).

As decisões tomadas na pesquisa revelam questões éticas por vezes de difícil solução, envolvendo os valores, regras e práticas que deveriam nortear os pesquisadores na realização da pesquisa e sua responsabilidade no trajeto da construção do conhecimento, em todas as suas etapas, como o trabalho de campo, coleta e tratamento dos dados, até a redação e publicação do resultado.

A reflexão de William Foot Whyte nos convida a questionar até que ponto o observador participante pode chegar com sua observação? O objetivo da pesquisa pode realmente justificar eticamente o cometimento de ilícitos? Quais? No caso de Whyte, o delito foi eleitoral, um crime federal nos EUA, mas poderia ser qualquer outro, mesmo que amplamente praticado pela comunidade acadêmica, como o de “tirar xerox” de livros (GOLDENBERG, 2015, p. 288), o compartilhamento de músicas, livros e softwares, para alguns, baseado na ética *Cypherpunk*, “privacidade para os fracos, transparência para os poderosos e do princípio fundamental da filosofia *hacker*: a informação quer ser livre” (ASSANGE, 2013, p. 11-12); mas também poderia ser as pesquisas qualificadas envolvendo o aborto (DINIZ, 2008, p. 420), ou suicídio assistido (LOWMAN; PALYS, 2001, p. 8), entre outros exemplos.

O fato é que, pesquisador ou não, tendo presenciado situações nas quais há o sofrimento de alguém, em decorrência de abuso, mesmo psicológico, deve agir para cessar esse abuso, ou pelo menos minorar a angústia ou aflição dele decorrente, em observância ao princípio do respeito à dignidade humana.

Como questionam Bogdan e Biklen, continuar com a pesquisa, publicar seus resultados, redigir relatórios nos quais são expostos o abuso presenciado pode fazer mais para mudar aquela situação na qual o abuso se originou do que a simples

denúncia como ato de intervenção? Seria uma saída, uma desculpa para não se envolver? (BOGDAN; BIKLEN, 2006, p. 51-52). Nesse caso, a continuidade da pesquisa pode ficar prejudicada, uma vez que ela não pode ser justificada à custa do sofrimento de pessoa alguma, ainda que sob a alegada justificativa: para “a glória da humanidade” (BOURDIEU, 2004, p. 48).

Tais encruzilhadas éticas conduzem à reflexão desses dilemas, na atividade de pesquisa e o papel do pesquisador nesse processo, inclusive mostrando que o saber científico não possui imunidade quanto à ética e relevância social (KOTTOW, 2008, p. 59).

6. COLABORAÇÃO OU NÃO COM O SISTEMA CRIMINAL

Como mostramos, na pesquisa criminológica, pela natureza do objeto de pesquisa, a questão ética é ainda mais problemática, pois estudar o fenômeno criminal não significa compactuar com a prática delituosa, nem muito menos participar da *persecutio criminis* de tais supostos fatos criminais encontrados. É claro que sempre que houver a possibilidade de minimizar o sofrimento de alguém, que se tenha tomado conhecimento através da pesquisa, deve o pesquisador atuar para que a violência cesse.

Robert C. Bogdan e Sari Knopp Biklen relataram a exploração e os danos causados aos sujeitos de pesquisas científicas, as quais colocavam em risco seres humanos de maneira extraordinariamente flagrante, como a injeção de vírus da Hepatite nos alunos com retardo mental da escola estadual de Willowbrook, como parte de um estudo sobre vacinas (ROTHMAN; ROTHMAN, 1984).

Algumas situações, no entanto, apresentam dilemas difíceis de resolver, principalmente quando o pesquisador está numa posição em que suas obrigações como pesquisador conflitam com suas crenças e valores, e mesmo profissionais, cujos dilemas não são facilmente resolvidos por uma lista de regras deontológicas (BOGDAN; BIKLEN, 2006, p. 51-52). É o caso, por exemplo, dos sites e páginas *web* contendo cenas de violência contra vulneráveis. O só fato de assistir tais imagens, que não é, naquele ambiente virtual, um simples ato passivo, pode produzir no pesquisador efeitos que levem a finalizar ou paralisar a pesquisa.

Os desafios de realizar pesquisas em ambientes onde o crime ou atos criminosos são de reconhecimento antecipado, mesmo em ambientes virtuais ou *on-line*, reforça a necessidade de se manter um padrão mínimo de ética na pesquisa. Por essa razão, a institucionalização da orientação ética e a regulamentação da pesquisa em contextos acadêmicos tornou-se imprescindível para evitar ou diminuir os principais dilemas éticos enfrentados durante o projeto, particularmente nas pesquisas qualitativas.

A questão envolve um conflito complexo envolvendo a ética na pesquisa e o sistema criminal, relacionado com a confidencialidade da pesquisa, item essencial para muitas pesquisas qualitativas, como mostraram John Lowman e Ted Palys, ao comparar a discrepância do tratamento da questão nos EUA e no Canadá (LOWMAN; PALYS, 2001, p. 1-2).

De fato, sem a garantia da confidencialidade e do anonimato, é provável que nenhum participante de pesquisa qualitativa, como infratores, promotores, policiais, carcereiros, advogados e juízes, revelarão detalhes da natureza da sua atividade ou do funcionamento do sistema criminal estudado.

Aplicável tanto nos EUA quanto no Canadá, os códigos de ética da American Society of Criminology (ASC) e a Academy of Criminal Justice Sciences (ACJS) enfatizam que o primeiro compromisso do pesquisador é com a ética (LOWMAN; PALYS, 2001, p. 2). Entretanto, não preveem esses códigos de proteção ao pesquisador, quando eles são convocados a depor perante uma Corte ou Comissão do Congresso. Segundo esse estudo comparativo, desde 1960, dezenas de pesquisadores norte-americanos foram intimados a revelar dados confidenciais de suas pesquisas, perante Tribunais (*Grand Juries*) e Comissões do Congresso, contra apenas um caso no Canadá (pesquisa de Russel Ogden sobre suicídio assistido e eutanásia de pessoas portadoras do vírus da AIDS) (LOWMAN; PALYS, 2001, p. 4).

Segundo os autores, existem quatro áreas em que os pesquisadores são intimados a depor sobre o conteúdo de suas pesquisas e dos participantes: a) quando se toma conhecimento sobre certos crimes e a lei obriga a que revelem, não isentando pesquisadores, variando de acordo com a jurisdição, podendo incluir abusos contra idosos, crianças e agressão conjugal; b) quando se toma conhecimento de algum crime que irá ocorrer, nesse caso o pesquisador pode ser responsabilizado por danos a terceiros, já que poderia ter evitado; c) quando empresas ou grupos não governamentais intimam os pesquisadores a testemunharem sobre sua pesquisa nos litígios civis de alto risco; d) quando promotores, júris, comitês do Congresso e outros órgãos governamentais intimam pesquisadores a revelarem dados da pesquisa e dos participantes, para ajudar na elucidação de determinado crime (LOWMAN; PALYS, 2001, p. 4-5).

Segundo o estudo, os conflitos entre pesquisadores e o sistema criminal proliferaram durante o Governo Nixon, período em que políticos, promotores e as agências de segurança tentaram utilizar as pesquisas para subsidiar a aplicação da lei, no entanto, diminuiu consideravelmente nas décadas seguintes, tendo sido substituída pelas grandes corporações, envolvidas em conflitos de alto risco, geralmente sobre responsabilidade civil por danos (questões ambientais; herbicidas; remédios e outras drogas causadoras de doenças como câncer; cigarros etc.)

No Canadá, a situação é juridicamente muito diversa, o único caso encontrado pelo estudo citado envolveu a pesquisa do estudante de criminologia da Simon Fraser University (SFU) Russel Ogden, cuja dissertação de mestrado incluiu entrevistas com pessoas que testemunharam ou ajudaram em suicídios assistidos e eutanásia de pessoas acometidas da AIDS. O caso se reveste de interesse porque ao submeter o projeto de pesquisa, Ogden enfatizou ser absolutamente necessária a garantia da confidencialidade dos participantes, que poderiam ser acusados de homicídio de primeiro grau, tendo o Comitê de Ética da Universidade aprovado o projeto. Entretanto, após um jornal local ter publicado um artigo sobre a pesquisa, o serviço médico legal (Vancouver Coroner), responsável por investigar e determinar as circunstâncias de todas as mortes não naturais, repentinas e inesperadas, inexplicáveis ou não assistidas na província, intimou o pesquisador no inquérito aberto para apurar a morte de uma mulher, possivelmente envolvida em sua pesquisa.

Ogden se recusou a revelar a identidade de qualquer um dos participantes da sua investigação, mesmo sob ameaça de desacato. Ao fim do processo, foi absolvido, pelo reconhecimento do interesse público da sua pesquisa, retirando-se a acusação de desacato e, posteriormente, no âmbito acadêmico, o Reitor da Universidade Simon Fraser pediu desculpas ao pesquisador, além de reembolsá-lo pelos gastos com honorários advocatícios, e de promover alterações na política de ética da Universidade (LOWMAN; PALYS, 2001, p. 8).

Tanto no Canadá quanto nos EUA há a hipótese legal de proteção aos pesquisadores, participantes e aos dados obtidos no censo estatístico. No caso do Canadá, a Lei de Estatística, não apenas garante a proteção aos pesquisadores e participantes como proíbe o uso desses dados coletados por outros órgãos do Estado (LOWMAN; PALYS, 2001, p. 13-14).

No Brasil existe norma semelhante, que disciplina a atividade do IBGE. Trata-se da Lei 5.534/1968, que dispõe sobre a obrigatoriedade da prestação de informações estatísticas e dá outras providências, cujo parágrafo único do art. 1º dispõe:

“As informações prestadas terão caráter sigiloso, serão usadas exclusivamente para fins estatísticos, e não poderão ser objeto de certidão, nem, em hipótese alguma, servirão de prova em processo administrativo, fiscal ou judicial, excetuado apenas, no que resultar de infração a dispositivos desta lei.”

Além disso, todas as pessoas no Brasil podem ser testemunhas, tanto em processos civis como criminais, especificamente quanto aos fatos tidos por criminosos, o Código de Processo Penal (artigos 202 a 225) disciplina a produção da prova testemunhal. Em geral, a testemunha:

“fará, sob palavra de honra, a promessa de dizer a verdade do que souber e lhe for perguntado, devendo declarar seu nome, sua idade, seu estado e sua residência, sua profissão, lugar onde exerce sua atividade, se é parente, e em que grau, de alguma das partes, ou quais suas relações com qualquer delas, e relatar o que souber, explicando sempre as razões de sua ciência ou as circunstâncias pelas quais possa avaliar-se de sua credibilidade.” (CPP, art. 203).

O art. 207, do mesmo Código, no entanto, prevê que “são proibidas de depor as pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo, salvo se, desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar o seu testemunho.” Nessa exceção se enquadram as pesquisas científicas, uma vez que a atividade de pesquisa científica realizada nas universidades não pode deixar de ser considerada um ofício ou profissão.

O acesso às informações relevantes de determinado caso sob investigação é primordial para que os órgãos de persecução criminal esclareçam os fatos, na busca da verdade. Entretanto, dados obtidos em investigação acadêmica, onde foram asseguradas aos participantes sigilo e confidencialidade de suas identidades não deveriam ser revelados. Caso contrário, haveria um verdadeiro *obstáculo epistemológico* (BACHELARD, 1996, p. 21-26), a impedir o desenvolvimento do espírito científico, sobretudo, nas pesquisas qualitativas, diante da dificuldade ou impossibilidade de se conseguir dados confiáveis dos participantes.

Há alguns casos, no entanto, que podem revelar um enigma ético complexo, como o decidido pela Suprema Corte canadense *Smith v. Jones* (1999), em que o Tribunal autorizou a quebra do princípio da confidencialidade envolvendo dados revelados pelo réu ao psiquiatra – um plano para sequestrar, assaltar, torturar e matar diversas mulheres. Nesse caso, ao princípio de inviolabilidade se opôs o princípio da segurança pública. Lowman e Palys chamam esses acontecimentos inesperados e imprevisos de “descoberta hedionda” (*Heinous Discovery*), nos quais os participantes da pesquisa indicam que pretendem prejudicar seriamente ou matar outra pessoa ou cometer suicídio (LOWMAN; PALYS, 2001, p. 23-24).

7. O DESVIO ÉTICO PELA DESONESTIDADE DO INVESTIGADOR

A questão do logro ou da mentira na realização da pesquisa é também um tema delicado. Tem sido largamente utilizado por pesquisadores da psicologia comportamental – adultério, honestidade, medo etc. – na qual, o participante é induzido a acreditar em algo ou situação para se observar o efeito ou reação dessa situação induzida. A questão opõe a honestidade do investigador com o avanço do conhecimento.

É o caso do *Wichita Jury Study*, de Amrine e Sanford (AMRINE; SANFORD, 1956), no qual, pesquisadores do Projeto do Júri, da Faculdade de Direito da Universidade de Chicago registraram seis deliberações do Tribunal do Júri de Wichita, Kansas. Ocorre que, após mais de um ano, a notícia das gravações das deliberações se tornou um escândalo nacional, e os pesquisadores foram intimados a testemunhar perante o Subcomitê de Segurança Interna do Senado, acusados de uma violação da tradição de julgamento por júri e destruir o sistema de justiça norte-americano. Os pesquisadores gravaram as deliberações do Júri, sem obter o consentimento informado dos jurados, embora tivessem dos juízes, promotores e advogados. O caso ilustra bem o confronto direto entre a liberdade de investigação científica e o direito à privacidade dos jurados no Tribunal do Júri.

Outro exemplo de acusação de violação ética, pela ausência de consentimento dos participantes da pesquisa é o *Tearoom Trade*, conduzido por Land Humphrey, em 1969, na qual foi analisado o comportamento homossexual masculino em banheiros públicos (*Tearoom Trade*). O caso suscita importantes questões quanto ao uso de artifícios para disfarce do pesquisador, notadamente a violação da ética (problemas de falsas declarações, de confidencialidade e quanto aos resultados da pesquisa). Land Humphrey, na 2ª edição da obra, discute as questões éticas da pesquisa, defendendo a utilização de disfarces para a realização da observação, que, sem a qual, não seria possível realizar. Segundo o autor, a não utilização de artifícios para observar determinados fenômenos sociais, como relacionados a sexo, religião, suicídio ou outras questões socialmente sensíveis, pode induzir que estas áreas seriam omitidas do catálogo de possíveis campos de pesquisa sociológica (HUMPHREY, 2009, p. 167-168).

Outro caso relevante envolvendo a questão ética na pesquisa é o experimento de simulação de prisão, de Philip Zimbardo, de 1973 – Stanford Prison Experiment (SPE) –, no qual, os voluntários foram pagos para assumirem o papel de guardas ou de prisioneiros, e houve tal empolgação na execução desses papéis que o experimento teve que ser cancelado após seis dias, em vez do mínimo programado de duas semanas, para evitar possíveis danos aos participantes.

Também de enorme importância foram os experimentos de choque de Stanley Milgram, na Universidade de Yale, em 1961, “Behavioral Study of Obedience”, que examinou as razões pelas quais as pessoas aparentemente *normais e comuns* cometiam atos cruéis, resultando assim em distúrbio em alguns sujeitos, durante e imediatamente após o experimento. Embora os indivíduos tenham recebido notificação prévia sobre os objetivos do estudo, muitos se sentiram enganados e sofreram estresse emocional (VOHRYZEK-BOLDEN, 1997, p. 123).

As críticas ao experimento de Milgram, particularmente as realizadas por Diana Baumrind (BAUMRIND, p. 423, 1964), levantaram diversas questões sobre a ética na pesquisa da experimentação científica, em psicologia, nos EUA, em razão do estresse emocional extremo provocado nos participantes, com sinais de angústia, sudorese, tremores, estimulando a revisão dos padrões éticos da pesquisa psicológica, pois o pesquisador, mesmo com o consentimento dos participantes, é eticamente responsável por garantir-lhes o bem-estar.

8. O "GENE DA VIOLÊNCIA" E O "SANGUE DOS YANOMANI"

As características dos povos Yanomami atraíram a atenção de diversos pesquisadores ao longo dos anos 1970 e posteriores do Século XX, particularmente por serem considerados isolados, ou seja, sem contato com outros povos e grupos (DINIZ, 2007, p. 284). O patrimônio genético desses povos, tanto no Brasil quanto na Venezuela onde vivem, foi objeto de pesquisas, com a finalidade de identificar "as bases genéticas para a violência e sua relação com as práticas reprodutivas", nas quais foram coletadas amostras de sangue e levadas para os EUA (DINIZ, 2007, p. 284). Dentre o grupo de pesquisadores destacaram-se o geneticista James Neel e o antropólogo Napoleon Chagnon que defenderam a tese de que a violência ocupa papel central nas sociedades Yanomamis, além de defenderem que esse comportamento violento derivava da genética, ou seja, possuíam uma propensão atávica à violência.

Essa construção social dos povos Yanomamis como grupos primitivos, vivendo em estágio evolutivo atrasado da humanidade, e que eram povos selvagens da Amazônia que apelavam à violência ou o uso da força física em decorrência da composição genética, foi duramente criticada por antropólogos brasileiros e pelos próprios yanomamis. A questão ganhou relevância internacional com a publicação da obra de Patrick Tierney (*Trevas no Eldorado: como cientistas e jornalistas devastaram a Amazônia e violentaram a cultura ianomâmi*), na qual denunciou Neel e Chagnon por violações dos protocolos éticos durante a pesquisa com populações vulneráveis.

As violações éticas na pesquisa etnográfica dos yanomamis podem ser resumidas na questão da genealogia familiar, a coleta de informações, a troca de presentes entre os participantes, a ausência de comprovação do consentimento livre e esclarecido dos participantes da pesquisa, o direito à privacidade violado na divulgação dos dados, além da estocagem dos sangues dos yanomamis em universidades dos EUA, embora algumas amostras tenham sido devolvidas aos yanomamis (DINIZ, 2007, p. 287-295).

A imprensa costuma dar desmesurada ênfase ao chamado "gene da violência" – gene da monoamina oxidase A (MAOA) –, embora nenhum cientista tenha

cunhado essa expressão, para alardear o uso do argumento desse gene, sobretudo, no processo criminal, ou seja, argumentos de defesa para minorar a pena de condenados, na maioria à morte, desclassificando-a para prisão perpétua, como ocorreu recentemente no caso *State of Tennessee v. Davis Bradley Waldroup Jr.*, em que o reconhecimento da presença desse gene, na verdade, em combinação com diversos outros aspectos da vida do acusado, levou o Tribunal a desclassificar a pena de morte para prisão perpétua.

De fato, os avanços das pesquisas genéticas combinado com a grande aceitação dos seus resultados têm alimentado um tipo específico de discurso jurídico, nos Estados Unidos, da presença desse gene para justificar o comportamento delituoso, particularmente nos casos de pena de morte. Em levantamento longitudinal de 1994 a 2011, Deborah Denno encontrou evidências do aumento do uso da genética comportamental em julgamentos criminais (DENNO, 2011, p. 970).

Num total de 81 processos criminais onde a “genética comportamental” foi utilizada, revelou o modo como o sistema de justiça criminal tem lidado com fatores genéticos e a grande controvérsia na sua utilização como justificativa do comportamento tido como criminoso, em geral associado à violência (assassinato de primeiro grau). A autora indica que o uso da genética comportamental foi aplicado quase exclusivamente como atenuante, em casos de pena de morte, na desclassificação para prisão perpétua (DENNO, 2011, p. 1028), entretanto, não houve nenhum caso em que foi utilizado pelo Estado, a presença desse gene para condenar ou servir de agravante, ou ainda prova de que o acusado seria um perigo para a comunidade, porque voltaria a cometer o mesmo tipo de crime.

De qualquer maneira, a leitura dos casos estudados revela que a questão genética está entrelaçada com inúmeros fatores da vida do acusado, como abuso e abandono sofridos na infância, o alcoolismo, o abuso de outras drogas e os tribunais têm sopesado as agravantes do crime praticado com a presença desses elementos para atenuar a pena de morte (DENNO, 2011, p. 1029).

Não há como deixar de relacionar neste caso as ideias de Cesare Lombroso, do “criminoso nato”, ou seja, aquela pessoa que, por razões inatas, traz no seu âmago a tendência para cometer crimes, podendo ser identificada por sinais anatômicos, fisiológicos e psiquiátricos, classificados em diferentes tipos, vinculando essas características aos crimes praticados (LOMBROSO, 2007, p. 217-218). Ele acreditava que o criminoso atávico era um retrocesso biológico a um estágio anterior da evolução, uma vez que a delinquência inata não era natural à humanidade contemporânea, mas uma característica dos povos primitivos. O criminoso atávico poderia ser identificado por vários estigmas anatômicos, fisiológicos e psíquicos, sendo diferentes tipos de delinquência inata identificáveis por diferentes padrões de estigmas.

A relação entre biologia e criminologia sempre esteve envolto em inúmeras controvérsias. Se de um lado há evidências a demonstrar a previsibilidade de doenças e anomalias nos organismos humanos, decorrentes de fatores genéticos, o mesmo não se pode dizer com relação aos comportamentos. Determinar a origem do comportamento violento, vinculando-o a fatores genéticos exerce um grande atrativo para pesquisadores dessas áreas. Até agora, no entanto parece ser exagerada a apon-tada causalidade estreita entre esses fatores genéticos e o comportamento violento.

Como sugere o levantamento de Deborah Denno, o argumento da presença de fatores genéticos para justificar determinados comportamentos violentos está vin-culado a inúmeros outros fatores, e é provável que a predisposição genética possa até colaborar com a impulsividade do sujeito, mas não para determinar absolutamente a prática de um crime violento.

9. FALÁCIA PRESENTISTA E RELATIVISMO ÉTICO

A condenação moral dos experimentos de Tuskegee revelou também o que al-guns autores chamam de a “falácia do presentismo”, que consiste na interpretação ética de pesquisas ou eventos históricos, ou seja, julgamentos morais sobre compor-tamentos ou pesquisas do passado levando em conta o conhecimento e conceitos científicos atuais (WALLACE, 1984, p. 374).

Para esses autores, a falácia do “presentismo” permeia as críticas aos experimen-tos de Tuskegee, especialmente no que diz respeito ao recrutamento dos participan-tes e à não aplicação, mesmo após a sua descoberta, da penicilina.

Há, de fato, uma estreita vinculação entre as práticas éticas na pesquisa e a reali-dade social em que ela se desenvolve, o que conduz a que se possa ter a pesquisa co-mo sujeita historicamente à mudança (VÁZQUEZ, 2005, p. 267), a evidenciar uma estreita vinculação entre ética e história, de modo que a mudança dos princípios que norteiam determinada sociedade mudará também a ética nas relações entre os homens, ou seja, a resposta dada aos problemas básicos decorrentes do comporta-mento moral.

Essa crítica pode levar a uma espécie de *irracionalismo*, por conduzir à crença de que não há razão para se formar juízos morais, porque baseadas em apreciações subjetivas, ou ainda no *relativismo ético*, já que todos os juízos morais seriam váli-dos, pois todos eles, dependendo da época e do contexto social, poderiam ser justi-ficados (VÁZQUEZ, 2005, p. 245).

Essa crítica ocorre com as doutrinas éticas fundamentais, no fundamento e na-tureza da punição criminal, e na prática da pesquisa científica, ou seja, a necessidade de substituição ou de nova justificação dos princípios e valores que servem de base

para a vida social, de maneira que a nova teoria moral pode estar vinculada às mudanças na estrutura social de determinada sociedade.

“Mas este aspecto do progresso moral, que consiste na negação radical de velhos valores, na conservação dialética de alguns ou na incorporação de novos valores e virtudes morais, verifica-se tão-somente sobre a base de um progresso histórico-social que condiciona esta negação, superação ou incorporação, fato que, mais uma vez evidencia como a mudança e a sucessão de determinadas morais por outras, numa linha ascensional, tem suas raízes na mudança e sucessão de determinadas formações sociais por outras.” (VÁSQUEZ, 2005, p. 60).

10. EXEMPLO DE ÉTICA NA PESQUISA ETNOGRÁFICA: UMA VIDA SEVERINA

A pesquisa qualitativa envolvendo temas sensíveis, como violência sexual, aborto, doenças crônicas, oferece dificuldades por vezes intransponíveis para o pesquisador, além dos riscos envolvidos, não apenas emocionais, para os participantes. Não somente por essa razão, deve-se reconhecer a importância do trabalho realizado por Debora Diniz e Eliane Brum, autoras do documentário etnográfico “Uma história Severina”.

Aquela pesquisa abordou o tema do aborto de fetos portadores de anencefalia – uma má formação do cérebro do feto, caracterizada pela ausência parcial do encéfalo e da calota craniana (ALVES; NUNES, 2017, p. 282-283) – e os efeitos da liminar concedida pelo Ministro Marco Aurélio, do Supremo Tribunal Federal, de julho a outubro de 2004, que autorizou a realização do aborto de fetos anencéfalos e a decisão do Plenário daquela Corte que não referendou a decisão monocrática, cassando a liminar, nos autos da ADPF 54.

A questão posta na referida ADPF, promovida pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde e Anis: Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero, implicava decidir se grávidas de fetos anencéfalos podem optar por interromper a gestação com assistência médica, sem incorrer na conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, do Código Penal. Somente em 13 de abril de 2012, julgando o mérito da ação, o STF declarou a inconstitucionalidade da interpretação, segundo a qual a opção pela interrupção deste tipo de gravidez incidia nos referidos tipos criminais.

Originalmente concebido para narrar a história de mulheres que realizaram o aborto, protegidas pela liminar do relator no STF, o projeto foi redirecionado para o *estudo de caso* de Severina, trabalhadora rural do interior de Pernambuco, sua história de vida e as consequências da decisão do Plenário do STF, na vida de

mulheres dependentes de autorização do Estado para realizar o aborto (DINIZ, 2007a, p. 142).

A protagonista, Severina, estava grávida de feto diagnosticado com anencefalia, internada em um hospital da cidade de Recife-PE, em 20.10.2004, para no dia seguinte, começar o processo de interrupção da gravidez, quando sobreveio a decisão do Plenário do STF, cassando a liminar. Em razão dessa decisão, os médicos lhe deram alta do hospital (DINIZ, 2007a, p. 142).

Na época, a construção do documentário enfrentou diversos desafios quanto à ética em pesquisas qualitativas, sobretudo, quando envolvem entrevistas abertas, como foi o caso. Tiveram o cuidado, no entanto, de preservar o quanto possível a dignidade da protagonista nesse episódio trágico de sua vida – de intenso sofrimento, pelo luto antecipado do filho não nascido:

“em que uma diversidade de símbolos culturais associados à maternidade, à saúde e à doença escapava ao controle da construção da narrativa” (DINIZ, 2007a, p. 145) –, sendo continuamente informada sobre o “roteiro do filme”, “seu significado político e possível impacto midiático.” (DINIZ, 2007a, p. 143).

Dessa maneira, além de terem repetido *o ritual de consentimento*, a cada novo encontro, inclusive com a alternância das assistentes de pesquisa, tornando esse ato um processo de confiança construído entre a protagonista, seu marido e a equipe de filmagens, até o compromisso de somente com o consentimento deles pós-edição, seria o filme finalizado, garantindo-lhes o direito de vetar as cenas que entendessem inapropriadas (DINIZ, 2007a, p. 144). Ao final, após a aprovação do filme pós-edição e a assinatura do último termo de consentimento, em que se “explicitava o caráter voluntário e não-remunerado da participação do documentário” (DINIZ, 2007a, p. 147), foi proposto a Severina e seu marido, Rosivaldo, a participação nos benefícios que o filme viesse a receber.

Por todos esses fundamentos, esse documentário etnográfico representa um marco das discussões pela ampliação do campo da ética nas pesquisas, para além dos fundamentos biomédicos, rompendo com os cenários restritivos que esse olhar propiciou às pesquisas das áreas de ciências sociais, além de importante e corajosa proposta de enfrentamento do cenário político brasileiro sobre a moralidade do aborto.

11. CONCLUSÃO

Como vimos, as diretrizes e normas que definem e ajudam o pesquisador a tomar a melhor decisão, ante os dilemas e problemas decorrentes da pesquisa, muitas

vezes ajudam, mas não são suficientes, dada a impossibilidade de prever todas as situações e dilemas da pesquisa, por essa razão, na maioria das vezes o que ocorre é o estabelecimento de “diretrizes éticas”, princípios éticos, ou normas gerais, a partir das quais o pesquisador pode deduzir ou retirar a melhor deliberação que o caso concreto exija.

A melhor deliberação ante as situações e dilemas da pesquisa concretamente apresentadas está longe de ser uma questão trivial. Por essa razão, parece correto afirmar ser imprescindível, embora não exaustivo, a reflexão sobre alguns problemas e dilemas da pesquisa criminológica, registradas ao longo do tempo e que de alguma forma pode ajudar na escolha da melhor decisão ante os casos concretos, a qual pode ser resumida na incessante busca da virtude de bem deliberar.

De certa maneira, a educação nos bancos acadêmicos enfatiza, na sua maioria, os aspectos negativos ou os vícios da pesquisa científica – o plágio, a falsidade na coleta dos dados, a violação da intimidade dos pesquisados etc. –, mas essa educação costuma reforçar também o exercício das boas práticas ou as virtudes das boas pesquisas, para atingir eticamente os fins a que ela se destina.

O problema está justamente em avaliar as situações e dilemas éticos e escolher a melhor solução, mais racional, econômica, justa e eticamente justificável. É inegável que a educação acadêmica cumpre essa função social de grande importância para o desenvolvimento da ciência, dos pesquisadores – ao adestrarem suas habilidades de pensar criticamente sobre o tema de pesquisa –, mas também da instituição a que está vinculada a pesquisa, na medida em que se identifiquem de maneira livre e consciente, com os valores e princípios adotados e que devem direcionar as práticas das pesquisas científicas. Miguel Kottow enfatiza que se trata é uma ética profissional cujos aspectos fundamentais se referem

“à probidade de não adulterar as diversas etapas da pesquisa, não manipular os resultados nem sua publicação, respeitar as participações e prioridades dos pares, não plagiar, lidar com dinheiro com honestidade e transparência, e não se apropriar de bens materiais ou intelectuais.” (KOTTOW, 2008, p. 54).

Ao longo desse trabalho, analisamos inúmeras pesquisas que tangenciam de alguma forma questões criminológicas e também questionamentos éticos. Nessa análise crítica, identificamos diversos princípios que devem nortear a prática da pesquisa criminológica, sobretudo, a pesquisa qualitativa, envolvendo ou não métodos etnográficos, em particular, o princípio da integridade científica. Todos esses princípios éticos, encontramos na prática da pesquisa elaborada por Debora Diniz e Eliane Brum – “Uma vida Severina” – e que coincide com o entendimento estabelecido pela Academia Brasileira de Ciências:

“(i) honestidade na apresentação, execução e descrição de métodos e procedimentos da pesquisa e na interpretação dos resultados; (ii) confiabilidade na execução da pesquisa e na comunicação de suas conclusões; (iii) objetividade na coleta e no tratamento de dados e informações, na apresentação de provas e evidências e na interpretação de resultados; (iv) imparcialidade na execução da pesquisa, na comunicação e no julgamento das contribuições de outros; (v) cuidado na coleta, armazenamento e tratamento de dados e informações; (vi) respeito por participantes e objetos do trabalho de pesquisa, sejam seres humanos, animais, o meio ambiente ou objetos culturais; (vii) veracidade na atribuição dos créditos a trabalhos de outros; (viii) responsabilidade na formação e na supervisão do trabalho de jovens cientistas.” (ABC, 2013, p. 6).

12. REFERÊNCIAS

- ACADEMIA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS (ABC). Rigor e integridade na condução da pesquisa científica – Guia de recomendações de práticas responsáveis. Rio de Janeiro: ABC, 2013. Disponível em: [www.abc.org.br/IMG/pdf/doc-4311.pdf]. Acesso em: 01.12.2019.
- ALVES, Lucas Victor; NUNES, Renato Hoffmann. Malformações do Sistema Nervoso Central, In: RODRIGUES, Marcelo Masruha; VILANOVA, Luiz Celso Pereira. (Ed.) *Tratado de neurologia infantil*. Rio de Janeiro: Atheneu, 2017. p. 281-341.
- AMBOS, Kai. El caso Eichmann. Trad. Leandro A. Dias. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, t. 68, Mes 1, p. 79-98, 2015.
- AMRINE, Michael; SANFORD, Filmore H. (1956). In the matter of juries, democracy, science, truth, senators, and bugs. *American Psychologist*, 11(1), 54-60.
- ANITUA, Gabriel Ignacio. *Historias de los pensamientos criminológicos*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2010.
- ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém. Um relato sobre a banalidade do mal*. Trad. José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.
- ASSANGE, Julian. *Cypherpunks. Liberdade e o futuro da internet. Com Jacob Appelbaum, Andy Müller-Maguhn e Jérémie Zimmermann*. Trad. Cristina Yamagani. São Paulo: Boitempo, 2013.
- BACHELARD, Gaston. *A afirmação do espírito científico*. Trad. Estela S. Abreu. Rio: Contraponto, 1996.
- BANKS, Cyndi. *Criminal Justice Ethics. Theory and Practice*. 4. ed. California: SAGE Publications, 2017.
- BAUMRIND, Diana. Some thoughts on ethics of research: After reading Milgram's "Behavioral Study of Obedience". *American Psychologist*, 19(6), 421-423, 1964.
- BENEDEK, Thomas G.; ERLÉN, Jonathon. The scientific environment of the Tuskegee study of syphilis, 1920-1960. *Perspectives in Biology and Medicine*, v. 43, p. 1-30, 1999.

- BOELEN, W. A. Marianne. *Street Corner Society: Cornerville revisited*. Journal of Contemporary Ethnography 21, 1, p. 11-51, abr. 1992.
- BOGDAN, Robert C.; BIKLEN, Sari Knopp. *Qualitative research for education: an introduction to theories and methods*. 5. ed. Boston: Pearson, 2006.
- BOURDIEU, Pierre. *Os usos sociais da ciência. Por uma sociologia clínica do campo científico*. Trad. Denice Barbara Catani. São Paulo: Editora UNESP, 2004.
- BRASIL. Ministério da Saúde. Conselho Nacional de Saúde. *Normas regulamentadoras sobre pesquisa em seres humanos*. Brasília: Ministério da Saúde, 1996.
- CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede: a era da informação: economia, sociedade e cultura*. Trad. Roneide Venâncio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 1999.
- COHEN, Stanley. *Folk Devils and Moral Panics. The Creation of the Mods and Rockers*. 3. ed. New York: Routledge, 2002.
- COHEN, Stanley. *Visions of Social Control. Crime, Punishment and Classification*. Cambridge: Polity Press, 1985.
- CORNELLI, Roberto. *Ética e Criminologia. O caso “medo da criminalidade”*. Trad. Nuno Coimbra Mesquita. Impulso, Piracicaba, 14(35): 49-59, 2003.
- COSTA, Sérgio. “O desafio da ética em pesquisa e da bioética”. In: DINIZ, D., SUGAI, A., GUILHEM, D. & SQUINCA, F. (eds.). *Ética em pesquisa: temas globais*, p. 25-52. Brasília: LetrasLivres, Editora Universidade de Brasília, 2008.
- CÓDIGO DE NUREMBERG. Disponível em: [<http://ohsr.od.nih.gov/guidelines/nuremberg.html>]. Acesso em: 20.07.2020.
- DELEUZE, Gilles; FOUCAULT, Michel. Os Intelectuais e o Poder. Conversa entre Michel Foucault e Gilles Deleuze. In: FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Trad. Roberto Machado. 21. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2005.
- DENNO, Deborah W. Courts’ Increasing Consideration of Behavioral Genetics Evidence in Criminal Cases: Results of a Longitudinal Study. *Michigan State Law Rev*, p. 967-1047 (2011).
- DINIZ, Debora. Avaliação ética em pesquisa social: o caso do sangue yanomami. *Bioética*, v. 15, n. 2, p. 284-325, 2007.
- DINIZ, Debora. Ética e pesquisa social em saúde. In: GUILHEM, Dirce; DINIZ, Débora; ZICKER, Fabio. (Eds.) Pelas lentes do cinema. *Bioética e ética em pesquisa*, Brasília, Editora UnB, p. 135-158, 2007a.
- DINIZ, Debora. Ética na pesquisa em ciências humanas – novos desafios. *Ciência e saúde coletiva*, Rio de Janeiro, v. 13, nº2, p. 417-426, Mar./Apr. 2008.
- DINIZ, Debora; SUGAI, Andréa; *Ética em pesquisa. Temas Globais*. Brasília: Ed. UnB, 2008. p. 9-23.
- FALCÓN Y TELLA, María José; FALCÓN Y TELLA, Fernando. *Fundamento e finalidade da sanção: existe um direito de castigar?* Trad. Claudia de Miranda Avena. São Paulo: Ed. RT, 2008.

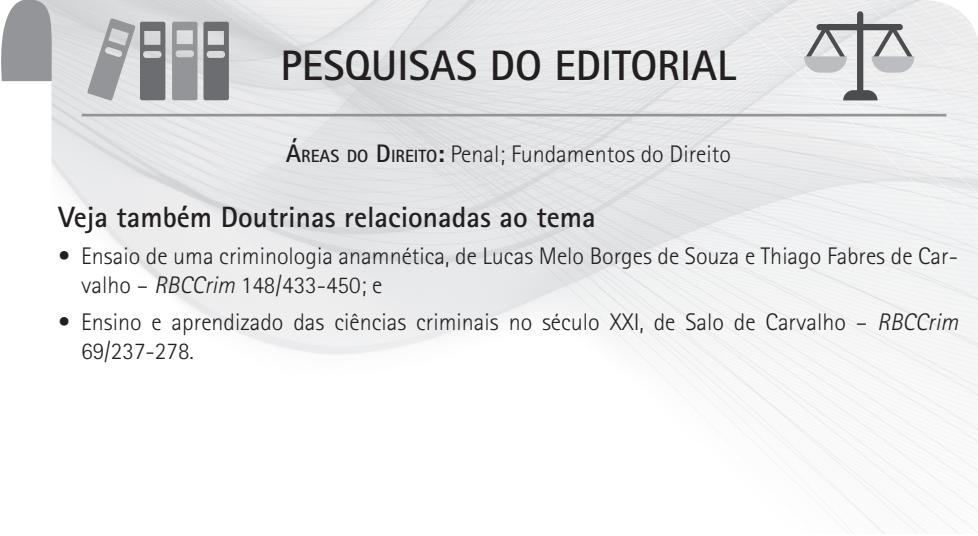
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Tratado de criminología*. 3. ed. Valencia: Tirant lo blanch, 2003.
- GARLAND, D. (2000). 'Ideas, Institutions and Situational Crime Prevention'. In: A. Von Hirsch, D. Garland and A. Wakefield (eds). *Ethical and Social Perspectives on Situational Crime Prevention*. Oxford: Hart Publishing, p. 1-16.
- GARLAND, David. *The Culture of Control*. Oxford: Oxford University Press, 2001.
- GOLDENBERG, Mirian. *A arte de pesquisar. Como fazer pesquisa qualitativa em ciências sociais*. 14. ed. Rio de Janeiro: Editora Record, 2015.
- GOLDHAGEN, Daniel Jonah. *Os carrascos voluntários de Hitler. O povo alemão e o Holocausto*. Trad. Luís Sérgio Roizman. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.
- GREENWALD, Glenn. *Sem lugar para se esconder*. Trad. Fernanda Abreu. Rio de Janeiro: Sextante, 2014.
- HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do direito penal*. Trad. Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2005. p. 331-364.
- ISRAEL, Mark; HAY, Iain. Research Ethics. In: GADD, David; KARSTEDT, Susanne; MESSNER, Steven F. (Ed). *Criminology in The SAGE Handbook of Criminological Research Methods*. Londres: Sage Publications, 2011. p. 500-514.
- JACOBS, Jonathan. JACKSON, Jonathan (Orgs.). *The Routledge Handbook of Criminal Justice Ethics*. New York, 2017.
- JONAS, Hans. *O princípio da responsabilidade. Ensaio de uma ética para a civilização tecnológica*. Trad. Marijane Lisboa, Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto, Ed. PUC-Rio, 2006.
- KOTTOW, Miguel. História da ética com seres humanos. In: DINIZ, Debora et al. *Ética em pesquisa*. Brasília: Ed. UnB, 2008. p. 53-86. (Temas Globais).
- LAUD HUMPHREYS, R. A. *Tearoom Trade. Impersonal Sex in public places*. New Jersey: AldineTransaction, 2009.
- LOMBROSO, Cesare. *O homem delinquente*. Trad. Sebastião José Roque. São Paulo: Ícone, 2007.
- LOWMAN, John; PALYS, Ted. The ethics and law of confidentiality in criminal justice research: A comparison of Canada and The United States. In: *International Criminal Justice Review*, v. 11, p. 1-33, 2001.
- LUHMANN, Niklas. Deconstruction as Second-Order Observing. *New Literary History*, v. 24, n. 4, p. 763-782, Papers from the Commonwealth Center for Literary and Cultural Change, Autumn, 1993.
- LÉVY, Pierre. *Cibercultura*. Trad. Carlos Irineu da Costa. 3. ed. São Paulo: Editora 34, 1999.
- MASLOW, Abraham Harold. *The Psychology of Science: a reconnaissance*. Chicago: Henry Regnery, 1970.

- MUÑOZ CONDE, Francisco. El Proyecto Nacionalsocialista sobre el Tratamiento de los “Extraños a la Comunidad.” *Revista Cenipec*, 20, enero-diciembre, 2001.
- OLIVEIRA, Luís Roberto Cardoso de. Pesquisa em *versus* Pesquisas com seres humanos. In: VÍCTORA, Ceres; OLIVEN, Ruben George; MACIEL, Maria Eunice; ORO, Ari Pedro (Org.). *Antropologia e ética. O debate atual no Brasil*. Niterói: EdUFF, 2004. p. 33-44.
- ORLANDELLA, A. R. (1992). Boelen may know Holland, Boelen may know Barzini, but Boelen “Doesn’t know Diddle about the North End!”. *Journal of Contemporary Ethnography*, 21(1), 69-79.
- ROBERTS, Lynne; INDERMAUR, David. Signed Consent Forms in Criminological Research: Protection for Researchers and Ethics Committees but a Threat to Research Participants?, *Psychiatry, Psychology and Law*, 10:2, 289-299. DOI: 10.1375/pplt.2003.10.2.289. Acesso em: 23.12.2019.
- RODRIGUES, Marcelo Masruha; VILANOVA, Luiz Celso Pereira. (Ed.) *Tratado de neurologia infantil*. Rio de Janeiro: Atheneu, 2017.
- SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. Luís Greco (Coord.). São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 39-126.
- SINGER, Peter. *How Are We to Live? Ethics in an Age of Self-Interest*. Amherst. Melbourne: Random House Australia, 1997.
- SOURYAL, Sam S. Ethics in Criminal Justice. In: *Search of the Truth*. 6. ed. New York: Routledge, 2015.
- SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. *Legitimidade da intervenção penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- TIERNEY, Patrick. Darkness in El Dorado. *How Scientists and Journalists Devastated the Amazon*. New York: W. W. Norton & Company, 2000.
- VELHO, Gilberto. Observador Participante. *Apresentação à edição brasileira de Whyte, William Foote. Sociedade da esquina – Street comer society: a estrutura social de uma área urbana pobre e degradada*. Trad. Maria Leia de Oliveira. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2005. p. 9-13.
- VOHRYZEK-BOLDEN, Miki (1997). Ethical Dilemmas Confronting Criminological Researchers. *Journal of Crime and Justice*, 20:2, 121-138.
- VÁZQUEZ, Adolfo Sánchez. *Ética*. Trad. João Dell’Anna. 26. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.
- WALLACE, Edwin R. (1984). Relevance without Presentism an Essay Review. *Journal of the History of Medicine and Allied Sciences*, 39(3), 374-377.
- WHYTE, William Foote. *Sociedade da esquina – Street comer society: a estrutura social de uma área urbana pobre e degradada*. Trad. Maria Leia de Oliveira. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2005.
- WILDT, Michael. *Hitler’s Volksgemeinschaft and the Dynamics of Racial Exclusion: Violence against Jews in Provincial Germany, 1919-1939*. Trad. Bernard Heise. New York: Berghahn Books, in association with Yad Vashem, 2012.

WILLIAMS, Christopher R.; ARRIGO, Bruce A. *Ethics, Crime, and Criminal Justice*. 2. ed. New Jersey: Pearson Education, 2012.

WIRTH, Louis. *The Ghetto*. Chicago: The University of Chicago Press, 1958.

ZICKER, Fabio; GUILHEM, Dirce. *Ética na pesquisa em saúde: avanços e desafios*. Brasília: LetrasLivres/UnB, 2007.

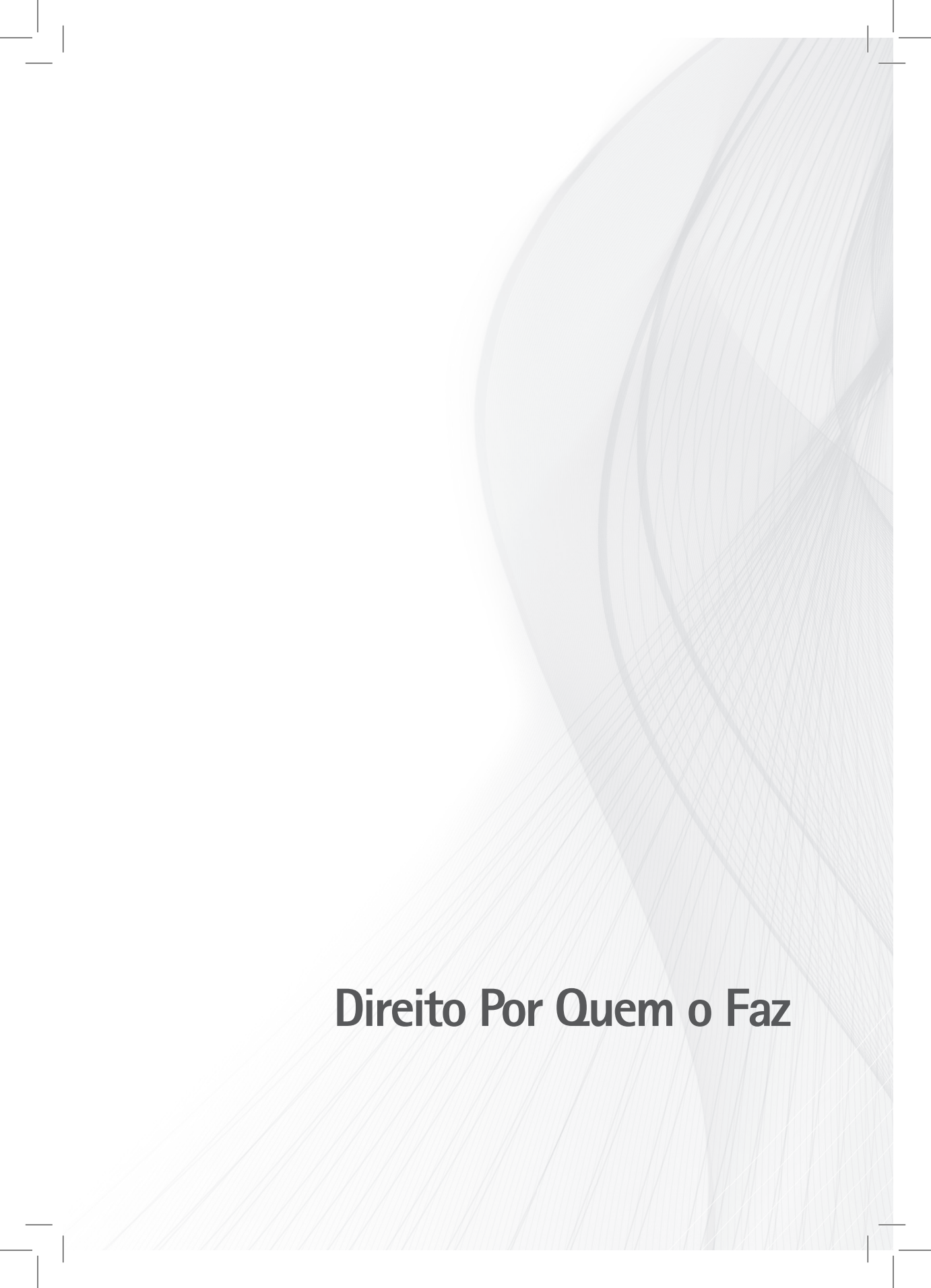


PESQUISAS DO EDITORIAL

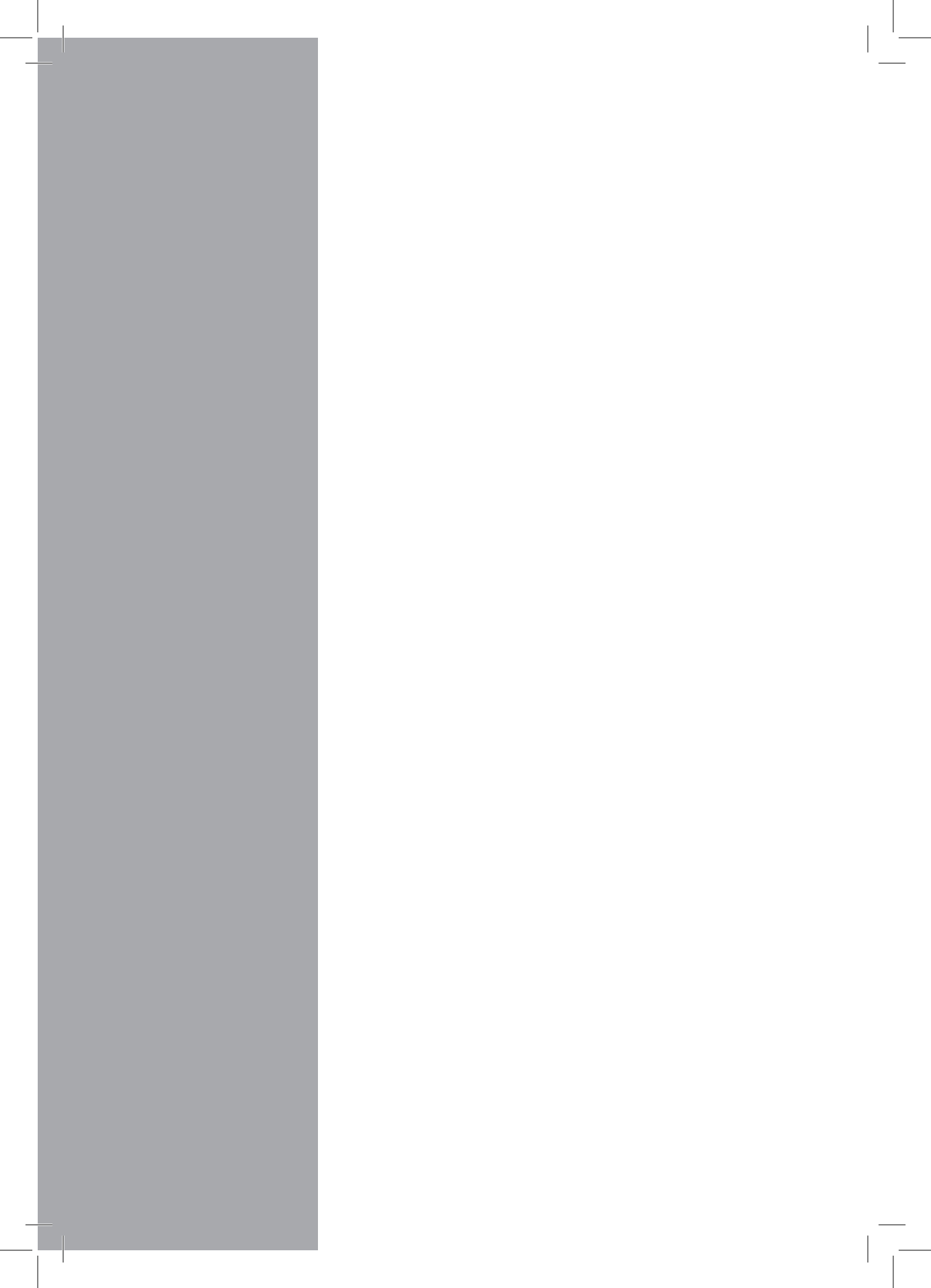
ÁREAS DO DIREITO: Penal; Fundamentos do Direito

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- Ensaio de uma criminologia anamnética, de Lucas Melo Borges de Souza e Thiago Fabres de Carvalho – *RBCCrim* 148/433-450; e
- Ensino e aprendizado das ciências criminais no século XXI, de Salo de Carvalho – *RBCCrim* 69/237-278.

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 Por Quem o Faz



PARECER: CRIME DE TRÂNSITO COM CONCENTRAÇÃO DE ÁLCOOL INFERIOR A 0,3 MG/L DE AR ALVEOLAR: IMPOSSIBILIDADE DE PRESUNÇÃO DE CULPA E INAPLICABILIDADE QUALIFICADORAS PREVISTAS NOS ART. 302, § 3º E ART. 303, § 2º DO CTB

LEGAL OPINION: TRAFFIC OFFENSES WITH AN ALCOHOL CONCENTRATION LOWER THAN 0.3 MG/L OF ALVEOLAR AIR: IMPOSSIBILITY OF PRESUMING RECKLESS AND INAPPLICABILITY OF THE AGGRAVATING CIRCUMSTANCES OF ART. 302, § 3 AND ART. 303, § 2 OF THE CTB

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.

Lattes: [<http://lattes.cnpq.br/6090986439508650>].

ORCID: [<https://orcid.org/0000-0002-8002-3960>].

tuliovianna@tuliovianna.adv.br

DOI: [<https://doi.org/10.54415/rbccrim.v197i197.502>].

ÁREAS DO DIREITO: Processual; Penal

RESUMO: A direção de veículo automotor sob influência de quantidade inferior a 0,3 mg/L de álcool no ar alveolar é mera infração administrativa, não se podendo a partir dela presumir a existência de culpa criminal, caso venha a ocorrer um acidente. As qualificadoras previstas nos art. 302, § 3º e art. 303, § 2º, do CTB exigem relevância penal para sua aplicação. Se o próprio legislador considerou a dosagem inferior a 0,3 mg/l insignificante a ponto de não puni-la no art. 306 do CTB, por igual razão, ela deve ser considerada insignificante no tocante à aplicação das qualificadoras.

PALAVRAS-CHAVES: Crime de trânsito – Infração de trânsito – Qualificadoras – Bafômetro – Culpa.

ABSTRACT: Driving a motor vehicle under the influence of less than 0.3 mg/L of alcohol in the alveolar air is a mere traffic infraction, and reckless cannot be presumed in the event of an accident. The aggravating circumstances foreseen in art. 302, § 3 and art. 303, § 2 of the CTB require criminal relevance for their application. If the lawmaker considered the dosage of less than 0.3 mg/l insignificant to the point of not punishing it in art. 306 of the CTB, for the same reason it should be considered insignificant with regard to the application of aggravating circumstances.

KEYWORDS: Traffic offense – Traffic infraction – Aggravating circumstances – Breathalyzer – Reckless.

SUMÁRIO: 1. Consulta. 2. Considerações gerais. 2.1. Presunção de culpa por infração de trânsito. 2.2. Qualificadoras. 2.3. Concurso de crimes. 3. Respostas aos quesitos. 4. Referências.

1. CONSULTA

Trata-se de consulta formulada pelo eminente advogado Dr. Luiz Fernando de Vicente Stoinski, com pedido de parecer sobre a ação penal 00035xx-40.2019.8.16.0061, que tramita perante a vara criminal de Capanema – PR.

A consulta veio acompanhada de cópia integral dos autos.

Narra a denúncia expressamente que a concentração de álcool no ar alveolar do acusado no momento dos fatos era inferior a 0,3 mg/l:

“Verificou-se, ainda, que no momento dos fatos o acusado estava sob a influência de álcool, conforme demonstra o teste de etilômetro do evento 1.8 que constatou a concentração de 0.28 miligramas de álcool por litro de ar alveolar expelido dos pulmões.”

Diante desse cenário, indaga-me o ilustre patrono do acusado:

1º Quesito: A constatação de que o agente dirigia seu veículo sob efeito de 0,28 mg/l de álcool no ar alveolar prova que o motorista provocou o acidente culposamente?

2º Quesito: Na denúncia, o MPPR imputa a prática de homicídio culposo qualificado pela condução sob a alegada influência de álcool (art. 302, § 3º, do CTB) e lesão corporal culposa majorada pela mesma razão (art. 303, § 1º, do CTB). Considerando que a concentração de álcool aferida em exame conhecido como bafômetro foi de 0,28 mg/L, ou seja, inferior ao que penalmente estabelecido no art. 306, § 1º, inciso I, do CTB, é possível a caracterização típica da qualificadora e da majorante, tal qual consta da denúncia, no caso em exame?

3º Quesito: Em caso de condenação do acusado, trata-se de concurso formal de crimes na forma do art. 70 do Código Penal?

Em síntese, é o caso.

2. CONSIDERAÇÕES GERAIS

A distinção entre infração de trânsito, de natureza administrativa, e crime de trânsito, de natureza criminal é o cerne das questões que aqui serão analisadas.

O Código de Trânsito Brasileiro (CTB) elenca as infrações de trânsito em seu Capítulo XV e os crimes de trânsito em seu Capítulo XIX.

As infrações de trânsito são punidas com as penalidades previstas no Capítulo XVI (advertência por escrito, multa, suspensão do direito de dirigir, cassação da Carteira Nacional de Habilitação, cassação da Permissão para Dirigir e frequência obrigatória em curso de reciclagem) e com as medidas administrativas previstas no Capítulo XVII. O processo administrativo está regulado no Capítulo XVIII do CTB.

Já os crimes de trânsito, estão previstos no Capítulo XIX do CTB e são disciplinados pelas normas gerais do Código Penal e do Código de Processo Penal, conforme expressamente prevê o art. 291 do CTB.

A independência entre as instâncias administrativa e penal é fartamente reconhecida não só no Código de Trânsito Brasileiro, mas também no Código Civil que assim dispõe: “Art. 935. A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal.”

Na mesma linha de raciocínio também a Lei 8.112/90 – Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União – dispõe que: “Art. 125. As sanções civis, penais e administrativas poderão cumular-se, sendo independentes entre si”.

Vê-se, pois, que nosso sistema jurídico de forma absolutamente coerente separa a responsabilidade penal da responsabilidade civil e administrativa, não só na legislação de trânsito, mas em inúmeras outras leis.

Isso se dá pois, como é entendimento consolidado na doutrina jurídica ocidental, o Direito Penal é a *ultima ratio* do Estado e a responsabilização criminal deve ser reservada apenas em casos gravíssimos, nos quais as sanções cíveis e administrativas se mostrem insuficientes para coibir a conduta indesejada. Nas palavras de Roxin: “a proibição de pena só será justificada se não for possível obter o mesmo efeito protetivo através de meios menos gravosos”¹.

A esse respeito, Ferrajoli indica que “justamente porque a intervenção punitiva é a técnica de controle social mais gravosamente lesiva da liberdade e da dignidade dos cidadãos, o princípio de necessidade exige que se recorra a ela somente como remédio extremo.”²

Dirigir sem cinto de segurança é infração de trânsito (art. 167, CTB) e estacionar em local proibido também é (art. 181, CTB), mas seria impensável que tais condutas

1. ROXIN, Claus. Que comportamentos pode o Estado proibir sob ameaça de pena? Sobre a legitimação das proibições penais. Em: ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 52.
2. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do Garantismo Penal*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 427.

fossem consideradas crimes de trânsito, pois não se revestem da necessária lesividade a ponto de justificar suas criminalizações.

De modo semelhante, Roxin exemplifica que

“a lesão à integridade física ou à propriedade é, por essência, um crime; por outro lado, o estacionamento incorreto de um carro ou a infração sobre uma norma de inscrições ou registros administrativos não se encaixam no conceito material de delito.”³

Destarte, o legislador entendeu que dirigir sob a influência de álcool será sempre considerada infração administrativa (art. 165, CTB), mas que só haverá crime quando a concentração for igual ou superior a 6 decigramas de álcool por litro de sangue ou igual ou superior a 0,3 miligrama de álcool por litro de ar alveolar (art. 306, CTB).⁴

Tal distinção é fundamental, pois demonstra claramente que a lei apesar de reconhecer uma relevância administrativa para inibir a direção de veículos sob baixíssima influência de álcool, reconhece também a completa insignificância penal de tal conduta.

Já no Império Romano, o princípio *minima non curat praetor* impedia que fossem levadas a julgamento questões consideradas desimportantes. A partir dessa ideia, a doutrina penal liberal desenvolveu o princípio da insignificância, ditando que “as afetações insignificantes de bens jurídicos não constituem uma ofensa relevante para fins de tipicidade objetiva”.⁵

De acordo com Zaffaroni, Alagia e Slokar, em “todos os tipos penais que os bens jurídicos admitem lesões graduáveis, é possível conceber atos que sejam insignificantes”⁶.

3. ROXIN, Claus. *Derecho Penal: parte general*. Madrid: Civitas, 1997. t. I. p. 53, tradução minha.
4. O fator de conversão utilizado pelo legislador brasileiro foi de 1:2000, o que significa que 2000 ml de ar exalado contém a mesma quantidade de álcool de 1 ml de sangue. Para maiores informações sobre a equivalência entre mensurações de concentração alcoólica por exames de sangue e etilômetro, vale conferir: JURIČ A. et al. *Evaluation of breath alcohol analysers by comparison of breath and blood alcohol concentrations*. Arh Hig Rada Toksikol 2018. p. 69-76.
5. ZAFFARONI, Eugênio Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Manual de Derecho Penal: parte general*. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2011. p. 375.
6. ZAFFARONI, Eugênio Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Manual de Derecho Penal: parte general*. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2011. p. 375. tradução minha.

VIANNA, Túlio. Parecer: crime de trânsito com concentração de álcool inferior a 0,3 mg/l de ar alveolar: impossibilidade de presunção de culpa e inaplicabilidade qualificadoras previstas nos art. 302, § 3º e art. 303, § 2º do CTB. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 197. ano 31. p. 407-419. São Paulo: Ed. RT, jul./ago. 2023.
DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v197i197.502].

Nos casos em que a lei é omissa, o princípio da insignificância pode ser aplicado diretamente pelo juiz, em situações nas quais a lesividade da conduta for irrelevante. O Código de Trânsito Brasileiro, porém, já estabeleceu com absoluta clareza no art. 306 a partir de qual concentração de álcool há relevância penal a ser considerada.

Dentro do espectro de lesividade do ato de condução sob efeito de álcool, o legislador brasileiro considerou significativa somente a conduta de dirigir com concentração de álcool igual ou superior a 6 decigramas de álcool por litro de sangue ou igual ou superior a 0,3 miligrama de álcool por litro de ar alveolar.

Vale ressaltar que o Brasil é um dos países mais rigorosos na previsão de sanções administrativas para infrações de trânsito. Na França⁷ e na Alemanha⁸ só há infração de trânsito se a concentração de álcool no ar alveolar for superior a 0,25 mg/l. Abaixo deste limite é perfeitamente lícito dirigir um veículo automotor nas ruas de Paris ou Berlim. Não configura infração de trânsito e muito menos crime.

Também em Portugal, o Código da Estrada prevê muitas administrativas para quem dirigir com concentração de álcool no sangue superior a 0,5 g/l de sangue (equivalente a 0,25 mg/l de ar).⁹ A conduta, porém, só será considerada crime quando a concentração de álcool no sangue for superior a 1,2 g/l de sangue (equivalente a 0,6 mg/l de ar)¹⁰.

7. Article R234-1 Code de la route: 2° Une concentration d'alcool dans le sang égale ou supérieure à 0,50 gramme par litre ou par une concentration d'alcool dans l'air expiré égale ou supérieure à 0,25 milligramme par litre et inférieure aux seuils fixés à l'article L. 234-1, chez les autres conducteurs. Disponível em: [www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000042808024].
8. Straßenverkehrsgesetz (StVG), § 24a: (1) Ordnungswidrig handelt, wer im Straßenverkehr ein Kraftfahrzeug führt, obwohl er 0,25 mg/l oder mehr Alkohol in der Atemluft oder 0,5 Promille oder mehr Alkohol im Blut oder eine Alkoholmenge im Körper hat, die zu einer solchen Atem- oder Blutalkoholkonzentration führt. Disponível em: [www.gesetze-im-internet.de/stvg/_24a.html].
9. Artigo 81 do Código da Estrada: 6 – Quem infringir o disposto no n. 1 é sancionado com coima de: a) (euro) 250 a (euro) 1250, se a taxa de álcool no sangue for igual ou superior a 0,5 g/l e inferior a 0,8 g/l; b) (euro) 500 a (euro) 2500, se a taxa for igual ou superior a 0,8 g/l e inferior a 1,2 g/l ou, sendo impossível a quantificação daquela taxa, o condutor for considerado influenciado pelo álcool em relatório médico ou ainda se conduzir sob influência de substâncias psicotrópicas. Disponível em: [https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/lei/2013-116041830-150903550].
10. Código Penal, art.292: Quem, pelo menos por negligência, conduzir veículo, com ou sem motor, em via pública ou equiparada, com uma taxa de álcool no sangue igual ou superior

VIANNA, Túlio. Parecer: crime de trânsito com concentração de álcool inferior a 0,3 mg/l de ar alveolar: impossibilidade de presunção de culpa e inaplicabilidade qualificadoras previstas nos art. 302, § 3º e art. 303, § 2º do CTB. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 197. ano 31. p. 407-419. São Paulo: Ed. RT, jul./ago. 2023. DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v197i197.502].

Já no Brasil, o limite de 0,30 mg/l é suficiente para caracterizar crime de trânsito, o que é infinitamente mais grave. Apesar do excesso de rigor do Código de Trânsito Brasileiro, quando comparado à legislação europeia, reconheceu-se de forma clara que valores abaixo de 0,30 mg/l devem ser considerados insignificantes para efeitos penais.

No Canadá, o Código Penal exclui expressamente a existência de crime abaixo de 0,40 mg/l de álcool no ar (80mg/100 ml de sangue).¹¹

E isso é assim não por uma condescendência dos legisladores estrangeiros ou brasileiro, mas porque cientificamente não há qualquer evidência que uma concentração tão baixa de álcool no organismo possa efetivamente diminuir os reflexos do motorista ou favorecer de alguma forma a ocorrência de acidentes de trânsito.

O álcool, como qualquer outra substância, depende de uma dosagem mínima para gerar efeitos psicotrópicos. Alguém que coma uma trufa de licor não terá seus reflexos diminuídos e muito menos ficará embriagado. O etilômetro, no entanto, indicará a presença de álcool no ar, pois é um instrumento de grande precisão.

É preciso diferenciar a presença da substância no organismo dos efeitos cognitivos e comportamentais que esta substância efetivamente causa. Uma pessoa com febre que tome apenas ¼ de comprimido de Dipirona Sódica não apresentará melhoras no seu quadro, ainda que um eventual exame possa constatar a presença do medicamento em seu organismo.

Para provocar algum tipo de perturbação motora ou impulsividade no volante é necessária uma concentração mínima de álcool no organismo.

O professor de Medicina da Universidade do Texas Amitava Dasgupta, Phd, em seu livro *The Science of Drinking: how alcohol affects your body and mind*, resume bem os efeitos do álcool no organismo humano, conforme as respectivas concentrações.

Com menos de 0,10 mg/l no ar exalado, o indivíduo não apresenta qualquer alteração visível. Entre 0,10 e 0,20 mg/l se pode notar uma leve sensação de euforia e bem-estar, assim como uma diminuição da inibição ou timidez. Nesta fase, ainda não há perda de coordenação muscular. Entre 0,20 mg/l e 0,30 mg/l a pessoa fica ainda mais falante e interativa em grupos sociais. As emoções podem ser tornar mais

a 1,2 g/l, é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 120 dias, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal. Disponível em: [https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-lei/1995-34437675-59017299].

11. Criminal Code, 320.14 (5): (c) their alcohol consumption is consistent with their blood alcohol concentration as determined in accordance with subsection 320.31(1) or (2) and with their having had, at the time when they were operating the conveyance, a blood alcohol concentration that was less than 80 mg of alcohol in 100 mL of blood.

VIANNA, Túlio. Parecer: crime de trânsito com concentração de álcool inferior a 0,3 mg/l de ar alveolar: impossibilidade de presunção de culpa e inaplicabilidade qualificadoras previstas nos art. 302, § 3º e art. 303, § 2º do CTB. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 197. ano 31. p. 407-419. São Paulo: Ed. RT, jul./ago. 2023. DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v197i197.502].

intensas e alguns comportamentos exagerados. Há um leve comprometimento nas capacidades de alerta e julgamento.¹²

Vê-se, pois, que nesses níveis alcoólicos, os efeitos do álcool são inócuos na criação de qualquer risco de acidentes automobilísticos. É somente a partir de 0,30 mg/l que as alterações comportamentais podem gerar algum risco efetivo de acidentes.

Entre 0,30 e 0,40 mg/l, começam a surgir deficiências de autocontrole, função motora, julgamento e capacidade de operar veículos automotores. A visão periférica pode ficar prejudicada, bem como a sensibilidade dos olhos a luz.¹³

Entre 0,40 e 0,50 mg/l, o equilíbrio, fala, audição e tempo de reação são afetados e a capacidade de dirigir um veículo automotor está gravemente prejudicada. O autor – que escreve nos EUA – conclui dizendo que 0,40 mg/l é o limite de álcool para dirigir,¹⁴ bem mais alto, portanto, que o limite de 0,30 mg/l do nosso CTB.

Acima de 0,50 mg/l de álcool por ar o indivíduo já passa a representar sérios riscos de acidentes e os efeitos do álcool no organismo não apresentam mais interesse para os fins deste parecer.

O que cumpre frisar aqui é que somente quando superado o limite de 0,30 mg/l de ar que o indivíduo começará a apresentar as alterações comportamentais que podem incrementar o risco de acidentes de trânsito.

É por tudo isso que a lei brasileira não considera relevante para efeitos penais qualquer concentração inferior a 0,30 mg/l de ar alveolar.

Trata-se de um reconhecimento expresso do próprio legislador da insignificância penal da afetação do bem jurídico. Se os efeitos da substância no organismo com tão baixa gradação alcoólica são inócuos, uma eventual reprovação penal teria caráter exclusivamente simbólico, o que seria inadmissível em um Estado Democrático de Direito.

2.1. Presunção de culpa por infração de trânsito

Partindo-se da premissa de que há inequívoca independência entre as sanções administrativa e penal, pode-se afirmar de forma segura que não se pode presumir a existência de culpa penal pelo mero descumprimento de uma infração de trânsito.

12. DASGUPTA, Amitava. *The Science of Drinking: How Alcohol Affects Your Body and Mind*. Plymouth: Rowman & Littlefield Publishers, 2011. p. 39. As concentrações no livro são apresentadas em mg/dl e foi utilizada a conversão na proporção de 1:2000, adotada pelo art. 306 do CTB, para fins de padronização da exposição.

13. Id.

14. Id.

VIANNA, Túlio. Parecer: crime de trânsito com concentração de álcool inferior a 0,3 mg/l de ar alveolar: impossibilidade de presunção de culpa e inaplicabilidade qualificadoras previstas nos art. 302, § 3º e art. 303, § 2º do CTB. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*. vol. 197. ano 31. p. 407-419. São Paulo: Ed. RT, jul./ago. 2023. DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v197i197.502].

Como é sabido, o Direito Penal brasileiro consagra o Princípio da Culpabilidade e só existe responsabilidade penal por dolo ou por culpa (art. 18 do CP).

De acordo com Nilo Batista,

“o princípio da culpabilidade impõe a *subjetividade* da responsabilidade penal. Não cabe, em Direito Penal, uma responsabilidade objetiva, derivada tão-só de uma associação causal entre a conduta e um resultado de lesão ou perigo para o bem jurídico.”¹⁵

Destarte, ao contrário de outros ramos do Direito que admitem hipóteses de responsabilidade objetiva, no Direito Penal não se pune alguém pela mera causação de um resultado.

Nesse sentido, Roxin indica que “se os tipos se baseiam em uma norma de determinação, em uma instrução de conduta do legislador, então essa norma não pode proibir a mera causação, mas somente uma determinada conduta contrária ao cuidado devido”¹⁶.

Não basta, pois, provar que alguém gerou um resultado proibido pela lei, é imprescindível que a acusação prove ainda que este resultado foi produzido por dolo ou por culpa do agente. Na lição de Juarez Tavares, “no crime culposos, a ação causal não é simplesmente a ação física que produz o resultado, mas sim a ação descuidada que o produziu”¹⁷.

O ônus de provar que houve imprudência, negligência ou imperícia na conduta do agente é da acusação, por expressa determinação do art. 156 do CPP.

A prática de uma infração de trânsito não desobriga a acusação de seu ônus probatório, pois não se pode presumir culpa do mero descumprimento da norma administrativa.

Um exemplo hipotético poderá elucidar melhor a completa independência das duas esferas jurídicas:

Suponha um motorista trafegando a 70 km/h em uma via cuja velocidade máxima seja 60 km/h. Um suicida desejando dar fim à própria vida, se joga na frente do veículo, dando causa ao acidente que vem efetivamente a matá-lo.

15. BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004. p. 104. (Grifo do original)

16. ROXIN, Claus. *Derecho Penal*: parte general. Madrid: Civitas, 1997. t. I. p. 997, tradução minha.

17. TAVARES, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 374.

VIANNA, Túlio. Parecer: crime de trânsito com concentração de álcool inferior a 0,3 mg/l de ar alveolar: impossibilidade de presunção de culpa e inaplicabilidade qualificadoras previstas nos art. 302, § 3º e art. 303, § 2º do CTB. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 197. ano 31. p. 407-419. São Paulo: Ed. RT, jul./ago. 2023. DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v197i197.502].

Pouco importa para efeitos penais que um radar colocado a poucos metros antes comprove que o motorista estava em excesso de velocidade. Trata-se do descumprimento de uma infração de trânsito e, por conta disso, o motorista deverá ser punido com a respectiva multa e perda dos pontos na carteira.

Na esfera penal, porém, é forçoso reconhecer que, nesta hipótese, houve culpa exclusiva da vítima. Seria inconcebível imputar o resultado morte ao motorista, tão somente porque houve o descumprimento da norma de trânsito administrativa.

A essa conclusão também chega Juarez Tavares em exemplo diverso de acidente de trânsito: “Por exemplo, o motorista dirige em excesso de velocidade, mas o acidente decorreu porque caíra uma barreira na estrada: a velocidade não implicou aumento do risco do resultado nem se realizou nesse resultado”.¹⁸

Obviamente que, em algumas situações, poderá haver infrações de trânsito que são também crimes de trânsito.

Se um radar de trânsito constata que o motorista estava a 150 km/h e, logo em seguida, atingiu um pedestre que atravessava a rua, evidentemente esta mensuração será prova relevante a ser utilizada pelo juiz para avaliar se o motorista dirigia de forma imprudente.

Nada impede que a mesma prova (mensuração do radar) possa ser utilizada tanto na esfera administrativa quanto na esfera penal. É juridicamente inadmissível, no entanto, presumir automaticamente uma culpa penal pelo simples descumprimento da norma administrativa.

Suponhamos agora uma variante do nosso exemplo original:

Um motorista que comeu um bombom de licor e trafegava em via pública, respeitando fielmente não só o limite de velocidade, mas todas as demais leis de trânsito. Um suicida pula na frente de seu veículo em movimento, vindo a causar um acidente fatal.

Parece óbvio que, ainda que o etilômetro constate a presença de álcool no organismo do motorista, não se pode imputar o resultado morte a ele. Trata-se de culpa exclusiva da vítima.

Vê-se, pois, que a vedação à responsabilidade penal objetiva existe justamente para evitar situações absurdas como a deste exemplo. Não se pode admitir que o mero descumprimento de uma norma de trânsito possa ser prova inequívoca de imprudência, negligência ou imperícia de um motorista.

Haverá casos em que a infração administrativa ocorre simultaneamente com o crime de trânsito. E haverá casos em que a infração de trânsito ocorre de forma

18. TAVARES, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 375.

VIANNA, Túlio. Parecer: crime de trânsito com concentração de álcool inferior a 0,3 mg/l de ar alveolar: impossibilidade de presunção de culpa e inaplicabilidade qualificadoras previstas nos art. 302, § 3º e art. 303, § 2º do CTB. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 197. ano 31. p. 407-419. São Paulo: Ed. RT, jul./ago. 2023. DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v197i197.502].

isolada. Somente a análise cuidadosa do conjunto probatório de cada fato concreto poderá determinar se a infração de trânsito foi efetivamente representativa de alguma imprudência, negligência ou imperícia relevante na esfera criminal.

2.2. Qualificadoras

Conforme já exaustivamente exposto aqui, há uma completa independência entre a responsabilidade administrativa e a penal.

Enquanto a responsabilidade administrativa pode decorrer de uma mera conveniência da administração pública (proibição de estacionar em locais proibidos, por exemplo), a responsabilidade penal, por outro lado, existe sempre com o fim de tutelar bens jurídicos imprescindíveis à vida em sociedade.

Por uma simples interpretação teleológica é possível perceber que as qualificadoras previstas nos artigos 302, § 3º e 303, § 2º do CTB visam reprovar com maior intensidade quem efetivamente dirigia veículo automotor com seus reflexos diminuídos por efeito do álcool.

Conforme já analisado aqui, quantidades inferiores a 0,30 mg/l de ar alveolar são incapazes de causar esse tipo de redução de reflexos e, justamente por isso, em muitos países europeus sequer são consideradas infrações administrativas.

Há que se fazer ainda uma interpretação sistemática do Código de Trânsito Brasileiro. As leis, mormente quando organizadas no formato de códigos, devem ser presumidas como um conjunto coerente de normas. Não se pode interpretar que o legislador tenha considerado algo relevante no artigo X para considerá-lo absolutamente irrelevante no artigo Y do mesmo código.

É fato que o art. 306, § 1º, I, do CTB considerou irrelevante para efeitos penais qualquer concentração alcoólica no ar alveolar inferior a 0,30 mg/l.

Seria absolutamente incoerente considerar que este mesmo legislador, apenas 4 artigos antes (art. 302, § 3º, CTB), tenha considerado que esta mesma concentração inferior a 0,30 mg/l fosse suficientemente relevante a ponto de qualificar o crime e mais que dobrar sua pena mínima. Do mesmo modo em relação ao art. 303, § 2º, CTB: se a circunstância foi considerada irrelevante no 306 do CTB, qual fundamento haveria para quadruplicar a pena no art. 303 do CTB?

Trata-se de uma interpretação explicitamente contraditória do Código de Trânsito Brasileiro, presumindo uma incoerência do legislador que não há.

A interpretação mais simples e adequada destas 2 qualificadoras é de que só devem ser levadas em consideração quando a concentração de álcool no ar alveolar for superior a 0,30 mg/l. Tal leitura permite manter a consistência com o disposto no art. 306, § 1º, I, do CTB, bem como respeita a finalidade da norma que é punir com

mais rigor quem efetivamente encontrava-se com concentração de álcool que efetivamente indicasse um maior risco de provocar um acidente.

Interpretar de outra forma seria admitir que um motorista tivesse sua pena quadruplicada simplesmente por ter comido um bombom de licor minutos antes de provocar um acidente, com lesões corporais.

2.3. *Concurso de crimes*

Por fim, é preciso analisar a hipótese de concurso de crimes, caso sobrevenha uma eventual condenação.

Trata-se de hipótese de concurso formal próprio prevista no art. 70, primeira parte, do Código Penal Brasileiro:

“Art. 70 – Quando o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplica-se-lhe a mais grave das penas cabíveis ou, se iguais, somente uma delas, mas aumentada, em qualquer caso, de um sexto até metade. (...)”

Se houve um único acidente, tratou-se apenas de uma ação. Se houve dois resultados contra vítimas diferentes, a pena deverá ser aumentada no mínimo legal de 1/6, conforme consolidada jurisprudência do STJ.¹⁹

Vale frisar que seria inconcebível cogitar-se em “desígnios autônomos” em crimes culposos, nos quais – por definição – não há desígnio (dolo) de se praticar o crime. Nas palavras de Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar, “é muito difícil não exigir dolo direto onde a lei menciona desígnio sem desafiar todos os dicionários”²⁰. Assim, impensável seria aplicar a segunda parte do art. 70 do CP.

Feitas essas considerações, passemos à análise dos quesitos.

19. Tome-se, por exemplo, o AgRg no HC 707389 / MG, relatado pelo Ministro Ribeiro Dantas, (DJe 28.04.2022): “Penal. Agravo regimental no habeas corpus. Concurso formal de crimes. Fração de aumento. Parâmetro jurisprudencial. Número de delitos praticados. Agravo regimental não provido. 1. Nos termos da jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, o aumento decorrente do concurso formal deve ter como parâmetro o número de delitos perpetrados, devendo ser a pena de um dos crimes exasperada de 1/6 até 1/2. Nesses termos, aplica-se a fração de aumento de 1/6 pela prática de 2 infrações; 1/5, para 3 infrações; 1/4 para 4 infrações; 1/3 para 5 infrações e 1/2 para 6 ou mais infrações; e 2/3, para 7 ou mais infrações.”
20. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2017. t. 2. v. 2. p. 605.

VIANNA, Túlio. Parecer: crime de trânsito com concentração de álcool inferior a 0,3 mg/l de ar alveolar: impossibilidade de presunção de culpa e inaplicabilidade qualificadoras previstas nos art. 302, § 3º e art. 303, § 2º do CTB. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 197. ano 31. p. 407-419. São Paulo: Ed. RT, jul./ago. 2023. DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v197i197.502].

3. RESPOSTAS AOS QUESITOS

1º Quesito: A constatação de que o agente dirigia seu veículo sob efeito de 0,28 mg/L prova que o motorista provocou o acidente culposamente?

Resposta: NÃO.

Não há responsabilidade objetiva no Direito Penal Brasileiro. A culpa criminal não pode ser deduzida do mero descumprimento de uma norma administrativa. Imprudência, negligência ou imperícia precisam ser necessariamente demonstradas no processo penal a partir do contraditório e da ampla defesa.

Pode haver inúmeras situações concretas em que, não obstante tenha havido o descumprimento da norma administrativa de segurança, não houve efetiva imprudência, negligência ou imperícia por parte do motorista.

2º Quesito: Na denúncia, o MPPR imputa a prática de homicídio culposo qualificado pela condução sob a alegada influência de álcool (art. 302, § 3º, do CTB) e lesão corporal culposa majorada pela mesma razão (art. 303, § 1º, do CTB). Considerando que a concentração de álcool aferida em exame conhecido como bafômetro foi de 0,28 mg/L, ou seja, inferior ao que penalmente estabelecido no art. 306, § 1º, inciso I, do CTB, é possível a caracterização típica da qualificadora e da majorante, tal qual consta da denúncia, no caso em exame?

Resposta: NÃO.

O art. 306, § 1º, I, do CTB define com precisão científica os limites da relevância penal da concentração de álcool no organismo.

Uma interpretação teleológica esclarece o sentido da norma: gradações inferiores a 0,30 mg/l são incapazes de causar efeitos psicotrópicos significativos no motorista e, por conta disso, foram consideradas insignificantes para efeitos penais pelo próprio legislador.

Uma interpretação sistemática do Código de Trânsito Brasileiro também nos leva à mesma conclusão: se o legislador considera insignificantes gradações inferiores a 0,30 mg/l no crime de direção sob influência do álcool, com a mesma razão deve considerá-las insignificantes também nas qualificadoras dos arts. 302 e 303. Não se pode conceber que algo seja relevante em dois dispositivos de lei, para deixá-lo de ser três artigos depois. Há que se presumir a coerência do legislador e da lei.

3º Quesito: Em caso de condenação do acusado, trata-se de concurso formal de crimes na forma do art. 70 do Código Penal?

Resposta: Concurso Formal Próprio.

O concurso formal próprio é, por definição, a hipótese em que o agente com uma só conduta produz vários resultados ilícitos. Se houve um único acidente e foram

duas as vítimas, em caso de condenação por crime culposos, a hipótese é visivelmente de concurso formal próprio (art.70, primeira parte, CP).

É o meu parecer.

Belo Horizonte, 11 de julho de 2022.

4. REFERÊNCIAS

- BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004.
- DASGUPTA, Amitava. *The Science of Drinking: How Alcohol Affects Your Body and Mind*. Plymouth: Rowman & Littlefield Publishers, 2011.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014.
- JURIČ, A.; FIJAČKO, A.; BAKULIĆ, L.; OREŠIĆ, T.; GMAJNIČKI, I. *Evaluation of breath alcohol analysers by comparison of breath and blood alcohol concentrations*. Arh Hig Rada Toksikol, 2018.
- ROXIN, Claus. *Derecho Penal: parte general*. Madrid: Civitas, 1997. t. I.
- ROXIN, Claus. Que comportamentos pode o Estado proibir sob ameaça de pena? Sobre a legitimação das proibições penais. Em: ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- TAVARES, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2017. t. 2. v. 2.
- ZAFFARONI, Eugênio Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Manual de Derecho Penal: parte general*. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2011.



PESQUISA DO EDITORIAL



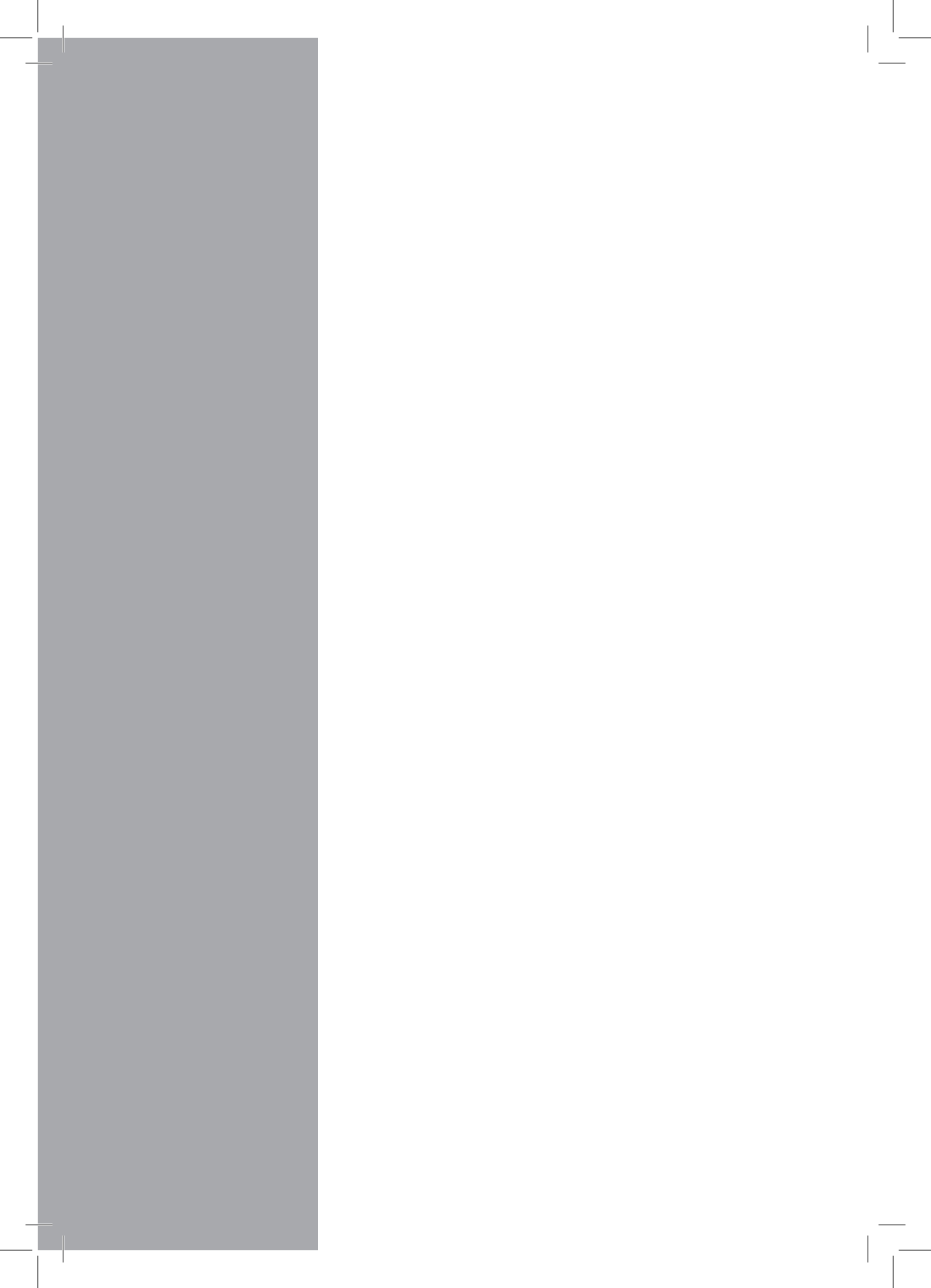
ÁREAS DO DIREITO: Processual; Penal

Veja também Doutrina relacionada ao tema

- O bafômetro e a embriaguez no volante – análise constitucional e aspectos penais, de Antonio Baptista Gonçalves – RT 927/209-245 e *Doutrinas Essenciais Direito Penal e Processo Penal* 5.



Entrevista



ENTREVISTA DO PROF. DR. LUÍS GRECO A BEATRIZ CAMARGO
E GUILHERME CEOLIN, POR OCASIÃO DA TRADUÇÃO DO MANUAL
"ROXIN/GRECO, STRAFRECHT ALLGEMEINER TEIL – Bd. 1:
GRUNDLAGEN. DER AUFBAU DER VERBRECHENSLEHRE. 5.
AUFL. MÜNCHEN: BECK, 2020" PARA O PORTUGUÊS

*INTERVIEW WITH PROF. DR. LUÍS GRECO BY BEATRIZ CAMARGO
AND GUILHERME CEOLIN ON THE OCCASION OF THE TRANSLATION
OF THE HANDBOOK "ROXIN/GRECO, STRAFRECHT ALLGEMEINER
TEIL – Bd. 1: GRUNDLAGEN. DER AUFBAU DER VERBRECHENSLEHRE.
5. AUFL. MÜNCHEN: BECK, 2020" INTO PORTUGUESE*



**PROF. DR. LUÍS GRECO, LL.M.
(1978)**

Professor Catedrático de Direito Penal, Direito Processual Penal, Direito Penal
Estrangeiro e Teoria do Direito Penal na Universidade Humboldt, de Berlim.
[<https://www.rewi.hu-berlin.de/de/lf/lsg/greco>].
ORCID: [<https://orcid.org/0000-0003-3087-4561>].
luís_greco@hotmail.com

ENTREVISTADORES:

BEATRIZ CORRÊA CAMARGO

Professora de Direito Penal na Universidade Federal de Uberlândia. Doutora em Direito Penal pela Universidade de São Paulo. Mestre em Direito pela Universidade de Bonn. Professora visitante na Universidade de Halle-Wittenberg e na Universidade Humboldt em Berlim pelo programa de Pós-Doutorado CAPES/Alexander-von-Humboldt entre os anos de 2019 e 2020.

Lattes: [http://lattes.cnpq.br/2140801364233810].

ORCID: [https://orcid.org/0000-0001-8080-0662].

beatrizcamargo@ufu.br

GUILHERME CEOLIN

Doutor e Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, com estágio doutoral na Universidade de Bonn. Advogado.

Lattes: [http://lattes.cnpq.br/4899801073812309].

ORCID: [http://orcid.org/0000-0002-4782-8652].

guilherme.f.ceolin@gmail.com

DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v197i197.505].

Beatriz Camargo e Guilherme Ceolin: Professor Dr. Luís Greco, em primeiro lugar, gostaríamos de agradecer sua disponibilidade em nos conceder essa entrevista!

O que nos motiva a buscar esse diálogo é saber um pouco mais sobre a nova edição do manual “Strafrecht Allgemeiner Teil” (Direito Penal, Parte Geral), que desde 2020 conta com a sua participação como coautor do Prof. em. Dr. Dr. h.c. mult. Claus Roxin, e que em breve terá uma tradução para o português. O manual escrito por Claus Roxin em 1991 encontra-se atualmente na 5ª edição. Podemos dizer que esse livro é um dos mais influentes escritos de direito penal – senão o mais influente – no mundo hoje em dia.

É um fato bastante conhecido que o senhor é discípulo do Professor Claus Roxin, com quem estudou desde o seu LL.M., na Universidade de Munique. Menos conhecidos são os fatos em torno de sua escolha para dar seguimento à monumental obra do Professor Roxin. O senhor poderia nos contar como se deu esse convite, sobretudo considerando que Roxin conta com outros discípulos ainda, além do senhor?

Luís Greco:

É uma alegria ser entrevistado por dois cientistas do calibre dos senhores, que tenho a alegria de chamar de amigos.

A verdade é que a escolha não foi minha, e sim de meu Professor, Claus Roxin, de maneira que apenas posso supor quais terão as razões que o terão guiado. Imagino que elas terão sido, também, a sua confiança na minha disciplina – porque concluir um trabalho dessas dimensões (o primeiro volume tem cerca de 1300 páginas) exige

um esforço enorme – e a minha internacionalidade. Roxin é um dos maiores propoñentes de o que ele chama de uma Ciência Internacional do Direito Penal (eu prefiro, mais pretensiosamente, falar em Ciência Universal do Direito Penal), que surge de um debate livre e igualitário entre cientistas de todas as origens sobre problemas comuns. Suponho que ele tenha antevisto que, nas minhas mãos, o livro passaria a levar em conta com maior intensidade a reflexão doutrinária não apenas alemã. De fato, uma das principais inovações da última edição do livro foi o esforço que empenhei no sentido de discutir com ideias publicadas não apenas em alemão, como também em inglês, italiano, espanhol, português e francês.

Beatriz Camargo e Guilherme Ceolin: A continuidade da obra de Claus Roxin pressupõe a afinidade e certamente envolve o respeito ao trabalho inicialmente escrito pelo Professor Roxin. Mesmo assim, o senhor teve alguma liberdade para desenvolver seus próprios pontos de vista. Poderia nos esclarecer quais as principais diferenças entre a quarta edição (2006) e a quinta edição (2020) do *Strafrecht Allgemeiner Teil - Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre* (vol. 1)?

Luís Greco:

É claro que, se inexistisse essa afinidade, eu não seria a pessoa indicada para continuar a obra. Ainda assim, Roxin sabia que, em não poucos aspectos, nossas ideias não coincidiam; sua decisão de confiar sua obra a mim, portanto, deve ter sido também guiada pela expectativa de que a obra ganhará mais um continuador com ideias próprias do que um mero defensor de ideias alheias. Antes de iniciar o trabalho, por volta de 2015, perguntei a Roxin como eu deveria proceder, ao que ele respondeu dando-me total liberdade para conduzir o livro no caminho que eu julgasse adequado.

Essa liberdade, contudo, me colocou diante de decisões difíceis. Optei, portanto, por formular algumas máximas, guiadas principalmente por uma consideração prática, relativa a como imaginei que o nosso trabalho procederia.

A consideração prática era a de que eu supunha que Roxin releria cada linha, mesmo cada palavra que eu inserisse, suprimisse ou modificasse em seu livro; eu me via, assim, como um coadjuvante, como alguém que estava a preparar uma primeira versão, que seria submetida a uma revisão pelo autor principal, o qual teria de poder reconhecer o que escrevi como sua obra, seu pensamento. Entreguei a Roxin um texto completo em que todas as minhas alterações estavam identificadas, e imaginei que o receberia de volta com várias correções e modificações. Não foi o que ocorreu; Roxin aceitou tudo o que escrevi, sem qualquer reparo, de modo que tudo o que há de novo ou diverso foi escrito unicamente por mim (o que, aliás, corresponde à tradição alemã, quando as obras passam para um continuador). Ainda assim, escrevi

cada linha, cada ideia, cada argumento sempre imaginando que Roxin teria de poder aceitá-los (também) como seus, e não apenas como meus.

Essa consideração prática conduziu, portanto, às seguintes máximas. Eu teria total liberdade de desenvolver ideias próprias no que dizia respeito a temas sobre os quais Roxin ainda não se manifestara. Foi o que fiz, por ex., no que atine à questão das mortes decorrentes de algoritmos de veículos autônomos: aqui, defendi uma solução original, que combina as ideias de colisão de deveres de igual hierarquia com a de risco permitido. No que dizia respeito a temas sobre os quais havia novas manifestações de Roxin desde a última edição, isto é, desde 2006 – por ex., a imputação objetiva de danos sofridos por pessoas que realizam ações de salvamento, a heterocolocação em perigo, o dolo, o erro sobre elementos normativos, a dúvida sobre a proibição – entendi que minha tarefa consistia, primariamente, em atualizar o livro, como se o próprio Roxin o estivesse a fazer; e segui por esse caminho ainda que não estivesse de acordo com a solução por ele preferida (como no caso do dolo – defendo, como o fazem entre nós Eduardo Viana e também o meu segundo entrevistador, Guilherme Ceolin, um dolo sem vontade, meramente cognitivista; Roxin, contudo, defende posição contrária desde 1964 e reiterou esse ponto de vista em 2011, de maneira que me vi impedido de proceder a uma alteração; ou da dúvida sobre a proibição – prefiro, pessoalmente, a solução de Alaor Leite, de que se cuida de verdadeiro erro de proibição, enquanto Roxin defendeu, em trabalho de 2018, uma solução baseada na ideia de inexigibilidade, que é a que se encontra no livro atualmente).

O maior desafio se referia ao conteúdo que não caía em nenhuma dessas duas categorias – isto é, àquilo sobre o qual Roxin não se manifestou desde 2006, mas a cujo respeito o livro já continha uma manifestação. Se havia um acordo substancial – o que é o caso em relação à maior parte das premissas básicas, à proteção de bens jurídicos, à orientação preventiva da pena (em rechaço à ideia de retribuição), à metodologia teleológico-funcional na teoria do delito, ao conceito de ação como manifestação da personalidade, à imputação objetiva fundada na ideia de risco, a uma culpabilidade entendida de forma alheia a considerações de prevenção, que tem, todavia, de ser complementada por meio dessas considerações (o que ocorre por meio da categoria dogmática da “responsabilidade”) –, a tarefa era apenas atualizar, isto é, ler e discutir com o que foi publicado desde 2006. Ali onde esse acordo inexistia, distingui antecipando o que Roxin poderia aceitar como seu e o que não, optando, na dúvida, por registrar a minha perspectiva apenas na terceira pessoa, como que para deixar uma indicação da direção que, em futuras edições, pretendo dar ao livro. Fiz isso, por ex., no âmbito das teorias da pena: o livro ainda defende a prevenção geral positiva, mas as críticas de um certo Greco ali aparecem mencionadas; ou no âmbito da culpabilidade, em que fiz referência a meu conceito prudencial,

para o qual a culpabilidade é menos a evitabilidade do crime do que a evitabilidade da pena, mas não o defendi. O sistema da teoria da imputação objetiva segue o mesmo das edições anteriores – Roxin a estrutura, como é sabido, em três níveis: criação de um risco não permitido, realização desse risco e alcance do tipo; enquanto em meu *Panorama da Imputação Objetiva* (1ª ed. 2005; 4ª ed. 2014) se vale apenas de dois níveis. Acabo de escrever um artigo em alemão reestruturando a teoria como o faço em meus livros brasileiros; na próxima edição, à qual me voltarei tão logo conclua o volume 2, espero reformular o capítulo sobre essa base.

Beatriz Camargo e Guilherme Ceolin: Segundo o senhor adiantou, há uma tradução sendo feita para o português do primeiro volume do manual *Roxin/Greco, Strafrecht Allgemeiner Teil* (2020). O que o público brasileiro pode esperar desse trabalho no Brasil? Haverá alguma adaptação do texto para o público brasileiro? Há alguma previsão de data para publicação?

Luís Greco:

Em 2021, não me recordo exatamente quando, reuni um grupo de alunos e, também posso dizê-lo, amigos brasileiros, que já realizaram períodos de pesquisa comigo na Alemanha, e lhes perguntei se aceitariam embarcar na empreitada de traduzir o livro para a nossa língua materna. Todos se entusiasmaram com a ideia. Distribuí os capítulos segundo os interesses e principalmente a especialidade de cada um dos voluntários: por ex., Hugo Soares cuidou do capítulo sobre o bem jurídico, Adriano Teixeira do capítulo sobre as teorias da pena, Orlandino Gleizer fez o capítulo sobre o princípio da legalidade penal, eu fiz o capítulo sobre a teoria do delito, He-loísa Estellita traduziu o capítulo sobre o conceito de ação, Ronan Rocha o sobre causalidade e imputação objetiva, Eduardo Viana cuidou do dolo, Flávia Siqueira do consentimento, Izabele Kasecker da legítima defesa, Felipe De-Lorenzi do estado de necessidade justificante, Tatiana Stocco da culpabilidade, Lucas Montenegro da imputabilidade, Alaor Leite do estado de necessidade exculpante e do erro de proibição, Augusto Assis do delito culposos. No momento em que respondo a essa entrevista, em março de 2023, posso afirmar, com a alegria, que todos os tradutores já entregaram suas partes, ou seja: o hercúleo trabalho de tradução está feito; mas o texto se encontra em processo de revisão, de que estamos cuidando Alaor Leite e eu. Estamos confiantes de que conseguiremos apresentá-lo ao público leitor ainda em 2023.

Beatriz Camargo e Guilherme Ceolin:

Em seus escritos, o senhor defende um conceito de ciência universal do direito penal. O senhor consideraria adequado dizer que um dos empecilhos para a construção de tal empreendimento é a barreira linguística, especialmente em relação à língua alemã?

Em sua visão, quais os impactos da publicação de um livro como o *Roxin/Greco*, “Strafrecht Allgemeiner Teil”, em português? Como avalia a importância dessa obra para a ciência penal brasileira, em particular?

Luís Greco:

Responderei de duas perspectivas, de uma que se pretenderá mais universal (mas que talvez seja apenas alemã), e de outra que é decididamente brasileira.

Da primeira perspectiva, é um fato indiscutível que o inglês é muito mais fácil de aprender e manejar do que o alemão. Mas a supremacia internacional do inglês se deve menos a essa facilidade – também o espanhol ou o francês não apresentam a dificuldade do alemão – e mais à posição de supremacia dos Estados Unidos na ordem internacional mundial desde o pós-guerra. Há quem diga que nós, na Alemanha, só seguiremos internacionalmente relevantes se começarmos a publicar em inglês. Penso que isso não é outra coisa que aceitar que a ciência se subordina à política. Deixarmos de escrever e discutir em alemão significa cortar o vínculo com séculos de reflexão científica construída nessa língua. Além disso, a proposta ignora que, na ciência do direito, em especial do direito penal, o alemão é, sim, uma língua franca internacional. Estive, pouco antes da pandemia (2019), em uma Conferência de Juristas de Língua Alemã da Ásia Oriental, ocorrida em Daejeon, Coreia do Sul, de que participaram coreanos, chineses, taiwaneses, japoneses, vietnamitas, tailandeses – todos discutindo e conversando, também nas atividades sociais, em alemão. Na minha cátedra em Berlim, recebo cientistas de vários cantos do mundo, que se comunicam em alemão. É claro que nós, brasileiros, conversamos em português; mas quando sentamos à mesa, de discussão ou de jantar, dois brasileiros, um turco, um espanhol, uma georgiana e um chinês, falamos alemão.

Um ambiente de discussão que envolve todas essas nacionalidades não precisa entristecer-se por deixar de fora o público anglófilo. Pelo contrário, parece-me que é esse público que deveria fazer o esforço que todos, que não herdamos o alemão como língua materna, também fizemos. A única razão para dispensá-los desse esforço seria um reconhecimento de que eles são, sim, superiores, porque politicamente mais fortes.

Pelo contrário – talvez se possa dizer que evitar o inglês é uma precondição para o desenvolvimento de uma verdadeira ciência universal do direito (penal). Porque uma língua não significa apenas uma conexão com uma tradição de conceitos e ideias, como acima relevei, mas também uma determinada posição de vantagem dentro de determinada discussão. Por isso é que me parece importante que nós, alemães, leiamos e discutamos também em outras línguas; por isso é que tento, quando vou a um país não-asiático, falar na língua desse país, e me parece importante que nós, latinos, também conversemos entre nós em português, espanhol ou italiano,

e não em inglês. Tenho vergonha de falar inglês com um italiano, e estou, nesse exato momento, investindo meu tempo para que isso nunca mais tenha de voltar a ocorrer.

Com o que já cheguei à perspectiva brasileira, à qual passo. Concedo que a língua alemã é um obstáculo formidável. Mas, como pude várias vezes testemunhar, esse obstáculo é superável, e isso já com menos de um ano de estudo intensivo e disciplinado. E com isso já chego à segunda parte da pergunta que me foi dirigida – a da importância da tradução. Vejo-a, de um lado, como uma via de circulação e transmissão de conteúdo não tão facilmente acessível, mas ao mesmo tempo como um impulso, um estímulo, uma provocação, que, ao dar notícia da riqueza e vivacidade das ideias desenvolvidas no idioma original, motivará a que mais pessoas se decidam a investir esse quase ano de estudo, para estar em condições de aprofundar-se nesse mundo que acabam de conhecer.

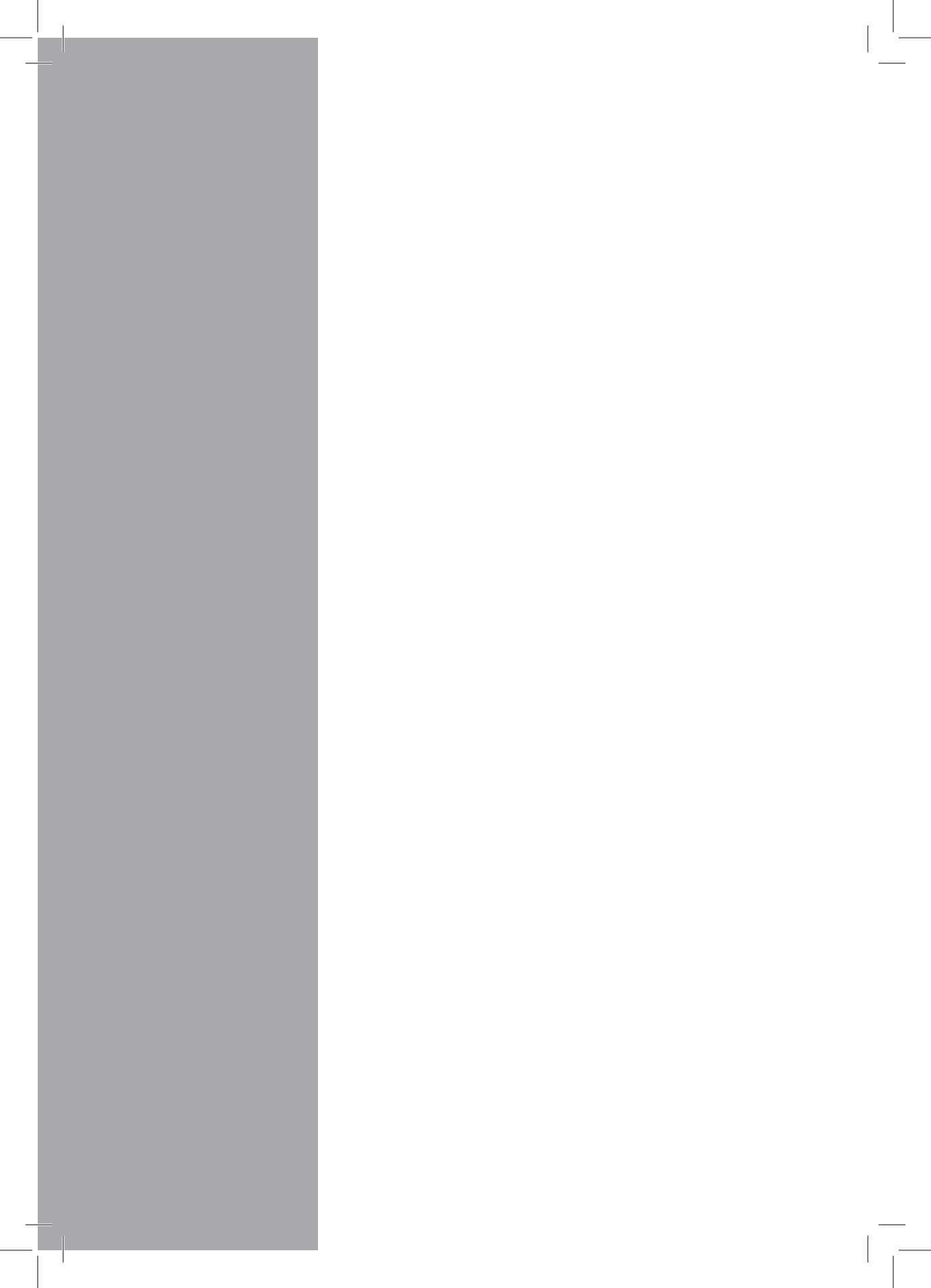
Eu gosto de dizer que está ocorrendo algo como que uma revolução silenciosa na ciência brasileira do direito penal. Nós, que há 20 anos participávamos de discussões estrangeiras no máximo dando uma notícia de nosso direito positivo, no melhor estilo do comparatismo tabelar, hoje conseguimos publicar nas melhores revistas estrangeiras, e, além de publicarmos, somos lidos e citados, até mesmo pela jurisprudência, mesmo pelo Bundesgerichtshof (o STJ alemão). Menciono apenas Adriano Teixeira, com seu estudo sobre a autolavagem, Lucas Montenegro com seu estudo sobre organizações criminosas e a minha entrevistadora Beatriz Camargo com seu estudo sobre o direito penal sexual. Ainda assim, cuida-se de casos isolados, que contamos nos dedos. Tenho a visão de que essa tradução possa servir para que, em 20 anos, esses exemplos isolados se tornem recorrentes, para que o Brasil assumira uma posição de destaque internacional nesse âmbito do saber jurídico – ainda que eu não tenha ilusões a respeito dos verdadeiros obstáculos, que são menos a língua do que a falta de apoio das instituições àqueles que querem dedicar-se à ciência.

Enquanto houver mais faculdades de direito no Brasil do que no resto do mundo somado, enquanto um professor universitário, com doutorado e concursado, ganhar menos do que um serventuário da justiça e tiver uma carga letiva de 20 horas por semana em sala de aula e centenas de provas para corrigir, fazer ciência em alto nível exigirá, também, uma vocação, um sacrifício, até algum heroísmo. Mas é também isso que nos torna fortes, é também nessa força que acredito, e é ela que gostaria de estimular com essa tradução que em breve virá a lume.

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 most prominent on the right side of the page, where it appears to be a close-up of a textured surface.

Índice

Alfabético–remissivo



AUTORES

A

- ARAÚJO, José Mário Ramos Correia de
- Transplante legal: o domínio da organização em Claus Roxin e na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, p. 155

B

- BATISTA, Nilo
- Dolo sem vontade?!, p. 139

C

- CAIXEIRO, Bruno Milenkovich
- Uma análise científicizada ao julgamento do *Habeas Corpus* 166.373 pela corte constitucional pátria: imunologia jurídica?, p. 187

F

- FELIX, Yuri
- Aquisição das fontes de prova penal digital: reflexões a partir do informativo de jurisprudência nº 763 do STJ, p. 215

FIGUEIRÊDO, Simone de Sá Rosa

- Transplante legal: o domínio da organização em Claus Roxin e na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, p. 155

FRANÇA JR., Francisco de Assis de

- A medida da pena de prisão em abstrato: a competência penal da União Europeia e os argumentos de pretensão legitimadora na diretiva (2014/57/UE) sobre o abuso de mercado, p. 19

J

JOHNER, Marcos Afonso

- Racionalidade legislativa em matéria penal: proposta de um modelo de elaboração das leis penais expansivas do poder punitivo, p. 97

L

LEAL, Jackson Silva

- O sonho benthamiano, a prisão rentável e o ciclo da exploração: a subsunção virtual do trabalho ao capital realizada pela prisão, p. 339

M

MADOZ, Wagner Amorim

- Questões de ética na pesquisa criminológica, p. 371

MENDES, Carlos Hélder Carvalho

Furtado

- Aquisição das fontes de prova penal digital: reflexões a partir do informativo de jurisprudência nº 763 do STJ, p. 215

P

PENTEADO, Fernando Martinho de

Barros

- O juiz das garantias e o juízo da acusação no procedimento do Tribunal do Júri, p. 249

R

RODRIGUES, Gabriel Brezinski

- O crime de posse de pornografia infantil: Considerações a partir da pornografia juvenil produzida em contexto consentido e da pedopornografia simulada, p. 61

S

SACCHETIN, Beatriz Ferruzzi

- Correlação entre laudos psiquiátricos e sentenças judiciais na determinação de medidas de segurança: dados de São Paulo/SP em 2019, p. 293

SANTOS, Bruno Cavalcante Leitão

- A medida da pena de prisão em abstrato: a competência penal da União Europeia e os argumentos de pretensão legitimadora na diretiva (2014/57/UE) sobre o abuso de mercado, p. 19

V

VIANNA, Túlio

- Parecer: crime de trânsito com concentração de álcool inferior a 0,3mg/l de ar alveolar: impossibilidade de presunção de culpa e inaplicabilidade qualificadoras previstas nos art. 302, § 3º e art. 303, § 2º do CTB, p. 407
-

TEMAS

A

Autoria mediata – Transplante legal: o domínio da organização em Claus Roxin e na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, p. 155

Autoria penal – Transplante legal: o domínio da organização em Claus Roxin e na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, p. 155

Avaliação de impacto legislativo – Racionalidade legislativa em matéria penal: proposta de um modelo de elaboração das leis penais expansivas do poder punitivo, p. 97

B

Bafômetro – Parecer: crime de trânsito com concentração de álcool inferior a 0,3 mg/l de ar alveolar: impossibilidade de presunção de culpa e inaplicabilidade qualificadoras previstas nos art. 302, § 3º e art. 303, § 2º do CTB, p. 407

Benefícios compartilhados – Questões de ética na pesquisa criminológica, p. 371

C

Competência penal – A medida da pena de prisão em abstrato: a competência

penal da União Europeia e os argumentos de pretensão legitimadora na diretiva (2014/57/UE) sobre o abuso de mercado, p. 19

Concurso de pessoas – Transplante legal: o domínio da organização em Claus Roxin e na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, p. 155

Consentimento informado – Questões de ética na pesquisa criminológica, p. 371

Crime de trânsito – Parecer: crime de trânsito com concentração de álcool inferior a 0,3mg/l de ar alveolar: impossibilidade de presunção de culpa e inaplicabilidade qualificadoras previstas nos art. 302, § 3º e art. 303, § 2º do CTB, p. 407

Crime organizado – Transplante legal: o domínio da organização em Claus Roxin e na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, p. 155

Crimes de posse – O crime de posse de pornografia infantil: Considerações a partir da pornografia juvenil produzida em contexto consentido e da pedopornografia simulada, p. 61

Culpa – Parecer: crime de trânsito com concentração de álcool inferior a 0,3 mg/l de ar alveolar: impossibilidade de presunção de culpa e inaplicabilidade qualificadoras previstas nos art. 302, § 3º e art. 303, § 2º do CTB, p. 407

D

Dolo – Dolo sem vontade?!, p. 139

Domínio do fato – Transplante legal: o domínio da organização em Claus Roxin e na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, p. 155

E

Economia política – O sonho benthamiano, a prisão rentável e o ciclo da exploração: a subsunção virtual do trabalho ao capital realizada pela prisão, p. 339

Encarceramento em massa – O sonho benthamiano, a prisão rentável e o ciclo da exploração: a subsunção virtual do trabalho ao capital realizada pela prisão, p. 339

Ética em pesquisa – Questões de ética na pesquisa criminológica, p. 371

Extração de dados informáticos – Aquisição das fontes de prova penal digital: reflexões a partir do informativo de jurisprudência nº 763 do STJ, p. 215

H

HC 166.373 PR – Uma análise cientificizada ao julgamento do *Habeas Corpus* 166.373 pela corte constitucional pátria: imunologia jurídica?, p. 187

I

Imunologia – Uma análise cientificizada ao julgamento do *Habeas Corpus* 166.373 pela corte constitucional pátria: imunologia jurídica?, p. 187

Informativo de Jurisprudência nº 763 – STJ – Aquisição das fontes de prova penal digital: reflexões a partir do informativo de jurisprudência nº 763 do STJ, p. 215

Infração de trânsito – Parecer: crime de trânsito com concentração de álcool inferior a 0,3mg/l de ar alveolar: impossibilidade de presunção de culpa e inaplicabilidade qualificadoras previstas nos art. 302, § 3º e art. 303, § 2º do CTB, p. 407

J

Juiz das garantias – O juiz das garantias e o juízo da acusação no procedimento do Tribunal do Júri, p. 249

Juízo da acusação – O juiz das garantias e o juízo da acusação no procedimento do Tribunal do Júri, p. 249

Juízo oral – O juiz das garantias e o juízo da acusação no procedimento do Tribunal do Júri, p. 249

L

Laudo psiquiátrico – Correlação entre laudos psiquiátricos e sentenças judiciais na determinação de medidas de segurança: dados de São Paulo/SP em 2019, p. 293

Lei 13.964/2019 – O juiz das garantias e o juízo da acusação no procedimento do Tribunal do Júri, p. 249

Lei penal – Racionalidade legislativa em matéria penal: proposta de um modelo de elaboração das leis penais expansivas do poder punitivo, p. 97

M

Medida da pena em abstrato – A medida da pena de prisão em abstrato: a competência penal da União Europeia e os argumentos de pretensão legitimadora na diretiva (2014/57/UE) sobre o abuso de mercado, p. 19

Medida de segurança – Correlação entre laudos psiquiátricos e sentenças judiciais na determinação de medidas de segurança: dados de São Paulo/SP em 2019, p. 293

N

Neoliberalismo – O sonho benthamiano, a prisão rentável e o ciclo da exploração: a subsunção virtual do trabalho ao capital realizada pela prisão, p. 339

P

Pesquisa qualitativa criminológica – Questões de ética na pesquisa criminológica, p. 371

Poder legislativo – Racionalidade legislativa em matéria penal: proposta de um modelo de elaboração das leis penais expansivas do poder punitivo, p. 97

Pornografia juvenil – O crime de posse de pornografia infantil: Considerações a partir da pornografia juvenil produzida em contexto consentido e da pedopornografia simulada, p. 61

Pornografia simulada – O crime de posse de pornografia infantil: Considerações a partir da pornografia juvenil produzida em contexto consentido e da pedopornografia simulada, p. 61

Positivismo criminológico – Correlação entre laudos psiquiátricos e sentenças judiciais na determinação de medidas de segurança: dados de São Paulo/SP em 2019, p. 293

Privação da liberdade – A medida da pena de prisão em abstrato: a competência penal da União Europeia e os argumentos de pretensão legitimadora na diretiva (2014/57/UE) sobre o abuso de mercado, p. 19

Processo legislativo – Racionalidade legislativa em matéria penal: proposta de um modelo de elaboração das leis penais expansivas do poder punitivo, p. 97

Prova penal digital – Aquisição das fontes de prova penal digital: reflexões a partir do informativo de jurisprudência nº 763 do STJ, p. 215

Q

Qualificadoras – Parecer: crime de trânsito com concentração de álcool inferior a 0,3mg/l de ar alveolar: impossibilidade de presunção de culpa e inaplicabilidade qualificadoras previstas nos art. 302, § 3º e art. 303, § 2º do CTB, p. 409

R

Racionalidade legislativa – Racionalidade legislativa em matéria penal: proposta de um modelo de elaboração das leis penais expansivas do poder punitivo, p. 97

Reforma psiquiátrica – Correlação entre laudos psiquiátricos e sentenças judiciais na determinação de medidas de segurança: dados de São Paulo/SP em 2019, p. 293

Relações de poder – Questões de ética na pesquisa criminológica, p. 371

S

Sentença criminal – Correlação entre laudos psiquiátricos e sentenças judiciais na determinação de medidas de segurança: dados de São Paulo/SP em 2019, p. 293

T

Teoria da pena – A medida da pena de prisão em abstrato: a competência penal da União Europeia e os argumentos de pretensão legitimadora na diretiva (2014/57/UE) sobre o abuso de mercado, p. 19

Teoria social sistêmica – Uma análise cientificizada ao julgamento do *Habeas Corpus* 166.373 pela corte constitucional pátria: imunologia jurídica?, p. 187

Trabalho prisional – O sonho benthamiano, a prisão rentável e o ciclo da exploração: a subsunção virtual do trabalho ao capital realizada pela prisão, p. 339

Tribunal do júri – O juiz das garantias e o juízo da acusação no procedimento do Tribunal do Júri, p. 249

U

União Europeia – A medida da pena de prisão em abstrato: a competência penal da União Europeia e os argumentos de pretensão legitimadora na diretiva (2014/57/UE) sobre o abuso de mercado, p. 19

V

Vontade – Dolo sem vontade?!, p. 139

MELHORES AVALIADORES DA REVISTA
BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS
(1º SEMESTRE – 2023)



Dra. Tuanny Soeiro Sousa
Dr. Luiz Antônio Bogo Chies
Dra. Roberta Olivato Canheo
Dra. Ana Gabriela Mendes Braga
Dra. Fernanda Costa
Dr. Luiz Eduardo Cani
Dr. Leonardo de Paula
Dra. Flavia Sanna
Dr. Darcy Ramos da Silva Neto

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 Revista dos Tribunais)
- **Ano de criação:** 1992 (sem interrupções)
- **Periodicidade:** bimestral
- **Recebimento de manuscritos:** fluxo contínuo e editais especiais
- **ISSN:** 1415-5400
- **Qualis:** A1

2. LINHA EDITORIAL:

A Revista Brasileira de Ciências Criminais visa à publicação de **trabalhos científicos** relacionados às **ciências criminais**, essencialmente compreendidas entre as áreas de Direito Penal, Direito Processual Penal e Criminologia, além de seus pontos de transdisciplinaridade com outras esferas do conhecimento, como a psicologia, a medicina, a antropologia, a sociologia etc.

Com o objetivo de abranger tal escopo editorial, o periódico é dividido nas seguintes **seções**:

- a) *Direito Penal*: abrangendo Teoria Geral, Parte Especial, Legislação Penal Especial e Direito Penal Econômico;
- b) *Processo Penal*;
- c) *Crime e Sociedade*.

Ademais, a RBCCRIM, almejando a interlocução entre a estruturação de uma sólida doutrina nas ciências criminais e seu impacto na prática judicial, também publica **comentários críticos a decisões jurisprudenciais**, preferencialmente aquelas emanadas dos tribunais superiores e internacionais. Tais contribuições integram a seção *Direito em Ação* - Comentário Jurisprudencial. Além disso, também são publicados **Pareceres** acerca da aplicação prática de teorias relevantes às ciências criminais.

Por fim, visando à divulgação de importantes trabalhos científicos publicados em âmbito nacional e internacional, especialmente pesquisas acadêmicas, há a seção **Resenhas Críticas**, em que se apresentam breves comentários a tais publicações, ensejando críticas e incentivo ao debate científico. Ocasionalmente, também serão admitidas e publicadas **entrevistas** avaliadas pela coordenação como relevantes à promoção do debate científico concernente ao escopo do periódico.

1. REGRAS PARA SUBMISSÃO

O envio dos trabalhos deverá ser feito por meio de cadastramento direto no sistema (OJS): <https://publicacoes.ibccrim.org.br/index.php/RBCCRIM/index>. Recomenda-se a utilização de processador de texto Microsoft Word (formatos doc.). Caso seja usado outro processador de texto, os arquivos devem ser gravados no formato RTF (de leitura comum a todos os processadores de texto).

1.1. Condições para submissão

- a) É exigida **titulação mínima de mestrado (de autores e coautores)** para submissão de artigos ao processo de avaliação.
- b) O artigo deve ser inédito; portanto, não publicado em nenhum outro periódico científico e/ou canais de comunicação. Vale ressaltar que ineditismo não deve ser confundido com originalidade, podendo o tema tratado pelo artigo já ter sido abordado por outros autores(as) e/ou publicações.
- c) Todos os artigos serão submetidos à inspeção com programa antiplágio. Não são considerados inéditos os textos: divulgados na *internet*; já publicados no exterior (ainda que em outra língua); publicados em anais de eventos científicos. Serão considerados inéditos os artigos que consistam em versões reduzidas de dissertações de mestrado ou teses de doutorado, embora publicados integralmente em bancos de teses de programas de pós-graduação e os publicados anteriormente em anais de eventos científicos, mas que apresentem efetivos aprimoramentos em razão de debates e estudos posteriores (destacar tais modificações à equipe editorial no e-mail da submissão). Alterações não justificadas em trabalhos já publicados, só serão toleradas até o limite de 30% de coincidência de caracteres.
- d) Assim, em qualquer das hipóteses acima referidas, quando trabalho idêntico ou substancialmente semelhante tiver sido publicado pelo autor em outro veículo de comunicação, ainda que em outro idioma, esse fato deve ser declarado expressamente no texto e informado ao editor no momento da submissão, **sob pena de proibição de novas submissão pelo período de um ano**.
- e) Traduções de artigos também poderão ser submetidas à apreciação do periódico, desde que acompanhadas da autorização de seus respectivos autores e, quando necessário, do periódico que detenha seus direitos de publicação. No entanto, a decisão sobre a sua publicação ou não será prerrogativa da coordenação da Revista.

- f) Uma vez submetido um artigo para avaliação, objetivando sua possível publicação, é vedada a submissão simultânea do mesmo trabalho a outro periódico ou publicação, sob pena de impedimento de submissão de novos trabalhos a este periódico pelo período de um ano.
- g) Após o recebimento e cadastramento do trabalho, entraremos em contato para acusar a recepção e solicitar eventuais informações faltantes.

2. ELEMENTOS FORMAIS OBRIGATÓRIOS

- a) Os artigos deverão ser precedidos de uma página de apresentação, na qual se fará constar obrigatoriamente: título do trabalho, nome do autor (ou autores), qualificação (situação acadêmica, títulos com ano de obtenção, instituições às quais pertença e a principal atividade exercida), endereço completo para correspondência, telefone, e-mail, link para o currículo Lattes e número do ORCID.
- b) Os trabalhos devem ter entre 20 a 40 páginas, com tolerância de duas para mais ou duas para menos; e resenhas críticas (até 15 páginas). Os parágrafos devem ser justificados. Não devem ser usados recuos, deslocamentos, nem espaçamentos antes ou depois.
- c) Como fonte, **usar a Times New Roman, corpo 12. Os parágrafos devem ter entrelinha 1,5; as margens superior e inferior 2,0 cm e as laterais 3,0 cm.** A formatação do tamanho do papel deve ser A4.
- d) Os parágrafos devem ser justificados. Não devem ser usados deslocamentos, nem espaçamentos antes ou depois de cada tópico; devem ter entrelinha 1,5; as margens superior e inferior 2,0 cm e as laterais 2,5 cm. A formatação do tamanho do papel deve ser A4.
- e) Os trabalhos podem ser escritos em português, espanhol, inglês, francês, alemão ou italiano. Em qualquer caso, **deverão ser indicados, no idioma do artigo e em inglês, o título do trabalho, o respectivo resumo (até 200 palavras) e cinco palavras-chave.**
- f) Os artigos devem possuir os seguintes elementos em português e inglês: título/*title*; resumo/*abstract*; palavras-chave/*keywords*; sumário (apenas em português ou na língua original do artigo).
- g) A numeração do sumário deverá obrigatoriamente ser feita em algarismos arábicos. É vedada a numeração dos itens em algarismos romanos. No sumário deverão constar os itens com até três dígitos. Exemplo:

Sumário: 1. Introdução – 2. Responsabilidade civil ambiental: legislação: 2.1 Normas clássicas; 2.2 Inovações: 2.2.1 Dano ecológico; 2.2.2 Responsabilidade civil objetiva. Considerações finais. Referências.
- h) Os artigos deverão conter itens específicos para introdução, considerações finais (conclusões) e referências.

- i) A Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim) não se responsabilizará por realizar qualquer complemento nos trabalhos, tais como inserção de sumário, resumo ou palavras-chave, que ficam à elaboração exclusiva do autor do artigo.
- j) O título do artigo não deverá ser excessivamente extenso, mas necessariamente precisa apresentar de modo claro a temática e a delimitação de seu objeto.
- k) A qualificação/afiliação do(s) autor(es) deve obedecer ao seguinte critério: iniciar com a titulação acadêmica (da última para a primeira); caso exerça o magistério, inserir os dados pertinentes, logo após a titulação; em seguida, completar as informações adicionais (associações ou outras instituições de que seja integrante e seu respectivo estado da federação e a cidade); finalizar com a função ou profissão exercida (que não seja na área acadêmica). Deverá ser indicado e-mail para contato. Exemplo:

Doutor em Direito Processual Penal pela PUC-SP. Professor em Direito Processual Penal na Faculdade de Direito da USP. Membro do IBDP. Juiz Federal em Londrina. ORCID. E-mail.

- l) Solicita-se que o autor informe em nota de rodapé qualquer financiamento ou benefícios recebidos de fontes comerciais (por ex., se o artigo é fruto de parecer contratado), e que declare não haver conflito de interesses que comprometam a cientificidade do trabalho apresentado. Se o trabalho for resultante de pesquisas financiadas por órgãos de fomento (desconsiderar bolsas de iniciação científica, mestrado e doutorado ou de editais destinados aos programas como o PROEX, PROAP, PROSUP e versões semelhantes dos órgãos estaduais de fomento), deverá haver tal informação em nota de rodapé, especificando o edital de que resulta o financiamento.
- m) As Referências deverão seguir o padrão da norma NBR 6023/2018 (da Associação Brasileira de Normas Técnicas - ABNT). 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

1. MONTENEGRO, Mario R. ALVES, Venâncio A. Ferreira. Critérios de autoria e coautoria em trabalhos científicos. Acta boT. bras. 11 (2): 1997. Acesso em: 25 abr. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/abb/v11n2/v11n2a14.pdf>.

- b) Coautoria: Quando se tratar da publicação de resultados obtidos por meio de pesquisa coletiva, é preciso certificar-se da contribuição intelectual direta e efetiva e do consentimento de todos os colaboradores. A cessão de recursos financeiros e de infraestrutura não é indicação de coautoria.
- c) Vedação de Plágio: Quando uma ideia ou uma formulação utilizada no trabalho não sejam evidentemente de domínio público na área de pesquisa em questão, presume-se que se trata de contribuição original. Se não for esse o caso, a ideia ou formulação devem ser expressamente creditadas, sob pena de plágio.
- d) Vedação de Autoplágio: Quando trabalho idêntico ou substancialmente semelhante tiver sido publicado em outro veículo de comunicação, ainda que em outro idioma, esse fato deve ser declarado expressamente no texto e informado ao editor no momento da submissão. A falta de menção expressa a esse fato caracterizará o autoplágio.
- e) Responsabilidade: O autor ou, quando for o caso, cada um dos autores é responsável pela qualidade do trabalho como um todo, a menos que os limites de sua contribuição sejam indicados de modo exposto e preciso.
- f) Termo de consentimento livre e esclarecido (TCLE): Sempre que, em virtude do objeto ou outras circunstâncias de pesquisa, for possível a identificação dos entrevistados, será exigida a apresentação de TCLE dos entrevistados que puderem ser identificados.
- g) Conflito de interesses: quando houver possível conflito de interesses, os autores devem informar a equipe editorial no ato da submissão do trabalho. Os editores decidirão sobre a configuração de conflito de interesses avaliando se a cientificidade da obra foi comprometida.
- h) Responsabilidade com Dados
 - Fontes: Sempre que se faz referência a dados é necessário que seja apontada a sua fonte.
 - Termo de Confidencialidade: Sempre que um trabalho fizer uso de dados obtidos através de TC, é preciso que os autores enviem o termo no ato da submissão do trabalho para que se possa apurar sua observância.
 - Manipulação: Sempre que se utilizarem métodos de correção estatística, os mesmos devem ser identificados e justificados.

3.2. Responsabilidade editorial

- a) O parecer cego deve ser feito com rigor, objetividade, imparcialidade e presteza. O interesse em realizar a melhor avaliação deve prevalecer em face de outros interesses, como o cumprimento estrito de prazos estipulados. As divergências de juízos não devem ser tomadas como razões suficientes para a emissão de parecer desfavorável.
- b) O revisor deve tratar com confidencialidade e não fazer uso próprio das informações a que tenha tido acesso no exercício de sua função de avaliador.

- c) O revisor deverá abster-se de sua função de avaliador, por potencial conflito de interesse, quando mantiver colaboração científica regular, em atividade de pesquisa, publicação, orientação ou tutoria, ou quando tiver relação familiar ou afetiva com algum dos pesquisadores responsáveis pela proposta submetida à sua avaliação.
- d) Todos os casos em que se verificarem violações de natureza ética, serão devidamente apurados pela coordenação da Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim) mediante estudo, debate e encaminhamento das providências cabíveis.

3.3. *Política de Privacidade*

- a) Os nomes e endereços informados nesta revista serão usados exclusivamente para os serviços prestados por esta publicação, não sendo disponibilizados para outras finalidades ou a terceiros.
- b) Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim) adota o sistema de controle duplo-cego por pares, de modo que há anonimato entre os avaliadores e autores, respeitando o sigilo sobre os dados do redator do parecer no momento do encaminhamento ao autor.
- c) Com relação aos pareceres eventualmente emitidos pelos avaliadores da Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim), embora utilize-se o sistema de controle duplo-cego (em que autor e revisores não têm informações recíprocas no momento da avaliação), após a finalização do processo editorial, a partir do momento da tomada da decisão final pela equipe editorial, não há proibição de publicação 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

- a) Os direitos autorais dos artigos publicados são do autor, com direitos do periódico sobre a primeira publicação.

Os autores somente poderão utilizar os mesmos resultados em outras publicações indicando claramente este periódico como o meio da publicação original. Se não houver tal indicação, considerar-se-á situação de autoplágio.

Portanto, a reprodução, total ou parcial, dos artigos aqui publicados fica sujeita à expressa menção da procedência de sua publicação neste periódico, citando-se o volume e o número dessa publicação. Para efeitos legais, deve ser consignada a fonte de publicação original.

7. REVISÃO, DIAGRAMAÇÃO, IMPRESSÃO E PUBLICAÇÃO

Finalizado o processo editorial de seleção dos artigos, os trabalhos aprovados e selecionados para o respectivo volume são enviados para a revisão e diagramação, realizadas ao encargo do IBCCRIM e da Editora Revista dos Tribunais (RT).

Assim, são realizadas a revisão gramatical e ortográfica, bem como a formatação (diagramação) dos arquivos, que retornam ao IBCCRIM. Em seguida, em data próxima à publicação, haverá novo contato com o autor para a análise das sugestões de correção pós-revisão e verificação da formatação, com prazo de 3 (três) dias para resposta. Em caso de inércia, as correções sugeridas pela revisão serão integralmente aceitas. Nesse momento, solicita-se que o autor se abstenha de realizar alterações profundas no texto, mas somente realize a revisão sugerida e atualizações indispensáveis.

No que tange à revisão de ortografia, o IBCCRIM adota a correção ortográfica (ortografia, acentuação, hifenização etc.) do mais recente Acordo Ortográfico (2009) em vigor (obrigatório desde 01/01/2016), até mesmo para citações de originais anteriores ao Acordo. Exceção é feita a documentos antigos em contextos nos quais a preservação da grafia original tem importância e significado historiográfico e/ou linguístico etc.

Em seguida, os artigos, com as aprovações e rejeições dos autores às sugestões de revisão, são encaminhados para a diagramação final e publicação.

A Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim) adota postura de integral respeito ao autor, de modo a vedar qualquer alteração sem sua aprovação (salvo a falta de resposta no prazo determinado), ainda que aparentem ser “meras correções ortográficas”. Qualquer atitude distinta a tal diretriz é repudiada pela equipe editorial do periódico.

8. CRITÉRIOS DE ESPERA E PREFERÊNCIA PARA PUBLICAÇÃO

- a) A publicação dos trabalhos aprovados pelo controle por pares e selecionados pelos editores do periódico segue a ordem cronológica de submissão e aprovação, com exceção de autores convidados. Contudo, em razão das regras impostas pela comissão

Qualis/CAPES, existem critérios para avaliação e publicação preferencial, que podem ser atendidos pelos autores visando à maior agilidade na publicação de seu trabalho;

- b) Em razão das regras de exogenia, artigos de autores representantes do Estado de São Paulo são limitados a 25% do total de trabalhos publicados por volume, de modo que há uma fila específica para artigos que se enquadrem em tal circunstância;
- c) Diante das regras de qualidade impostas, cada volume publicado conterá entre 50 a 60% dos artigos com autor (ao menos um) que possua titulação de doutor, de modo que há limitação à publicação de trabalhos sem autoria de autor com essa titulação;
- d) Artigos em coautoria entre professores permanentes de Programas de Instituições de Ensino Superior de diferentes unidades da federação, com filiação devidamente identificada;
- e) Artigos originais de profissionais vinculados a Instituições de Ensino Superior estrangeiras;
- f) Artigos em inglês ou em outras línguas, ainda que o autor seja brasileiro;
- g) Artigos resultantes de pesquisas financiadas por órgãos de fomento (desconsiderar bolsas de iniciação científica, mestrado e doutorado ou de editais destinados aos programas como o PROEX, PROAP, PROSUP e versões semelhantes dos órgãos estaduais de fomento) devidamente identificados no texto (especificar o edital de que resulta o financiamento em nota de rodapé);
- h) Além de tais hipóteses, podem ser publicados com preferência trabalhos que abordem temática de iminente atualidade e que possam se tornar obsoletos em razão do decurso da demora para publicação. Tal situação é determinada por decisão da equipe editorial da Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim) e pode ser sugerida pelos pareceristas em sua avaliação;
- i) Vale ressaltar, contudo, que os critérios expostos neste tópico determinam a preferência do artigo no processo de avaliação e publicação, mas não são requisitos indispensáveis. Por exemplo, embora textos com autoria de escritor com titulação de doutor tenham preferência, não há impedimento para publicação de artigos sem tal característica. Todos serão submetidos ao controle por pares, que adotará idênticos parâmetros na seleção, visando à produção científica de qualidade no periódico.

8.1. Autores convidados

Conforme decisão de sua equipe editorial, a Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim) poderá convidar autores para publicar artigos sobre temáticas específicas, em razão de sua relevância, atualidade e marcante contribuição crítica às ciências criminais. Em tal situação, excepcionalmente, não haverá controle por pares (*double blind peer review*) e atenção à fila de aprovados para publicação. Conforme regra da Qualis/CAPES, o percentual de artigos de autores convidados fica limitado a 25% por volume.

8.2. Volumes e dossiês especiais

A Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim) poderá publicar volumes especiais ou dossiês específicos em seus volumes ordinários, em razão da relevância e da pertinência da temática, conforme decisão da equipe editorial e de seu conselho editorial. O volume ou dossiê poderá ficar sob responsabilidade de um editor associado que possua relevante conhecimento sobre o tema. Em tal situação, haverá divulgação de edital contendo as informações necessárias, como regras e prazos para submissão. De todo modo, haverá o controle por pares (*double blind peer review*).

DIRETRIZES AO CORPO DE AVALIADORES – REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

*Diretrizes determinadas pela equipe
editorial em conformidade com o conselho editorial da
RBCCRIM, sujeitas à revisão periódica.*

1. COMPOSIÇÃO DO CORPO DE AVALIADORES

O corpo de avaliadores da RBCCRIM é composto por mestres, doutorandos e doutores, com distinto conhecimento acerca das ciências criminais. Os **artigos submetidos são avaliados por pareceristas de igual ou superior titulação ao autor de maior titulação.**

Interessados em compor o corpo de pareceristas e contribuir com a RBCCRIM que cumpram os requisitos abaixo (item 2) deverão se cadastrar por meio do seguinte link: <https://publicacoes.ibccrim.org.br/index.php/RBCCRIM/index>

Como contraprestação à contribuição realizada pelo parecerista, serão fornecidas, conforme solicitação, **declaração de sua participação no corpo permanente e individuais por parecer emitido** (para fins de preenchimento e comprovação em Lattes nos campos *Revisor de Periódico* e *Produção Técnica – Parecer*, sem divulgação do título do artigo avaliado). **As declarações serão emitidas uma vez ao ano (mês de dezembro)**, englobando todos os pareceres emitidos no período, salvo casos de urgência motivada.

Além disso, o parecerista que respeitar integralmente as regras contidas nestas Diretrizes e no documento de Política Editorial da RBCCRIM, especialmente com a atenção aos prazos para resposta, **receberá um código de acesso da versão digital do volume referente à avaliação realizada** (fornecido diretamente pela Editora RT e mediante requisição).

Por fim, a cada quatro (4) pareceres realizados adequadamente e com respeito ao prazo determinado, o avaliador 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) Possuir 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 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 avaliativo.

1. Recomendações adaptadas do Guia de avaliação de TCC do programa de pós-graduação lato sensu da FGV Direito SP | GVlaw, disponível online.

Respeito aos prazos: o processo de avaliação deve obedecer a prazos para que sejam reunidas as condições mais céleres possíveis de resposta aos(as) 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 cadastro do artigo no sistema de submissões (OJS) foi preenchido em sua integridade? <https://publicacoes.ibccrim.org.br/index.php/RBCCRIM/index>. OBS: o arquivo precisa estar no formato .doc (word)
 - ✓ O trabalho aborda temática relacionada às ciências criminais e é compatível com a linha editorial da RBCCRIM?
 - ✓ O texto é precedido de título, **resumo (até 200 palavras) e cinco palavras-chave, todos no idioma do artigo e em inglês, além de sumário (no idioma do artigo)?**
 - ✓ O artigo é 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?
-

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 indubitoso que, no atual estado de coisas, a motivação se tornou uma garantia estruturante do processo, que legitima o próprio exercício da jurisdição pelo agente público.

7. REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista de Direito Administrativo*, v. 240, p. 1-42, abr.-jun. 2005.
- CALAMANDREI, Piero. *Procedure and Democracy*. Trad. John Clarke Adams e Helen Adams. New York: New York University Press, 1956.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.
- GALDINO, Flavio. A evolução das ideias de acesso à justiça. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flavio (Org.). *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*. São Paulo: Ed. RT, 2015. v. 2.
- PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- STRECK, Lenio Luiz. O novo Código de Processo Civil (CPC) e as inovações hermenêuticas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 52, n. 206, p. 33-51, abr.-jun. 2015.
- TIMOTEO, Gabrielle. Normativos internacionais e escravidão. *Revista Hendu*, n. 4, p. 70-83, 2013. Disponível em: [www.periodicos.ufpa.br/index.php/hendu/article/view/1716/2137]. Acesso em: 27.10.2017.

1. STRECK, Lenio Luiz. O novo Código de Processo Civil (CPC) e as inovações hermenêuticas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 52, n. 206, p. 33-51, abr.-jun. 2015.

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

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