Revista Brasileira de
CIÊNCIAS CRIMINAIS

BRAZILIAN CRIMINAL SCIENCES REVIEW

Ano 30 • vol. 188 • fevereiro 2022

Revista Brasileira de
CIÊNCIAS CRIMINAIS
Ano 30 • vol. 188 • fevereiro 2022

Presidência
Marina Pinhão Coelho Araújo

Coordenação
Salo de Carvalho

EQUIPE EDITORIAL DA REVISTA – IBCCRIM

Editor-chefe – Salo de Carvalho

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

Editores-executivos:
Supervisor de Publicações: Willians Meneses
Auxiliar de publicações: Helen Christo
Estagiário: Andre Nunes

CONSELHO EDITORIAL

Adolfo Ceretti (Università degli Studi di Milano-Bicocca – Itália)
Afranio da Silva Jardim (UERJ – Rio de Janeiro/RJ)
Alejandro Aponte (Pontificia Universidad Javeriana – Colômbia)
Anabela Miranda Rodrigues (Universidade de Coimbra – Portugal)
Ana Isabel Pérez Cepeda (Universidade de Salamanca – Espanha)
Ana Messuti (Instituto Vasco de Criminologia – Espanha)
Antonio Magalhães Gomes Filho (USP – São Paulo/SP)
Antonio Scarance Fernandes (USP – São Paulo/SP)
Antonio Vercher Noguera (Universidade de Salamanca – Espanha)
Aury Lopes Jr.(Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS)
Bernardo del Rosal Blasco (Universidade de Alicante – Espanha)
Carlos María Romeo-Casabona (Universidad del País Vasco – Espanha)
Cláudia Maria Cruz Santos (Universidade de Coimbra – Portugal)
Cornelius Prittwitz (Universidade Johann Wolfgang Goethe de Frankfurt – Alemanha)
David Baigún (Universidad de Buenos Aires – Argentina)
Edmundo Hendler (Universidad de Buenos Aires – Argentina)
Emilio Garcia Mendez (Universidad de Buenos Aires – Argentina)
Ernesto Calvanese (Università degli Studi di Milano – Itália)
Esther Gimenez-Salinas I Colomer (Universidad Ramon Llull – ESADE – Espanha)
Eugenio Raúl Zaffaroni (Universidad de Buenos Aires Argentina)
Fernanda Regina Vilares (FGV – FGVSP – São Paulo/SP)
Fernando Acosta (University of Ottawa – Canadá)
Fernando Santa Cecília Garcia (Universidade Complutense de Madrid – Espanha)
Francisco Muñoz Conde (Universidad Pablo de Olavide – Espanha)
Geraldo Prado (UFRJ – Rio de Janeiro/RJ)
Helena Regina Lobo da Costa (Universidade de São Paulo – USP – São Paulo/SP)
Heloisa Estellita (Fundação Getúlio Vargas – FGVSP – São Paulo/SP)
Iasevoli Clelia (Universita' Degli Studi di Napoli – Itália)
Ignacio Berdugo Gómez de La Torre (Universidad de Salamanca – Espanha)
Iñaki Rivera Beiras (Universidad de Barcelona – Espanha)
Iván Navas Mondaca (Universidad San Sebastián – Chile)
Jésus-María Silva Sánchez (Universidad Pompeu Fabra – Espanha)
João Pedroso (Universidade de Coimbra – Portugal)
Jorge de Figueiredo Dias (Universidade de Coimbra – Portugal)
José Cerezo Mir (Universidad de Zaragoza – Espanha)
José Francisco de Faria Costa (Universidade de Coimbra – Portugal)
Juan Felix Marteau (Universidad de Buenos Aires – Argentina)
Juan Pablo Montiel (Universidad de San Andrés – Argentina)
Juarez Cirino dos Santos (UFPR – Curitiba/PR)
Juarez Tavares (UERJ – Rio de Janeiro/RJ)
Kai Ambos (Georg-August-Universität Göttingen – Alemanha)
Leandro Ayres França (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS)
Luis Alberto Arroyo Zapatero (Universidad de Castilla-La Mancha – Espanha)
Luis Fernando Niño (Universidad de Buenos Aires – Argentina)
Luiz Regis Prado (UEM – Maringá/PR)
Maria Paz Arenas Rodrigañez (Universidade Complutense de Madrid – Espanha)
Manuel da Costa Andrade (Universidade de Coimbra – Portugal)
Maria João Antunes (Universidade de Coimbra – Portugal)
Mariângela Gama de Magalhães Gomes (Universidade de São Paulo – USP – São Paulo/SP)
Marina Pinhão Coelho Araujo (Insper Instituto de Ensino e Pesquisa – INSPER – São Paulo/SP)
Mauricio Martínez Sánchez (Universidad Libre – Colômbia)
Máximo Sozzo (Universidad Nacional del Litoral – Argentina)
Miguel Reale Júnior (USP – São Paulo/SP)
Nicolás Rodríguez García (Universidad de Salamanca – Espanha)
Nilo Batista (UERJ – Rio de Janeiro/RS)
Pedro Caeiro (Universidade de Coimbra – Portugal)
Olga Spinoza (Universidade do Chile – Chile)
Pilar Gomes Pavón (Universidade Complutense de Madrid – Espanha)
Raúl Cervini (Universidade da República do Uruguai – Uruguai)
Sergio Moccia (Università di Napoli Federico II – Itália)
Sérgio Salomão Shecaira (Universidade de São Paulo – USP – São Paulo/SP)
Stella Maris Martinez (Universidad de Buenos Aires – Argentina)
Urs Kindhäuser (Universidad de Bonn – Alemanha)
Vicente Greco Filho (USP – São Paulo/SP)

CORPO DE PARECERISTAS (DESTE VOLUME – CHAMADA GERAL)

André Pedrolli Serretti (Universidade de Granada – Espanha)
Beatriz Corrêa Camargo (Universidade Federal de Uberlândia – UFU – Uberlândia/MG)
Breno Zanotelli (Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ – Rio de Janeiro/RJ)
Bruno Rigon (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS)
Bruno Rotta Almeida (Universidade Federal de Pelotas – Pelotas/RS)
Bruno Tadeu Buonicore (Centro Universitário de Brasília – CEUB – Brasília/DF)
Bryan Alves Devos (Universidade Federal do Rio Grande – FURG – Rio Grande/RS)
Clara Moura Masiero (UNISINOS – São Leopoldo/RS)
Clarissa Diniz Guedes (Universidade Federal de Juiz de Fora – Juiz de Fora/MG)
Cláudio Ribeiro Lopes (Universidade Federal de Mato Grosso do Sul – UFMS – Câmpus de Três Lagoas)
Daniel Leonhardt (Centro Universitário Cenecista de Osório – CNEC – Osório/RS)
Emerson Oliveira do Nascimento (Universidade Federal de Alagoas – Maceió/AL)
Emília Merlini Giuliani (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS)
Francis R. Beck (UNISINOS – São Leopoldo/RS)
Gabriel Antinolfi Divan (Universidade de Passo Fundo – Passo Fundo/RS)
Henrique Franco Morita (Universidade Federal de Santa Catarina – Florianópolis/SC)
Ivan Pareta de Oliveira Júnior (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS)
Jardel Luís da Silva (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS)
Jéssica Raquel Sponchiado (Universidade de São Paulo – USP – São Paulo/SP)
Marco Alexandre de Souza Serra (Pontifícia Universidade Católica do Paraná – Maringá/PR)
Marco Antonio de Abreu Scapini (Faculdades João Paulo II – Passo Fundo/RS)
Mateus de Oliveira Fornasier (Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – UNIJUÍ – Ijuí/RS)
Moyses Pinto Neto (ULBRA- Porto Alegre/RS)
Pedro Jorge Costa (UFPE – Recife/PE)
Rafael Soares Jr. (Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUC/PR – Curitiba/PR)
Roberta Duboc Pedrinha (Universidade Federal Fluminense – PPGDC/UFF – Rio de Janeiro/RJ)
Romulo de Aguiar Araújo (Instituto de Direito Constitucional e Cidadania – IDCC e Unicesumar/Londrina/PR)
Rosmar Rodrigues Alencar (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUCSP – São Paulo/SP)
Ruy Celso Barbosa Florence (UNIDERP – Campo Grande/MS)
Thiago Bottino do Amaral (FGV – Rio de Janiero/RJ)
Vinicius Gomes de Vasconcellos (Universidade Estadual de Goiás UEG – Goiânia/GO)
Wagner Marteleto Filho (Universidade de Lisboa – Portugal)

AUTORES(AS) (DESTE VOLUME)

Ademar Borges de Sousa Filho (Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP – Brasília/DF)
Ana Carolina Alves Araújo Roman (Instituto de Direito Público – IDP – Brasília/DF)
Ana Cristina Gomes (Universidad de Salamanca – Espanha)
André Augusto Salvador Bezerra (Universidade de São Paulo – USP – São Paulo/SP)
Gustavo Raposo Pereira Feitosa (Universidade de Fortaleza – Fortaleza/CE)
Hugo Rogério Grokskreutz (Unilasalle-Lucas – Lucas do Rio Verde/MT)
James Reátegui Sánchez (Universidad Privada de Tacna – Peru)
Leandro Gornicki Nunes (Universidade da Região de Joinville – Univille – Joinville/SC)
Maria Paes Barreto de Araujo Carvalho (Universidade de São Paulo – USP – São Paulo/SP)
Nelson Camatta Moreira (Faculdade de Direito de Vitória – FDV – Vitória/ES)
Pablo Milanese (Universidade Estadual de Ponta Grossa – UEPG – Ponta Grossa /PR)
Ronaldo Félix Moreira Júnior (Faculdade de Direito de Vitória – FDV – Vitória/ES)
Sebastian Borges de Albuquerque Mello (Universidade Federal da Bahia – UFBA -Salvador/BA)
Tiago Oliveira de Castilhos (Centro Universitário FADERGS – Porto Alegre/RS)
Víctor Gabriel Rodríguez (Universidade de São Paulo – USP – São Paulo/SP)
Victor Sampaio Gondim (Universidade de Fortaleza – Fortaleza/CE)

BASES DE DADOS INDEXADAS:



As opiniões expressas nos artigos são de responsabilidade dos autores.

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

ISSN 1415-5400

Revista Brasileira de
CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 30 • vol. 188 • fevereiro 2022

Coordenação (editor-chefe)
Salo de Carvalho

Publicação oficial do
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

IBCCRIM

THOMSON REUTERS
REVISTA DOS TRIBUNAIS™

ISSN 1415-5400

Revista Brasileira de **Ciências Criminais**

Ano 30 • vol. 188 • fevereiro 2022

Presidência
Marina Pinhão Coelho Araújo

Coordenação (editor-chefe)
Salo de Carvalho

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

Diagramação eletrônica: Linotec Fotocomposição e Fotolito Ltda., CNPJ 60.442.175/0001-80
Impressão e encadernação: Forma Certa Gráfica Digital Ltda., CNPJ 07.691.829/0001-27

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

Juliana Mayumi Ono
Diretora Responsável

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

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

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

e-mail de atendimento ao consumidor: 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: [02-2022]
Profissional
Fechamento desta edição: [27.12.2021]

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



Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

Diretoria da Gestão 2021/2022

DIRETORIA EXECUTIVA

PRESIDENTA
Marina Pinhão Coelho Araújo
1º VICE-PRESIDENTE
Alberto Zacharias Toron
2º VICE-PRESIDENTE
Fábio Tofic Simantob
1º SECRETÁRIO
Bruno Salles Pereira Ribeiro
2º SECRETÁRIO
Felipe Cardoso Moreira de Oliveira
3º SECRETÁRIA
Ester Rufino

1º TESOUREIRO
Rafael Serra Oliveira
2º TESOUREIRO
Renato Stanziola Vieira
DIRETOR NACIONAL DAS COORDENADORIAS REGIONAIS E ESTADUAIS
1ª Diretora: Maria Carolina de Melo Amorim
2º Diretor: Leonardo Palazzi
3º Diretor: Vinícius Assumpção

CONSELHO CONSULTIVO

MEMBROS
Ela Wiecko Volkmer de Castilho
Helena Regina Lobo da Costa
Márcio Gaspar Barandier
Thiago Bottino do Amaral
Carla Silene Cardoso Lisboa Bernardo Gomes

OUVIDORA
Cleunice Valentim Bastos Pitombo

COORDENADORES-CHEFES DOS DEPARTAMENTOS

ACESSIBILIDADE – BOLSAS E CONTRIBUIÇÕES ASSOCIATIVAS
Camila Torres
AMICUS CURIAE
Alberto Zacharias Toron
BIBLIOTECA
Ludmila Bello
BOLETIM
Daniel Zaclis

CONCURSO DE MONOGRAFIAS e MONOGRAFIAS
Ana Cristina Gomes
CONVÊNIOS NACIONAIS
Luan Moyanos
CONVÊNIO INTERNACIONAIS
Eneas Romero
CURSOS
Bruna Angotti e Mariangela Lopes
CURSOS COIMBRA
Marcelo Almeida Ruivo

GRUPOS DE ESTUDOS AVANÇADOS
Debora Motta
INICIAÇÃO CIENTÍFICA – LABORATÓRIOS
Daiane Kassada
JORNAL DE CIÊNCIAS CRIMINAIS
Fernanda Prates
JUSTIÇA PENAL JUVENIL E INFÂNCIA
Mariana Chies Santiago Santos
REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS
Salo de Carvalho
SEMINÁRIO INTERNACIONAL
Marta Saad
SISTEMA PRISIONAL
Guilherme Junqueira
TRABALHOS LEGISLATIVOS
Carolina Costa Ferreira

EQUIPE DO IBCCRIM
NÚCLEO ADMINISTRATIVO

SUPERVISÃO
Fernanda Barreto

EQUIPE
Alexandre Soledade de Oliveira
Eliane Yanikian

NÚCLEO FINANCEIRO

SUPERVISÃO
Roberto Seracinskis

EQUIPE
Andrea Pereira dos Santos
Vanessa dos Santos Lima
Victor de Souza Nogueira

NÚCLEOS DE PUBLICAÇÕES

SUPERVISÃO
Willians Meneses

EQUIPE
Helen Christo
Andre Nunes

NÚCLEO DA BIBLIOTECA

EQUIPE
Anderson Fernandes Campos
Natalí de Lima Santos

NÚCLEO DE COMUNICAÇÃO

EQUIPE
Adriana Peres Almeida Santos
Rhafaela Resende

NÚCLEO DE EDUCAÇÃO

SUPERVISÃO
Andreza Martiniano da Silva

EQUIPE
Ana Paula da Silva
Hegle Borges da Silva

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

Revista Brasileira de
CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 30 • vol. 188 • fevereiro 2022

Diretora de Conteúdo e Operações Editoriais
Juliana Mayumi Ono

Gerente de Conteúdo
Milisa Cristine Romera

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

Gerente de Conteúdo Tax: Vanessa Miranda de M. Pereira

Direitos Autorais: Viviane M. C. Carmezim

Assistente de Conteúdo Editorial: Juliana Menezes Drumond

Analista de Conteúdo Editorial Júnior: Bárbara Baraldi

Estagiárias: Ana Amalia Strojnowski, Mariane Cordeiro e Mirna Adel Nasser

Produção Editorial
Gerente de Conteúdo
Andréia R. Schneider Nunes Carvalhaes

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

Analista de Projetos: Thyara Pina da Silva

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

Analistas de Qualidade Editorial: Ana Paula Cavalcanti, Fernanda Lessa, Gabriela Cavalcante Lino e Victória Menezes Pereira

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

Capa: Andréa Cristina Pinto Zanardi

Adaptação capa: Linotec

Líder de Inovações de Conteúdo para Print
Camilla Furegato da Silva

Visual Law: Deborah Prata, Maria Carolina Ferreira e Patrícia Melhado Navarra

Equipe de Conteúdo Digital
Coordenação
Marcello Antonio Mastrorosa Pedro

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

Gerente de Operações e Produção Gráfica
Mauricio Alves Monte

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

Assistente de Produção Gráfica: Ana Paula de Araújo Evangelista

Sumário

Direito Penal

O crime de terrorismo no Brasil: conteúdo do injusto penal e riscos de criminalização de movimentos sociais

The crime of terrorism in Brazil: content of criminal offense and risks of criminalization of social movements

Ademar Borges 19

O Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde *vs.* Brasil: a aplicação da proibição da escravidão pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e seus reflexos na tutela de direitos pelo Supremo Tribunal Federal

The Case Brazil Verde Workers v. Brazil: The Inter-American Court of Human Rights application of slavery prohibition and its application by the Supreme Court of Brazil

Ana Carolina Alves Araújo Roman 59

Os crimes cibernéticos e o princípio da legalidade: os tipos penais abertos, em branco e a indefinição de dispositivos informáticos

Cyber crimes and the principle of legality: open criminal types, blanks and the indefinition of computer devices

Hugo Rogério Grokskreutz 105

Las medidas de seguridad en el código penal peruano

As medidas de segurança no código penal peruano

James Reátegui Sánchez 139

Os limites da jurisprudência na jurisdição penal

The limits of jurisprudence in the criminal jurisdiction

Leandro Gornicki Nunes 163

Responsabilidade social como culpabilidade da pessoa jurídica? A busca de um conceito a partir da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

Social responsibility as a legal entity's culpability? The search for a concept from the jurisprudence of the Superior Court of Justice

Sebastian Borges de Albuquerque Mello 195

"Pode isso, Arnaldo?" Uma súmula não vinculante, mas que vincula e afasta o Código Penal

"Is this possible, Arnaldo?" A non-binding summary, but which binds and removes the Penal Code

Tiago Oliveira de Castilhos 223

Diferencia entre las leyes penales en blanco y los elementos normativos del tipo

The difference between blank criminal laws and normative elements of the type

Pablo Milanese 257

Processo Penal

Intervenções corporais coercitivas, *nemo tenetur se detegere* e inovações tecnológicas: é o fim do direito de não produzir provas contra si mesmo?

Coercive body interventions, nemo tenetur se detegere, *and technological innovations: is this the end of the right not to produce evidence against oneself?*

Maria Paes Barreto de Araujo Carvalho 291

La delación premiada frente a la prohibición de proporcionar prueba contra sí mismo: comparación entre América Latina y España

The plea bargain (awarded denouncing) facing the prohibition of providing evidence against oneself: comparison between Latin America and Spain

Víctor Gabriel Rodríguez e Ana Cristina Gomes 337

Criminologia

A compreensão do ecocídio a partir de saberes indígenas: por uma virada ontológica no Sistema de Justiça Criminal Internacional

Understanding ecocide from the indigenous knowledge: for an ontological turn in the International Criminal Justice System

André Augusto Salvador Bezerra 401

Seletividade penal no estado de exceção permanente: um estudo sobre a exclusão dos dados sobre violência policial do relatório de direitos humanos

Penal selectivity and permanent state of exception in the context of the exclusion of data about police violence from the human rights report

Nelson Camatta Moreira e Ronaldo Félix Moreira Júnior 423

Algoritmização da justiça criminal: uma análise do aplicativo Compas e seus vieses

Algorithmization of criminal justice: an analysis of the software Compas and its biases

Victor Sampaio Gondim e Gustavo Raposo Pereira Feitosa 447

Índice Alfabético-remissivo

Autores 473

Temas 475

Normas de Publicação – Revista Brasileira de Ciências Criminais 479

Diretrizes ao Corpo de Avaliadores – Revista Brasileira de Ciências Criminais 491

Condições Para Submissão (*Check List*) 497

Edital I – Chamada de Artigos Dossiês – 2022 499

Edital II – Chamada de Artigos Dossiês – 2022 501

Direito Penal

O crime de terrorismo no Brasil: conteúdo do injusto penal e riscos de criminalização de movimentos sociais

The crime of terrorism in Brazil: content of criminal offense and risks of criminalization of social movements

Ademar Borges

Doutor em Direito Público pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal Fluminense. Professor de Direito Constitucional do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.
Lattes: [http://lattes.cnpq.br/0037608878546602].
ORCID: [https://orcid.org/0000-0002-7816-1993].
DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v188i188.91].
sousafilhoademar@gmail.com

Recebido em: 05.07.2021
Aprovado em: 22.10.2021
Última versão do autor: 30.10.2021

Área do Direito: Penal

Resumo: Este artigo apresenta um estudo acerca das principais proposições legislativas em tramitação no Congresso Nacional que pretendem autorizar a inclusão da participação em protestos, manifestações e movimentos sociais em geral no âmbito de incidência do crime de terrorismo. O elemento conceitual que mais aparece nas propostas de definição do terrorismo é o uso da violência contra a população civil, seguido do objetivo político dessa violência e do método de disseminação do medo (terror). As propostas legislativas em curso se afastam dos elementos estruturais definidores do terrorismo nos tratados internacionais e podem acabar permitindo, caso convertidas em lei, a indevida criminalização da participação legítima em movimentações sociais, especialmente aqueles que envolvam a ocupação de imóveis urbanos ou rurais, o que produziria graves violações às

Abstract: The article presents a study on the constitutional and conventional legitimacy of legislative proposals underway in the National Congress that intend to authorize the inclusion of participation in protests, demonstrations and social movements in general within the scope of the crime of terrorism. The conceptual element that appears most in the proposals for the definition of terrorism is the use of violence against the civilian population, followed by the political objective of this violence, and the method of spreading fear (terror). The current legislative proposals depart from the structural elements that define terrorism in international treaties and are apt to, once converted into law, to criminalize the legitimate articulation of social movements, especially those involving the occupation of urban or rural properties, violating the

Borges, Ademar. O crime de terrorismo no Brasil: conteúdo do injusto penal e riscos de criminalização de movimentos sociais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 188. ano 30. p. 19-57. São Paulo: Ed. RT, fevereiro 2022.
DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v188i188.91].

liberdades fundamentais de expressão, manifestação, protesto, reunião e associação.

Palavras-chave: Terrorismo – Legalidade – Tratados internacionais – Liberdade de expressão – Criminalização de movimentos sociais.

fundamental freedoms of expression, demonstration, protest, assembly and association.

Keywords: Terrorism – Legality – International treaties – Freedom of expression – Criminalization of social movements.

Sumário: 1. Introdução. 2. A criminalização do terrorismo no Brasil: do mandado constitucional de criminalização à aprovação da Lei 13.260/2016. 3. As proposições legislativas em tramitação no Congresso Nacional que pretendem ampliar o âmbito de incidência do delito de terrorismo: as tentativas de criminalização de movimentos sociais e políticos e de proteção do patrimônio por meio do delito de terrorismo. 4. As tentativas de definição do terrorismo: a necessidade de interpretar a lei penal conforme as convenções internacionais na conceituação dos atos terroristas. 5. A definição do bem jurídico do terrorismo à luz da Convenção Interamericana contra o Terrorismo: a colocação em risco da segurança nacional (interna) como pressuposto para delimitação material da incriminação. 6. O conteúdo do § 2º do art. 2º da Lei 13.260/2016: cláusula implícita irrevogável do delito de terrorismo extraída da interpretação do tipo penal conforme a Constituição (direito fundamental à liberdade de expressão e de manifestação) e as Convenções Internacionais (delimitação do bem jurídico tutelado pelo terrorismo). 6.1. Como a revogação (total ou parcial) do § 2º do art. 2º da Lei 13.260/2016 resultaria na violação ao princípio constitucional da legalidade. 6.2. Como os Projetos de Lei 5.065/16, 9.604/18 e 9.858/18 pretendem promover a criminalização inconstitucional do exercício dos direitos fundamentais à liberdade de expressão e de manifestação. 6.3. Como os Projetos de Lei 5.065/16, 9.604/18 e 9.858/18 – em caso de aprovação e entrada em vigor – ofenderiam o princípio da proporcionalidade: o terrorismo não pode eleger como bem jurídico-meio a tutela da propriedade. 7. Conclusões. 8. Referências bibliográficas.

1. Introdução

Desde a problemática criminalização do terrorismo no Brasil em 2016, iniciativas parlamentares de incluir no âmbito de incidência desse delito (art. 2º da Lei 13.260/2016) a participação em protestos, manifestações e movimentos sociais em geral tem preocupado não apenas a sociedade civil organizada como também a ciência jurídica. Atualmente, tramitam no Congresso Nacional vinte projetos de lei objetivando a alteração da Lei 13.260/2016 com os objetivos principais de ampliar o rol de atos de terrorismo, definidos no § 1º do artigo 2º, e excluir a ressalva contida no § 2º do artigo 1º da mesma Lei. Três principais Projetos de Lei sintetizam as propostas atualmente debatidas sobre o tema – os Projetos de Lei 5.065/16, 9.604/18 e 9.858/18 – e permitem identificar o objetivo central de, por meio de diferentes estratégias legislativas, excluir da Lei 13.260/2016 o seu atual § 2º do art. 2º – ou reduzir drasticamente seu campo de incidência –, a fim criminalizar a articulação de movimentações sociais, especialmente aqueles que envolvam a ocupação de imóveis urbanos ou rurais.

Borges, Ademar. O crime de terrorismo no Brasil: conteúdo do injusto penal e riscos de criminalização de movimentos sociais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 188. ano 30. p. 19-57. São Paulo: Ed. RT, fevereiro 2022.
DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v188i188.91].

Ocorre que o delito de terrorismo, à luz das Convenções Internacionais subscritas pelo Brasil e internalizadas no ordenamento jurídico nacional, tem seu conteúdo material limitado a determinadas formas de agressão à vida e à integridade física das pessoas, e não à propriedade. A propósito, a Convenção Interamericana contra o Terrorismo – embora não tenha definido atos terroristas – restringe o seu conteúdo ao afirmar que "o terrorismo constitui uma grave ameaça para os valores democráticos e para a paz e a segurança internacionais" (Decreto 5.639/05). Com base nesse referencial normativo, pode-se afirmar que o terrorismo ofende, precisamente, a segurança interna de um país, bem jurídico a partir do qual se deve interpretar o alcance do tipo penal.

O delito de terrorismo – para além dos elementos normativos do discurso do terror e da finalidade política – está essencialmente ligado à prática, por organizações armadas, de atos violentos dotados de alta letalidade e de ampla escala, em um contexto no qual as vítimas, cuja vida ou integridade física são ofendidas ou colocadas em risco concreto, são aleatórias e servem como meros instrumentos à disseminação do terror. Esses elementos são fundamentais para os atos violentos praticados assumam a feição de terrorismo e, assim, possam constituir uma grave ameaça para os valores democráticos e para a paz e a segurança internacionais, e não mera prática de delitos comuns já previstos na legislação penal. Tal proposta interpretativa que parte da exigência da demonstração de certas condições subjetivas e objetivas específicas para a realização do tipo penal é um bom exemplo de como a jurisprudência pode empregar técnicas de restrição do tipo objetivo a partir de *elementos de da valoração global do fato*, inclusive para melhor delimitar o alcance da proibição penal a partir da ideia de aptidão para lesão ao bem jurídico tutelado.

O presente artigo abordará a controvérsia sobre a legitimidade constitucional e convencional das proposições legislativas em tramitação no Congresso Nacional que buscam ampliar o alcance do delito de terrorismo. Nesse sentido, considera-se, em especial, a preocupação com o risco de que a lei antiterrorismo seja instrumentalizada para criminalizar e coibir manifestações populares e de pensamento.

2. A criminalização do terrorismo no Brasil: do mandado constitucional de criminalização à aprovação da Lei 13.260/2016

A Constituição de 1988 não representou, em matéria penal, a cristalização de uma ideologia política única, mas foi, antes, um produto do compromisso

Borges, Ademar. O crime de terrorismo no Brasil: conteúdo do injusto penal e riscos de criminalização de movimentos sociais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 188. ano 30. p. 19-57. São Paulo: Ed. RT, fevereiro 2022.
DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v188i188.91].

possível entre diversas forças políticas e grupos de interesses distintos que se fizeram presentes na Assembleia Nacional Constituinte. O texto constitucional abrigou, portanto, preceitos relacionados ao direito penal inspirados em visões de mundo nem sempre convergentes (SARMENTO, 2009).

A solução de compromisso forjada no processo constituinte consistente em criar mandados de criminalização tanto da prática da tortura quanto do terrorismo e da ação de grupos armados foi a saída para criar um consenso entre as forças democráticas e os constituintes ligados ao regime militar.[1] Ocorre que, se a tortura é prática profundamente enraizada na ação dos agentes estatais no Brasil (VARGAS, 2012, p. 246 e 248), o terrorismo nunca foi um problema real, ou sequer potencial, para o país. Por essa razão, o Congresso Nacional aprovou, no ano de 1997, a Lei 9.455 para criminalizar a prática da tortura, e deixou de lado, por quase três décadas, a pretensão de criminalizar o terrorismo.

Embora a doutrina brasileira colocasse lado a lado diversos *mandados de criminalização* – tortura, tráfico de entorpecentes, racismo, e até mesmo o terrorismo –, o legislador brasileiro, na primeira década após a promulgação da Constituição, desincumbiu-se da tarefa de criar os delitos de racismo (Lei 7.716/89) e de tortura (Lei 9.455/97) (FELDENS, 2005, p. 82). Nessa época, o Brasil já havia criminalizado o tráfico de drogas por meio da Lei 6.368, promulgada em 1976, mas deixou sem eficácia a pretensão constitucional de criminalizar o terrorismo. Aquela cláusula compromissória, fruto do processo constituinte para futuramente criminalizar o terrorismo, não atraiu a formação de um consenso parlamentar ou extraparlamentar de atribuir a qualidade de crime a essa prática, tal era a fragilidade do risco da ocorrência de tal fenômeno no Brasil.

De fato, existe amplo consenso em torno da ideia de que o legislador possui obrigações, impostas expressamente pela Constituição, de criminalizar determinadas condutas. Apesar disso, a previsão constitucional do crime de terrorismo e a sua efetiva criminalização por meio da Lei 13.260/2016 é típico exemplo de uma legislação simbólica (ou a legislação-álibi no âmbito penal), seara na qual "as reformas legislativas surgem muitas vezes como reações simbólicas à pressão pública por uma atitude estatal mais drástica contra determinados crimes."

1. A propósito, convém lembrar a conclusão do trabalho seminal de Ana Carolina Pereira Pinto Barbosa (2017, p. 117-118): "A relação entre tortura e terrorismo, em um mesmo inciso do artigo 5º, na Constituição Federal de 1988, não foi um produto do acaso, nem uma construção discursiva posterior à criação da Assembleia Nacional Constituinte, mas o fruto de um processo de legalização do regime militar e da participação possível das oposições, legais ou clandestinas nesse regime."

(NEVES, 2007, p. 34 e ss.). A própria justificativa do Projeto de Lei (2015), subscrito pelo então Ministro da Justiça José Eduardo Cardozo, reconhecia que "como um dos principais atores econômicos e políticos das relações internacionais, o Brasil deve estar atento aos fatos ocorridos no exterior, em que pese nunca ter sofrido nenhum ato em seu território".

A América Latina entrou no mapa da "guerra ao terror" liderada pelos Estados Unidos da América após o ataque terrorista de 11 de setembro de 2001, com base na suposta ligação entre o narcotráfico e a ameaça terrorista (TAVARES, 2014 p. 22 e ss.). A doutrina brasileira afirma que a criação do tipo penal de terrorismo foi impulsionada pela realização das Olimpíadas na cidade do Rio de Janeiro, em 2016,[2] e até mesmo pela onda de manifestações ocorridas em julho de 2013 em várias partes do país (BONFIGLI; PEIXOTO, 2018, p. 154). Como enfatizaram Fiammetta Bonfigli e Rodrigo Luz Peixoto, contudo, a criação do tipo penal de terrorismo visava "atender, principalmente, uma demanda internacional, descuidando em grande medida da realidade política nacional" (2018, p. 158).

No dia 18 de junho de 2015, a ex-Presidente da República Dilma Rousseff encaminhou à Câmara dos Deputados o Projeto de Lei 2.016/2015, que culminou com a aprovação da Lei 13.260/2016. Essa lei alterou as Leis 12.850/2013 e 7.960/89 para definir organizações terroristas, criminalizar atos executórios e preparatórios de terrorismo, dispor sobre seus meios de investigação e estabelecer tratamento processual próprio para a matéria. A Lei 13.260/2016, em seu art. 2º, definiu o terrorismo como:

> "[...] prática por um ou mais indivíduos dos atos previstos neste artigo, por razões de xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião, quando cometidos com a finalidade de provocar terror social ou generalizado, expondo a perigo pessoa, patrimônio, a paz pública ou a incolumidade pública."

A técnica legislativa empregada foi a de estabelecer uma proteção mediata da *segurança interna do país* por meio da tutela imediata de certos *objetos de*

2. A propósito, Alexandre Sousa (2017) afirma: "Estudos anteriores sobre Jogos Olímpicos – realizados durante os preparativos das Olimpíadas de Sydney, Austrália, em 2000 – revelaram que o terrorismo é frequentemente percebido como a maior ameaça à segurança de eventos dessa natureza (CASHMAN; HUGHES, 1999). Uma pesquisa realizada no Japão, sobre outro torneio mundial – a Copa do Mundo de 2002 – revelou a influência significativa do ataque terrorista sofrido pelos Estados Unidos, no dia 11 de setembro de 2001, sobre o nível de percepção de ameaça em relação a grandes eventos (TAYLOR; TOOHEY, 2006)".

Borges, Ademar. O crime de terrorismo no Brasil: conteúdo do injusto penal e riscos de criminalização de movimentos sociais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 188. ano 30. p. 19-57. São Paulo: Ed. RT, fevereiro 2022.
DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v188i188.91].

proteção – "pessoa, patrimônio, paz pública e incolumidade pública" –, em contexto específico de condutas qualificadas por *elemento subjetivo especial* – "finalidade de provocar terror social ou generalizado" –, além de fundadas em motivação bastante restrita – "por razões de xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião". Partindo dessa *definição-base* dos contornos do delito de terrorismo, o legislador especificou as *condutas* e os respectivos *métodos especiais de agressão* que podem, observados os requisitos objetivos e subjetivos estabelecidos pelo *caput* do art. 2º, ser qualificados como terrorismo para fins penais.[3]

No caso da realização desses atos terroristas, a Lei cominou pena de reclusão, de doze a trinta anos, além das sanções correspondentes à ameaça ou à violência. A Lei também tipificou, ainda, o pertencimento a organização terrorista (art. 3º), a prática de atos preparatórios ao terrorismo (art. 5º) e o seu financiamento (art. 6º). Além disso, o legislador, com o objetivo de evitar a indevida criminalização de protestos, manifestações e movimentos sociais legítimos de maneira geral, decidiu excluir expressamente do âmbito de incidência do tipo penal o previsto no § 2º, art. 2º, expresso a seguir:

> "[...] conduta individual ou coletiva de pessoas em manifestações políticas, movimentos sociais, sindicais, religiosos, de classe ou de categoria profissional, direcionados por propósitos sociais ou reivindicatórios, visando a contestar, criticar, protestar ou apoiar, com o objetivo de defender direitos, garantias e liberdades constitucionais, sem prejuízo da tipificação penal contida em lei."

À época da tramitação do projeto de lei, havia uma grande preocupação compartilhada pelos mais diversos setores da sociedade civil no sentido de que a tipificação do terrorismo implicasse na indesejável e ilegítima criminalização de

3. "[...] § 1º São atos de terrorismo: I – usar ou ameaçar usar, transportar, guardar, portar ou trazer consigo explosivos, gases tóxicos, venenos, conteúdos biológicos, químicos, nucleares ou outros meios capazes de causar danos ou promover destruição em massa; II – (VETADO); III – (VETADO); IV – sabotar o funcionamento ou apoderar-se, com violência, grave ameaça a pessoa ou servindo-se de mecanismos cibernéticos, do controle total ou parcial, ainda que de modo temporário, de meio de comunicação ou de transporte, de portos, aeroportos, estações ferroviárias ou rodoviárias, hospitais, casas de saúde, escolas, estádios esportivos, instalações públicas ou locais onde funcionem serviços públicos essenciais, instalações de geração ou transmissão de energia, instalações militares, instalações de exploração, refino e processamento de petróleo e gás e instituições bancárias e sua rede de atendimento; V – atentar contra a vida ou a integridade física de pessoa."

movimentos sociais e políticos, levando em consideração a abrangência e a imprecisão dos dispositivos legais em questão.[4] Por isso que a inclusão do § 2º do art. 2º na Lei 13.260/2016 foi de grande importância para afastar a possibilidade de que interpretações judiciais promovessem a criminalização ilegítima de movimentos sociais, sindicais e políticos de modo geral.

Apesar das críticas dirigidas ao baixo grau de precisão da norma penal incriminadora criada pela Lei 13.260/2016, alguns avanços na contenção de possíveis abusos na criminalização terrorismo, para além da inclusão na Lei do § 2º do art. 2º, foram alcançados no processo legislativo. Cabe destacar, nesse contexto, o veto presidencial à inclusão de certos atos contra o patrimônio no âmbito de incidência da lei e à criação dos delitos de apologia ao terrorismo e abrigo de pessoa que o praticou. Com a manutenção do veto presidencial pelo Congresso Nacional, evitaram-se alguns dos riscos mais pronunciados de criminalização de atos protegidos pela liberdade de expressão, bem assim outros tipos de manifestação e protesto legítimos.[5]

Não obstante a tentativa de setores do Congresso que buscavam extirpar do projeto de lei o atual § 2º do art. 2º, prevaleceu a redação aprovada na Câmara dos Deputados. Esse dispositivo impede a criminalização de condutas individuais ou coletivas de pessoas em manifestações políticas, movimentos sociais, sindicais, religiosos, de classe ou de categoria profissional, direcionados por propósitos sociais ou reivindicatórios, visando contestar, criticar, protestar ou apoiar, com o objetivo de defender direitos, garantias e liberdades constitucionais (CAMBI; AMBROSIO, 2017, p. 245-246). Tramitam, todavia, várias proposições legislativas perante a Câmara dos Deputados que pretendem a alteração da norma contida no § 2º do art. 2º da Lei 13.260/2016, com o objetivo de permitir que o

4. Cf., nesse sentido, as seguintes matérias jornalísticas: SIQUEIRA; TRIBOLI, 12 de agosto de 2015 e SIQUEIRA; TRIBOLI, 5 de agosto de 2015.

5. Nesse sentido, confira-se a precisa advertência de Fiammetta Bonfigli e Rodrigo Peixoto (2018, p. 170-171): "A lei n. 13.260/2016 (lei Antiterrorismo) foi aprovada com várias alterações, mas na sua essência manteve muitos dos problemas do projeto inicial. Porém, alguns avanços ocorrem, como a definição mais explícita das condutas que constituem "atos de terrorismo", o veto presidencial à inclusão de certos atos contra o patrimônio (melhorando a proporcionalidade entre a resposta penal e os bens jurídicos supostamente defendidos), à criação do crime de apologia ao terrorismo (que criaria uma grave restrição à liberdade de expressão) e ao crime de abrigar pessoa que venha a praticar terrorismo. Porém, apesar desses avanços pontuais, persiste a criminalização com um tipo penal ainda muito indefinido e a subsequente possibilidade de criminalização baseada na ideologia política do julgador".

envolvimento de indivíduos em movimentos sociais seja enquadrado como ato de terrorismo.

A seguir, depois de sistematizar as principais propostas de alteração do delito de terrorismo, apresenta-se uma proposta de delimitação mais precisa do conteúdo do injusto penal a partir de uma interpretação do tipo penal em conformidade com a Constituição e com as convenções internacionais sobre o tema.

3. As proposições legislativas em tramitação no Congresso Nacional que pretendem ampliar o âmbito de incidência do delito de terrorismo: as tentativas de criminalização de movimentos sociais e políticos e de proteção do patrimônio por meio do delito de terrorismo

Tramitam atualmente na Câmara dos Deputados vinte projetos de lei tendentes a promover alterações na Lei 13.260/2016.[6] A maior parte deles, em seus diferentes matizes, pretendem alcançar, entre outros, um objetivo central: afastar do ordenamento jurídico os significativos avanços alcançados por meio da inclusão do § 2º do art. 2º na Lei 13.260/2016 e do veto presidencial à inclusão de ofensas ao patrimônio no âmbito de incidência do tipo penal terrorismo. Tais iniciativas legislativas propõem, em linhas gerais, a ampliação do rol de atos de terrorismo, definidos no § 1º do artigo 2º da Lei 13.260/2016, e a exclusão da ressalva contida no § 2º do artigo 1º da mesma Lei. É possível identificar as principais propostas de alteração da Lei 13.260/2016 por meio da análise dos Projetos de Lei 5.065/16, 9.604/18 e 9.858/18, que sintetizam as características centrais das iniciativas legislativas que pretendem ampliar o alcance do delito de terrorismo no Brasil.

Com efeito, os Projetos de Lei 9.604/2018 e 9.858/2018 se dirigem especificamente ao enfrentamento do avanço obtido com a inclusão do § 2º do art. 2º da Lei 13.260/2016: o primeiro pretende afastar essa cláusula de pré-exclusão da incidência do tipo penal no caso de suposto abuso do direito de articulação de

6. Esse levantamento, que identificou vinte Projetos de Lei os sobre o tema – PL 2443/2011, PL 272/2016, PL 5065/2016, PL 11007/2018, PL 9604/2018, PL 9555/2018, PL 9858/2018, PL 9808/2018, PL 181/2018, PL 76/2018, PL 3668/2019, PL 2307/2019, PL 1339/2019, PL 650/2019, PL 492/2019, PL 443/2019, PL 87/2019, PL 271/2019, PL 2418/2019 e PL 1595/2019 – foi realizado pelo Ministério Público Federal por meio da Nota Técnica 15/2019 da Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão. (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Procuradoria Federal dos Direitos Do Cidadão. Nota Técnica 15/2019-PFDC/MPF).

movimentos sociais, destinado a dissimular a natureza dos atos de terrorismo, como os que envolvem a ocupação de imóveis urbanos ou rurais, com a finalidade de provocar terror social ou generalizado; e o segundo segue a mesma direção ao pretender afastar a aplicação da cláusula de vedação à criminalização de movimentos sociais constante do § 2º do art. 2º da Lei 13.260/2016 nos casos citados no tópico anterior.

Já o Projeto de Lei 5.065/2016 tem por objetivo chegar ao mesmo resultado prático dos outros dois, por meio de duas alterações principais na Lei 13.260/2016: (i) a inclusão de condutas praticadas por motivação ideológica, política, social e criminal no âmbito dos atos definidos como terroristas (art. 1º do PL); e (ii) a revogação (total ou parcial) do § 2º do art. 2º, para que o tipo penal do terrorismo passe a ser diretamente aplicável a movimentos sociais, sindicais, religiosos, de classe ou de categoria profissional.

Esses Projetos de Lei constituem ensaios de recuperação do pensamento autoritário de setores da Constituinte de 87/88, que inseriram no inciso XLIII do art. 5º da Constituição o mandado de criminalização do terrorismo. As ideias que motivaram os constituintes ligados ao regime militar a defender a inserção de promessa de criminalização do terrorismo ao lado da tortura – *i.e.*, de permitir a criminalização da manifestação e da participação políticas – tem recebido impulsos relevantes desde a malfadada legitimação desse discurso autoritário pela aprovação da Lei 13.260/2016. Em um país como o Brasil, que não guarda um registro sequer de ataque terrorista,[7] as tentativas de ampliação do alcance do tipo penal de terrorismo só podem mesmo pretender realizar os objetivos ilegítimos a que se prestaram, historicamente, a narrativa de combate a esse crime.

4. As tentativas de definição do terrorismo: a necessidade de interpretar a lei penal conforme as convenções internacionais na conceituação dos atos terroristas

Ao longo da história, a dogmática penal tem enfrentado graves dificuldades na busca por uma delimitação conceitual do terrorismo (GUILLAUME, 2004,

7. Há registro de apenas uma ação penal imputando o delito de terrorismo no Brasil. Embora o caso esteja em segredo de justiça, o Superior Tribunal Justiça (Recurso em *Habeas Corpus* 98349/RS, 2018), ao resolver questão incidental relacionada à competência jurisdicional para julgar a ação penal, descreveu em linhas gerais a natureza da acusação criminal veiculada na ação penal 5023557-69.2016.4.04.7000 – acolhida em sentença condenatória de primeiro grau.

p. 537-548). As tentativas de estabelecer em convenções internacionais um conteúdo mais preciso para o terrorismo tem sistematicamente fracassado. Conferências internacionais para unificação do direito penal realizadas no início da década de 30 do século passado (GUIMARÃES, 2007), bem como a Conferência Internacional para a Repressão do Terrorismo realizada em 1937, não chegaram a produzir um documento que entrasse em vigor.

Embora a proposta de definição do terrorismo como "atos criminosos dirigidos contra um Estado cujo objetivo ou natureza é a de provocar um estado de terror em determinadas personalidades, em grupos de pessoas ou no público em geral", resultante dessa Conferência de 37, não tenha entrado em vigor, serviu como inspiração para a primeira definição internacional do terrorismo que surgiu, no ano de 1995, por meio da Resolução 49/60 da Organização das Nações Unidas (ONU).

Os atentados ocorridos em Munique, em 1972, induziram a Assembleia Geral das Nações Unidas (AGNU) a criar, nesse mesmo ano, um comitê especial responsável para tratar da questão do terrorismo internacional. A falta de consenso sobre o modo adequado de definir o terrorismo no plano internacional mais uma vez impediu a criação de uma convenção internacional sobre o tema (CUNHA, 2009, p. 32). Em 1989, a AGNU voltou a reconhecer a necessidade de definição do terrorismo no plano internacional, por meio da Resolução 42/159. Apenas em 1995, a ONU editou a Resolução 49/60, que considerou injustificáveis "atos criminosos praticados com a intenção de provocar um estado de terror no público em geral, um grupo de pessoas ou de pessoas específicas com objetivos políticos." (CASSESE, 2004).

Além disso, a própria ONU, após os ataques terroristas de 11 de setembro de 2001 (que levaram os EUA a formular novo conceito bastante impreciso que deixa enorme espaço de discricionariedade para definição da linha divisória entre crimes comuns e terrorismo),[8] retomou o debate sobre a definição do terrorismo, afirmando que:

> "[...] atos criminosos, inclusive contra civis, cometidos com a intenção de causar morte ou lesões corporais graves, ou a tomada de reféns, com o propósito

8. Após os atentados de 11 de setembro de 2001, a legislação estadunidense foi reorientada a partir do *Patriot Act* (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. US Patriot Act, 2001, § 2331), o qual definiu terrorismo como (a) atos violentos ou ameaçadores à vida humana que são uma violação da lei criminal dos EUA ou de qualquer Estado, ou que pode ser uma violação criminal se cometida na jurisdição dos EUA ou de qualquer Estado; (b) [atos] que tencionem (i) intimidar ou coagir uma população civil, (ii) influenciar a política de um governo por intimidação ou coerção, (iii) afetar a conduta de um governo por meio de destruição em massa, assassinato ou sequestro.

> de provocar um estado de terror no público em geral ou em um grupo de pessoas ou pessoas particulares, intimidar uma população ou compelir um governo ou uma organização internacional a fazer ou deixar de fazer qualquer ato, o que constitui ofensas dentro do escopo de e como definido nas convenções e protocolos internacionais relativos a terrorismo" (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Resolução 1.566, 2004).

Esse primeiro *conceito-base* de terrorismo, previsto na Resolução 49/60, demonstrou-se propositalmente bastante amplo e impreciso, tendo em vista que a formulação de um conceito mais detalhado não possibilitaria a formação de um consenso internacional inicial (CERELLA, 2010).[9] Posteriormente, o conceito inicial veio a ser complementado por meio de diversas convenções internacionais que viriam a definir os atos passíveis de caracterização como terrorismo: a Convenção Internacional para a Repressão de Atentados Terroristas à Bomba (1997), a Convenção Internacional para a Eliminação do Financiamento do Terrorismo (1999), e a Convenção Internacional para a Supressão de Atos de Terrorismo Nuclear (2005).

A Convenção Internacional para a Repressão de Atentados Terroristas à Bomba foi internalizada no direito brasileiro por meio do Decreto 4.934, de 2002, e assim definiu o terrorismo praticado com bombas:

> "Artigo 2º
>
> 1. Comete um delito no sentido desta Convenção qualquer pessoa que ilícita e intencionalmente entrega, coloca, lança ou detona um artefato explosivo ou outro *artefato mortífero* em, dentro ou contra um logradouro público, uma instalação estatal ou governamental, um sistema de transporte público ou uma instalação de infra-estrutura:
>
> a) Com a intenção de causar morte ou grave lesão corporal; ou
>
> b) Com a intenção de causar destruição significativa desse lugar, instalação ou rede que ocasione ou possa ocasionar um grande prejuízo econômico. [...]"[10] (grifos nossos).

9. A última tentativa de unificação da definição do terrorismo na ONU – baseada na internacionalização da tipificação formulada pelos EUA –, que pretendia conceituá-lo como *assassinatos seletivos, atentados contra civis e ataques a infraestruturas*, fracassou mais uma vez, tal era o grau de discordância generalizada entre os mais diversos países. Cf., CAMBI; AMBROSIO, 2017, p. 241-242.

10. O risco à vida humana, exigido como condição para caracterização do delito de terrorismo, fica ainda mais claro na definição que a própria Convenção dá à expressão "artefato

De outro lado, a Convenção Internacional para a Eliminação do Financiamento do Terrorismo, internalizada na ordem jurídica brasileira pelo Decreto 5.640, de 2005, assim definiu o ato de financiamento do terrorismo no plano internacional:

> "Artigo 2º
>
> 1. Qualquer pessoa estará cometendo um delito, em conformidade com o disposto na presente Convenção, quando, por qualquer meio, direta ou indiretamente, ilegal e intencionalmente, prover ou receber fundos com a intenção de empregá-los, ou ciente de que os mesmos serão empregados, no todo ou em parte, para levar a cabo:
>
> a) Um ato que constitua delito no âmbito de e conforme definido em um dos tratados relacionados no anexo; ou
>
> b) Qualquer outro ato com intenção de causar a morte de ou lesões corporais graves a um civil, ou a qualquer outra pessoa que não participe ativamente das hostilidades em situação de conflito armado, quando o propósito do referido ato, por sua natureza e contexto, for intimidar uma população, ou compelir um governo ou uma organização internacional a agir ou abster-se de agir."

A definição, no plano internacional, do ato de financiamento do terrorismo veio acompanhada, na Convenção Internacional para a Eliminação do Financiamento do Terrorismo, de uma nova delimitação do conteúdo do próprio terrorismo, nos seguintes termos:

> "[...] ato com intenção de causar a morte de ou lesões corporais graves a um civil, ou a qualquer outra pessoa que não participe ativamente das hostilidades em situação de conflito armado, quando o propósito do referido ato, por sua natureza e contexto, for intimidar uma população, ou compelir um governo ou uma organização internacional a agir ou abster-se de agir."

Por fim, a Convenção Internacional para a Supressão de Atos de Terrorismo Nuclear, inserida no ordenamento jurídico nacional por meio do Decreto

---

mortífero": "3. Artefato explosivo ou outro artefato mortífero é: a) Arma ou artefato explosivo ou incendiário, que tenha o propósito ou a capacidade de causar morte, lesões corporais graves ou danos materiais substanciais; ou b) Arma ou artefato que tenha o propósito ou a capacidade de causar morte, lesões corporais graves ou danos materiais substanciais pela emissão, a propagação ou o impacto de produtos químicos tóxicos, agentes ou toxinas biológicas ou substâncias semelhantes, ou radiação ou material radioativo."

Legislativo 267, de 2009, assim definiu o ato de terrorismo praticado com material nuclear:

> "Artigo 2º
>
> 1. Comete crime nos termos da presente Convenção toda pessoa que ilícita e intencionalmente:
>
> a) possuir material radioativo ou produzir ou possuir um dispositivo:
>
> i) com o propósito de causar morte ou lesões corporais graves; ou
>
> ii) com o propósito de causar consideráveis danos materiais ou ao meio ambiente;
>
> b) utilizar de alguma maneira radioativo ou um dispositivo, ou utilizar ou danificar instalação nuclear de forma tal que provoque a emissão ou traga risco de provocar a emissão de material radioativo:
>
> i) com o propósito de causar morte ou lesões corporais graves; ou
>
> ii) com o propósito de causar consideráveis danos materiais ou ao meio ambiente; ou
>
> iii) com o propósito de obrigar pessoa física ou jurídica, organização internacional ou Estado a realizar ou abster-se de realizar uma ação.
>
> 2. Também come crime toda pessoa que:
>
> a) ameaçar, em circunstâncias que indiquem ser a ameaça verossímil, cometer um crime nos termos definidos na alínea do parágrafo 1º do presente artigo; ou
>
> b) exigir ilícita e intencionalmente a entrega de material radioativo, de dispositivo ou de instalação nuclear mediante ameaça, em circunstâncias que indiquem ser a ameaça verossímil o uso da força."

Nessa última Convenção, ao lado da criminalização de ato praticado com a finalidade de causar morte ou graves lesões corporais, os Estados-Partes estabeleceram também aqueles atos praticados com o objetivo de causar consideráveis danos materiais ou ao meio ambiente, desde que praticados com o uso de material nuclear. Essa inovação – que poderia parecer um desvio da sequência de Convenções Internacionais que buscaram circunscrever os atos de terrorismo àquelas situações em que há uma ofensa (real ou potencial) à vida e à integridade física dos seres humanos – confirmou, no plano internacional, a exigência de criação de uma situação que colocasse em risco esses bens jurídicos mais essenciais. É que, como se sabe, o uso de material nuclear – tal como definido no art. 1º da mesma Convenção Internacional para a Supressão de Atos de Terrorismo Nuclear –, ainda que atinja diretamente apenas o meio ambiente, apresenta intrínseco potencial concreto de dano à saúde e à vida das pessoas.

Desse modo, essas três Convenções Internacionais, ao definirem com maior grau de precisão os atos terroristas, formam, ao lado do *conceito-base* de terrorismo previsto na Resolução 49/60 da ONU, a acepção do delito de terrorismo no plano internacional. Essa técnica de que se valeram os tratados internacionais – baseada na utilização de uma definição ampla de terrorismo, seguida da especificação dos atos específicos passíveis de caracterização como terroristas – foi também empregada pelo legislador brasileiro. Como se viu, a Lei 13.260/2016, depois de estabelecer, em seu art. 2º, o conceito de terrorismo, definiu, por meio do § 1º do art. 2º, os atos terroristas com maior grau de detalhamento – *i.e.*, estabeleceu as *condutas* específicas criminalizadas e os respectivos *métodos especiais de agressão* ao bem jurídico.

A partir da definição legal do tipo incriminador do terrorismo no Brasil, a doutrina passou a identificar três elementos definidores desse delito: (i) o *fim desejado pelo agente*, que seria a finalidade do ato de *causar terror*; (ii) o *fundamento da ação*, que seria a motivação do agente para a prática do ato, identificado pela lei com razões de preconceito étnico-racial e religioso – a motivação ideológica ou política foi retirada no texto final da lei; e (iii) a *forma praticada* ou o *método de agressão* – aspecto da lei cuja definição tem o maior grau de precisão em comparação com os elementos típicos anteriores –, que caracterizam o *ato terrorista*, definido pelas condutas previstas no § 1º do art. 2º da 13.260/2016 (BONFIGLI; PEIXOTO, 2018, p. 154).

Sem prejuízo dos avanços parciais advindos dos vetos presidenciais às tentativas de incluir no crime de terrorismo as condutas consistentes em "incendiar, depredar, saquear, destruir ou explodir meios de transporte ou qualquer bem público ou privado" e em "interferir, sabotar ou danificar sistemas de informática ou bancos de dados" (BRASIL, 2016) e da manutenção da regra contida no artigo 2º, § 2º, da Lei 13.260/2016, não são desprezíveis os riscos de ameaça criminal aos movimentos populares e à luta social por cidadania efetiva (CAMBI; AMBROSIO, 2017, p 246). É que a Lei aprovada parte de um *conceito-base* de terrorismo, previsto no *caput* do art. 2º, extremamente vago e impreciso. De fato, a versão atual da definição legal do tipo incriminador tem sido objeto de críticas contundentes da doutrina, justamente por sua excessiva indeterminação.[11]

11. A propósito: "A definição do tipo continua extremadamente aberta, mesmo com os três elementos típicos, demonstrando que não houve o aprendizado com a experiência do autoritarismo militar quanto ao risco à democracia que representa um tipo aberto de terrorismo. 'Finalidade de causar terror' e 'expor a perigo' são categorias bastante indefinidas, deixando muita coisa a discricionariedade do julgador" (BONFIGLI; PEIXOTO, 2018, p. 169).

Além disso, a criminalização aberta de atos preparatórios de terrorismo constitui fórmula perigosa que permite, por meio da combinação de definições amplas e imprecisas previstas no art. 5º e da profunda vagueza do conceito legal de terrorismo contido no art. 2º, tentativas de criminalização de movimentos sociais de luta por direitos, apesar da regra contida no artigo 2º, § 2º.[12]

Embora a doutrina tenha, recentemente, procurado delimitar com maior objetividade a linha divisória entre o terrorismo e as manifestações sociais (CALLEGARI; LINHARES, 2015, p. 195-219), ainda não é possível garantir, a partir dos dispositivos da Lei 13.260/2016, que essa diferenciação será observada pelos órgãos do sistema de justiça criminal. De fato, não é difícil identificar a profunda diferença entre organizações terroristas e os movimentos sociais que partilham da vontade de promover alterações políticas. Como bem afirmaram Eduardo Cambi e Felipe Augusto Ambrosio (2017, p. 247), as manifestações destes últimos "estão voltadas ao Estado e não tem como característica o amedrontamento ou o terror, mediante ataques violentos à própria população civil". Isso se dá apesar do risco sempre presente de que alguns dos participantes dos movimentos sociais causem "danos contra o próprio Estado, isto é, contra o seu patrimônio ou aos agentes que atuam em seu nome".

De fato, o elemento conceitual que mais aparece nas propostas de definição do terrorismo é o uso da *violência contra a população civil*, seguido do *objetivo político* dessa violência, e do método de disseminação do *medo* (terror) (SCHMID; JONGMAN, 1988, p. 5-6). A *violência contra a população civil* é um elemento indispensável à caracterização do terrorismo, mas não é suficiente para tanto. A diferença entre o terrorismo e outras formas de violência tem sido construída a partir dos seguintes critérios: (i) objetivos e motivos políticos; (ii) promoção intencional de repercussões psicológicas que transcendem os efeitos sobre as vítimas ou alvos imediatos; e (iii) condução por uma organização subnacional e não estatal identificável (HOFFMAN, 1984, p. 28 e ss.). Na definição de Enders e Sandler (2002, p. 145), o terrorismo é o uso premeditado ou a ameaça de uso

12. Nesse sentido, Eduardo Cambi e Felipe Ambrosio afirmaram (2017, p 249): "A lei antiterrorismo brasileira é composta por expressões indeterminadas e maleáveis, capazes de comportar, de acordo com a ideologia e vontade do intérprete, condutas e contextos dos mais diversos possíveis". A propósito, convém destacar o esforço que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (Leroy v. France, 2008) tem realizado para delimitar com maior precisão os limites da criminalização legítima da incitação ou apologia ao terrorismo. Nesse sentido, o Tribunal registra precedente no sentido de que uma limitação da liberdade de expressão poderia se justificar quando a conduta discursiva representa um risco para a segurança nacional, integridade territorial ou segurança pública.

de violência extranormal ou brutalidade por grupos subnacionais para a realização de um objetivo político, religioso ou ideológico por meio da intimidação de um grande público, geralmente não diretamente envolvidos com a formulação de políticas que os terroristas procuram influenciar.[13]

Tendo como base essas diferenças entre o terrorismo e as demais formas de violência construídas no direito internacional, pode-se afirmar que a linha divisória entre manifestações sociais e grupos terroristas, de um modo objetivo, está em que esses últimos atuam mediante *ataques violentos e indiscriminados à população civil* com o objetivo de provocar *intimidação ou medo dirigido a uma audiência maior que as vítimas diretas*. Eventuais danos ao patrimônio produzidos por manifestações sociais, portanto, não poderiam ser enquadrados como atos de terrorismo, embora possam ser qualificados como crimes comuns já previstos no Código Penal.

A definição legal do terrorismo no Brasil apresenta três elementos essenciais: (i) o *fim de causar terror*; (ii) o *fundamento étnico-racial e religioso*; e (iii) a prática de *atos terroristas* exaustivamente previstos na lei (§ 1º do art. 2º da Lei 13.260/2016). Os dois primeiros elementos constituem aspectos que intensificam demasiadamente o caráter normativo do tipo penal, deferindo ao Poder Judiciário margens muito abrangentes não apenas na definição do âmbito de incidência da norma penal como também na subsunção das condutas praticadas ao tipo penal. Já o terceiro elemento, que pretende constituir o âmbito material de incidência do tipo penal, estabelece as três espécies de atos terroristas (§ 1º do art. 2º da Lei 13.260/2016).

Dos três núcleos materiais que definem os atos terroristas na lei brasileira (§ 1º do art. 2º da Lei 13.260/2016), dois deles – o uso de materiais capazes de promover destruição em massa (inciso I) e os atentados contra a vida ou a integridade física de pessoa (inciso V) – demonstram que a base material do delito é a vida e a integridade física das pessoas. O terceiro núcleo material – o apossamento ou a sabotagem de equipamentos públicos ou de interesse público (inciso IV) – deve ser interpretado sistematicamente em consonância com os outros dois núcleos materiais: esse apossamento ou sabotagem de equipamentos públicos somente pode ser considerado ato terrorista se se mostrar apto a colocar em risco ou ofender a vida e a integridade físicas das pessoas.

13. No original: "Terrorism is the premeditated use or threat of use of extranormal violence or brutality by subnational groups to obtain a political, religious, or ideological objective through intimidation of a huge audience, usually not directly involved with the policy making that the terrorists seek to influence" (ENDERS; SANDLER, 2002, p. 145).

Essa interpretação da lei brasileira, que limita os atos terroristas aos ataques à vida e à integridade física das pessoas, é a única compatível com as três Convenções Internacionais subscritas pelo Brasil e internalizadas no ordenamento jurídico nacional, a saber: Convenção Internacional para a Repressão de Atentados Terroristas à Bomba (Decreto 4.934/02), Convenção Internacional para a Eliminação do Financiamento do Terrorismo (Decreto 5.640/05) e a Convenção Internacional para a Supressão de Atos de Terrorismo Nuclear (Decreto Legislativo 267/09). Ao proporem definições com maior grau de precisão aos atos terroristas, tais convenções internacionais os conceituaram como condutas que atentam contra a vida ou a integridade física das pessoas. É também nesse sentido o Relatório Especial das Nações Unidas de 2004, que conceituou o terrorismo como:

> "[...] qualquer ação [...] que tenha por objetivo a morte ou lesões corporais graves a civis não combatentes, quando o objetivo de tal um ato, por sua natureza ou contexto, é intimidar uma população, ou obrigar um governo ou uma organização internacional a fazer ou abster-se de praticar qualquer ato". (STEDMAN, 2004, p. 2).[14]

A conformidade normativa das ações e omissões estatais depende, atualmente, não apenas da adequação ao parâmetro constitucional, mas também às convenções internacionais sobre o tema (MAZZUOLI, 2008). Apesar da inexistência de um consenso universal acerca dos elementos essenciais do delito de terrorismo na comunidade internacional,[15] as convenções internacionais subscritas pelo Brasil sobre o tema podem funcionar, na perspectiva de contenção do poder

14. No original: "Any action, in addition to acts already specified by the existing conventions on aspects of terrorism, the Geneva Conventions and Security Council Resolution 1566 (2004), that is intended to death or serious bodily harm to civilian non-combatants, when the purpose of such an act, by its nature or context, is to intimidate a population, or to compel a Government or an international organization to do or abstain from doing any act." (STEDMAN, 2004, p. 2).

15. Como bem advertiu o Ministro Celso de Mello (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Questão de Ordem na Prisão Preventiva para Extradição 730, 2015): "mostra-se evidente a importância dessa constatação, pois, como se sabe, até hoje, a comunidade internacional foi incapaz de chegar a uma conclusão acerca da definição jurídica do crime de terrorismo, sendo relevante observar que, até o presente momento, já foram elaborados, no âmbito da Organização das Nações Unidas, pelo menos, 13 (treze) instrumentos internacionais sobre a matéria, sem que se chegasse, contudo, a um consenso universal sobre quais elementos essenciais deveriam compor a definição típica do crime de terrorismo ou, então, sobre quais requisitos deveriam considerar-se necessários à configuração dogmática da prática delituosa de atos terroristas".

punitivo estatal, como parâmetros interpretativos para a delimitação mais precisa do conteúdo do injusto penal do terrorismo.

5. A definição do bem jurídico do terrorismo à luz da Convenção Interamericana contra o Terrorismo: a colocação em risco da segurança nacional (interna) como pressuposto para delimitação material da incriminação

A repercussão material das constituições sobre o Direito Penal nas democracias contemporâneas sempre esteve, na dogmática penal, indissociavelmente ligada à categoria do bem jurídico.[16] Uma das principais metodologias de *filtragem constitucional* do direito penal passa pela releitura dos tipos penais incriminadores à luz do bem jurídico por eles pressuposto ou tutelado.[17] Assim, se sob a ótica puramente formal, a intervenção penal do Estado se dá a partir da tipificação de condutas, sob o enfoque material, por sua vez, a norma apenas será legitima constitucionalmente se tiver como escopo impedir uma lesão de um bem jurídico.

Além de delimitar de forma mais precisa os atos terroristas – a partir de interpretação da lei penal incriminadora à luz das Convenções Internacionais –, é necessário lembrar que a Convenção Interamericana contra o Terrorismo, embora não tenha definido atos terroristas, restringe gravemente o seu conteúdo ao afirmar que "o terrorismo constitui uma grave ameaça para os valores democráticos e para a paz e a segurança internacionais" (Decreto 5.639/05). É a partir dessa premissa que se deve buscar delimitar o bem jurídico tutelado pelo delito de terrorismo, distanciando-o dos delitos comuns, já previstos na legislação penal brasileira.

Muito se tem discutido acerca de objetividade jurídica do delito de terrorismo, ou seja, do bem jurídico violado. Se a chamada proteção da população civil contra o amedrontamento ou o terror não pode servir de base de uma incriminação, em face da instabilidade e da incerteza desse conceito, desprovido de elementos materiais de sustentação, igualmente não se pode dizer que o delito de terrorismo viole simplesmente essa vaga ideia de paz pública. A identificação

16. Em 1888, Franz Von Liszt já alertava para a circunstância de que o esclarecimento sobre o conceito de bem jurídico seria uma questão vital para o direito formal, que àquela altura já estava fortemente ameaçado pelo formalismo com que se tratava a questão do bem jurídico. Cf., PAULIK, 2016, p. 4.

17. O alicerce para a determinação de uma ação como típica, se assenta na relação de necessidade de lesão ao bem jurídico. Cf., TAVARES, 2002, p. 180.

exata do bem jurídico é que dará significado e sentido à criminalização e, ao mesmo tempo, a delimitará. Como amplamente reconhecido pela dogmática jurídico-penal, não poderá haver criminalização se não houver lesão de bem jurídico.

Tal como ocorre com as organizações criminosas, as características do terrorismo, como associação estruturada em torno da prática de crimes graves e subordinada a uma vontade ilícita geral, exigem, para a sua configuração típica, um atentado maior da ordem jurídica do que os demais delitos relacionados a bens individualizados, como a vida e a integridade física. De fato, em alguns delitos, o legislador se vê forçado a exigir a presença dos chamados *elementos da valoração global do fato* – elementos do tipo descobertos por Roxin, em 1958[18] –, que permitem uma valoração mais ampla da conduta do autor, à luz de todos os princípios da ordem jurídica. Quando o legislador não prevê explicitamente essa elementar típica, cabe ao intérprete verificar a necessidade de estabelecer uma técnica de interpretação restritiva do tipo.

Pode-se dizer que o terrorismo ofende, precisamente, a segurança interna de um país. Essa interpretação é compatível com a Convenção Interamericana contra o Terrorismo, que afirma que "o terrorismo constitui uma grave ameaça para os valores democráticos e para a paz e a segurança internacionais" (Decreto 5.639/05) (CASSESE, 2008, p. 3). Se o que se ofende, no plano transnacional, é a segurança internacional, a caracterização do terrorismo, no plano interno, exige a ofensa à segurança interna, e não mera reunião de pessoas para cometer determinados delitos,[19] que só pode ser compreendida como uma coautoria coletiva, jamais como grupo terrorista.

A identificação do bem jurídico não é um procedimento retórico, mas, sim, um ato de interpretação substancial da norma proibitiva, mediante o qual se poderá obter seus limites e seu alcance. Assim, a moderna interpretação não se reduz à análise sintática da descrição típica, ao contrário: constitui uma forma de identificar ou dar sentido à própria norma a partir da lesão de bem jurídico produzida pela conduta proibida.[20] Se não puder se demonstrar que a conduta

18. No Brasil, cf. HORTA, 2018.

19. A definição contida na Convenção Interamericana contra o Terrorismo ainda padece de grave indeterminação (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Questão de Ordem na Prisão Preventiva para Extradição 730, 2015).

20. Nesse sentido, a jurisprudência do STF (*Habeas Corpus* 95861, 2015) já afirmou que "lesividade nem sempre significa dano efetivo ao bem jurídico protegido, mas, para se entender e justificar como tal, exige, pelo menos, que este de algum modo ponha em causa uma situação de perigo", de modo que "em não se percebendo nenhuma

apresenta idoneidade para atentar contra a segurança interna, não haverá terrorismo. Essa proposta interpretativa é compatível com as tentativas de condensação dos elementos básicos do terrorismo à luz do Direito Comparado e do Direito Internacional.

Sobre esse tema, André Luís Callegari e Raul Marques Linhares (2015, p. 195-219) apontam seis elementos básicos que usualmente são citados para caracterização dos atos terroristas: (i) *discurso do terror* – é necessário um fato específico que tenha por objetivo imediato a difusão do sentimento de terror; (ii) *aleatoriedade do terrorismo* – é da essência do crime a indiscriminação (indeterminação), devido à alta tendência à letalidade e à ampla escala, em relação às vítimas; (iii) *instrumentalização das vítimas* – as vítimas do ato de violência são meros instrumentos necessários à disseminação do terror (mensagem terrorista); (iv) *possibilidade de reiteração de atos* – o que amplifica o medo do terrorismo é a possibilidade do mesmo ato já consumado se repetir a qualquer momento; (v) *qualidade organizacional* – é necessária uma organização estratégica prévia, devido a sua complexidade, própria de uma estrutura coletiva; e (vi) *finalidade política* – o objetivo último ou a especial motivação do crime é causar uma modificação política, sendo o ato terrorista dirigido, preponderantemente, ao Estado, não às pessoas atingidas pela violência.

A essência do crime de terrorismo – para além dos elementos normativos do discurso do terror e da finalidade política – reside na prática, por organizações armadas, de atos violentos dotados de alta letalidade e de ampla escala (ASÚA BATARRITA, 2002, p. 51 e ss.). As vítimas, cuja vida ou integridade física são ofendidas ou colocadas em risco concreto, são aleatórias e servem como meros instrumentos à disseminação do terror (CANCIO MELIÁ, 2003, p. 1897). Somente presente esses aspectos é que o terrorismo poderá constituir "uma grave ameaça para os valores democráticos e para a paz e a segurança internacionais" (Decreto 5.639/05), e não mera prática de delitos comuns já previstos na legislação penal comum.

Semelhante operação interpretativa de restrição do alcance de tipos penais foi realizada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) ao assentar a necessidade da presença de condições subjetivas e objetivas específicas para a caracterização de *qualquer* crime contra a segurança nacional. Com efeito, o STF (Recurso Crime 1.472, 2016) tem afirmado que:

> possibilidade de lesão, ainda que imaginária ou hipotética, a bem jurídico definido materialmente, perde-se todo o referencial de ofensividade."

> "[...] da conjugação dos arts. 1º e 2º da Lei 7.170/83, extraem-se dois requisitos, de ordem subjetiva e objetiva: i) motivação e objetivos políticos do agente, e ii) lesão real ou potencial à integridade territorial, à soberania nacional, ao regime representativo e democrático, à Federação ou ao Estado de Direito."

A explicitação da exigência dessa *especial motivação* do agente e também da *aptidão para lesão dos bens jurídicos* protegidos pela Lei de Segurança Nacional (Lei 7.170/83) é um bom exemplo de como a jurisprudência pode empregar técnicas de restrição do tipo objetivo a partir de *elementos da valoração global do fato*, inclusive para melhor delimitar o alcance da proibição penal a partir da ideia de aptidão para lesão ao bem jurídico tutelado.

Consoante essa compreensão mais restritiva do alcance do delito de terrorismo, Bruce (2013, p. 26-30) sintetizou as características desse delito a partir de amplo estudo de direito comparado da seguinte forma: (i) consiste em um *ato de violência* que produz de forma generalizada e desproporcional reações emocionais, como o medo e a ansiedade, capazes de interferir no comportamento da sociedade civil; (ii) resulta de uma *violência sistêmica* e altamente *imprevisível*; e (iii) utiliza a *violência* como meio para *transmissão de mensagens e ameaças*, com o fim de atingir certo controle social.

Essa violência praticada por organizações armadas contra grupos de pessoas – marcada por peculiar *amplitude*, *gravidade* e relativa *indeterminação das vítimas* – constitui a base material do delito de terrorismo (ORTI PÉREZ, 2005, p. 6). Como bem sintetizou Deborah Duprat, "o ato de terrorismo deve causar a morte ou lesões corporais graves a uma ou mais pessoas ou a parte da população, com o propósito de provocar um estado de terror ou obrigar um governo ou uma organização internacional a fazer algo ou abster-se de fazê-lo" (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, 2019, p. 8). Disso resulta, em primeiro lugar,

> "[...] a exigência de que a violência primeira eleita pelo grupo terrorista seja capaz de afetar (ou ameaçar de forma concreta) a ordem democrática e essa é a razão pela qual não se deve aceitar, como meio suficiente para a configuração do terrorismo, a lesão unicamente à propriedade, seja privada ou pública" (CALLEGARI; LINHARES, 2015, p. 212).

Isso porque "para que o ato tenha capacidade de atingir proporções suficientes para alterar a ordem democrática, deverá afetar bens jurídicos dotados de extrema importância às pessoas, como a vida, a integridade física, a liberdade" (CALLEGARI; LINHARES, 2015, p. 212).

Nesse sentido, o delito de terrorismo só terá legitimidade caso venha a assumir, como bem jurídico, uma ofensa às pessoas, e não a bens e valores. Portanto,

para que se configure esse delito, é fundamental que, da organização terrorista, possa resultar um perigo concreto ou um dano a pessoas, e não apenas ao Estado ou, simbolicamente, à sociedade. Essa delimitação é necessária precisamente para impedir que o legislador utilize uma forma genérica de criminalização, centrada exclusivamente na proibição de atos preparatórios, o que conduziria a um típico direito penal do autor ou pela conduta de vida.[21]

Ademais, a ordem estatal e a segurança pública não podem ser caracterizadas a partir do sentimento dominante na sociedade, porque isso ofenderia o princípio do Estado de Direito, além de que também não podem ser tomadas em sentido genérico ou ideal, mas somente em face de atos concretos capazes de colocar em perigo as pessoas. Desse modo, o terrorismo deve estar associado àqueles crimes que tenham capacidade de produzir uma desestabilização social grave; por meio da violação massiva à vida ou à integridade física das pessoas (DÍAZ, 2011).[22]

A intenção de reprimir criminalmente eventuais abusos praticados em manifestações sociais legítimas deve ser materializada, quando se mostrar necessário, mediante o uso de outros recursos do Direito Penal, mas não pela imputação do terrorismo. Esta deve ser evitada uma vez que se estrutura normativamente com o fim de antecipar a intervenção penal a fases anteriores à consumação dos respectivos crimes, devendo comportar uma interpretação restritiva. Havendo, portanto, a participação de um grupo de pessoas com vistas à prática do crime de dano, por exemplo, será possível identificar possível coautoria coletiva, mas não de um grupo terrorista. Essa conclusão corresponde exatamente ao sentido que se deve emprestar à norma criminalizadora, tomada de modo restritivo, e não extensivo.

Atendendo justamente à natureza do bem jurídico, às finalidades da ordem jurídica e aos princípios que asseguram a estrutura do Estado democrático e a participação popular na sua constituição, a doutrina tem ressaltado que os movimentos sociais não podem ser confundidos com organizações terroristas (CAMBI; AMBROSIO, 2017, p. 253).

21. Qualquer espécie de interpretação baseada no *autor*, e não no *fato*, só pode funcionar como forma de *redução do alcance do tipo*, e, somente nessa hipótese, pode se mostrar legítima. Está-se, nesses casos de redução do alcance do tipo a partir de considerações sobre o autor, em face da conhecida utilização restritiva dos chamados "tipos de autor", já proposta por Luís Greco (2003, p. 226 e ss.) para reduzir o alcance do delito de tráfico de entorpecentes.

22. Essa proposta interpretativa é uma das inúmeras diretamente influenciadas pela obra de Hardman (1937, p. 575-579).

Como mencionado acima, o Brasil não possui um histórico de ações ou ameaças terroristas. No entanto, a Lei 13.260/2016, exatamente por não se dirigir à prevenção ou à punição práticas minimamente prováveis no contexto nacional, pode acabar sendo utilizada como instrumento para a intensificação desproporcional da punição a atos já criminalizados pela ordem jurídica brasileira – *i.e.* homicídio, lesão corporal, dano. Ainda pior, a Lei 13.260/2016 pode acabar instrumentalizada para a indevida criminalização da participação em manifestações políticas, sociais, sindicais, religiosas ou profissionais, dirigidas à reivindicação, contestação, crítica ou protesto.

Para evitar a aplicação ilegítima da Lei 13.260/2016 é necessário recorrer ao direito convencional, devidamente internalizado na ordem jurídica brasileira, para afirmar que o crime de terrorismo se configura pela prática de atos terroristas – condutas violentas contra pessoas indeterminadas, cuja vida ou integridade física são ofendidas ou colocadas em perigo concreto, com objetivo político e finalidade de disseminar o terror –, aptos a colocar em risco a *segurança interna do país*.[23]

6. O conteúdo do § 2º do art. 2º da Lei 13.260/2016: cláusula implícita irrevogável do delito de terrorismo extraída da interpretação do tipo penal conforme a Constituição (direito fundamental à liberdade de expressão e de manifestação) e as Convenções Internacionais (delimitação do bem jurídico tutelado pelo terrorismo)

A Lei Antiterror brasileira, apesar das deficiências de que padece na definição do conceito-base de terrorismo (do § 1º do art. 2º da Lei 13.260/2016) – a falta de precisão e previsibilidade geradas pela reticência das expressões utilizadas são comuns tanto no direito nacional comparado quanto no direito internacional –, decidiu excluir expressamente do âmbito de incidência do tipo penal, com o objetivo de evitar a criminalização de protestos, manifestações e movimentos em geral, a conduta prevista em seu art. 2º, § 2º, que se lê:

> "[...] conduta individual ou coletiva de pessoas em manifestações políticas, movimentos sociais, sindicais, religiosos, de classe ou de categoria profissional,

23. Para Arroyo Zapatero (1985 *apud* CAPITA REMEZAL, 2008, p. 25) é possível ensaiar uma definição jurídica do problema do terrorismo conjugando esses elementos: (i) os meios empregados; (ii) os resultados produzidos por autores das práticas terroristas; e (iii) a finalidade perseguida.

> direcionados por propósitos sociais ou reivindicatórios, visando a contestar, criticar, protestar ou apoiar, com o objetivo de defender direitos, garantias e liberdades constitucionais, sem prejuízo da tipificação penal contida em lei."

Como demonstrado, os Projetos de Lei 9.604/2018 e 9.858/2018 se dirigem especificamente ao enfrentamento do avanço obtido com a inclusão do § 2º do art. 2º da Lei 13.260/2016. Já o Projeto de Lei 5.065/2016 tem por objetivo chegar ao mesmo resultado prático dos outros dois por meio de duas alterações principais na Lei 13.260/2016, quais sejam: (i) a inclusão aos atos definidos como terroristas aqueles praticados por motivação ideológica, política, social e criminal (art. 1º do PL); e (ii) a revogação (total ou parcial) do § 2º do art. 2º, a fim de que o tipo penal do terrorismo passe a ser diretamente aplicável a movimentos sociais, sindicais, religiosos, de classe ou de categoria profissional.

Tal como será demonstrado a seguir, o conteúdo normativo constante do § 2º do art. 2º da Lei Antiterror brasileira constitui cláusula implícita do delito de terrorismo quando interpretado conforme a Constituição e as Convenções Internacionais. Isso porque constitui elemento normativo necessário para reduzir drasticamente a possibilidade de criminalização secundária de protestos, manifestações e movimentos sociais em geral.

Não obstante, a doutrina brasileira tem alertado para o fato de que a regra contida no artigo 2º, § 2º, da Lei 13.260/2016 já dá espaço para o aumento da criminalização de manifestantes e movimentos sociais (CAMBI; AMBROSIO, 2017). Se é verdade que a Lei Antiterror brasileira atualmente já conta com o risco de criminalização de movimentos sociais, não se pode desprezar a relevância que a proibição expressa de enquadramento da participação em "manifestações políticas, movimentos sociais, sindicais, religiosos, de classe ou de categoria profissional, direcionados por propósitos sociais ou reivindicatórios, visando a contestar, criticar, protestar ou apoiar, com o objetivo de defender direitos, garantias e liberdades constitucionais" possui no quadro de grave insegurança jurídica gerada por um conceito-base de terrorismo bastante vago e impreciso (*caput* do art. 2º). Isso sem mencionar a abertura que a definição dos atos terroristas especificamente previstos no inciso IV do § 1º do art. 2º, do pertencimento a organização terrorista (art. 3º) e da prática de atos preparatórios ao terrorismo (art. 5º) confere ao intérprete ou ao aplicador da lei penal no momento da decisão sobre a incidência concreta desses tipos penais.

A cláusula de restrição à incidência do tipo penal incriminador prevista no § 2º do art. 2º da Lei 13.260/2016, embora contribua para evitar que o tipo penal do terrorismo possa produzir retrocessos no campo da democracia participativa,

constitui decorrência extraível diretamente da Constituição. Ainda que o § 2º do art. 2º da Lei Antiterror brasileira não existisse, o seu conteúdo seria necessariamente extraído do reconhecimento da posição preferencial às liberdades de expressão e de manifestação.[24]

6.1. Como a revogação (total ou parcial) do § 2º do art. 2º da Lei 13.260/2016 resultaria na violação ao princípio constitucional da legalidade

A simples revogação (total ou parcial) do § 2º do art. 2º da Lei 13.260/2016 geraria um quadro de grave insegurança jurídica e abriria as portas do Poder Judiciário para o uso da Lei Antiterror como instrumento de criminalização de movimentos sociais. Isso porque, na falta de uma regra expressa que impeça essa utilização inconstitucional da Lei 13.260/2016, restaria apenas o conceito-base vago e impreciso de terrorismo (*caput* do art. 2º) e a definição dos atos terroristas constante do § 1º do art. 2º, entre os quais está o apossamento ou a sabotagem de equipamentos públicos ou de interesse público (inciso IV).

Uma leitura não restritiva do *caput* do art. 2º e do inciso IV do § 1º do mesmo artigo poderia produzir um campo aberto para a criminalização de movimentos sociais que praticassem algum tipo de ocupação de patrimônio público ou privado. Essa interpretação seria incentivada pela circunstância de o legislador ter revogado § 2º do art. 2º: o uso da ideia de vontade do legislador de incluir no âmbito de incidência do tipo penal a participação em movimentos sociais potencializaria o risco de criminalização ilegítima de atos acobertados pelos direitos fundamentais de liberdade de expressão e manifestação.

Esse quadro de grave insegurança jurídica revela patente ofensa ao princípio da legalidade, que exige que a conduta criminalizada seja objetivamente delimitada por lei anterior, de modo a permitir que se conheça, de antemão, os limites do comportamento penalizado, evitando, com isso, a proliferação de tipos penais com conceitos demasiadamente abertos e indeterminados.[25] Em outras

24. Cf., a propósito, na literatura nacional, BARROSO, 2013; CHEQUER, 2011.

25. O princípio da taxatividade tem por finalidade evitar possa o direito penal transformar-se em instrumento arbitrário, orientado pela conduta de vida ou pelo ânimo. Considerando que a função primeira do direito penal é a de delimitar as áreas do justo e do injusto, mediante um procedimento ao mesmo tempo substancial e informativo, a exata descrição dos elementos que compõem a conduta criminosa serve, primeiramente, ao propósito de sua materialização, quer dizer, sua condição espaço-temporal; depois, como instrumento de comunicação entre o Estado e os cidadãos, pelo qual se assinalam as zonas do proibido e do permitido. Cf., TAVARES, 2002. p. 173.

palavras, a lei penal deve assegurar a previsibilidade para os indivíduos e permitir o controle do arbítrio dos poderes públicos encarregados de aplicá-la. Por isso, o princípio da legalidade também proíbe a criação de tipos demasiadamente abertos, fluidos, ambíguos, que não proporcionem segurança jurídica e confiram excessiva discricionariedade a quem os aplica.

Deixar ao intérprete a decisão sobre enquadrar "manifestações políticas, movimentos sociais, sindicais, religiosos, de classe ou de categoria profissional, direcionados por propósitos sociais ou reivindicatórios, visando a contestar, criticar, protestar ou apoiar, com o objetivo de defender direitos, garantias e liberdades constitucionais" no tipo penal de terrorismo constitui clara violação ao postulado da legalidade. Não haverá um padrão mínimo de acessibilidade e previsibilidade, por parte dos indivíduos, sobre a extensão do poder punitivo estatal. Assim, a decisão sobre a criminalização dependerá de uma série de juízos dotados de elevada carga subjetiva, incompatíveis com o grau de certeza sobre o sentido da lei exigido pelo princípio da legalidade. Como destacou a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH),

> "tratando-se da tipificação de delitos de caráter terrorista, o princípio de legalidade impõe uma necessária distinção entre ditos delitos e os tipos penais ordinários, de forma que tanto cada pessoa como o juiz penal contem com suficientes elementos jurídicos para prever se uma conduta é sancionável por um ou outro tipo penal" (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2014, p. 62).

Apenas para ilustrar, as proposições legislativas pretendem deixar nas mãos dos juízes criminais a decisão sobre o sentido das expressões "abuso do direito de articulação de movimentos sociais", "finalidade de provocar terror social ou generalizado", ou "atos praticados por motivação ideológica, política, social e criminal". Não se pode extrair dessas expressões um mínimo de consenso semântico capaz de delimitar razoavelmente o sentido das ações proibidas pela lei penal. O legislador estaria se valendo de tipos penais indeterminados para transferir ao Judiciário a decisão não apenas sobre a aplicação da lei penal, mas também da construção do próprio conteúdo do injusto penal, o que, definitivamente, viola o princípio da taxatividade.

Para Ferreres Comella (2002, p. 91), o princípio da taxatividade não pode ser visto como uma exigência de que os textos das normas sancionadoras sejam absolutamente precisos, uma vez que certa margem de indeterminação é insuperável, e, em certo grau, até mesmo recomendável. No entanto essa margem de indeterminação deve variar de acordo com quatro critérios identificados como

mais relevantes: (i) segundo o elemento da norma penal que resulte afetado; (ii) segundo a gravidade da sanção; (iii) segundo a relação (mais ou menos forte) que existe entre a conduta proibida pela norma e o exercício da liberdade de expressão; e (iv) segundo o tipo de destinatário da norma penal.

Conforme esses quatro parâmetros propostos por Comella, a revogação (total ou parcial) do § 2º do art. 2º da Lei 13.260/2016 resultaria na violação ao princípio da taxatividade. Em primeiro lugar, a indeterminação recairia sobre o próprio tipo penal, impedindo que o cidadão conhecesse previamente o conteúdo da norma proibitiva. Em segundo lugar, a altíssima gravidade da sanção (pena de reclusão de doze a trinta anos) exigiria que o tipo penal gozasse de alto grau de precisão, o que definitivamente não ocorre a partir das possibilidades interpretativas que se abrem a partir da revogação da cláusula prevista no § 2º do art. 2º da Lei 13.260/2016. Em terceiro lugar, a alta probabilidade de efeito silenciador que o delito de terrorismo produziria sem a cláusula de pré-exclusão contida no § 2º do art. 2º da Lei 13.260/2016, também exigiria que a norma penal tivesse elevadíssimo grau de certeza e precisão. Em último lugar, o fato de a norma penal – sem a proteção atualmente contida no § 2º do art. 2º da lei antiterror – se dirigir a minorias estigmatizadas em nosso país também conduziria a uma necessidade de elevação do grau de precisão da lei penal.

Há uma estreita relação entre o grau de precisão exigido da lei penal e a restrição que ela impõe ao exercício da liberdade de expressão: quanto maior for a restrição a esse direito fundamental preferencial de liberdade de expressão, maior deverá ser o grau de certeza e precisão da lei penal. A doutrina e a jurisprudência norte-americanas apresentam duas formulações teóricas dirigidas a solucionar essas colisões entre a lei penal e o direito à liberdade de expressão.

A primeira, denominada "doutrina da amplitude excessiva" (*overbreadth*), tem conduzido à defesa da necessidade de anulação – declaração de inconstitucionalidade *on its face* – da lei penal excessivamente vaga que coloque em risco a liberdade de expressão. Essa seria a única forma de afastar o efeito silenciador (*chilling effect*) sobre aqueles que gostariam de se expressar e não o fariam por medo de que se lhes aplique a norma penal, que opera como uma "espada de Dâmocles".[26] Como afirmou o Juiz Marshall, "o valor de uma espada de Dâmocles é que pende, não cai".

26. Nesse sentido: "Its shape not mandated by the Constitution, prophylactic overbreadth is a judge-made doctrine aimed at eliminating the chilling effect of overbroad statutes and, even more importantly, at inducing state legislatures to craft statutes narrowly and state courts to furnish narrowing constructions" (FALLON, 1991, p. 907).

A segunda doutrina – da imprecisão (ou *void for vagueness*) – constitui uma manifestação singular da doutrina geral da nulidade por imprecisão e traz como exigência uma especial clareza das leis que podem afetar a liberdade de expressão, já que os cidadãos poderiam se inibir em excesso em suas atividades expressivas (DECKER, 2016, p. 1167). As doutrinas do *overbreadth* (excessiva abrangência) e do *void for vagueness* (vedação à vagueza), que se prestam à invalidação de restrições à liberdade de expressão, visam a "minimizar a discricionariedade das autoridades públicas na aplicação de restrições à liberdade e [...] diminuir o 'efeito resfriador' das restrições sobre a intenção das pessoas de se manifestarem, protestarem e adotarem outras atividades desta natureza." (FARBER, 2003, p. 51, trad. Nossa).

Com base nessa construção, a Suprema Corte dos Estados Unidos (*Smith v. Goguen*, 1974) vem reconhecendo a inconstitucionalidade integral (*on its face*) de normas penais caracterizadas pela imprecisão, que se voltem contra atividades expressivas. Foi o que ocorreu, por exemplo, com a invalidação da criminalização do desrespeito à bandeira dos Estados Unidos, tipo penal que não atendia aos requisitos de especificidade, precisão e certeza demandados pela liberdade de expressão.

Orientação similar pode ser extraída do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos, que também não se compatibiliza com restrições vagas às liberdades comunicativas. De acordo com a Relatoria sobre Liberdade de Expressão da OEA, "normas vagas, amplas ou abertas, pela sua simples existência, dissuadem a emissão de informações e opiniões pelo medo de sanções e podem levar a interpretações judiciais amplas, que restringem indevidamente a liberdade de expressão" (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2009, p. 25). A Corte Interamericana tem usado esse critério em vários julgamentos, como no caso *Kimel v. Argentina* (2008), em que se considerou inválida a legislação argentina de crimes contra a honra – que permitira a condenação de jornalista por criticar duramente um juiz – pela sua excessiva vagueza e indeterminação.

Assim, o baixíssimo grau de precisão do tipo penal de terrorismo – que seria potencializado pelas propostas de revogação total ou parcial do § 2º do art. 2º da Lei 13.260/2016 – é incompatível com a extrema gravidade da sanção cominada pelo legislador, com o potencial silenciador de manifestações e outras formas de exercício da liberdade de expressão e com a suspeição de que a norma se dirige à criminalização de grupos minoritários historicamente marginalizados no país (tais como os participantes dos MTST e do MST). Afinal, não se pode admitir que o legislador revogue cláusulas que funcionam como mecanismos de

redução da imprecisão da lei penal incriminadora. A imprecisão, nesse contexto, seria intensificada de maneira intencional e injustificada pelo legislador. A violação à legalidade que resultaria da revogação total ou parcial do § 2º do art. 2º da Lei 13.260/2016 está baseada na ideia de que o legislador tem o dever de evitar as "indeterminações evitáveis" – na feliz expressão cunhada por Luís Greco (2018, p. 480 *apud* LEITE, 2020).

6.2. Como os Projetos de Lei 5.065/16, 9.604/18 e 9.858/18 pretendem promover a criminalização inconstitucional do exercício dos direitos fundamentais à liberdade de expressão e de manifestação

A liberdade de expressão em sentido amplo compreende a liberdade de manifestação[27] tratando-se, também, do direito fundamental à manifestação de mensagens de toda e qualquer natureza, por qualquer forma não violenta. O direito à livre manifestação do pensamento (inciso IV do art. 5º) é um dos direitos agrupados na cláusula geral da "liberdade de expressão" (OSORIO, 2017, p. 44). Tais liberdades são constitucionalmente protegidas não apenas em favor do emissor das manifestações, mas também em proveito dos seus receptores e do público em geral, que, em razão do seu exercício, podem ter acesso a opiniões e informações diversificadas (FISS, 2005).

As liberdades de expressão e de manifestação abrangem, evidentemente, o direito do emissor de definir o conteúdo da sua manifestação, e não apenas o de eleger o seu tema. Assim, essas liberdades são violadas não apenas quando o Estado proíbe a discussão de algum assunto, mas também quando busca definir a forma como se dará esse debate. O modo como as ideias são defendidas no espaço público – protestos, manifestações públicas, ocupações e demais formas de manifestações sociais de pensamento – não pode ser controlado ou censurado pelo poder público. Os abusos praticados por manifestantes podem configurar delitos comuns, tipificados na ordem jurídica brasileira, mas não implicam no reconhecimento de que os próprios direitos de liberdade de expressão e de manifestação possam ser tidos como ilícitos.

O direito de se reunir para manifestar ideias, protestar e pleitear mudanças sociais, econômicas, políticas e até mesmo no próprio Estado e nas suas leis é

27. A Carta de 1988 positivou inúmeros direitos e liberdades expressivos. No art. 5º, assegurou as liberdades de manifestação do pensamento (inc. IV), de consciência e de crença (inc. VI) e, ainda, de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença (inc. IX).

constitucionalmente garantido. Partindo dessa premissa, não se pode admitir uma acusação criminal que pretenda imputar a prática de um injusto penal a partir de condutas tidas como lícitas pela ordem jurídica global.[28] Todos os atos autorizados pelos outros setores do direito – notadamente aqueles autorizados diretamente pela Constituição – devem obrigatoriamente produzir efeitos penais. A existência dessas circunstâncias autorizadoras da conduta em outros setores do direito demonstra a não necessidade da intervenção estatal no âmbito penal.

As proposições legislativas examinadas neste artigo (Projetos de Lei 9604/2018 e 9.858/2018) – que sintetizem as linhas gerais de um amplo conjunto de projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional sobre o tema – pretendem incluir no âmbito de incidência do tipo penal do terrorismo o "abuso do direito de articulação de movimentos sociais, destinado a dissimular a natureza dos atos de terrorismo, como os que envolvem a ocupação de imóveis urbanos ou rurais, com a finalidade de provocar terror social ou generalizado" ou o que outro parlamentar proponente chamou de manifestação disfarçada consistente na

> "[...] ação individual, coletiva de pessoas em manifestações políticas, movimentos sociais, sindicais, religiosos, de classe ou de categoria profissional, ocasionarem invasão de prédios públicos, de propriedade privada, urbana ou rural, bloqueio de vias públicas, impedimento ou tentativa de impedimento do direito de ir e vir, depredação ou destruição de máquinas, equipamentos, instalações, prédios ou plantações" (CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei 9.858/2018).

Ademais, o Projeto de Lei 5.065/2016, além de pretender revogar o § 2º do art. 2º da Lei Antiterror, objetiva mudar o conceito-base de terrorismo, para nele incluir "motivação ideológica, política, social e criminal".

Todos esses projetos legislativos padecem da mesma inconstitucionalidade material incorrigível. A criminalização do engajamento em atividades legítimas de manifestação do pensamento – realizado por meio de protestos, manifestações públicas, ocupações e demais formas de manifestações sociais – é inconstitucional. Assim o é, seja porque fere diretamente os direitos fundamentais à liberdade de expressão e de reunião, seja porque a ameaça das condenações criminais

28. O princípio da unidade da ordem jurídica tem caráter constitucional reconhecido pela Corte Constitucional Italiana pelo menos desde a década de 1970. As sentenças daquele Tribunal tem ressaltado, desde então, o papel fundamental desempenhado pelo princípio da unidade da ordem jurídica em matéria penal como meio de garantia da coerência e razoabilidade do sistema (Sentença n. 123, 1988; n. 199, 1986; n. 194, 1976).

promove o chamado "*chilling effect*" (ou efeito "inibidor" ou "silenciador" do discurso) (FARBER, 2005; SUNSTEIN, 1993), dissuadindo os potenciais manifestantes pelo medo da sanção.[29]

Será inconstitucional, portanto, qualquer pretensão de utilização da lei antiterror brasileira para criminalizar manifestantes e movimentos sociais. O reconhecimento dessa inconstitucionalidade é uma condição para que a liberdade de pensamento e de manifestação possa "ser estimulada, bem como a cultura da não violência incentivada, trazendo *às* ruas novos atores sociais para serem protagonistas das reformas que o País tanto precisa, sem prejuízo da aplicação do direito penal comum *àqueles* que usam da violência para protestar" (CAMBI, 2017, p. 263-264).

6.3. Como os Projetos de Lei 5.065/16, 9.604/18 e 9.858/18 – em caso de aprovação e entrada em vigor – ofenderiam o princípio da proporcionalidade: o terrorismo não pode eleger como bem jurídico-meio a tutela da propriedade

A restrição aos direitos fundamentais dos indivíduos imposta pela norma penal incriminadora deverá ter sua legitimidade constitucional averiguada, em especial, mas não unicamente, por meio da sua submissão ao teste da proporcionalidade (em sua tríplice dimensão da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) (PULIDO, 2005, p. 61-87). O controle da proporcionalidade das leis penais, notadamente em relação ao subprincípio da necessidade, envolve a comparação entre as medidas punitivas adotadas para diferentes graus de lesão ao bem jurídico.

Os Projetos de Lei 9604/2018 e 9.858/2018 pretendem definir como atos terroristas "a ocupação de imóveis urbanos ou rurais" ou "invasão de prédios

29. É o que concluiu Deborah Duprat em nota técnica da Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão: "A afirmação das liberdades fundamentais de expressão, manifestação, protesto, reunião e associação no contexto da luta antiterrorista é ainda mais necessária pelo impacto inibidor e silenciador que disposições vagas na lei respectiva podem ensejar. Recorde-se que aqui reside a alma dos direitos fundamentais, ou seja, liberdades que permitem a concretização de direitos. Por isso a importância da cláusula da salvaguarda contida no § 2º do artigo 2º da Lei 13.260 [...]. Preservam-se, assim, os direitos centrais de uma sociedade plural e democrática, livres da imobilização e do silenciamento pelo temor das medidas rigorosíssimas próprias da lei antiterrorismo, com a cautela de que condutas excessivas estejam sujeitas ao regime geral do direito penal" (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, 2019, p. 14-15).

públicos, de propriedade privada, urbana ou rural, bloqueio de vias públicas, impedimento ou tentativa de impedimento do direito de ir e vir, depredação ou destruição de máquinas, equipamentos, instalações, prédios ou plantações". Em ambos os casos, a materialidade do delito recairia sobre a proteção do direito de propriedade. Disso resultaria a cominação de altíssima pena de "doze a trinta anos" de reclusão a condutas potencialmente violadoras do direito de propriedade. A razão para a cominação de penas tão elevadas a condutas que ofenderiam, no máximo, o bem jurídico da propriedade se basearia na intenção de "provocar terror" (*caput* do art. 2º), conceito intensamente indeterminado e sujeito às mais diversas formas de subjetivismo interpretativo. Para colocar tal cenário em perspectiva, cabe mencionar que a pena para o crime de homicídio, que tutela bem jurídico (vida) axiologicamente mais importante que o patrimônio, é significativamente inferior (seis a vinte anos de reclusão).

Esse tipo de decisão já compõe o repertório jurisprudencial brasileiro. O Supremo Tribunal Federal (STF) (Recurso Extraordinário 979962, 2021) reconheceu a inconstitucionalidade do preceito secundário do art. 273, § 1º-B, do Código Penal – crime de ter em depósito, para venda, produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais de procedência ignorada – a partir da comparação da intensidade da sanção questionada com aquela cominada pelo legislador a uma conduta mais grave (tráfico de drogas e homicídio).

Com efeito, nenhuma forma de violação ao direito de propriedade recebe pena superior a cinco anos de prisão na ordem jurídica brasileira (arts. 163 a 180-A do Código Penal/CP), de modo que, na maior parte dos casos, sequer se mostra possível a aplicação de pena restritiva de liberdade (art. 44 do CP). Daí por que a tentativa de proteger o direito de propriedade por meio da incidência do delito de terrorismo consubstancia violação ao princípio da proporcionalidade: fatos reveladores de semelhante intensidade quanto à violação ao mesmo bem jurídico receberiam tratamento muito mais benéfico pelo legislador – quando comparado com o delito de terrorismo. Isso demonstraria, quando menos, uma violação ao subprincípio da necessidade (BOTTINI, 2010, p. 280-282).

O legislador tem competência para definir quais seriam os atos considerados terroristas, mas essa liberdade de conformação está gravemente limitada pela necessidade de garantir que esses atos terroristas devem ter o mesmo grau de lesividade (ou, pelo menos, grau equivalente) que bens jurídicos da importância equivalente àqueles previstos expressamente na própria Lei 13.260/2016 (§ 1º do art. 2º) e nas três Convenções Internacionais subscritas pelo Brasil e internalizadas no ordenamento jurídico nacional. Afinal, a Convenção Internacional para a Repressão de Atentados Terroristas à Bomba (Decreto 4.934/02), a

Convenção Internacional para a Eliminação do Financiamento do Terrorismo (Decreto 5.640/05) e a Convenção Internacional para a Supressão de Atos de Terrorismo Nuclear (Decreto Legislativo 267/09), ao proporem definições com maior grau de precisão dos conceitos de "atos terroristas", os conceituaram como condutas que atentam contra a vida ou integridade física das pessoas.

7. Conclusões

Apesar da controversa necessidade de criminalização do terrorismo no Brasil, a Lei 13.260/2016 seguiu, em linhas gerais, a técnica legislativa adotada no direito comparado: estabeleceu um *conceito-base* de terrorismo (art. 2º) e definiu as condutas delituosas (§ 1º do art. 2º) mediante as quais o bem jurídico tutelado pode ser colocado em *perigo concreto*. É dessa associação entre a delimitação mais exata das condutas delituosas específicas que podem configurar terrorismo – *i.e.*, dos *métodos de agressão* taxativamente estabelecidos em lei (§ 1º do art. 2º) – e a identificação de uma *aptidão* para o abalo da *segurança interna do país* (bem jurídico tutelado a partir de interpretação conforme o Decreto 5.639/05) que surge o conteúdo básico do injusto penal do terrorismo no Brasil.

É certo que a lei brasileira, ao definir o delito de terrorismo, não estabelece com clareza o bem jurídico tutelado, dificultando a delimitação do próprio conteúdo da proibição penal. Em contraponto, a lei portuguesa, por exemplo, determina que a criminalização do terrorismo exige que os métodos de agressão nela previstos "visem prejudicar a integridade e a independência nacionais, impedir, alterar ou subverter o funcionamento das instituições do Estado previstas na Constituição" (art. 1º da Lei 52/2003). Por sua vez, a lei espanhola, embora sob a ótica da definição de uma das finalidades que caracterizam o delito de terrorismo, também faz referência à exigência de que as condutas possam "subverter a ordem constitucional, ou suprimir ou desestabilizar seriamente o funcionamento das instituições políticas ou das estruturas econômicas ou sociais do Estado, ou obrigar os poderes públicos a praticar um ato ou abster-se de fazê-lo" (art. 573, 1ª, do Código Penal da Espanha).[30]

30. Na Itália, em direção semelhante àquela adotada pela Espanha, o legislador preferiu definir, em seu art. 270-sexies, as condutas que possuem finalidade de terrorismo – "são consideradas terroristas as condutas que, pela sua natureza ou contexto, podem causar graves danos a um país ou a uma organização internacional e são praticadas com o propósito de intimidar a população ou constranger os poderes públicos ou a organização internacional a realizar ou se abster de praticar qualquer ato ou

Apesar da falta de clareza da lei brasileira nesse ponto, tal operação de *redução teleológica* – a partir de uma leitura constitucionalmente adequada do tipo penal do terrorismo à luz do bem jurídico tutelado – será sempre necessária para distinguir o terrorismo de toda forma de criminalidade ordinária. Deve-se exigir, para a configuração do delito de terrorismo, não apenas (i) a demonstração da motivação e os objetivos políticos do agente – *i.e.*, "razões de xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião, quando cometidos com a finalidade de provocar terror social ou generalizado" –, como também (ii) a lesão real ou potencial à *segurança interna do país*. Afinal, é a violência praticada por organizações armadas contra grupos de pessoas – marcada por peculiar *amplitude*, *gravidade* e relativa *indeterminação das vítimas* – que constitui a base material do delito de terrorismo (ORTI PÉREZ, 2005, p. 6).

Em linha com as Convenções Internacionais incorporadas à ordem jurídica brasileira – Convenção Internacional para a Repressão de Atentados Terroristas à Bomba (Decreto 4.934/02), Convenção Internacional para a Eliminação do Financiamento do Terrorismo (Decreto 5.640/05), Convenção Internacional para a Supressão de Atos de Terrorismo Nuclear (Decreto Legislativo 267/09) e Convenção Interamericana contra o Terrorismo (Decreto 5.639/05) –, o delito de terrorismo pressupõe a prática de atos de violência que atingem a vida ou a integridade física de um número indeterminado de pessoas, com o propósito de provocar um estado de terror generalizado.

Os projetos de lei que atualmente tramitam no Congresso Nacional com o objetivo de revogar total ou parcialmente o § 2º do art. 2º da Lei 13.260/2016 são claramente inconstitucionais. Além de violarem o princípio da legalidade – por criar indeterminação evitável na definição dos limites do injusto penal –, ao pretenderem abrir espaço para a criminalização de movimento sociais legítimos, contrariam também os direitos fundamentais à liberdade de expressão e de manifestação. Por fim, as tentativas de proteger o patrimônio por meio do delito de terrorismo incorrem em insuperável violação ao princípio da proporcionalidade, uma vez que outras condutas violadoras do mesmo bem jurídico recebem tratamento muito mais benéfico pelo próprio legislador – quando comparado com o delito de terrorismo –, o que demonstraria, quando menos, uma violação ao subprincípio da necessidade.

---

desestabilizar ou destruir as estruturas políticas fundamentais, constitucionais, econômicas e sociais de um país ou de uma organização internacional" (Código Penal italiano, 2005).

8. Referências bibliográficas

ASUA BATARRITA, Adela. Concepto jurídico de terrorismo y elementos subjetivos de finalidad. Fines políticos ultimos y fines de terror instrumental. In: ECHANO BASALDUA, Javier (Coord.) *Estudios Jurídicos en memoria de José María Lidón*. Bilbao: Universidade de Deusto, 2002.

BARBOSA, Ana Carolina Couto Pereira Pinto. *Terrorismo e tortura na Assembleia Nacional Constituinte (1987-88)*: do direito da segurança nacional à democracia. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. Liberdade de expressão *versus* direitos da personalidade. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação. Op. Cit: Daniel Sarmento. Art. 5º., IV. In: GOMES CANOTILHO, José Joaquim et al. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. O rendimento da teoria do bem jurídico no direito penal atual. *Revista Liberdades*, n. 01, p. 16-29, mai.-ago. 2009.

BONFIGLI, Fiammetta; PEIXOTO, Rodrigo Luz. Terrorismo, inimigo e exceção: o caso brasileiro e a aprovação da Lei antiterrorismo (Lei nº 13.260/2016). *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 17, n. 68, p. 153-174, 2018.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. O princípio da proporcionalidade na produção legislativa brasileira e seu controle judicial. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 85, p. 267-296, jul.-ago. 2010.

BRUCE, George. Definition of Terrorism Social and Political Effects. *Journal of Military and Veterans' Health*, v. 21, n. 2, p. 26-30, maio 2013. Disponível em: [http://jmvh.org/wp-content/uploads/2013/06/Definition-of-Terrorism.pdf]. Acesso em: 03.03.2021.

CALLEGARI, André Luís; LINHARES, Raul Marques. Terrorismo: uma aproximação conceitual. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 115, p. 195-219, jul.-ago. 2015.

CAMBI, Eduardo; AMBROSIO, Felipe Augusto Rodrigues. Lei antiterror brasileira (Lei 13.260/2016): ameaça à democracia e aos direitos fundamentais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 130, p. 237-268, abr. 2017.

CANCIO MELIÁ, Manuel. ¿ "Derecho penal" del enemigo? In: JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Madrid: Civitas, 2003.

CAPITA REMEZAL, Mario. *Análisis de la legislación penal antiterrorista*. Madrid: Editorial Colex, 2008.

CASSESE, Antônio; DELMAS-MARTY, Mireille (Org.). *Crimes internacionais e jurisdições internacionais*. Barueri: Manole, 2004.

CERELLA, Antonio. Terrorismo: storia e analisi di un concetto. *Trasgressioni*, n. 49, p. 41-59, 2010.

CHEQUER, Cláudio. *A liberdade de expressão como direito preferencial* prima facie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS – CIDH. *Marco jurídico interamericano sobre o direito à liberdade de expressão*. Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão, Comissão Interamericana de Direitos Humanos, 2009.

CUNHA, Ciro Leal M. da. *Terrorismo internacional e a política externa brasileira após o 11 de setembro*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2009.

DECKER, John. F. Addressing vagueness, ambiguity, and other uncertainty in American criminal laws. *Denver University Law Review*, v. 80(2), p. 241-343, 2002.

DÍAZ, Myrna Villegas. *Elementos para un concepto jurídico de terrorismo*. Santiago, 29 maio 2011. Disponível em: [www.plumaypincel.cl/index.php?option=-com_content&view=a rticle&id=391:elementos-para-un-concepto-juridico-de-terrorismo-myrna-villegas]. Acesso em: 03.03.2021.

ENDERS, Walter; SANDLER, Todd. Patterns of Transnational Terrorism, 1970--1999: Alternative Time-Series Estimates. *International Studies Quarterly*, v. 46, p. 145-165, 2002.

FALLON, Richard H. Making Sense of Overbreadth. *The Yale Law Journal*, v. 100(4), 853-956, 1991.

FARBER, Daniel A. *The First Amendment*. 2. ed. Nova Iorque: The Foundation Press, 2003.

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

FERRERES COMELLA, Víctor. *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia* (una perspectiva constitucional). Madri: Ed. Civitas, 2002.

FISS, Owen. M. *A ironia da liberdade de expressão*. Trad. Gustavo Binenbojm e Caio Mário da Silva Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

GRECO, Luís. Tipos de autor e Lei de Tóxicos, ou: interpretando democraticamente uma lei autoritária. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 11, n. 43, abr.-jun. 2003.

GUILLAUME, Gilbert. Terrorism and International Law. *International and Comparative Law Quarterly*, Cambridge, v. 53, issue 03, p. 537-548, jul. 2004.

GUIMARÃES, Marcello Ovídio Lopes. *Tratamento penal do terrorismo*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

HARDMAN, Jacob Benjamin Salatsky. Terrorism. In: SELIGMAN, Edwin Robert A. (Dir.). *Enciclopaedia of the Social Sciences*. Nova Iorque: Macmillan, 1937. v. XIV.

HOFFMAN, Bruce. *Terrorism*: a universal definition. Ph.D. Dissertation, Claremont, 1984.

HORTA, Frederico. *Elementos normativos das leis penais e conteúdo intelectual do dolo*. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

ITÁLIA. *Código Penal Italiano*. Livro segundo. Dei delitti in particolare. Crimes contra a personalidade do Estado. Crimes contra a personalidade internacional do Estado. Art. 270-sexies, Código Penal italiano, 2005.

LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano. *Defesa do estado de direito por meio do direito penal a experiência comparada e o desafio brasileiro*. Parecer, set. 2020. Disponível em: [www.conjur.com.br/dl/parecer-oab-lsn-alaor-teixeira.pdf]. Acesso em: 11.03.2021.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Rumo às novas relações entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito interno*: da exclusão à coexistência, da intransigência ao diálogo das fontes. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ORTI PÉREZ, Juan. *Terrorismo Internacional*: Enfoques y Percepciones. Centro Superior de Estudios de la Defensa Nacional. Monografías de CESEDEN n. 79. Ministerio de Defensa, 2005, p. 6. Disponível em: [www.psicosocial.net/grupo-accion-comunitaria/centro-de-documentacion-gac/psicologia-y--tecnicas-de-control-social/coercion-y-control-social/528-terrorismo-internacional-enfoques-y- percepciones/file]. Acesso em: 03.03.2021.

OSORIO, Aline. *Direito eleitoral e liberdade de expressão*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

PAULIK, Michael. El delito, ¿lesión de un bien jurídico? *Dret*, Barcelona, n. 2, abr. 2016.

PULIDO, Carlos Bernal. Racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad en el control de constitucional de las leyes. *El derecho de los derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.

ROXIN, Claus. *Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale*. 2. ed. Berlin: De Gruyter, 1970.

ROXIN, Claus. Que comportamentos pode o Estado proibir sob ameaça de pena? Sobre a legitimação das proibições penais. *Estudos de direito penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SARMENTO, Daniel. 21 Anos da Constituição de 1988: a Assembleia Constituinte de 1987/1988 e a Experiência Constitucional Brasileira sob a Carta de 1988. *Revista Direito Público*, Brasília, v. 6, n. 30, 2009. Disponível em: [www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1659]. Acesso em: 01.03.2021.

SCHMID, Alex P.; JONGMAN, Albert J. *Political Terrorism*: A New Guide to Actors, Authors, Concepts, Data Bases, Theories, and Literature. Amsterdã: North Holland, Transaction Books, 1988.

SIQUEIRA, Carol; TRIBOLI, Pierre. *Para PCdoB e PSOL, lei antiterror poderá enquadrar movimentos sociais*. Câmara dos Deputados, Brasília, 12 de agosto de 2015. Disponível em: [www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/SEGURANCA/493742-PARA-PCDOB-E-PSOL,-LEI-ANTITERROR-PODERA-ENQUADRAR-MOVIMENTOS-SOCIAIS.html]. Acesso em: 01.03.2021.

SIQUEIRA, Carol; TRIBOLI, Pierre. *Tratamento de movimentos sociais por lei antiterror gera polêmica em Plenário*. Câmara dos Deputados, Brasília, 5 de agosto de 2015. Disponível em: [www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/POLITICA/493243-TRATAMENTO-DE-MOVIMENTOS-SOCIAIS-POR-LEI-ANTITERROR-GERA-POLEMICA-EM-PLENARIO.html]. Acesso em: 01.03.2021.

SOUSA, Alexandre Rodrigues de. *Percepção de ameaça terrorista nos jogos olímpicos*: um estudo de caso sobre a cidade-sede São Paulo nas Olimpíadas Rio 2016. Dissertação (Mestrado em Relações Internacionais) – Instituto de Relações Internacionais, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017. Disponível em: [www.teses.usp.br/teses/disponiveis/101/101131/tde-23112017-140406]. Acesso em: 01.03.2021.

STEDMAN, Stephen J. A more secure world: our shared responsibility. *United Nations High-Level Panel on Threats, Challenges and Change*. Stanford University, 2004.

SUNSTEIN, Cass. R. *Democracy and the problem of free speech*. Nova Iorque: The Free Press, 1993.

TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

TAVARES, Rodrigo. *Security in South America*. London: Lynne Reiner Publishers, 2014.

VARGAS, Joana Domingues. Em busca da "verdade real": Tortura e confissão no Brasil ontem e hoje. *Sociologia & Antropologia*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 3, jun. 2012.



PESQUISAS DO EDITORIAL



Área do Direito: Penal

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- A criminalização do terrorismo: diretrizes internacionais e regionais, de Bruno Heringer Júnior – *RBCCrim* 187/69-94;
- Lei antiterror brasileira (Lei 13.260/2016): ameaça à democracia e aos direitos fundamentais, de Eduardo Cambi e Felipe Augusto Rodrigues Ambrosio – *RBCCrim* 130/237-268; e
- Lei Antiterrorismo no Brasil: análise do quadro normativo e institucional, de Paulo Henrique Faria Nunes, Daniela Anacleto Maciel, Juliana Alves dos Santos, Nayani Paula Rodrigues dos Santos, Paola Dalla Nora Perin e Thalita Victória Ferreira Furtado – *RBCCrim* 132/61-83.

Borges, Ademar. O crime de terrorismo no Brasil: conteúdo do injusto penal e riscos de criminalização de movimentos sociais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 188. ano 30. p. 19-57. São Paulo: Ed. RT, fevereiro 2022.
DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v188i188.91].

O Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde *vs.* Brasil: a aplicação da proibição da escravidão pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e seus reflexos na tutela de direitos pelo Supremo Tribunal Federal

The Case Brazil Verde Workers v. Brazil: The Inter-American Court of Human Rights application of slavery prohibition and its application by the Supreme Court of Brazil

Ana Carolina Alves Araújo Roman

Mestre em Direito Constitucional pelo IDP, 2020. Especialista em Direitos Humanos pela Faculdade de Direito da USP, 2006. Procuradora da República no Distrito Federal, desde 2004. Vice-Presidente da Associação Nacional de Procuradores da República, biênio 2021/2023.
Lattes: [http://lattes.cnpq.br/0558426046928085].
ORCID: [https://orcid.org/0000-0002-1078-1272].
DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v188i188.85].
carolroman@uol.com.br

Recebido em: 30.11.2020
Aprovado em: 20.09.2021
Última versão da autora: 02.10.2021

Áreas do Direito: Constitucional; Penal

Resumo: A Corte Interamericana de Direitos Humanos condenou o Brasil por violação à proibição à escravidão no Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde *vs.* Brasil. No exercício de delimitação das responsabilidades decorrentes da proibição contida na Convenção Americana de Direitos Humanos, a Corte precisou decidir sobre o conteúdo material do direito de não ser escravizado, aplicando ao caso a Convenção de 1926 sobre escravidão, segundo a qual a escravidão é o exercício dos atributos do direito de

Abstract: The Inter-American Court of Human Rights determined Brazil was liable for violation of the Article 6 of the American Convention on Human Rights. The Court at the case Brazil Verde Workers v. Brazil had to establish the scope of the right invoked, the right to not be held in slavery. Doing so, the Court defined slavery as the exercise of powers attaching to the right of ownership, defined by 1926 Slavery Convention. National policy against slavery and Brazil's Supreme Court, however, went in a different way in

R., A. C. A. A. O Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde *vs.* Brasil: a aplicação da proibição da escravidão pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e seus reflexos na tutela de direitos pelo Supremo Tribunal Federal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 188. ano 30. p. 59-104. São Paulo: Ed. RT, fevereiro 2022.
DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v188i188.85].

propriedade sobre uma pessoa. A política nacional de enfretamento à escravidão e o Supremo Tribunal Federal, contudo, seguiram um caminho diferente na construção dos limites da proibição à escravidão, restringindo a proibição à escravidão no Brasil às relações de exploração laboral.

Palavras-chave: Corte Interamericana de Direitos Humanos – Fazenda Brasil Verde – Escravidão – STF.

regard of the limits of the prohibition of slavery, that in Brazil is related only to cases were labour exploitation is present.

Keywords: Inter-American Court of Human Rights – Fazenda Brasil Verde – Slavery – STF.

Sumário: 1. Introdução. 2. O caso. 3. O recorte do caso: o conteúdo material do direito de não ser escravizado. 3.1. A Convenção de 1926 e sua aplicação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. 3.2. A Convenção 29 da OIT e sua aplicação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. 3.3. O alcance da proibição à servidão e às práticas e instituições análogas à escravidão. 3.4. O direito absoluto de não ser escravizado e a prescrição de violações à proibição à escravidão. 3.5. Conclusões: os critérios estabelecidos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos para definição do conteúdo da proibição à escravidão. 4. O STF e a proibição à escravidão. 4.1. A política nacional de enfretamento à escravidão e a aplicação da proibição à escravidão pelo STF. 4.2. A coerção ao trabalho e o crime de redução à condição análoga à de escravo na prática do STF. 5. Considerações finais. 6. Referências. Jurisprudência.

1. Introdução

A[1] Corte Interamericana de Direitos Humanos, em 2016, condenou o Brasil em face do art. 6.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos, declarando a responsabilidade internacional do Brasil por violação à proibição da escravidão, da servidão, do trabalho forçado e do tráfico de escravos e de mulheres (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2016). A Corte, no julgamento do caso conhecido como Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde *vs*. Brasil, definiu o alcance dos termos do art. 6.1 do Pacto de São José da Costa Rica, debruçando-se sobre o conteúdo material do direito de não ser submetido à escravidão, à servidão e ao trabalho forçado, clarificando, assim, as obrigações dos Estados signatários da Convenção.

Apesar da proscrição da escravidão pelo Direito Internacional e pelo Direito Internacional de Direitos Humanos, ainda é possível identificar formas de escravidão, mesmo que essas não sejam tuteladas juridicamente.

1. O presente artigo é uma versão resumida da dissertação apresentada ao Instituto Brasiliense de Direito Público como requisito para obtenção do título de mestre.

R., A. C. A. A. O Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde *vs.* Brasil: a aplicação da proibição da escravidão pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e seus reflexos na tutela de direitos pelo Supremo Tribunal Federal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 188. ano 30. p. 59-104. São Paulo: Ed. RT, fevereiro 2022. DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v188i188.85].

No Brasil, escravidão, como instituto jurídico que permitia o reconhecimento do direito de propriedade sobre pessoas, foi abolida com a promulgação da Lei Áurea, Lei 3.353, de 1888. Sem integração na sociedade e em razão de outras causas como o racismo, a dificuldade de acesso à terra e a pobreza, foram criadas condições para manutenção de situações de superexploração do trabalhador em tudo semelhantes à escravidão (COSTA, 2010, p. 114), mesmo depois de mais de 130 anos da abolição da escravidão legal.

O presente artigo visa a estabelecer o alcance da proibição internacional da escravidão, partindo do debate travado perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, a fim de estabelecer o alcance da proibição à escravidão no Direito Internacional e no Direito Internacional de Direitos Humanos. Além disso, tem por finalidade verificar como o Supremo Tribunal Federal (STF) aplica a proibição à escravidão no Brasil, fazendo um comparativo entre a experiência jurídica internacional e a nacional.

2. O caso

O caso examinado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos ocorreu na Fazenda Brasil Verde, localizada no Município de Sapucaia, no Estado do Pará, que era alvo de diversas denúncias de exploração de trabalhadores em situação análoga à escravidão. Os relatos demonstravam que a fazenda tinha como atividade a criação de bovinos e que recrutava constantemente trabalhadores para limpeza do pasto.

Os trabalhadores rurais saíam de locais distantes, aliciados por intermediadores de mão de obra. Os trabalhadores eram cooptados por donos de hotéis e de dormitórios próximos de rodoviárias, com a promessa de trabalho em fazendas. Ao chegar às fazendas, os trabalhadores descobriam que o valor do transporte e da hospedagem seria descontado do salário, sendo-lhes vedado deixar o trabalho em razão da dívida, por meio ameaças e uso de violência. O pagamento pelo serviço, descontadas as dívidas, era irrisório, mas os trabalhadores se viam obrigados a trabalhar. Em razão disso, as fugas de trabalhadores endividados eram constantes.

Foram realizadas fiscalizações do Ministério do Trabalho em 1989, 1993, 1996 e 1997. Apesar disso, houve o oferecimento de denúncia pelo Ministério Público Federal apenas com relação aos fatos constatados pelas fiscalizações de 1996 e 1997.

O processo decorrente da fiscalização de 1996, em que houve oferecimento de denúncia pelo Ministério Público Federal pela prática do crime do art. 149 do

R., A. C. A. A. O Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde *vs.* Brasil: a aplicação da proibição da escravidão pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e seus reflexos na tutela de direitos pelo Supremo Tribunal Federal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 188. ano 30. p. 59-104. São Paulo: Ed. RT, fevereiro 2022. DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v188i188.85].

Código Penal, foi encaminhado pela Justiça Federal, com declínio de competência, à Justiça Estadual do Pará, Comarca de Xinguara. Esse processo não teve andamento, tendo sido determinada a citação do réu apenas em 2015, não havendo informações sobre o desfecho do caso[2].

Já o relatório da fiscalização de 1997 demonstrava as péssimas condições de trabalho e de alojamento na fazenda, tendo sido encontrados 43 trabalhadores no local. Os empregados eram obrigados a adquirir equipamentos, ferramentas e itens de alimentação em estabelecimentos mantidos pelo aliciador de mão de obra, sendo os valores descontados dos salários dos empregados. As dívidas contraídas eram utilizadas como meio de coerção para que os trabalhadores não deixassem a fazenda enquanto não houvesse sua quitação. Verificou-se, ainda, a restrição à liberdade dos trabalhadores, com coerção por meio de ameaças, inclusive com o uso de armas de fogo. Também foram identificados documentos que eram assinados em branco pelos trabalhadores, uma demonstração clara do uso da fraude em detrimento dos direitos dos trabalhadores da fazenda.

Em razão fiscalização de 1997, o Ministério Público Federal ofereceu denúncia contra pelos crimes do art. 149, do art. 197 e do art. 207, todos do Código Penal, contra o gerente da fazenda à época, bem como contra o aliciador dos trabalhadores. Quanto ao proprietário da fazenda, foi oferecida denúncia pelo crime do art. 203 do Código Penal[3]. O processo arrastou-se por cerca de onze anos, tendo havido a extinção da punibilidade dos réus em razão da prescrição em perspectiva.

A Fazenda Brasil Verde foi novamente objeto de fiscalização no ano de 2000. Do relatório constou que os trabalhadores não confirmaram o uso de violência física, mas confirmaram o recrutamento por intermediário, o adiantamento de parte do salário pelo aliciador e o pagamento de valores irrisórios a título de acerto de contas, assinatura de documentos em branco, a inadequação da alimentação e submissão a longas jornadas diárias, sem descanso.

2. Tal fato só foi levado ao conhecimento da Corte na audiência pública, conforme Escrito de Observações Finais apresentado pelos peticionários (disponível em: [https://bit.ly/3lplaGS], acesso em: 22.03.2020), razão pela qual eventual atraso ou falta de responsabilização dos envolvidos não foi objeto de exame pela Corte Interamericana, pois não constava do Escrito de Petições, Argumentos e Provas (EPAP) apresentado pelos peticionários.
3. Como o crime do art. 203 do Código Penal tem pena mínima igual ou inferior a um ano, o Ministério Público Federal ofereceu ao proprietário da fazenda a suspensão condicional do processo, tendo sido declarada a extinção da punibilidade em razão do cumprimento do prazo de suspensão sem que tenha havido a revogação do benefício.

R., A. C. A. A. O Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde *vs.* Brasil: a aplicação da proibição da escravidão pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e seus reflexos na tutela de direitos pelo Supremo Tribunal Federal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 188. ano 30. p. 59-104. São Paulo: Ed. RT, fevereiro 2022. DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v188i188.85].

O relato de coerção para assinatura de recibos em branco, conjugado ao relato dos trabalhadores de que recebiam quantias irrisórias como pagamento pelo seu trabalho, valor remanescente depois de efetuados os descontos feitos pelo empregador, indicava que não havia contraprestação pelos serviços. Tais fatos, que demonstram claramente que havia servidão por dívidas, não foram levados em consideração no relatório da fiscalização do trabalho.

Em razão da fiscalização realizada na Fazenda Brasil Verde em 2000, foi instaurado um inquérito policial para investigação dos fatos sob a ótica penal. Esse inquérito policial foi autuado perante a Subseção Judiciária de Marabá sob o n. 2001.39.01.000270-0. Segundo os registros do processo no sítio do Tribunal Regional Federal da Primeira Região (BRASIL, 2020), houve declínio de competência em favor da Justiça Estadual, tendo sido os autos enviados à Comarca de Xinguara. A despeito disso, houve o extravio dos autos, não havendo notícias sobre o andamento do feito perante o Juízo estadual.

O Brasil reconheceu a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos em 10 de dezembro de 1998, conforme o Decreto 4.463, de 2002, de forma que apenas os fatos posteriores a essa data puderam ser objeto de apreciação pela Corte Interamericana. Apesar dessa limitação temporal, a descrição das fiscalizações, procedimentos de investigação, inquéritos policiais e processos judiciais que não foram suficientes para a punição dos responsáveis pela violação de direitos humanos na Fazenda Brasil Verde foram importantes para demonstrar que as violações de direitos humanos praticadas na Fazenda Brasil Verde não aconteciam à margem do conhecimento das autoridades públicas com atribuição para investigação e punição dos fatos, tendo a Corte reconhecido que as violações de direitos humanos na Fazenda Brasil Verde aconteceram em circunstâncias que a Corte denominou de discriminação estrutural[4], um processo de desigualdade e discriminação reiterada de trabalhadores vulneráveis.

Além disso, a Corte, aplicando sua jurisprudência, entendeu ser competente para examinar violações de caráter continuado ou permanente, analisando, assim, os atos e as omissões do Estado praticados no curso das investigações e

4. Nesse sentido, a Corte reconheceu que o Brasil violou ainda o artigo 24 da Convenção Americana de Direitos Humanos, que protege o direito à igual proteção da lei, proibindo a discriminação de direito ou de fato não apenas com relação aos direitos previstos na Convenção Americana, mas também se refere a uma proteção desigual da lei interna ou sua aplicação por parte do Estado. Reconheceu que o Brasil incorreu em responsabilidade internacional quando, existindo uma discriminação estrutural, não adotou medidas para reverter a situação de vulnerabilidade das vítimas, que é uma das causas da escravidão no Brasil (CORTE INTERNAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2016, p. 87-88).

R., A. C. A. A. O Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde *vs.* Brasil: a aplicação da proibição da escravidão pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e seus reflexos na tutela de direitos pelo Supremo Tribunal Federal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 188. ano 30. p. 59-104. São Paulo: Ed. RT, fevereiro 2022. DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v188i188.85].

processos relacionados à fiscalização realizada na Fazenda Brasil Verde no ano de 1997, cujos atos processuais adentraram no período abrangido pela competência da Corte, assim como os fatos relacionados à fiscalização realizada no ano 2000 e os processos iniciados em razão dessa fiscalização (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2016, p. 18).

A Corte Interamericana de Direitos Humanos reconheceu que os trabalhadores da Fazenda Brasil Verde estavam submetidos à servidão por dívidas e ao trabalho forçado, cujas características específicas "ultrapassavam os elementos da servidão por dívida e de trabalho forçado, para atingir e cumprir os elementos mais estritos da definição de escravidão estabelecida pela Corte" (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2016, p. 79). Assim, foi reconhecida a responsabilidade internacional do Brasil em razão da violação dos deveres de garantia em relação à proibição à escravidão, prevista no art. 6.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

3. O recorte do caso: o conteúdo material do direito de não ser escravizado

A definição da escravidão não é apenas um mero exercício teórico, mas de suma importância para a estabelecimento dos limites da responsabilidade internacional dos Estados nacionais. Isso porque a proibição à escravidão é um direito humano que reflete valores fundamentais, considerado norma imperativa e inderrogável de direito internacional.

Nesse sentido, nesse artigo será feita a definição material do direito de não ser escravizado, partindo da definição feita pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde *vs.* Brasil.

3.1. A Convenção de 1926 e sua aplicação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos

O Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde *vs.* Brasil foi o primeiro caso julgado no sistema americano de proteção de direitos humanos que tratou da proibição à escravidão, razão pela qual a determinação do conteúdo material da proibição foi um dos pontos principais da sentença da Corte Interamericana.

A Convenção Americana[5], apesar de proibir a escravidão (art. 6º), não faz a definição material desse direito, não havendo no âmbito regional outros

5. O Pacto foi aprovado pelo Decreto Legislativo 27, de 26.05.1992, e promulgado pelo Decreto 678, de 06.11.1992.

R., A. C. A. A. O Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde *vs.* Brasil: a aplicação da proibição da escravidão pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e seus reflexos na tutela de direitos pelo Supremo Tribunal Federal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 188. ano 30. p. 59-104. São Paulo: Ed. RT, fevereiro 2022. DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v188i188.85].

instrumentos que tratem especificamente da matéria. Por tal razão, ao exercitar sua função de conferir unidade de interpretação ao conteúdo dos direitos previstos na Convenção Americana de Direitos Humanos, a Corte recorreu à Convenção de Viena sobre o direito dos tratados, segundo a qual um tratado deve ser interpretado de boa-fé, de acordo com o sentido comum atribuível aos seus termos, do seu contexto, objeto e fim, considerando-se como contexto além de seu texto, preâmbulo e anexos, outros tratados que tenham conexão com o tratado objeto de interpretação (art. 31 da Convenção de Viena).

Além disso, o Tratado de Viena prevê que deve ser levada em conta a prática subsequente de aplicação das disposições do tratado, o que inclui a aplicação ou interpretação feita por outros tribunais internacionais e de direitos humanos, ainda que não haja vinculação ou hierarquia entre esses tribunais e sejam vinculados a diferentes sistemas de proteção, universal ou regional, havendo uma influência cruzada entre esses tribunais (STOYANOVA, 2017a, p. 411).

Assim, a Corte Interamericana interpreta a Convenção Americana de Direitos Humanos com a moldura de todo o sistema legal existente quando da interpretação, e pode fazer referência a todo o *corpus iuris* do Direito Internacional de direitos humanos, inclusive com apoio em decisões de outros tribunais internacionais, entendendo a proteção aos direitos humanos como um sistema interdependente de normas (PASQUALUCCI, 2013, p. 12 e 13).

Assim, para definição do conteúdo da proibição da escravidão, suas formas análogas, da servidão e do trabalho forçado, a Corte fez expressa referência a outros tratados internacionais e decisões de tribunais penais internacionais e cortes de direitos humanos, além de adequar a interpretação da Convenção Americana de Direitos Humanos à realidade social (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2016, p. 63).

A escravidão é definida no plano internacional pela Convenção de 1926, tendo sido esse o fundamento positivo utilizado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos para definir a responsabilidade internacional do Brasil no Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde *vs.* Brasil.

A Convenção de 1926 foi reafirmada por diversos tratados subsequentes, como a Convenção Suplementar de 1956 e o Estatuto do Tribunal Penal Internacional (STOYANOVA, 2017b, p. 415), tendo sido aplicada por tribunais penais internacionais para definição do crime de escravidão e por tribunais de direitos humanos para definição material da proibição da escravidão em diversos contextos. Segundo Stoyanova (2017b, p. 412), a Convenção de 1926 não apenas possui uma definição adequada de escravidão, mas seu detalhamento demonstra que é perfeitamente aplicável a situações contemporâneas de escravidão.

R., A. C. A. A. O Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde *vs.* Brasil: a aplicação da proibição da escravidão pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e seus reflexos na tutela de direitos pelo Supremo Tribunal Federal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 188. ano 30. p. 59-104. São Paulo: Ed. RT, fevereiro 2022. DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v188i188.85].

Um dos casos mais importantes e comumente referidos pela doutrina (ALLAIN, 2012, HICKEY, 2012, CULLEN, 2012, CAIRNS, 2012, DOTTRIDGE, 2020) é o Caso Promotor *vs*. Kunarac e outros, julgado pelo Tribunal Penal Internacional *Ad Hoc* para a antiga Iugoslávia.

Nesse julgamento, o Tribunal realçou a importância e a aplicabilidade da definição constante do art. 1º da Convenção de 1926, mesmo nos casos de escravidão moderna, reconhecendo que a Convenção de 1926 tem *status* de costume internacional, tendo em vista sua aceitação quase universal, de forma que a definição de escravidão contida nesse instrumento influenciou o subsequente desenvolvimento do tema na lei internacional (TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA A EX-IUGOSLÁVIA, 2001, p. 178).

A Corte Interamericana de Direitos Humanos reconheceu a relevância da Convenção de 1926, aplicando a decisão do Caso Promotor *vs*. Kunarac e outros ao Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde *vs*. Brasil, para a definição do alcance do direito de não ser submetido à escravidão (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2016, p. 71).

Em razão disso, a Corte Interamericana fixou que o direito de não ser submetido à escravidão, previsto no art. 6º da Convenção Americana de Direitos Humanos, deve ser examinado a fim de determinar se estão presentes dois elementos fundamentais: o estado ou a condição de um indivíduo e o exercício de algum dos atributos do direito de propriedade, elementos esses que correspondem à definição do art. 1º da Convenção de 1926 sobre escravidão.

Estudiosos da Convenção de 1926 alertam que os responsáveis pela elaboração dos termos do tratado foram muito influenciados pela legislação civil acerca da propriedade ou que, pelo menos, a terminologia e os conceitos referentes ao direito das coisas contribuíram de alguma forma para a formulação do art. 1º da Convenção de 1926 (HICKEY, 2012, p. 223).

É de se questionar, contudo, se é possível fazer-se essa relação com o direito de propriedade em um cenário em que a escravidão não é reconhecida juridicamente, ou seja, em casos de escravidão de fato. A questão é importante porque, caso não seja possível fazer essa identificação da manifestação do exercício dos atributos do direito de propriedade em situações em que não se reconhece a propriedade legal sobre pessoas, a conclusão lógica seria a de que a Convenção de 1926 seria útil nos dias hoje apenas para impedir o reestabelecimento da escravidão legal.

Segundo HICKEY (2012, p. 233), é possível a identificação do exercício de atributos do direito de propriedade mesmo quando ausente esse direito, porque a abolição da escravidão legal não extingue o que há de essencial na relação entre senhor e servo, qual seja, o controle exercido por uma pessoa sobre outra.

R., A. C. A. A. O Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde *vs.* Brasil: a aplicação da proibição da escravidão pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e seus reflexos na tutela de direitos pelo Supremo Tribunal Federal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* vol. 188. ano 30. p. 59-104. São Paulo: Ed. RT, fevereiro 2022. DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v188i188.85].

A abolição do *status* legal da escravidão, apesar de ser um passo importante para alteração das relações sociais, não é suficiente para a erradicação da escravidão, exatamente porque "em respeito a pessoas, permanece possível produzir os efeitos desses incidentes, a despeito da quase total abolição do *status* formal da escravidão no mundo moderno" (HICKEY, 2012, p. 236)[6].

Assim, ao tratar a escravidão como um "estado" ou "condição", a Convenção de 1926 quer se referir tanto a situações de direito, ou seja, quando há legalmente o direito de propriedade sobre pessoas, quanto a situações em que uma pessoa esteja de fato submetida a escravidão, a despeito de não ser objeto de propriedade legalmente instituída.

Da mesma forma, a Convenção de 1926, ao se referir ao exercício dos atributos do direito de propriedade e não ao direito de propriedade em si, deixa claro que, para o direito internacional, é a manifestação desse exercício sobre uma pessoa que caracteriza a escravidão, dando ênfase, pois, à expressão do exercício do controle de uma pessoa por outra e não ao reconhecimento jurídico desse controle. Essa tem sido a interpretação seguida por diversos tribunais internacionais e de direitos humanos, inclusive o já citado Caso Promotor *vs.* Kunarac e outros.

Em se tratando de casos de escravidão contemporânea, contudo, o problema reside em como identificar essa manifestação dos atributos do direito de propriedade quando inexistente tal direito e, principalmente, levando em consideração que esse exercício será velado, exatamente em função da ilegalidade do ato. Assim, a despeito de haver concordância a respeito da aplicação da Convenção de 1926 a casos atuais de escravidão, há grande controvérsia a respeito da sua interpretação.

Esse, aliás, foi um dos pontos controvertidos no julgamento do Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde *vs.* Brasil, tendo o Estado argumentado que os trabalhadores encontrados na Fazenda Brasil Verde na fiscalização de 2000 não estavam sujeitos à escravidão.

O Brasil argumentou no julgamento que o exercício dos atributos do direito de propriedade só estaria configurado em existindo alguma restrição à liberdade do trabalhador[7], ainda que sob a forma de vigilância ou ameaças, lançando dúvidas quanto a compreensão dos limites de aplicação do art. 1º da Convenção de 1926.

6. Tradução livre da autora. Texto original: "[...] in respect of persons it is still possible to produce the substantial effects of the exercise of these incidents despite near-total abolition of the formal status of slavery in the modern world".

7. Constante das alegações finais apresentadas pelo Brasil. Disponível em: [https://bit.ly/31nq6UE]. Acesso em: 22.03.2020.

No Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde *vs.* Brasil, ao aplicar a Convenção de 1926, a Corte Interamericana de Direitos Humanos elencou quais elementos devem ser analisados para identificar o exercício dos atributos do direito de propriedade. A Corte, ao identificar esses elementos de escravidão, o fez com fundamento na decisão do Tribunal *Ad Hoc* para a antiga Iugoslávia no caso Promotor *vs.* Kuranac e outros, assim como diversas outras decisões de tribunais internacionais e de direitos humanos que aplicaram a definição do Caso Promotor *vs.* Kunarac e outros, nos seguintes termos:

> "(...) para determinar uma situação como escravidão nos dias atuais, deve-se avaliar, com base nos seguintes elementos, a manifestação dos chamados "atributos do direito de propriedade": a) restrição ou controle da autonomia individual; b) perda ou restrição da liberdade de movimento de uma pessoa; c) obtenção de um beneficio por parte do perpetrador; d) ausência de consentimento ou de livre arbítrio da vítima, ou sua impossibilidade ou irrelevância devido à ameaça de uso da violência ou outras formas de coerção, o medo de violência, fraude ou falsas promessas; e) uso de violência física ou psicológica; f) posição de vulnerabilidade da vítima; g) detenção ou cativeiro, i) exploração" (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2016, p. 72).

Como já dito, os trabalhos preparatórios da Convenção de 1926 demonstram que houve grande influência das normas de Direito Civil acerca do direito de propriedade, especialmente de doutrinadores ingleses da época (HICKEY, 2012, p. 222). Por tal razão, alguns autores entendem que seria possível definir o alcance da proibição de escravidão tendo por base as noções de Direito Civil relativas à propriedade (HICKEY, 2012, p. 221). Autores como Jean Allain (2015, p. 492), Robin Hickey (2012, p. 237) e Kevin Bales (2012b, p. 283), contudo, fazem uma leitura do art. 1º da Convenção de 1926, segundo a qual a referência ao exercício dos poderes do direito de propriedade é tomada "apenas como uma ferramenta genérica que procura explicar propriedade em termos dos seus incidentes e não em um sentido mais restrito" (HICKEY, 2012, p. 237)[8].

Segundo Kevin Bales (2012b, p. 283 e 284), as características do direito de propriedade que podem ser também identificados na escravidão de fato são o

8. Tradução livre da autora. Texto original: "For these reasons, the argument here is that we should read the phrase 'powers attaching to the right of ownership' only as engaging the general conceptual tool which seeks to explain ownership in terms of its incidents, and not in any more restrictive sense".

R., A. C. A. A. O Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde *vs.* Brasil: a aplicação da proibição da escravidão pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e seus reflexos na tutela de direitos pelo Supremo Tribunal Federal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* vol. 188. ano 30. p. 59-104. São Paulo: Ed. RT, fevereiro 2022. DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v188i188.85].

direito de posse, de uso, de gerência e de obtenção de lucro[9]. Essas, segundo o autor, são também as características que, em uma linguagem não jurídica, são usados nas ciências sociais para definir escravidão e, portanto, definem a escravidão em sua essência.

Essas características que envolvem o direito de propriedade em verdade demonstram que controle é essencial para definição da propriedade. Segundo Robin Hickey (2012, p. 235), o que identifica tanto a escravidão de direito quanto a escravidão de fato é o controle exercido sobre o escravizado, isso porque o exercício desse controle independe da intervenção do direito, havendo a necessária intervenção do direito apenas para que o proprietário refirme sua posição em casos de interferência. Assim, ao focar no exercício do controle como fator fundamental, para o autor, não há essencialmente diferença entre a escravidão como direito e a escravidão contemporânea[10].

A questão que remanesce é saber se qualquer forma ou manifestação de controle é suficiente para caracterizar a escravidão. Para Jean Allain e Robert Hickey (2015, p. 494), para se identificar escravidão é preciso procurar por manifestações do exercício dos poderes ou atributos do direito de propriedade que ocorrem em uma relação de controle entre pessoas. Assim, para os autores, escravidão existe quando alguém controla outra pessoa como um objeto, de forma que "escravidão implica controle de uma pessoa equivalente a posse"[11].

O mesmo entendimento é compartilhado por Holly Cullen (2012, p. 304) que, apesar de identificar a importância do controle para caracterização da escravidão, ressalta que esse não é o único elemento a ser levado em consideração. Para a autora (CULLEN, 2012, p. 316), há diversas relações jurídicas que pressupõem a existência de algum tipo de controle sobre pessoas, como no caso do controle exercido pelo empregador, relacionado à direção do trabalho do empregado. Da mesma forma, há situações em que o exercício do controle implica exploração, mas, ainda assim, será necessário verificar se tal controle se manifesta em termos do exercício dos atributos do direito de propriedade, como forma de manter o foco na definição da Convenção de 1926 (CULLEN, 2012, p. 320).

9. Ao identificar os atributos do direito de propriedade aplicáveis à escravidão, o autor utiliza os seguintes termos em inglês: *right to possess*, *right to use*, *right to manage* e *right to profit*.

10. Kevin Bales (2012b, p. 281) também identifica o controle como critério essencial da escravidão.

11. Tradução livre da autora. Texto original: "[...] slavery entails control of a person tantamount to possession".

Segundo a autora, controle pode ser encontrado em várias circunstâncias e sempre envolve o exercício de um poder, mas, em certo ponto, esse controle converte-se em posse, sendo essa a questão essencial para se definir escravidão, de forma que a diferença entre escravidão e uma relação de exploração laboral está no grau de controle exercido (CULLEN, 2012, p. 316).

A autora (CULLEN, 2012, p. 314 e 315), para explicitar a forma de manifestação do exercício dos atributos do direito de propriedade, faz referência à decisão da Suprema Corte da Austrália no chamado Caso Tang, em que a aplicação da Convenção de 1926 foi discutida[12]. Nesse caso, a acusada, dona de um bordel licenciado na região de Melbourne, levou cinco prostitutas da Tailândia para trabalhar na Austrália. As mulheres precisavam trabalhar para pagar as despesas de viagem e todo o resultado de seu trabalho era repassado à acusada, sendo a elas permitido ficar com o dinheiro de um dia de trabalho por semana. A acusada reteve os passaportes das mulheres e, apesar de as manter em condições confortáveis, as fazia trabalhar por várias horas por dia e as mantinha sob intenso controle. Algumas das mulheres conseguiram quitar seu débito, quando passaram a ser pagas pelo seu trabalho. Ao fazer a análise do caso, verificou-se que foram exercidos os seguintes atributos ou poderes da propriedade: negociação das mulheres como objeto, uso ilimitado das mulheres e do seu trabalho e uso dos seus serviços sem compensação proporcional. Assim, o controle exercido sobre as vítimas é importante para a definição da escravidão, mas é preciso demonstrar que tal controle se manifesta por meio do exercício dos atributos ou poderes da propriedade (uso, gerência e geração de lucro), em clara concordância com a definição de Jean Allain já citada, de que existe escravidão no caso de exercício de controle equivalente à posse.

Segundo Carlos Haddad (2017, p. 510), posse pode ser um termo cuja definição é intrincada e que remete ao Direito Civil. Contudo, para efeitos da definição de escravidão, posse deve ser entendida como o exercício intencional da custódia física ou do controle sobre alguém.

É importante ressaltar, contudo, que a referência à custódia física pode confundir controle com a restrição da liberdade de movimento. Essa identificação da escravidão com a restrição da capacidade de locomoção, confusão que, aliás se viu nas manifestações do Brasil perante a Corte Interamericana de Direitos

12. O Caso Tang, a despeito de não ter sido julgado por uma Corte Internacional ou de Direitos Humanos, aplicou a Convenção de 1926 para caracterização da escravidão e responsabilização penal dos responsáveis pela exploração do trabalho sexual das vítimas (ALLAIN, 2012, p. 217; HICKEY, 2012, p. 235; CULLEN, 2012, p. 315; e CAIRNS, 2012, p. 84).

R., A. C. A. A. O Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde *vs.* Brasil: a aplicação da proibição da escravidão pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e seus reflexos na tutela de direitos pelo Supremo Tribunal Federal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* vol. 188. ano 30. p. 59-104. São Paulo: Ed. RT, fevereiro 2022. DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v188i188.85].

Humanos, conforme descrito acima, não tem apoio na Convenção de 1926. De fato, a restrição da liberdade de locomoção é apenas um dos indicativos do exercício dos atributos da propriedade, como expressão do poder de guarda e manutenção da propriedade (CAVALCANTI, 2016. p. 56).

Como se viu dos autores citados, o controle necessário para caracterização da escravidão é aquele que é exercido de forma equivalente à uma relação de propriedade, qualquer que seja a sua manifestação. Para Jean Allain (2015, p. 350), o controle sobre uma pessoa ou seu trabalho se manifesta em graus diferentes nas diversas formas de exploração, desde a exploração da prostituição e outras formas de exploração sexual, trabalho forçado, escravidão, práticas similares à escravidão e servidão. O autor considera escravidão como a forma mais extrema de exploração, de forma que, "no extremo, este controle sobre uma pessoa ou seu trabalho será completo e exibirá os poderes que normalmente estão relacionados à propriedade. A pessoa escravizada perde sua autonomia e é tratada como coisa, à completa disposição de outrem" (ALLAIN, 2015, p. 350)[13].

A extensão do controle exercido na escravidão pode ser traduzida como anulação da autonomia e capacidade de autodeterminação do escravizado, nesse sentido é que a escravidão pode ser identificada como controle exercido sobre uma pessoa de forma a retirar-lhe a liberdade pessoal[14], aqui identificada como faculdade de autodeterminação (CAVALCANTI, 2016, p. 57).

Alguns autores entendem, contudo, que essa identificação da escravidão como controle equivalente à posse não é suficiente para atender os elementos previstos no art. 1º da Convenção de 1926. James E. Penner (2012, p. 250) entende a escravidão como dominação corporal, de forma que o controle equivalente a posse deve ser tangível. Segundo o autor, o direito de propriedade implica o direito à posse exclusiva e imediata e, por isso, a melhor maneira de caracterizar a escravidão de fato é buscar a manifestação tangível do exercício dos poderes de propriedade (PENNER, 2012, p. 252). No mesmo sentido, Orlando Patterson (2012, p. 330), que também identifica como elementos essenciais da escravidão a dominação corporal, a violência e o extremo poder exercido por uma pessoa sobre outra[15].

13. Tradução livre da autora. Texto original: "At its most extreme that control over the person or their labour will be complete and exhibit the powers which would normally be attached to ownership, the enslaved, having lost autonomy is now treaded as a thing, to be used at the complete discretion of another".

14. A noção de escravidão como domínio absoluto de uma pessoa por outra também é adotada pela OIT (2005, p. 8).

15. Em razão disso, esses autores não reconhecem a existência da escravidão em casos de servidão por dívidas e servidão (PATTERSON, 2012, p. 328), mas tem maior

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, ao definir o conteúdo da proibição à escravidão, entretanto, não identificou a dominação corporal e a violência como sendo essenciais, uma vez que a Corte entendeu que o controle exercido na escravidão pode ser obtido não apenas por meio de coação física, mas também da coação moral, incluindo o abuso da vulnerabilidade do trabalhador, desde que haja o exercício dos atributos inerentes ao direito de propriedade, conforme a definição da Convenção de 1926 sobre escravidão (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2016, p. 79).

A fim de clarificar o alcance do art. 1º da Convenção de 1926, um grupo de estudiosos, composto por juristas, cientistas sociais e historiadores[16], revisou as normas internacionais sobre escravidão a fim de delimitar o alcance da proibição à escravidão no Direito Internacional (BALES, 2012b, p. 282). O resultado desse trabalho corporifica as chamadas *Bellagio-Harvard Guidelines* que, além de trazer a definição legal de escravidão, elenca exemplos de como os atributos inerentes à propriedade podem se manifestar na realidade, especialmente aplicáveis aos casos de escravidão de fato (ALLAIN, 2012, p. 555-563).

Segundo essas orientações, a definição legal de escravidão encontra-se no art. 1º da Convenção de 1926 (orientação 2), sendo que:

> "[...] o exercício dos poderes inerentes ao direito de propriedade deve ser entendido como o controle sobre uma pessoa de tal modo que prive significativamente esta pessoa de sua liberdade pessoal, com a intensão de exploração por meio do uso, gerência, lucro, transferência ou disposição de uma pessoa. Usualmente, esse exercício será apoiado e obtido por meios como o uso da violência, o engano e/ou a coerção" (ALLAIN, 2015, p. 556)[17].

Assim, em se tratando do exercício dos atributos do direito de propriedade, é fundamental a identificação do controle como posse, ainda que não exista o

facilidade em reconhecer a existência de escravidão em casos de prostituição forçada ou escravidão sexual.

16. Resultado de encontros da rede de Pesquisa de Parâmetros Legais de Escravidão, que agrega estudiosos do tema de diversas áreas.

17. Orientação 2, tradução livre da autora. Texto original: "[...] the exercise of the powers attaching to the right of ownership should be understood as constituting control over a person in such a way as to significantly deprive that person of his or her individual liberty, with the intent of exploitation through the use, management, profit, transfer or disposal of that person. Usually, this exercise will be supported by and obtained through means such as violent force, deception and/or coercion".

direito de propriedade sobre pessoas, hipótese em que devem ser perquiridas manifestações de fato desse controle. Esse controle pode ser físico, mas a restrição física não é absolutamente necessária para comprovação da escravidão, de forma que podem ser consideradas manifestações desse controle absoluto a retenção de documentos, restrição de acesso às autoridades e coerção para assunção de uma nova identidade pela vítima, como adoção de outra religião, língua, lugar de residência ou casamento forçado (orientação 3, ALLAIN, 2015, p. 556).

A orientação 4 (ALLAIN, 2015, p. 557) fornece exemplos práticos do exercício dos direitos de disposição, uso, gerência, obtenção de lucro, transmissão aos herdeiros e, ainda, o direito de destruir o objeto da propriedade, relacionados à escravidão de fato de pessoas.

Assim, fornecem exemplos do exercício do poder de transferência de uma pessoa, que pode se manifestar por transações como troca ou o recebimento de uma pessoa como presente, assim como do direito de uso, manifestado quando alguém tem benefício do trabalho ou dos serviços de outra pessoa, sem pagamento ou mediante o pagamento de quantia irrisória, e envolve tanto casos de prestação de um serviço quanto casos em que a pessoa é utilizada para conferir prazer sexual (ALLAIN, 2015, p. 558). Já o poder de gerência do uso de uma pessoa se manifesta quando alguém, por exemplo, o dono de um bordel, delega o poder de repassar ordens a outra pessoa no contexto do trabalho sexual. O poder de obtenção de lucro se manifesta quando alguém recebe dinheiro ou outra forma de renda ou benefício pelo uso de uma pessoa, como quando o lucro obtido pela colheita é dado ou recebido por outra pessoa na forma de salário ou *in natura*. O poder de transmissão de uma pessoa pode se manifestar no caso de costumes segundo os quais uma mulher é repassada a outra pessoa em razão da morte do marido ou quando a transferência de uma pessoa inclui a transmissão das gerações seguintes.

Uma das orientações que merece destaque é a que fornece exemplos em que o direito de destruir[18], maltratar ou negligenciar o objeto da propriedade (orientação 4, "f"), quando relacionado à escravidão de fato. Segundo as *Bellagio-Harvard Guidelines*, o ato de destruir uma pessoa em um contexto de controle equivalente à posse é um ato de escravidão, sendo considerado como manifestação desse poder:

18. Do inglês, *disposal*. A tradução literal deveria ser dispor, no sentido jurídico de vender, doar, destruir, abandonar, dar em pagamento ou dar em garantia, contudo, optou-se pela tradução do termo que mais se próxima do contexto da frase, qual seja, destruir.

> "Maus-tratos ou negligência podem ser provas de escravidão. Sendo identificado o controle equivalente a posse, tal desprezo pode levar a exaustão física ou psicológica de uma pessoa, e finalmente a sua destruição; dessa forma, o ato de causar tal exaustão será um ato de escravidão. Provas de maus-tratos ou negligência podem incluir contínuo abuso físico ou psicológico, calculado ou indiscriminado, ou a imposição de demandas físicas que encurtam severamente a capacidade do corpo do ser humano de se manter ou de funcionar efetivamente" (ALLAIN, 2015, p. 559)[19].

A decisão da Corte Interamericana no Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde *vs.* Brasil tem por fundamento principal a ideia de escravidão como manifestação do controle exercido por uma pessoa sobre outra, um nível de controle que implica a perda da capacidade de autodeterminação ou considerável redução de sua autonomia, "mediante o uso, a gestão, o benefício, a transferência ou o despojamento de uma pessoa. Em geral, este exercício se apoiará e será obtido através de meios tais como a violência, a fraude e/ou a coação". (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2016, p. 72).

No caso Brasil Verde fica bastante claro o exercício dos direitos de uso e obtenção de lucro, uma vez que os trabalhadores nada ou pouco recebiam pelos seus serviços sem compensação proporcional, ao contrário, viam-se sempre em constante dívida com o empregador. Segundo consta do EPAP dos peticionários, os trabalhadores recebiam cerca de R$ 10,00 por alqueire, em média R$ 0,70 por dia de trabalho intenso e do seu pagamento eram descontados os valores das despesas de viagem, o exame admissional, a alimentação e os instrumentos de trabalho. Os trabalhadores foram contratados para fazer a limpeza do pasto em uma região de floresta, um trabalho extenuante que era feito por longas jornadas diárias de dez a doze horas. As características do trabalho e a submissão dos trabalhadores a longas jornadas sem descanso demonstram o uso ilimitado do trabalhador por parte do empregador. Essas jornadas, juntamente às condições de alimentação e alojamento, demonstram que os trabalhadores eram usados como pessoas descartáveis, verdadeiros objetos que podem ser consumidos ou destruídos. Além

19. Tradução livre da autora. Texto original: "Mistreatment or neglect of a person may provide evidence of slavery. Having established control tantamount to possession, such disregard may lead to the physical or psychological exhaustion of a person, and ultimately to his or her destruction; accordingly, the act of bringing about such exhaustion will be an act of slavery. Evidence of such mistreatment or neglect may include sustained physical and psychological abuse, whether calculated or indiscriminate; or the imposition of physical demands that severely curtail the capacity of the human body to sustain itself or function effectively".

disso, houve claro exercício do poder de gerência, com a delegação do controle das vítimas aos gerentes da fazenda. Todos esses fatos, aliados ao isolamento da fazenda, distante de áreas urbanas e desprovida de transporte público, também eram circunstâncias que favoreciam que os trabalhadores fossem mantidos sob controle dos empregadores e seus gerentes.

Assim, a escravidão é caracterizada pelo exercício do controle sobre uma pessoa, de tal forma grave, que implique a restrição da autonomia individual. Essa manifestação de controle pode ser identificada tanto em situações em que o exercício dos atributos do direito de propriedade é regulado pela lei, quanto nos casos nos quais esse controle é exercido de fato, mas não de direito. Para caracterização da escravidão não é imprescindível que haja dominação corporal, violência ou restrição da capacidade de locomoção da vítima, apesar de essas serem demonstrações importantes do exercício de controle necessário à caracterização da escravidão. Além disso, podem ocorrer casos de escravidão nos quais não há a exploração do trabalho da vítima, sendo essencial apenas que haja o controle equivalente à posse.

Examinada a proibição à escravidão e sua aplicação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, resta ainda a análise da proibição ao trabalho forçado, à servidão e às práticas e instituições análogas à escravidão, formas de exploração que também foram abordadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde *vs.* Brasil e estão relacionadas à escravidão.

3.2. A Convenção 29 da OIT e sua aplicação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos

A noção de trabalho forçado no Direito Internacional está intimamente ligada à abolição da escravidão. Apesar disso, os primeiros tratados internacionais que tratavam da abolição permitiam e regulavam o trabalho forçado, isso porque o interesse das potências europeias na proibição da escravidão não impediu que essas mesmas nações utilizassem meios coercitivos para o recrutamento de trabalhadores em suas colônias. O trabalho forçado era a base do modo de produção nas colônias, seja por meio de agentes privados, seja por meio do próprio Estado, de forma que as normas que tratavam da proibição da escravidão e do trabalho forçado no Direito Internacional permitiam o recurso ao trabalho compulsório nas colônias (STOYANOVA, 2017a, p. 368).

Esse interesse pela utilização do trabalho compulsório nas colônias causou uma verdadeira fragmentação do tratamento da escravidão no Direito Interna-

R., A. C. A. A. O Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde *vs.* Brasil: a aplicação da proibição da escravidão pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e seus reflexos na tutela de direitos pelo Supremo Tribunal Federal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 188. ano 30. p. 59-104. São Paulo: Ed. RT, fevereiro 2022. DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v188i188.85].

cional e deu lugar à regulamentação de uma categoria de trabalho não livre, largamente explorada pelas potências coloniais, sem constrangimentos por parte de comunidade internacional (STOYANOVA, 2017a, p. 364).

O trabalho forçado foi tema de discussão pela Liga das Nações, que acabou por incorporar na Convenção de 1926 contra a escravidão a previsão de que o trabalho forçado deveria ser utilizado apenas para a execução de serviços ou trabalhos públicos. Em sequência, a Assembleia Geral da Liga das Nações solicitou à OIT que estudasse a melhor forma de prevenir as condições em que o trabalho forçado pudesse evoluir para condições análogas à escravidão (ALLAIN, 2015, p. 367).

Assim, a Convenção 29 da OIT foi adotada em 1930, a pedido da Liga das Nações[20], a fim de fazer a definição de trabalho forçado e seu regramento. Seu objetivo inicial era, pois, tratar de situações de trabalho forçado que subsistiam nas colônias. A despeito disso, a Conferência da Organização Internacional do Trabalho decidiu que a Convenção deveria ter aplicação a todos Estados nacionais, assim como suas colônias (CONFERÊNCIA INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2007, p. 5).

A convenção previu a necessidade de abolição progressiva de todas as formas de trabalho compulsório, fixando um prazo de transição[21], no qual o trabalho forçado poderia ser utilizado unicamente para fins públicos e em caráter excepcional.

Assim, a Convenção tinha foco na regulação e, portanto, na permissão do trabalho compulsório exigido pelos Estados, principalmente o trabalho forçado nas colônias. Apesar disso, ao permitir a utilização do trabalho forçado apenas para fins públicos, a Convenção proibiu, a *contrario sensu*, o trabalho forçado em benefício de particulares.

Durante a Segunda Guerra Mundial, a escravidão e o trabalho compulsório foram utilizados em larga escala em campos de concentração e de trabalhos

20. A Convenção 29 da OIT foi aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo 24, de 29.05.1956, e promulgada pelo Decreto 41.721, de 25.06.1957.

21. A OIT considera a proibição ao trabalho forçado como norma peremptória de Direito Internacional, de forma que a sua Comissão de Expertos na Aplicação de Convenções e Recomendações, em 1998, entendeu que não era mais possível aos Estados invocar as disposições transitórias da Convenção 29 (CONFERÊNCIA INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2007, p. 7). O Protocolo adicional à Convenção 29, de 2014, revogou as disposições transitórias que permitiam a utilização do trabalho forçado para fins públicos em casos excepcionais (CONFORTI, 2019, p. 65).

forçados, razão pela qual foi reafirmada a proibição da escravidão na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948. Depois da Segunda Guerra, a OIT constituiu um Comitê sobre trabalho forçado que revelou a necessidade de abolição do trabalho forçado com fins econômicos, como meio de coerção política e de punição (CONFERÊNCIA INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2007, p. 6). Essa é a razão da aprovação, em 1957, pela OIT, da Convenção 105, que, complementando a Convenção 29, obriga os países signatários a não fazerem uso do trabalho forçado para esses fins[22].

A Convenção 29 da OIT tem um papel fundamental para interpretação de outros tratados de direitos humanos e tem sido utilizada para a interpretação da vedação contida em diversos instrumentos internacionais. A Convenção prevê como elementos fundamentais para caracterização do trabalho forçado: a ocorrência de um trabalho ou serviço, a ameaça de sanção e a falta de consentimento para o trabalho ou serviço, tendo sido esses os elementos analisados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde *vs*. Brasil (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2016, p. 77).

A Convenção 29 define o trabalho forçado de forma a englobar diversas manifestações de trabalho forçado, antigas ou contemporâneas e até mesmo o trabalho penitenciário (COSTA, p. 36). Assim, aplica-se tanto ao trabalho forçado imposto por particulares quanto ao trabalho forçado exigido pelo Estado.

Alguns autores consideram que o trabalho forçado, com fundamento no Direito Internacional e no Direito Internacional de Direitos Humanos, existe apenas quando a obrigatoriedade do trabalho é imposta pelo Estado (ANTI-SLAVERY INTERNACIONAL, 1999, p. 53). De fato, não é raro que o trabalho forçado seja associado ao trabalho obrigatório em regimes totalitários (OIT, 2005, p. 5). Apesar disso e do fato de a preocupação inicial da OIT ter sido a regulação do trabalho forçado exigido pelos Estados, como se verificou, a Convenção 29 proibiu a utilização compulsória do trabalho também quando esse é imposto por particulares. Assim, o trabalho forçado é uma forma de exploração humana que abrange toda utilização compulsória de mão de obra, inclusive o trabalho imposto pelo Estado, sendo, em verdade, utilizado mais frequentemente na economia privada (OIT, 2005. p. 7).

Ao fazer referência a trabalho ou a serviço, a Convenção deixa claro que o trabalho forçado pode existir em qualquer atividade humana, ainda que não esteja

22. A Convenção 105 da OIT foi aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo 20, de 30.04.1965, e promulgada pelo Decreto 58.822, de 14.07.1966.

vinculada a uma atividade econômica organizada. O trabalho forçado, assim, é determinado pela natureza da relação entre o trabalhador e quem lhe exige o trabalho e não pelo tipo da atividade. Por tal razão, a OIT cita em seus relatórios de seguimento da Convenção 29 o emprego de crianças em conflitos armados (OIT, 2001, p. 153), o trabalho doméstico (OIT, 2005, p. 11) e a mendicância forçada como formas de trabalho compulsório (OIT, 2005, p. 6). Além disso, também são exemplos de trabalho forçado a servidão ritualística ou cerimonial, a gravidez forçada e a utilização forçada de pessoas em pesquisas biomédicas (ALBUQUERQUE, 2019, RB-4.4). A legalidade da atividade não é necessária para que seja possível caracterizar o trabalho forçado, razão pela qual pode ser feita a identificação do trabalho compulsório na prostituição forçada (no caso de países em que a prostituição é crime) e o emprego de trabalho forçado para a venda de entorpecentes (OIT, 2005, p. 9 e 10).

Quanto aos outros dois elementos (a ameaça de sanção e a falta de consentimento ao trabalho), apesar de serem identificados como elementos distintos, esses se confundem e podem ser examinados conjuntamente. É que a ameaça de sanção ou coação, em verdade, implica a falta de um consentimento válido. Logo, não há como se dissociar o estudo desses dois elementos, pois tendo sido o consentimento ofertado sob ameaça de qualquer tipo, eles se sobrepõem (CONFERÊNCIA INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2007, p. 20), já que não se pode ter como válido o consentimento dado. Por essa razão é que a coerção exercida sobre uma pessoa para obrigá-la a trabalhar é o traço essencial do trabalho forçado (CULLEN, 2012, p. 320).

A coerção fica caracterizada tanto na hipótese de não ter havido o consentimento inicial (seja porque a vítima efetivamente não deu seu consentimento, seja em casos em que tal consentimento haja sido dado com fraude ou coação), quanto na hipótese de o trabalhador ser obrigado a se manter em uma relação de trabalho para a qual não consentiu voluntariamente. De fato, há casos nos quais a vítima assente validamente com o trabalho, que não pode ser considerado forçado desde o início, mas é impedida de deixar a atividade laboral por meio da coação ou da fraude.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, no julgamento do Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde *vs.* Brasil examinou os elementos caracterizadores do trabalho forçado, reconhecendo diversas formas de coação e vícios de consentimento:

> "No tocante à 'ameaça de uma pena', esta pode consistir, entre outros, na presença real e iminente de intimidação, que pode assumir formas e graduações heterogêneas, das quais as mais extremas são aquelas que representam coação,

> violência física, isolamento ou confinamento, bem como a ameaça de morte dirigida à vítima ou a seus familiares. E no que se refere à 'falta de vontade para realizar o trabalho ou serviço', este consiste na ausência de consentimento ou de livre escolha no momento do começo ou continuidade da situação de trabalho forçado. Esta situação pode ocorrer por distintas causas, tais como a privação ilegal da liberdade, o engano ou a coação psicológica" (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2016, p. 77).

Assim, a coação há de ser considerada não apenas quando há ameaças de aplicação de sanções penais, como deixa transparecer uma análise superficial da definição de trabalho forçado constante da Convenção 29 da OIT, mas pode se apresentar em diferentes formas de coação física ou moral (relatório da OIT, 2001, p. 22).

Flávio Antônio Gomes Azevedo e Maria Cristina Cacciamali identificam quatro formas de coação: econômica, moral ou psicológica, física e a determinada em razão do isolamento do local de trabalho (2005, p. 505). Para os autores, a coação econômica se dá quando o trabalhador é colocado em débito exatamente com intuito de impedi-lo de deixar a execução do serviço. Nesse artigo, entretanto, faz-se uma distinção. Na hipótese de a dívida ser realmente existente e validamente constituída, essa será uma forma de coação econômica. Caso contrário, se a dívida for indevida, seja porque são feitas cobranças de parcelas de responsabilidade do empregador, seja porque há superfaturamento de preços e cobrança de bens e serviços que não foram utilizados pelo trabalhador, estar-se-á diante de uma forma de fraude e não de coação. De fato, nessas hipóteses, parece ser mais correto falar-se em fraude, uma vez que a dívida é indevida.

Outra manifestação comum de coação econômica é a retenção da remuneração pelo empregador, de forma que o trabalhador mantém-se trabalhando contra a sua vontade na expectativa de receber a remuneração pelos seus serviços. Essa coação é exercida muitas vezes sobre trabalhadores bolivianos submetidos a trabalho forçado em confecções na cidade de São Paulo. Flávio Antônio Gomes de Azevedo (2005, p. 32) cita o depoimento no qual a pessoa narra como é feita essa coação. O pagamento é feito sempre com atraso, o empregado só recebe o pagamento pela primeira encomenda quando há a entrega da segunda e assim por diante. Dessa forma, o trabalhador se vê obrigado a trabalhar, mesmo em condições degradantes e extenuantes, para não perder o pagamento daquilo que já produziu.

Também a violência psicológica ou coação moral é tida como elemento caracterizador do trabalhado forçado. De fato, a OIT identifica coação moral na ameaça de denúncia da vítima à polícia ou aos órgãos de imigração, entre outras.

A coação também pode ser feita por meio da retenção de documentos, da ameaça de exclusão de empregos futuros, da exclusão da comunidade e da vida social, da perda de *status* social e da supressão de direitos e privilégios (OIT, 2005, p. 6). Além disso, também a ameaça de castigos físicos e de morte, bem como a vigilância ostensiva e armada da prestação do serviço podem ser consideradas formas de coação moral.

A coação física pode ser exercida por meio de violência contra o trabalhador e mesmo contra a sua família, sendo exemplos disso não apenas o uso da violência física, mas também o confinamento, a privação de alimentos e de outras necessidades (MARTINS, 1999, p. 158), havendo mesmo casos em que a violência ganha contornos de violência sexual (OIT, 2005, p. 6).

Segundo Flávio Antônio Gomes Azevedo e Maria Cristina Cacciamali (2005, p. 505), o fator geográfico também é importante forma de coação, pois o isolamento pode ser um fator de restrição da liberdade de ir e vir do trabalhador. De fato, o isolamento e a dificuldade de acesso são capazes de caracterizar o trabalho forçado quando é impossível ao trabalhador deixar o local de trabalho, especialmente quando o empregador se aproveita dessa situação de vulnerabilidade para sobrepor sua vontade a dos trabalhadores.

Além da coação, entre as formas de vício de consentimento há de se conferir especial atenção à fraude que, por sua sutileza, acaba por criar situações que podem interferir no efetivo trabalho de repressão e prevenção contra o trabalho forçado.

A fraude pode se apresentar sob a forma de falsas promessas de salário e condições de trabalho, ludibriando o trabalhador que é levado para locais remotos, em sua grande maioria, onde a submissão ao trabalho é facilitada, tendo em vista a falta de fiscalização pela polícia e outros órgãos envolvidos na prevenção e na repressão do trabalho forçado, bem como em razão da distância da família e de amigos do trabalhador.

A coerção para o exercício do trabalho, elemento caracterizador do trabalho forçado, pode resultar não apenas de uma ação direta do empregador, mas de imposições externas decorrentes de disposições das autoridades, como a regulamentação de contratos de trabalho ou a vulnerabilidade da vítima e sua necessidade de aceitar o trabalho para sua sobrevivência. Nesse último caso, a necessidade premente que faz com que o trabalhador aceite um trabalho que não deseja, pode ser considerada um fator de caracterização do trabalho forçado quando puder ser aliada a outros fatores pelos quais o empregador pode ser responsabilizado (CONFERÊNCIA INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2007, p. 21).

R., A. C. A. A. O Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde *vs.* Brasil: a aplicação da proibição da escravidão pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e seus reflexos na tutela de direitos pelo Supremo Tribunal Federal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* vol. 188. ano 30. p. 59-104. São Paulo: Ed. RT, fevereiro 2022. DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v188i188.85].

O abuso da vulnerabilidade da vítima pode, assim, ser levado em consideração para caracterização do trabalho forçado, como ameaça de sanção, desde que o empregador utilize essa vulnerabilidade como forma de coagir a vítima. A Corte Europeia de Direitos Humanos, no caso Siliadin *vs.* França manifestou-se no sentido de que, embora a vítima no caso não tivesse sido submetida efetivamente à ameaça de punição, os fatos demonstravam que ela se encontrava em uma situação semelhante, em razão de sua vulnerabilidade. Nesse caso, foi suficiente para comprovar a ameaça de sanção a percepção da vítima, uma menina de 15 anos, estrangeira e em situação migratória irregular, obrigada a trabalhar sete dias por semana, quinze horas por dia, com constante medo de ser presa pelas autoridades migratórias (CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS, 2005, p. 32).

Assim, à noção de trabalho forçado como forma de coerção, física ou mental, a Corte Europeia de Direitos Humanos agregou que a ameaça de sanção deveria ser verificada de acordo com a percepção da vítima, razão pela qual a sua extrema vulnerabilidade é relevante para caracterização do trabalho forçado. Nesse caso, a Corte Europeia de Direitos Humanos verificou que, a despeito de a vítima aparentemente executar o trabalho de forma voluntária, em verdade, tal voluntariedade não poderia ser seriamente considerada, pois a vítima não tinha escolha senão trabalhar, a despeito das péssimas condições de trabalho (CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS, 2005, p. 32).

O Caso Siliadin *vs.* França também demonstra que o consentimento ao trabalho dado por uma criança ou adolescente deve ser observado com cuidado, devendo-se conferir se a vulnerabilidade em razão da idade não foi um dos aspectos utilizados pelo empregador para submeter a vítima a condições indignas de trabalho. Além disso, o consentimento da criança ou do adolescente não pode ser considerado válido quando se trata de trabalhos perigosos para a saúde e segurança dessas, exatamente em função de sua reconhecida vulnerabilidade e condição de pessoas em desenvolvimento (CONFERÊNCIA INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2007, p. 22).

Assim, com fundamento no Direito Internacional e no Direito Internacional de Direitos Humanos, e partindo do quanto decidido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde *vs.* Brasil, a proibição ao trabalho forçado tem por conteúdo a vedação à exploração laboral em situações em que o trabalhador é coagido a exercer seus serviços, por meio de fraude, de coerção moral ou física, seja esse trabalho exigido por particulares ou pelo Estado. Nesses termos, o trabalho forçado, proibido pela Convenção Americana de Direitos Humanos e outros tratados internacionais e de

direitos humanos, é uma forma de exploração do homem que tem por característica a coerção ao trabalho.

Ainda no exame da decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos, cabe verificar qual o alcance da proibição à servidão, assim como às práticas e instituições análogas à escravidão que também foram objeto de discussão no Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde *vs*. Brasil.

3.3. O alcance da proibição à servidão23 e às práticas e instituições análogas à escravidão

A Convenção Americana de Direitos Humanos, apesar de prever o direito a não submetido à servidão em seu art. 6º, também não define o conteúdo material desse direito, de forma que coube à Corte Interamericana de Direitos Humanos, no julgamento do Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde *vs*. Brasil, buscar em outros tratados internacionais subsídios para a definição das obrigações internacionais decorrentes dessa disposição convencional.

A Corte Interamericana, ao tratar do direito a não ser submetido à servidão no Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde *vs*. Brasil, buscou elementos na Convenção Suplementar para a Abolição da Escravidão, o Comércio de Escravos e Instituições e Práticas Similares à Escravidão.

Mesmo a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1948, que em seu art. 4º prevê que ninguém será mantido em escravidão ou servidão e que a escravidão e o tráfico de escravizados devem ser proibidos em todas as suas formas, não explicita o conteúdo material desses direitos[24].

23. É importante ressaltar que tanto os autores de língua inglesa consultados quanto os instrumentos legais em sua versão em inglês utilizam dois termos diferentes que em português têm a mesma tradução. São eles *servitude* e *serfdom*. A expressão *servitude* normalmente é utilizada como uma forma genérica de dominação humana, havendo discussões a respeito de o termo estar abrangido ou não pela definição de escravidão da Convenção de 1926, que serão abordadas no decorrer do texto. A expressão *serfdom*, também traduzida para o português como servidão, está prevista na Convenção Suplementar de 1956 como uma prática específica, determinada por lei, costume ou acordo, em que uma pessoa é obrigada a trabalhar, gratuitamente ou contra remuneração, sem poder alterar sua condição servil. No presente texto, as expressões servidão ou estado servil serão utilizadas no primeiro sentido, genérico, sendo feita a ressalva quando se tratar da prática proscrita pela Convenção Suplementar de 1956.

24. À época da elaboração da Declaração Universal, a redação do artigo não teria suscitado maiores discussões, provavelmente porque, não sendo um diploma obrigatório, mas

A demora na adoção de um tratado de direitos humanos, com força obrigatória, que corporificasse os princípios da Declaração Universal de Direitos Humanos, fez com que a Assembleia Geral da ONU solicitasse ao Conselho Econômico e Social que estudasse o tema escravidão, tendo sido criado, em 1951, o Comitê *Ad Hoc* sobre Escravidão, com a tarefa de verificar se as determinações da Convenção de 1926 permaneciam adequadas e se era necessária a adoção de um novo tratado a respeito do tema (STOYANOVA, 2017a, p. 376).

O relatório do Comitê *Ad Hoc* sobre Escravidão concluiu que as informações colhidas em seus trabalhos davam conta da existência de diversas formas de exploração que mereciam a atenção da ONU, sendo questionável se outras formas de estado servil estariam abrangidas pelos termos da Convenção de 1926. Assim, apesar de reafirmar a validade da Convenção de 1926, o Comitê sugeriu a adoção de outra Convenção, que deixasse clara a necessidade de abolição dessas práticas servis (STOYANOVA, 2017a, p. 376).

Apesar de as discussões iniciais da convenção referirem-se à servidão de forma genérica, em seu processo de negociação, o termo "servidão" foi excluído do texto e deu lugar à expressão "instituições e práticas similares à escravidão". Segundo Jean Allain (2012, p. 207), esse subterfúgio foi utilizado na tentativa de diferenciar as práticas previstas na Convenção Suplementar de 1956 da servidão, proibida pela Declaração Universal de Direitos Humanos, isso porque a Declaração prevê a obrigatoriedade de abolição da servidão, enquanto a Convenção Suplementar de 1956 obriga os Estados a abolirem progressivamente as práticas ali descritas como análogas à escravidão.

Apesar dessa tentativa, segundo o autor, as práticas previstas na Convenção Suplementar são formas de servidão, no sentido empregado por ele de exploração humana menos grave que a escravidão e na qual não há a manifestação dos poderes que normalmente são associados com a propriedade (ALLAIN, 2015, p. 298)[25]. Por essa razão, o autor denomina as práticas análogas à escravidão como servidões convencionais, ou seja, espécies de servidão, em sentido genérico, que foram especificamente descritas na Convenção Suplementar de 1956.

Assim, a ONU, em 1956, adotou a Convenção Suplementar para a Abolição da Escravidão, o Comércio de Escravos e Instituições e Práticas Similares à

apenas uma declaração de princípios, seus redatores não tiveram maiores preocupações quanto ao alcance dos seus termos (STOYANOVA, 2017a, p. 373).

25. A mesma noção de servidão como forma de exploração menos grave que a escravidão pode ser extraída da decisão da Corte Europeia de Direitos Humanos no Caso Siliadin *vs.* França (CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS, 2005, p. 33).

Escravidão[26]. Essa convenção veio a complementar as disposições da Convenção de 1926, especialmente para definir as práticas que seriam assemelhadas à escravidão que, apesar de referidas na Convenção de 1926, permaneciam sem definição quanto ao alcance do seu conteúdo.

Em seu preâmbulo, a Convenção Suplementar cita expressamente a Convenção 29 da OIT como um dos seus fundamentos e ratifica a vigência da Convenção de 1926, acrescentando que são necessários esforços adicionais para abolir a escravidão, o tráfico de escravos e outras instituições e práticas semelhantes à escravidão. Assim, a Convenção Suplementar definiu a servidão27, a servidão por dívidas, o casamento servil e a exploração infantil como práticas que, tal qual a escravidão, deveriam ser proibidas pela legislação internacional.

A servidão por dívidas foi definida como o estado ou a condição em que um devedor se veja comprometido a fornecer, em garantia de uma dívida, seus serviços pessoais ou os de alguém sobre o qual tenha autoridade, se o valor desses serviços não for equitativamente avaliado no ato da liquidação da dívida ou se a duração desses serviços não for limitada nem sua natureza definida (art. 1º, "a")

A servidão[28], por sua vez, é definida como condição de uma pessoa que, por lei, costume ou acordo, é obrigada a trabalhar para uma determinada pessoa, gratuitamente ou contra remuneração, sem poder alterar sua condição servil. Como se vê, a definição da Convenção Suplementar indica se tratar da servidão praticada como costume em alguns lugares, como na Índia, no Paquistão e no Nepal, distinguindo-se da servidão prevista na Declaração Universal de Direitos Humanos que, conforme já dito, é uma expressão de caráter genérico que abrange várias formas de exploração humana menos graves que a escravidão (ALLAIN, 2015, p. 298).

Além dessas servidões, também são identificadas pela Convenção Suplementar como práticas e instituições análogas à escravidão aquelas relacionadas ao casamento servil, ou seja, instituições segundo as quais uma mulher é, sem que tenha o direito de recusa, prometida ou dada em casamento, mediante

26. Aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo 66, de 14.07.1965, e promulgada pelo Decreto 58.563, de 01.06.1966.

27. Do inglês *serfdom*, como forma específica definida na Convenção Complementar de 1956.

28. Do inglês *serfdom*, como forma específica definida na Convenção Complementar de 1956.

remuneração em dinheiro, ou quando o marido, a família ou o clã tem o direito de ceder a esposa a um terceiro, mediante paga ou não, ou, ainda, quando a mulher pode ser transmitida por sucessão a outra pessoa, em virtude da morte de seu marido[29].

Além da servidão por dívidas, da servidão e do casamento forçado, também foi prevista na Convenção Suplementar de 1956 a exploração infantil como prática análoga à escravidão, conhecida como falsa adoção. Ela fica caracterizada quando o menor de dezoito anos é entregue por seus pais ou tutores a um terceiro, "mediante remuneração ou sem ela, com o fim da exploração da pessoa ou do trabalho da referida criança ou adolescente" (art. 1º, "d", da Convenção de 1956).

No caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde *vs.* Brasil foi tema de discussão a servidão por dívidas, e essa foi a forma de servidão pela qual o Brasil foi demandado perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos. A Corte reconheceu que as vítimas, 85 trabalhadores da Fazenda Brasil Verde em março de 2000, estavam submetidos a um regime de servidão por dívidas, uma vez que os empregadores faziam descontos nos salários dos trabalhadores referentes a despesas de viagem, comida e outros itens, de forma que a dívida era impossível de ser saldada (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2016, p. 79).

A Corte não fez o exame detalhado da aplicação do art. 1º, "a", da Convenção Suplementar de 1956, quanto à valoração dos serviços, fazendo referência genérica ao pagamento de salários irrisórios aos trabalhadores. A sentença deixa transparecer, ao fazer referência aos salários irrisórios recebidos pelas vítimas e à existência de uma dívida impagável, que se teve como fator determinante a injusta avaliação dos serviços das vítimas (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2016, p. 79), especialmente porque ficou demonstrado que os trabalhadores, tendo em vista os descontos, praticamente não recebiam

29. Joel Quirk (2012, p. 270) relata que existe um nexo histórico entre casamento, reprodução e escravidão, razão pela qual o casamento servil foi incluído entre as práticas consideradas análogas à escravidão. O autor ressalta, contudo, que há várias formas de casamento servil e não raras vezes tais práticas claramente demonstram também o exercício de atributos do direito de propriedade, especialmente no que diz respeito aos direitos reprodutivos da mulher, assim como sobre a identidade social e religiosa da vítima, que não pode deixar o casamento em razão do uso de violência e ameaça ou da imposição de outras sanções. Nesses casos, para o autor, há verdadeira escravidão nos termos do art. 1º da Convenção de 1926, uma vez que existe o exercício de controle sobre a mulher de forma a lhe retirar a autonomia e até mesmo a destruição da personalidade da vítima.

R., A. C. A. A. O Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde *vs.* Brasil: a aplicação da proibição da escravidão pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e seus reflexos na tutela de direitos pelo Supremo Tribunal Federal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 188. ano 30. p. 59-104. São Paulo: Ed. RT, fevereiro 2022. DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v188i188.85].

pagamento pelos serviços prestados (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2016, p. 41).

Assim, a proibição à servidão abrange situações nas quais se exerce controle sobre uma pessoa, mas em menor grau que a escravidão e inclui as servidões convencionais, previstas na Convenção Suplementar de 1956 como as condições análogas à escravidão, quais sejam, a servidão por dívidas, a servidão[30], a exploração infantil e o casamento servil.

3.4. O direito absoluto de não ser escravizado e a prescrição de violações à proibição à escravidão

As normas de direitos humanos têm por características não apenas criar direitos subjetivos aos seus titulares e obrigações negativas aos Estados, mas também impõem deveres de implementação desses direitos por parte dos Estados. Segundo André de Carvalho Ramos (2016, p. 275), tais deveres "geram a criação de procedimentos e também de entes ou organizações capazes de assegurar, na vida prática, os direitos fundamentais da pessoa humana", o que o autor denomina dimensão objetiva dos direitos humanos.

De fato, para além de reconhecer que existe a obrigação de não fazer uso das práticas proibidas pelo art. 6º da Convenção Americana de Direitos Humanos, a Corte Interamericana também fixou que existe o dever dos Estados de garantir que tais direitos sejam efetivamente implementados, implicando o dever de prevenção, investigação e punição de possíveis situações de escravidão, de servidão e de trabalho forçado.

Assim, a Corte Interamericana (2016, p. 83), ao reconhecer e delimitar as proibições à escravidão, à servidão e ao trabalho forçado, entendeu que os Estados têm obrigação de criminalizar essas condutas, investigar e punir eventuais violações a direitos humanos, independentemente de provocação das vítimas.

Fixadas essas obrigações, a Corte definiu que a proibição à escravidão é uma obrigação absoluta e que compõe o *jus cogens* internacional. Assim, segundo a Corte, a proibição à escravidão é uma obrigação *erga omnes* do Direito Internacional, decorrente do Direito Internacional costumeiro e cuja aplicação obriga a todos os Estados, "independentemente de aceitação e, por consequência, sem que seja possível objetá-las" (MAZZOULI, 2017, p. 44). Assim, o descumprimento dessa proibição implica a responsabilidade internacional do Estado

30. Do inglês *serfdom*, como forma específica definida na Convenção Complementar de 1956.

violador, mesmo que esse não tenha ratificado os tratados internacionais e de direitos humanos que prevejam tal proibição.

Não bastasse isso, a proibição à escravidão também integra o *jus cogens* internacional, que são normas que refletem valores fundamentais da sociedade internacional e que, portanto, são inderrogáveis, não sendo passíveis de limitação.

Essa impossibilidade de derrogação do direito de não ser submetido à escravidão está prevista nos principais tratados internacionais de direitos humanos como o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (art. 4º, 2), a Convenção Europeia de Direitos Humanos (art. 15, 2) e a Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 27, 2). Em razão disso, o direito de não ser submetido à escravidão é tido como um direito absoluto, que integra o núcleo essencial da proteção à pessoa humana e que não comporta juízos de ponderação (BOBBIO, 1992, p. 20).

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, portanto, reconheceu no Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde *vs.* Brasil a impossibilidade de derrogação do direito de não ser submetido à escravidão na Convenção Americana de Direitos Humanos e que não permite flexibilização ou relativização (PIOVESAN, 2017, p. 38).

Essa estatura da proibição à escravidão foi ressaltada pelo Brasil junto a Corte Interamericana de Direitos Humanos, tendo sido argumentado que a proibição à escravidão possui uma "armadura supernormativa" que inclui além das características de ser norma imperativa e inderrogável, também a possibilidade de fundamentar a responsabilidade individual no Direito Penal Internacional.

Apesar de reconhecer a posição privilegiada do direito de não ser escravizado, no julgamento o Brasil argumentou que a proibição à servidão e ao trabalho forçado contemplam obrigações associadas a direitos normais, ao contrário dos associados com os direitos fundamentais, como a proibição à escravidão, não se beneficiando da mesma "armadura supernormativa".

A Corte, contudo, reconheceu que não apenas a proibição à escravidão, mas também a proibição à servidão, inclusive as condições análogas à escravidão, fazem parte do Direito Internacional consuetudinário (obrigações *erga omnes*) e do *jus cogens* internacional, sendo, portanto, imperativas, inderrogáveis e aplicáveis a todos os Estados (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2016, p. 73).

Ao reconhecer essa "armadura supernormativa" ao direito de não ser escravizado e não ser submetido à servidão, inclusive as servidões convencionais como a servidão por dívidas, a Corte considerou que os Estados não podem prever normas que impeçam a responsabilização em casos de violações e, assim, normas

R., A. C. A. A. O Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde *vs.* Brasil: a aplicação da proibição da escravidão pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e seus reflexos na tutela de direitos pelo Supremo Tribunal Federal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* vol. 188. ano 30. p. 59-104. São Paulo: Ed. RT, fevereiro 2022. DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v188i188.85].

que preveem a ocorrência de prescrição nesses casos seriam incompatíveis com a Convenção Americana de Direitos Humanos.

O Estado brasileiro questionou a aplicação no Direito interno do reconhecimento da imprescritibilidade das violações à proibição à escravidão, argumentando que tais condutas seriam imprescritíveis apenas no plano internacional.

A Corte, contudo, entendeu que as regras que impedem a responsabilização de violações ao direito de não ser escravizado são incompatíveis com a obrigação dos Estados de adaptar suas normas internas de acordo com os padrões internacionais. Assim, a aplicação de normas que estabelecem a prescrição em casos de escravidão ou suas formas análogas, inclusive a servidão e a servidão por dívidas, é inadmissível segundo as regras de Direito Internacional, pois tais normas constituem um obstáculo à investigação, à punição e à reparação das vítimas de violações desses direitos, que têm natureza absoluta e universal (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, p. 103).

O Estado brasileiro também argumentou que o art. 149 do Código Penal brasileiro encerraria uma série de condutas que não podem ser consideradas delitos contra a humanidade e, portanto, não poderiam ser consideradas imprescritíveis. Apesar disso, a Corte entendeu que a escravidão é um delito internacional e que a eventual amplitude do texto do art. 149 do Código Penal não impede o reconhecimento de que a proibição da escravidão e suas formas análogas são um direito absoluto, cuja responsabilidade por violações não pode estar sujeita a regras de exclusão (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, p. 113).

Nesse caso a Corte deixou claro que não estava declarando que um artigo específico do Código Penal brasileiro é imprescritível, mas apenas as condutas que possam ser igualmente consideradas escravidão ou suas formas análogas, em conformidade com o Direito Internacional e o Direito Internacional de Direitos Humanos (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, p. 113).

Assim, a Corte reconheceu, além da inaplicabilidade das regras de prescrição aos casos de escravidão e suas formas análogas, a necessidade de adaptação da legislação interna aos tratados internacionais sobre o tema.

3.5. Conclusões: os critérios estabelecidos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos para definição do conteúdo da proibição à escravidão

A proibição à escravidão à luz do que preveem os artigos 6.1 e 6.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos, interpretada com apoio na Convenção de 1926, tem por elementos: "i) o estado ou condição de um indivíduo e ii) o

R., A. C. A. A. O Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde *vs.* Brasil: a aplicação da proibição da escravidão pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e seus reflexos na tutela de direitos pelo Supremo Tribunal Federal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 188. ano 30. p. 59-104. São Paulo: Ed. RT, fevereiro 2022. DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v188i188.85].

exercício de algum dos atributos do direito de propriedade, isto é, que o escravizador exerça poder ou controle sobre a pessoa escravizada ao ponto de anular a personalidade da vítima" (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2016, p. 71).

A proibição da escravidão, apoiada na definição contida na Convenção de 1926, abrange várias manifestações de exploração do ser humano, desde a escravidão formal, tutelada pelo Direito (estado), até a escravidão de fato (condição), quando não há o reconhecimento do direito de propriedade sobre pessoas. A Convenção de 1926, como visto, contém uma definição que se mostrou perfeitamente aplicável a manifestações contemporâneas de escravidão.

O Direito Internacional e o Direito Internacional de Direitos Humanos têm por elemento característico da escravidão, assim, a manifestação do exercício de controle e da submissão de uma pessoa à outra, de forma que, para a caracterização da escravidão, é necessário o exercício de controle sobre a vítima, equivalente à posse, ou seja, em grau suficiente para retirada da sua autonomia (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2016, p. 72).

Além disso, levando-se em conta a proibição da escravidão no Direito Internacional e no Direito Internacional de Direitos Humanos e sua aplicação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, apesar de a coerção ser meio para o exercício do controle equivalente à posse, ela não é o elemento caracterizador da escravidão, mas sim do trabalho forçado, outra forma de exploração humana que, não tem por características essenciais o controle e a submissão da vítima.

Foram ainda analisadas outras formas de exploração humana, definidas na Convenção Suplementar de 1956 como práticas análogas à escravidão, que têm características próprias, mas que não necessariamente podem ser tratadas como escravidão, salvo se for possível a identificação do controle equivalente à posse, conforme a definição da Convenção de 1926.

Entender a escravidão por esse prisma é importante porque, como manifestação de uma atividade humana, essa se apresenta de várias formas, refletindo os padrões sociais e culturais (BALES, 2012b, p. 361). Assim, uma definição legal de escravidão precisa focar em características gerais da escravidão e em como esses critérios e características essenciais são praticados em qualquer período e culturas (BALES, 2012b, p. 281).

Por tal razão, estabelecidos os parâmetros para delimitação do alcance da proibição da escravidão no Direito Internacional e no Direito Internacional de Direitos Humanos, podemos examinar os reflexos dessa proibição no direito nacional, especificamente na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF).

R., A. C. A. A. O Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde *vs.* Brasil: a aplicação da proibição da escravidão pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e seus reflexos na tutela de direitos pelo Supremo Tribunal Federal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 188. ano 30. p. 59-104. São Paulo: Ed. RT, fevereiro 2022. DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v188i188.85].

4. O STF e a proibição à escravidão

Para a identificação do conteúdo da proibição à escravidão na prática do STF, foi feita, inicialmente, uma pesquisa das decisões do tribunal, utilizando-se a ferramenta de pesquisa do Conselho da Justiça Federal (CJF), com os critérios: *escravidão, escravo, servidão e trabalho [adj] forçado,* a fim de verificar como o STF tem aplicado a proibição à escravidão no Brasil, bem como a proibição à servidão e ao trabalho forçado, e estudar como a decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos pode influenciar o julgamento de outros casos pelo STF.

A busca com o critério escravidão obteve 5 resultados e com o critério escravo 21 resultados. Excluindo-se os casos comuns às duas pesquisas, obteve-se 23 acórdãos do STF que de alguma maneira citam os temas escravidão e escravo. A pesquisa com o termo servidão não teve resultados e a pesquisa com o termo trabalho forçado obteve 7 resultados. Desses, 4 casos já estavam contidos no resultado da busca com os termos escravidão e escravo.

Examinando os resultados das buscas, pôde-se excluir da análise os casos que não aplicavam diretamente a proibição à escravidão. Feita a exclusão, a base de análise permaneceu apenas com casos em que as discussões a respeito do tema escravidão estavam centradas no exame das condutas tipificadas no art. 149 do Código Penal. Tal resultado demonstra que o STF identifica como escravidão, assim, apenas as condutas tipificadas pelo art. 149 do Código Penal, de forma que é possível dizer que na prática do tribunal o conteúdo da proibição à escravidão está delimitado pela interpretação e aplicação do referido tipo penal.

4.1. A política nacional de enfretamento à escravidão e a aplicação da proibição à escravidão pelo STF

Na experiência nacional as políticas para enfrentamento da escravidão tiveram seu desenvolvimento a partir da ótica de proteção dos trabalhadores, especialmente trabalhadores rurais, de forma que a proibição à escravidão acabou por ter seu alcance vinculado à proteção dos trabalhadores contra a exploração (COSTA, 2010, p. 34).

Luciana Conforti (2019, p. 174) entende que o direito de não ser escravizado no Brasil é um direito fundamental decorrente do direito ao trabalho digno, relacionando a construção da política nacional de enfrentamento à escravidão e do conteúdo da proibição à escravidão diretamente às conquistas sociais dos trabalhadores, com destaque à "participação dos trabalhadores nas garantias de proteção ao trabalho, na construção do direito ao trabalho digno e do direito de não ser escravizado" (CONFORTI, 2019, p. 341).

R., A. C. A. A. O Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde *vs.* Brasil: a aplicação da proibição da escravidão pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e seus reflexos na tutela de direitos pelo Supremo Tribunal Federal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* vol. 188. ano 30. p. 59-104. São Paulo: Ed. RT, fevereiro 2022. DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v188i188.85].

A autora ressalta a importância da criação do Grupo Especial de Fiscalização Móvel (GEFM), com atuação nacional para fiscalização de casos de trabalho em condições análogas à de escravo e de trabalho infantil (CONFORTI, 2109, p. 179). O grupo, vinculado à Secretaria de Inspeção do Trabalho, realiza fiscalizações, portanto, sob a ótica da violação de direitos dos trabalhadores e da regulamentação do trabalho.

A atuação do GEFM influenciou o desenvolvimento de diversas políticas públicas para dar suporte ao trabalho do grupo[31], principalmente a aprovação da Lei 10.803, de 2003, que alterou o art. 149 do Código Penal, e cuja redação foi baseada nas experiências dos auditores fiscais nas fiscalizações do GEFM e de seus parceiros, tanto da sociedade civil, como parceiros de outros órgãos e entidades estatais (BARBOSA, 2017, p. 170).

Fica claro, assim, que o esforço nacional de erradicação da escravidão contemporânea está intrinsecamente relacionado à identificação da escravidão apenas às situações de abuso ou exploração laboral. A política nacional de enfrentamento à escravidão, assim, foi construída com alicerce na proteção constitucional da dignidade humana e no princípio de valorização social do trabalho (SCOTT; BARBOSA; HADDAD, 2017, p. 1), de forma que, inserido nesse contexto, o art. 149 do Código Penal reflete essa linha estruturante.

O crime de redução à condição análoga à de escravo, com a redação conferida pela Lei 10.803, de 2003, claramente demonstra a escolha do legislador em restringir sua aplicação aos casos em que há exploração do trabalho da vítima, uma vez que há, em todas as condutas, expressa menção ao exercício de uma atividade laboral. Essa escolha do legislador se justifica pelo fato de, como dito, o art. 149 do Código Penal ser fruto de uma política de enfrentamento à escravidão que surgiu da pressão e da luta contra a exploração dos trabalhadores, mas também porque a redação do artigo parte de uma perspectiva pragmática e não teórica, pois se fundamenta na experiência acumulada ao longo dos anos pela fiscalização do trabalho.

A prática do STF, ao identificar a escravidão apenas nos casos em que há a aplicação do art. 149 do Código Penal, reflete essa vinculação da proibição à

31. Como o pagamento de parcelas do seguro-desemprego aos trabalhadores encontrados pelos fiscais do trabalho em condições análogas à de escravo, autorizado pela Lei 10.608, de 2002, a criação da Comissão Nacional para Erradicação do Trabalho Escravo – CONATRAE, que auxilia e supervisiona a implementação dos planos nacionais de erradicação do trabalho escravo, além da criação do Cadastro de Empregadores que tenham submetido trabalhadores a condições análogas à de escravo.

escravidão à noção de trabalho digno e à proteção do trabalhador e das relações de trabalho.

Dos casos da amostra, apenas três mereceram análise mais detalhada, pois efetivamente examinavam os fatos à luz das condutas do art. 149 do Código Penal, de forma a contribuir para a definição do conteúdo material da proibição à escravidão na prática do STF, sendo eles o INQ 2131, INQ 3412, ambos julgados pelo plenário, e o INQ 3564, julgado pela 2ª Turma do Tribunal.

Nos três casos selecionados para análise, a discussão gira em torno dos fundamentos constitucionais e também do bem jurídico tutelado pelo crime do art. 149 do Código Penal, extraindo-se dessa base teórica a interpretação das condutas tipificadas pelo citado artigo. Nesses casos, a maioria dos Ministros do STF entendeu que o crime de redução à condição análoga à de escravo representa uma violação à dignidade do ser humano, do ponto de vista do trabalho e à autonomia da vontade do trabalhador.

No INQ 2131, o voto da Ministra Ellen Gracie, relatora, faz a relação entre a atual redação do art. 149 do Código Penal e a proibição ao trabalho forçado, de forma que o crime do art. 149 do Código Penal representa um atentado à dignidade da pessoa humana, na vertente do direito à liberdade e do direito ao trabalho digno (BRASIL, 2012a, p. 30).

O Ministro Luiz Fux fundamentou a proibição à escravidão nos valores constitucionais da dignidade da pessoa humana, da importância do trabalho e da erradicação das desigualdades, identificando a escravidão como superexploração do trabalho humano.

Da mesma forma, o Ministro Joaquim Barbosa (BRASIL, 2012a, p. 98) ressaltou que o crime do art. 149 do Código Penal é um crime contra a organização do trabalho, fazendo, assim, a identificação da escravidão com a liberdade para o trabalho.

Em seu voto, o Ministro Ayres Brito (BRASIL, 2012a, p. 103) ressaltou a combinação perversa de salários baixos e a indução pelo empregador da dívida do empregado, sendo essa uma forma escravização em que a dívida é utilizada não só para restringir a liberdade de locomoção do empregado, mas como meio de dificultar que ele procure um novo emprego.

Os votos dos Ministros Marco Aurélio, Gilmar Mendes e Dias Toffoli também fazem a relação entre a proibição da escravidão com a liberdade ao trabalho, ressaltando, contudo, que as figuras do art. 149 necessitam de comprovação de coação ou violência que restrinjam a liberdade dos trabalhadores. Apesar de partirem também da vinculação da escravidão com a exploração do trabalho das

R., A. C. A. A. O Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde *vs.* Brasil: a aplicação da proibição da escravidão pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e seus reflexos na tutela de direitos pelo Supremo Tribunal Federal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 188. ano 30. p. 59-104. São Paulo: Ed. RT, fevereiro 2022. DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v188i188.85].

vítimas, fazem uma leitura ainda mais restrita, segundo a qual deve haver a restrição da liberdade de locomoção. Essas manifestações partem do princípio de que a escravidão tem por característica a restrição física da liberdade, em descompasso com a conteúdo da proibição da escravidão no Direito Internacional e no Direito Internacional de Direitos Humanos. Aliás, como se demonstrou no capítulo anterior, nem mesmo a servidão ou o trabalho forçado tem por elemento caracterizador a restrição da liberdade de movimento da vítima.

Também no INQ 3412 houve a identificação da escravidão com a noção de proteção ao trabalhador e à liberdade ao trabalho. Nesse caso, cujo julgamento se deu meses depois do julgamento do INQ 2131, a Ministra Rosa Weber em seu voto divergente do relator, fez referência ao direito ao trabalho digno como conteúdo do direito de não ser escravizado (BRASIL, 2012b, p. 27).

Os Ministros Dias Toffoli (BRASIL, 2012b, p. 38) e Gilmar Mendes (BRASIL, 2012b, p. 53), repetindo a argumentação do INQ 2131, caracterizam o crime de redução à condição análoga à de escravo como crime contra a liberdade pessoal dos trabalhadores, restringindo sua acepção, contudo, à de liberdade de locomoção.

O INQ 3564 foi julgado pela 2ª Turma do STF em 2014 e, nesse caso, há que se destacar o voto do Relator, Ministro Ricardo Lewandowski, que ressaltou que a prática do crime de redução à condição análoga à de escravo se dá com a ofensa reiterada aos direitos fundamentais do trabalhador, vulnerando, assim a sua dignidade.

Da análise desses casos, fica claro que, para o STF, a caracterização do crime do art. 149 do Código Penal se dá quando há uma "relação que envolva a prestação de serviços por trabalhador e um tomador desses serviços, mesmo que essa prestação tenha sido intermediada por preposto ou quem quer que seja" (BRITO FILHO, 2017, p. 66).

Ao tratar como escravidão apenas os casos em que há aplicação do art. 149 do Código Penal, o STF, no mesmo sentido da política nacional de enfrentamento à escravidão, finda por restringir o alcance da proibição aos casos em que há exploração laboral, vinculando-a à proteção do trabalhador e à garantia ao trabalho digno. Há, assim, uma diferença substancial entre a proibição à escravidão no Direito Internacional e no Direito Internacional de Direitos Humanos e a proibição à escravidão no Direito interno, especialmente na prática do STF.

Por tal razão, Rebecca Scott, Leonardo Barbosa e Carlos Haddad, ao se referirem ao crime do art. 149 do Código Penal, preferem usar o termo trabalho escravo, como forma de diferenciar suas condutas daquelas proibidas no Direito

Internacional e no Direito Internacional de Direitos Humanos (SCOTT; BARBOSA; HADDAD, 2017, p. 35)[32].

Tal divergência, é importante que se ressalte, não implica dizer que situações de escravidão praticadas no Brasil não possam ser enquadradas como tal, com fundamento no Direito Internacional e no Direito Internacional de Direitos Humanos.

4.2. A coerção ao trabalho e o crime de redução à condição análoga à de escravo na prática do STF

Como visto no tópico anterior, a política nacional de enfretamento à escravidão e o STF restringem a noção de escravidão às figuras constantes do art. 149 do Código Penal, cabendo relacionar tais condutas com aquelas proibidas pelo Direito Internacional e pelo Direito Internacional de Direitos Humanos.

Os verbos utilizados pelo legislador do art. 149 do Código Penal indicam que algum grau de coerção e de restrição da capacidade de escolha da vítima são necessários para a configuração crime (SCOTT, BARBOSA; HADDAD, 2017, p. 10), de forma que tais autores entendem que deve haver alguma forma de coerção da vítima.

A necessidade de comprovação da restrição da autonomia do trabalhador, que se vê obrigado a trabalhar em condições com as quais não concordou ou cujo consentimento não pode ser válido, também é tratada por Carlos Haddad. Ao descrever especificamente as condutas de submissão a condições degradantes de trabalho e a jornadas exaustivas de trabalho, o autor defende que somente fica configurado o crime quando, praticando-se as condutas descritas no tipo penal, for violada a liberdade de trabalho, no sentido de capacidade de o empregado se autodeterminar e decidir sobre as condições em que desenvolverá a prestação de serviço (HADDAD, 2013, p. 85).

Assim, para esses autores, o crime de redução à condição análoga à de escravo se configura quando o trabalhador de alguma forma se vê obrigado a prestar serviços ao seu empregador, ainda que tal compulsoriedade seja extraída não da violência ou de ameaças diretas, mas também da fraude e outras formas de vício de consentimento. Esse requisito aproxima as condutas do art. 149 do Código

32. Tradução livre da autora. Texto original: "It provides instead a specific normative concept, that of behaviors that are no longer permissible as between employer and worker, for they reproduce elements of what once imposed by masters upon slaves."

Penal à definição de trabalho forçado vista no item anterior, em que a coerção e a não voluntariedade são elementos essenciais.

É nesse sentido também que José Cláudio Monteiro Brito Filho (2017, p. 58), ao tratar do crime de redução à condição análoga à de escravo, defende que é necessária a demonstração da restrição da liberdade do trabalhador, no sentido mais amplo que o da mera liberdade de locomoção, como liberdade de autodeterminação e de livre escolha do trabalho e suas condições. Dessa forma, o autor também aproxima o crime do art. 149 do Código Penal ao conteúdo da proibição ao trabalho forçado.

As decisões do STF nos INQ 2131, INQ 3412 e INQ 3564 tratam exatamente da forma de coerção necessária para configuração do crime, reconhecendo que não apenas a violência e a coação física podem ser utilizadas para a prática do crime, mas também a coação psicológica.

O voto da Ministra Rosa Weber no INQ 3412, relatora para o acórdão, parece ser contraditório a respeito da necessidade de coação para caracterização do crime de redução à condição análoga à de escravo. A despeito de caracterizar o crime como uma forma de violação à capacidade de autodeterminação do trabalhador, a Ministra Rosa Weber entende que tal consequência pode ser obtida "não só mediante coação, mas também pela violação intensa e persistente de seus direitos básicos, inclusive do direito ao trabalho digno" (BRASIL, 2012b, p. 27).

Apesar de, aparentemente dispensar a coação, ao reconhecer que no crime de redução à condição análoga à de escravo a violação ao direito ao trabalho digno prejudica a capacidade da vítima de se autodeterminar e realizar escolhas, implicitamente se reconhece que as condições de trabalho foram impostas ou não foram aceitas validamente pela vítima. Assim, o que o voto da Ministra Rosa Weber deixa claro que é não é necessário que o empregador exerça coação direta sobre o trabalhador, seja sob a forma de violência física ou coação moral, mas que o abuso da posição de vulnerabilidade da vítima é suficiente para demonstrar que o consentimento ao trabalho não é válido. O voto da Ministra, portanto, acaba por reconhecer que não existe voluntariedade do trabalho, ainda que a falta de consentimento possa ser demonstrada de diversas maneiras.

A privação de direitos básicos de uma pessoa, "de forma intensa e persistente", nos dizeres da Ministra Rosa Weber (BRASIL, 2012b, p. 27), é uma afronta ao princípio da dignidade humana, não havendo, assim, "autonomia individual ou liberdade – nesse sentido – onde pessoas maximizam a vulnerabilidade de outros para reduzir os custos de produção, colocando em risco a vida e a saúde de trabalhadores" (BARBOSA, 2017, p. 187). A submissão do trabalhador a condições degradantes de trabalho e a jornadas exaustivas é, portanto, forte demonstração

R., A. C. A. A. O Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde *vs.* Brasil: a aplicação da proibição da escravidão pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e seus reflexos na tutela de direitos pelo Supremo Tribunal Federal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 188. ano 30. p. 59-104. São Paulo: Ed. RT, fevereiro 2022. DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v188i188.85].

de que o consentimento ao trabalho e suas condições de prestação não foram válidos, bem como do controle exercido pelo empregador sobre os trabalhadores.

Importante se verificar que uma característica comum em relações de exploração humana, entre elas o trabalho em condições análogas à de escravo definido pelo art. 149 do Código Penal, é a vulnerabilidade das vítimas. Contudo, no caso desse crime, a mera identificação dessa vulnerabilidade não é capaz, por si só, de demonstrar a privação da autonomia dos trabalhadores. A exploração que caracteriza a redução à condição análoga à de escravo vai além do recrutamento de pessoas vulneráveis, ela se apoia na maximização intencional da vulnerabilidade desses trabalhadores, ao adicionar outros componentes na relação de trabalho: jornadas exaustivas, comida estragada, água não potável, condições humilhantes de vida e habitação, ameaça (velada ou não), falta de proteção contra riscos ocupacionais, a dívida como meio de coerção e o deslocamento do trabalhador de local de origem e sua rede de proteção social. É a conjunção de vários desses fatores que minam a autonomia do trabalhador e, portanto, são capazes de demonstrar que o consentimento quanto às condições de trabalho foi viciado (BARBOSA, 2017, p. 178).

O empregador, assim, não é responsável por todas as circunstâncias externas ou coações indiretas que existem na prática, como a necessidade de trabalhar para garantir o sustento. Contudo, o empregador torna-se responsável quando age de forma a maximizar a vulnerabilidade dos trabalhadores. Segundo Rebeca Scott, Leonardo Barbosa e Carlos Haddad, a coerção que caracteriza trabalho escravo no Brasil é um "padrão no qual empregadores constroem e aprofundam a vulnerabilidade de uma porção da população de trabalhadores e fim de facilitar o controle" (SCOTT; BARBOSA; HADDAD, 2017, p. 14)[33].

Assim, concluem os autores, é necessário identificar como as vítimas foram levadas ao trabalho, procurando as circunstâncias em que o trabalho é exercido, que podem incluir debilitação física e riscos à vida e à saúde dos trabalhadores, assim como questões específicas sobre o local de trabalho em si, como a distância entre o local de recrutamento enganoso e o de prestação dos serviços, situações que podem fornecer elementos capazes de demonstrar um contexto de submissão dos trabalhadores (SCOTT; BARBOSA; HADDAD, 2017, p. 15). De fato, essas circunstâncias são capazes de intensificar a vulnerabilidade dos trabalhadores a um ponto que os impossibilite de recusar o trabalho que lhes é imposto pelo empregador.

33. Tradução livre da autora. Texto original: "(…) a pattern in which employers build on and deepen the vulnerability of a portion of the working population in order to facilitate control.

A vulnerabilidade da vítima, como fator que pode demonstrar a inexistência de consentimento válido para o trabalho, foi explorada pela Corte Europeia de Direitos Humanos no Caso Siliadin *vs.* França, já citado. Nesse caso, a Corte Europeia entendeu que a vulnerabilidade da vítima era equivalente à ameaça de penalidade para configuração do trabalho forçado. Assim, a despeito de não haver no caso ameaças diretas contra a vítima, a Corte entendeu que, na sua perspectiva, ela se encontrava em uma situação equivalente, uma vez que seus empregadores se aproveitavam da sua vulnerabilidade, reforçando o medo que a vítima tinha de ser presa e deportada, tendo em vista sua situação de imigrante ilegal (STOYANOVA, 2017b, p. 447).

Apesar dessa aproximação do art. 149 do Código Penal, não é demais lembrar que as condições de trabalho também podem ser indicativas de escravidão, conforme definida na Convenção de 1926, na medida em que podem demonstrar o exercício de um dos atributos inerentes à propriedade, a destruição ou a disposição do bem.

A orientação 4 das *Bellagio-Harvard Guidelines* prevê que o ato de dispor de uma pessoa, seguido de sua exploração, pode fornecer prova de escravidão (ALLAIN, 2015, p. 559), pois as condições de trabalho que levam à exaustão física ou psicológica de uma pessoa podem findar na sua destruição. Segundo Carlos Haddad:

> "Cada uma das ações descritas no art. 149, quando presentes, resultam na mesma situação: abuso da força de trabalho. Quando trabalhadores são submetidos a trabalho forçado ou a jornadas exaustivas, o empregador extrai do seu trabalho algo que vai além do que é razoavelmente requerido, desprezando as limitações físicas normais em benefício do empreendimento. Jornadas exaustivas reduzem severamente a capacidade do corpo humano de se manter e funcionar eficientemente. Maus-tratos ou negligência a uma pessoa que impliquem exaustão física ou psicológica podem ser considerados um ato de escravidão, porque o trabalhador é tratado como um item descartável, ao invés de um ser humano com necessidade de vida e saúde" (HADDAD, 2017, p. 513)[34].

34. Tradução livre da autora. Texto original: "Each of the actions described in Article 149, when present, results in the same situation: abuse of the workforce. When workers are submitted to forced labor or debilitating workdays, the employer extracts from their labor something that goes beyond what is reasonably required, disregarding normal physical limitations to benefit the enterprise. Debilitating workdays severely reduce the capacity of the human body to sustain itself or to function efficiently. The mistreatment

Dessa forma, fica demonstrado que a redação do art. 149 do Código Penal o aproxima da proibição ao trabalho forçado, conforme definida no Direito Internacional e no Direito Internacional de Direitos Humanos. Apesar disso, uma vez que as definições de trabalho forçado e de escravidão previstas internacionalmente não são excludentes, é possível que algumas condutas tipificadas no art. 149 do Código Penal também possam ser consideradas escravidão para fins de aplicação das convenções internacionais sobre o tema, desde que seja possível a identificação do exercício dos atributos do direito de propriedade. O exercício desses atributos, contudo, não é essencial para a caracterização do delito tipificado no direito penal pátrio.

A despeito de ser necessária alguma forma de coerção ou de não voluntariedade ao trabalho para caracterização do crime do art. 149 do Código Penal, coerção não é equivalente à restrição da liberdade de locomoção. A discussão sobre a necessidade ou não da restrição de liberdade de locomoção permeia as argumentações expostas no julgamento do INQ 2131 e do INQ 3412.

A necessidade de restrição da liberdade de locomoção, contudo, aproxima a interpretação do crime do art. 149 do Código Penal à caracterização da escravidão como dominação corporal, defendido por Orlando Patterson (2012, p. 230) e James Penner (2012, p. 250), o que foi rechaçado pela Corte Interamericana no julgamento do Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde *vs.* Brasil, uma vez que a Corte entendeu que o controle exercido na escravidão pode ser obtido não apenas por meio de coação física, mas também da coação moral, incluindo o abuso da vulnerabilidade do trabalhador, desde que haja o exercício dos atributos inerentes ao direito de propriedade, conforme a definição da Convenção de 1926 sobre escravidão (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2016, p. 79).

No que se refere à interpretação do art. 149 do Código Penal, a dominação corporal como parâmetro para configuração do crime é ainda mais desnecessária, já que, como visto, o crime de redução à condição análoga à de escravo tem conteúdo que o aproxima da proibição ao trabalho forçado e sua configuração se dá com a falta de consentimento para o trabalho ou vício nesse consentimento, ainda que a inexistência de assentimento se dê em razão da vulnerabilidade da vítima.

É certo que o art. 149 do Código Penal faz referência à restrição da liberdade de locomoção ao tratar da servidão por dívidas e também nas figuras do parágrafo

---

or neglect of a person that imposes physical or psychological exhaustion may be regarded as an act of slavery, because it treats the worker as a disposable unit of labor rather than a human being with a claim to life and safety."

R., A. C. A. A. O Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde *vs.* Brasil: a aplicação da proibição da escravidão pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e seus reflexos na tutela de direitos pelo Supremo Tribunal Federal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* vol. 188. ano 30. p. 59-104. São Paulo: Ed. RT, fevereiro 2022. DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v188i188.85].

primeiro do artigo, que tratam do cerceamento do uso de meios de transportes por parte do trabalhador, da vigilância ostensiva do local de trabalho e também da retenção de documentos e objetos pessoais do trabalhador. Em todos esses casos, o legislador adicionou como elemento do tipo a intensão de manter o trabalhador no local de trabalho.

Ocorre que, mesmo do caso da referência à liberdade de locomoção no *caput* e nas figuras do parágrafo primeiro, a finalidade das condutas não é meramente a restrição da liberdade de locomoção da vítima, mas a exploração da capacidade de trabalho dessa e a manutenção do vínculo com o qual o trabalhador não consentiu. De fato, a real intenção de quem pratica essas condutas é coagir a vítima ao trabalho, sendo essa, aliás, a distinção essencial entre o crime de redução à condição análoga à de escravo e o crime de cárcere privado.

Há uma enorme diferença entre a restrição da liberdade de escolha do trabalho e a restrição da liberdade de locomoção, pois a vítima pode experimentar alguma liberdade de movimento, como saídas aos domingos, mas nunca se sentir realmente livre para deixar o trabalho, por vários motivos, como a dívida com o empregador, retenção de pagamentos, retenção de documentos e objetos pessoais, isolamento do local de trabalho, distância do local de residência e o incremento da vulnerabilidade em razão da falta de contato com familiares e amigos. Essas são as formas de retenção do trabalhador mais comuns no Brasil, conforme estudo feito por Rebeca Scott, Leonardo Barbosa e Carlos Haddad (2017, p. 19).

Assim, é a descrição de toda a dinâmica da relação de trabalho, a partir do recrutamento, que é capaz de demonstrar os constrangimentos à autonomia dos trabalhadores, a partir da maximização intencional de suas vulnerabilidades. E não se pode realmente dizer que, em tais circunstâncias, o trabalhador tem liberdade de escolha de deixar a relação de trabalho e, consequentemente, o local de trabalho.

A analogia com a escravidão colonial do Brasil fundamenta o entendimento externado pelos Ministros Marco Aurélio, Dias Tofolli e Gilmar Mendes ao defenderem a necessidade de constrição física para a caracterização do crime de redução à condição análoga à de escravo nos INQ 2131, INQ 3412 e INQ 3564. A questão foi debatida nos julgamentos do STF e a busca pela comprovação da submissão absoluta dos trabalhadores permeia os votos desses Ministros.

O apego a essa identificação da submissão completa do trabalhador, caracterizada pela restrição à liberdade de locomoção, está relacionado à imagem da escravidão do século XIX e suas senzalas. Há uma percepção de que a escravidão tinha por característica essencial a restrição à liberdade de locomoção. Contudo, a imagem dos escravos como pessoas sem nenhuma capacidade de autodeterminação

R., A. C. A. A. O Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde *vs.* Brasil: a aplicação da proibição da escravidão pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e seus reflexos na tutela de direitos pelo Supremo Tribunal Federal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 188. ano 30. p. 59-104. São Paulo: Ed. RT, fevereiro 2022. DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v188i188.85].

não reflete as intricadas formas de dominação da escravidão, mesmo no caso da escravidão do passado colonial do Brasil (SCOTT; BARBOSA; HADDAD, 2017, p. 3). A analogia possível reside no reconhecimento de que tanto a escravidão colonial quanto a exploração do trabalho em condições análogas de escravo da atualidade são ofensas à dignidade (SCOTT, 2017, p. 356).

Ainda que se tenha como parâmetro interpretativo a proibição à escravidão, conforme seu conteúdo delimitado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde *vs.* Brasil, não é possível concluir que a liberdade de locomoção é essencial para configuração da escravidão. Como já referido, a constrição física que caracteriza a restrição da liberdade de ir e vir da vítima é apenas uma das formas de manifestação do controle que caracteriza a escravidão. As *Bellagio-Harvard Guidelines*, já citadas, demonstram que não é imprescindível o constrangimento físico para a manutenção do controle sobre uma pessoa (orientação 3, ALLAIN, 2015, p. 556).

5. Considerações finais

A prática do STF tem caminhado para a compreensão de que o art. 149 do Código Penal tem como objetivo a tutela da dignidade e da liberdade do trabalhador (BRITO FILHO, 2017, p. 70), sendo essa última "a capacidade da vítima de realizar escolhas segundo sua livre determinação" (BRASIL, 2012b, p. 27).

Nessa linha de interpretação, portanto, o STF identifica o crime de redução à condição análoga à de escravo como coerção e ferimento da dignidade do trabalhador, dissociando o conteúdo da proibição da escravidão no Brasil daquele delimitado pelo Direito Internacional e pelo Direito Internacional de Direitos Humanos, aplicado no caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde *vs.* Brasil pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A Lei 10.803, de 2003, assim, trouxe para a norma penal os elementos característicos da proibição do trabalho forçado e da servidão por dívidas. Esse é o parâmetro a ser utilizado na pesquisa para a interpretação do novo art. 149 do Código Penal, que não requer, portanto, que fique caracterizada a sujeição absoluta de uma pessoa a outra. Em verdade, é necessário que alguém tenha sido induzido ou forçado a ingressar ou permanecer em uma relação de trabalho, faltando, portanto, o seu consentimento pleno, mesmo que o vício de consentimento possa ter sido extraído por fraude ou em razão da maximização consciente da vulnerabilidade dos trabalhadores.

Apesar do que leva a crer o seu *nomen juris*, o art. 149 do Código Penal tipifica formas de exploração que não apenas aquelas definidas pela lei internacional

R., A. C. A. A. O Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde *vs.* Brasil: a aplicação da proibição da escravidão pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e seus reflexos na tutela de direitos pelo Supremo Tribunal Federal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* vol. 188. ano 30. p. 59-104. São Paulo: Ed. RT, fevereiro 2022. DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v188i188.85].

como práticas análogas à escravidão. De fato, o artigo tipifica situações que podem ser consideradas trabalho forçado e servidão por dívidas, mas não contém em sua redação os elementos necessários para caracterização da escravidão.

O art. 149 do Código Penal, assim, não reproduz a proibição internacional contra a escravidão, mas tal não implica em menor proteção às vítimas, pelo menos nos casos relacionados à exploração laboral, ao contrário, indicam que o trabalhador nacional goza de proteção privilegiada. Assim, segundo Leonardo Barbosa (2017, p. 183), o ordenamento jurídico brasileiro ao equiparar no art. 149 do Código Penal situações como trabalho forçado, servidão por dívidas e a submissão a condições degradantes de trabalho e a jornadas exaustiva, reforça e não fragiliza a proteção legal às vítimas.

6. Referências

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *Convenção Europeia de Direitos Humanos*: seleção de opiniões do juiz Paulo Pinto de Albuquerque. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

ALLAIN, Jean. The Legal Definition of Slavery into the Twenty First Century. In: ALLAIN, Jean (Ed.). *The Legal Understanding of Slavery:* From the Historical to the Contemporary. Oxford: Oxford University Press, 2012.

ALLAIN, Jean; HICKEY, Robert J. Property Law and The Definition of Slavery. In: ALLAIN, Jean. *The Law and Slavery*: prohibiting human exploitation: Brill Nijhoff, 2015.

AZEVEDO, Flávio Antônio Gomes de; CACCIAMALI, Maria Cristina. Dilemas da erradicação do trabalho forcado no Brasil. In: CACCIAMALI, Maria Cristina; CHAHAD, José Paulo Zeetano. *Mercado de trabalho no Brasil*: novas práticas trabalhistas, negociações coletivas e direitos fundamentais no trabalho. São Paulo: LTr, 2005.

BALES, Kevin. *Disposable People*. Berkley: University of California Press, 2012a.

BALES, Kevin. Slavery in its contemporary manifestations. In: ALLAIN, Jean (Org.). *The Legal Understanding of Slavery*: From the Historical to the Contemporary. Oxford: Oxford Press, 2012b.

BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. Sobre a Definição de Trabalho Escravo Contemporâneo no Brasil: liberdade, dignidade e direitos fundamentais. In: PAIXÃO, Cristiano; CAVALCANTI, Tiago Muniz. *Combate ao trabalho escravo*: conquistas, estratégias e desafios. São Paulo: LTr, 2017.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. *Consulta Processual*. Disponível em: [https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php]. Acesso em: 13.04.2020.

R., A. C. A. A. O Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde *vs.* Brasil: a aplicação da proibição da escravidão pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e seus reflexos na tutela de direitos pelo Supremo Tribunal Federal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 188. ano 30. p. 59-104. São Paulo: Ed. RT, fevereiro 2022. DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v188i188.85].

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro. *Trabalho escravo:* caracterização jurídica. 2. ed. São Paulo: LTr, 2017.

CAIRNS, John W. The definition of Slavery in Eighteenth Century Thinking: not the true roman slavery. In: ALLAIN, Jean (Org.). *The Legal Understanding of Slavery:* from the historical to the contemporary. Oxford: Oxford Press, 2012.

CAVALCANTI, Tiago Muniz. *Neoabolicionismo & direitos fundamentais*. São Paulo: LTr Editora, 2016.

CONFERÊNCIA INTERNACIONAL DO TRABALHO, 96ª reunião, 2007, Genebra. *Informe III (Parte 1B)*: Estudio general relativo al Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930 (núm. 29), y al Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso, 1957 (núm. 105). Genebra: OIT, 2007. Disponível em: [https://bit.ly/2E9bHlL]. Acesso em: 02.01.2020.

CONFORTI, Luciana Paula. *Interpretações do conceito de trabalho análogo ao de escravo:* a luta pelo direito ao trabalho digno e ao direito fundamental de não ser escravizado no Brasil. Tese (Doutorado) – Curso de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2019. Disponível em: [https://repositorio.unb.br/handle/10482/35463]. Acesso em: 05.01.2020.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Siliadins* vs. *França*. Julgado em 25 de julho de 2005. Disponível em: [https://bit.ly/3hf7f3K]. Acesso em: 31.03.2020.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Fazenda Brasil Verde* vs. *Brasil*. Julgado em 20 de outubro de 2016. Disponível em: [https://bit.ly/34ilNvs]. Acesso em: 24.01.2018.

COSTA, Patrícia Trindade Maranhão. *Combatendo o trabalho escravo contemporâneo:* o exemplo do Brasil. Brasília: OIT, 2010. Disponível em: [https://bit.ly/2Yc5c8W]. Acesso em: 05.01.2020.

CULLEN, Holly. Contemporary International Legal Norms on Slavery: problems of judicial interpretation and application: problems of judicial interpretation and application. In: ALLAIN, Jean (Org.). *The Legal Understanding of Slavery*: from the historical to the contemporary. Oxford: Oxford University Press, 2012.

DOTTRIDGE, Mike. História da Proibição da Escravidão. In: SAKAMOTO, Leonardo (org.). *Escravidão contemporânea*. São Paulo: Contexto, 2020.

FIGUEIRA, Ricardo Rezende. *Pisando fora da própria sombra*: a escravidão por dívida no Brasil contemporâneo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004.

HADDAD, Carlos Henrique Borlido. The Definition of Slave labor for Criminal Enforcement and the Experience of Adjudication: The Case of Brazil. *Michigan Journal of International Law*, Michigan, v. 38, n. 3, p. 497-523, 2017. Disponível em: [https://bit.ly/3g5z8JX]. Acesso em: 03.03.2020.

HADDAD, Carlos Henrique Borlido. A vertente criminal do enfrentamento ao trabalho escravo contemporâneo. In: PAIXÃO, Cristiano; CAVALCANTI, Tiago

Muniz. *Combate ao trabalho escravo*: conquistas, estratégias e desafios. São Paulo: LTr, 2017.

HICKEY, Robin. Seeking to Understand the Definition of Slavery. In: ALLAIN, Jean (Ed.). *The Legal Understanding of Slavery:* From the Historical to the Contemporary. Oxford: Oxford University Press, 2012.

MARTINS, José de Souza. A escravidão nos dias de hoje e as ciladas da interpretação. In: VV.AA. *Trabalho escravo no Brasil Contemporâneo*. São Paulo: Edições Loyola, 1999.

MAZZOULI, Valerio de Oliveira. *Controle jurisdicional da convencionalidade das Leis*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

OIT. *A Global Alliance against Forced Labour*: Global Report under de Follow--up to the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work. Genebra: OIT, 2005. Disponível em: [www.ilo.org/declaration]. Acesso em: 24.06.2018.

OIT. *Global estimates of modern slavery*: Forced Labour and Forced Marriage. Genebra: OIT, 2017. Disponível em: [https://bit.ly/3iSLxCM]. Acesso em: 04.01.2020.

PASQUALUCCI, Jo M. *The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights*. 2. ed. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2013.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA A EX-IUGOSLÁVIA. *Caso Prosecutor* vs. *Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac e Zoran Vukovic*. Câmara de Julgamento. Julgado em 22 de fevereiro de 2001. Disponível em: [https://bit.ly/32i1QCL]. Acesso em: 24.02.2020.

RAMOS, André de Carvalho. *Teoria dos direitos humanos na ordem internacional*. 6. ed. São Paulo, Saraiva, 2016.

SCOTT, Rebecca J.; BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade; HADDAD, Carlos Henrique Borlindo. How Does the Law Put a Historical Analogy to Work?: Defining the Imposition of "A condition analogous to that of a slave" in Modern Brazil. *Duke Journal of Constitutional Law & Public Policy*, Durham, v. 13, n. 1, p. 1-46, 2017. Disponível em: [https://bit.ly/3g7VVFc]. Acesso em: 03.03.2020.

SEVERO, Fabiana Galera. Institucionalismo jurídico e escravidão contemporânea no Brasil. *Revista da Defensoria Pública da União*, Brasília, n. 9, p. 361-380, jan.-dez. 2016. Disponível em: [http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/110273]. Acesso em: 21.04.2020.

STOYANOVA, Vladislava. United Nations Against Slavery: Unravelling Concepts, Institutions and Obligations. *Michigan Journal of International Law*, Michigan, v. 3, n. 38, p. 359-454, out. 2017a. Disponível em: [https://bit.ly/3g5e2vr]. Acesso em: 02.05.2020.

STOYANOVA, Vladislava. *Human Trafficking and Slavery Reconsidered*: Conceptual Limits and States Positive Obligations in European Law. Cambridge: Cambridge University Press, 2017b.

R., A. C. A. A. O Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde *vs.* Brasil: a aplicação da proibição da escravidão pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e seus reflexos na tutela de direitos pelo Supremo Tribunal Federal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 188. ano 30. p. 59-104. São Paulo: Ed. RT, fevereiro 2022. DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v188i188.85].

Jurisprudência

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Inquérito 2131*. Relatora Ministra Ellen Gracie. Relator para o Acórdão Ministro Luiz Fux. Julgado em 23 fev. 2012. *DJE*. Brasília, 7 ago. 2012a. Disponível em: [https://bit.ly/3kSBW0G]. Acesso em: 02.06.2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Inquérito 3412*. Relator Ministro Marco Aurélio. Relatora para o Acórdão Ministra Rosa Weber. Julgado em 29 mar. 2012. *RTJ*. Brasília, 12 nov. 2012b. v. 00224-01, p. 284. Disponível em: [https://bit.ly/34e4nAe]. Acesso em: 02.06.2020.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Áreas do Direito: Constitucional; Penal

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- As normativas internacionais e nacionais no combate ao trabalho análogo ao de escravo no Brasil: resgate dos trabalhadores à dignidade humana, de Gustavo Abrahão dos Santos – *RDT* 215/139-172;
- O crime de redução a condição análoga à de escravo como melhor exemplo do direito penal do trabalho de última geração? Uma introdução crítica ao direito penal do trabalho no Brasil, de Beatriz Corrêa Camargo e Catharina Lopes Scodro – *RBCCrim* 167/19-69; e
- Trabalho escravo contemporâneo no brasil: uma análise do caso trabalhadores da fazenda brasil verde *vs.* brasil na corte interamericana de direitos humanos, de Lara Yarth Araújo e Marcelo Barroso Kümmel – *RDCI* 114/65-96.

R., A. C. A. A. O Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde *vs.* Brasil: a aplicação da proibição da escravidão pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e seus reflexos na tutela de direitos pelo Supremo Tribunal Federal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 188. ano 30. p. 59-104. São Paulo: Ed. RT, fevereiro 2022. DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v188i188.85].

Os crimes cibernéticos e o princípio da legalidade: os tipos penais abertos, em branco e a indefinição de dispositivos informáticos

Cyber crimes and the principle of legality: open criminal types, blanks and the indefinition of computer devices

Hugo Rogério Grokskreutz

Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Cesumar (2021). Especialista em Direito Constitucional (2012) e Ciências Penais (2011) pela Universidade Anhanguera-Uniderp. Bacharel em Direito pela Faculdade Integrado (2008). Coordenador do Curso de Direito do Unilasalle-Lucas. Representante da 21ª Subseção da OAB/MT na ESA/MT. Advogado.
Lattes: [http://lattes.cnpq.br/2181681412640626].
ORCID: [https://orcid.org/0000-0001-5837-3115].
DOI: [10.54415/rbccrim.v188i188.86].
hugorogerio.advogado@gmail.com

Recebido em: 24.03.2020
Aprovado em: 03.05.2021
Última versão do autor: 16.06.2021

Áreas do Direito: Penal; Digital

Resumo: Como expressão da evolução do constitucionalismo e da construção dos Direitos humanos e fundamentais, o princípio da legalidade surgiu para impor aos Estados o dever de criar Leis penais somente a partir do processo legislativo junto ao parlamento. Não há como prever todas as condutas ou hipóteses ao criar o preceito primário de um tipo penal, motivo pelo qual os tipos penais abertos permitem a interpretação do magistrado para ajustar a previsão legal à conduta praticada, da mesma forma, os tipos penais em branco devem ser complementados por meio de outras normas legais ou administrativas. Por sua vez, os crimes cibernéticos que foram

Abstract: As an expression of the evolution of constitutionalism and the construction of human and fundamental rights, the principle of legality arose to impose on states the duty to create criminal laws only from the legislative process before parliament. There is no way to predict all conduct or hypotheses when creating the primary precept of a criminal type, which is why, open criminal types allow the interpretation of the magistrate to adjust the legal provision to the conduct practiced, similarly, blank criminal types must be supplemented by other legal or administrative rules. In turn, the cyber crimes that were introduced in the Penal Code do not

introduzidos no Código Penal não especificam o que é "dispositivo informático", e, após analisar diversas outras Leis, Decretos e uma Portaria de um órgão da Presidência da República, foi possível vislumbrar que não há definição legal, fato esse que confirma a violação do princípio da legalidade no atual contexto jurídico brasileiro.

Palavras-chave: Crimes cibernéticos – Dispositivos informáticos – Normas penais em branco – Princípio da legalidade – Tipos penais abertos.

specify what is "computer device" and after analyzing several other Laws, Decrees, and an Ordinance of an organ of the Presidency of the Republic it was possible to envision that there is no legal definition, a fact that confirms the violation of the principle of legality in the current Brazilian legal context.

Keywords: Cybercrimes – Computer devices – Blank criminal standards – Principle of legality – Open criminal types.

Sumário: 1. Introdução. 2. Do princípio da legalidade no Direito Penal como parâmetro de limitação de Poder e representação da segurança jurídica. 3. Uma análise sobre a classificação doutrinária de crimes: os tipos penais abertos e as normas penais em branco. 4. Dos crimes cibernéticos e a indefinição de dispositivos informáticos. 5. Conclusões. 6. Referências. Legislação. Jurisprudência.

1. Introdução

A incorporação da informática e dos mecanismos cibernéticos se tornou uma realidade no cotidiano das pessoas, não só para o lazer e guarda de arquivos pessoais, mas também como meio necessário para diversas atividades e facetas da vida profissional, e, como tais, essas mudanças não passaram despercebidas pelo Direito e ensejaram a criação dos denominados crimes informáticos ou cibernéticos no ordenamento jurídico brasileiro.

Após grande repercussão midiática houve um movimento por parte do Parlamento Federal que criou a Lei 12.737, de 30 de novembro de 2012, que inseriu os arts. 154-A e 154-B no Código Penal e instituiu figuras típicas específicas sobre condutas relacionadas com "dispositivos informáticos". Entretanto, a legislação em comento não define o que são essas ferramentas.

De outro lado, o Direito penal protege bens jurídicos mediante a tipificação de condutas nos preceitos primários dos tipos penais e estabelece penas nos preceitos secundários; por força do princípio da legalidade e de sua consequente taxatividade e reserva legal as previsões de crimes não podem deixar margens para dúvidas ou aberturas demasiadas, sob pena de alcançar condutas indevidamente e assim incriminar pessoas de forma arbitrária, daí a sua característica de limitador do *jus puniendi* estatal.

Dessa forma, o Direito penal deve descrever de forma exata a conduta criminosa, caso contrário, não estará limitando em nada o poder de punir do Estado, e

pior, estará legitimando punições abusivas e ilegais. Nesse diapasão, e como forma de clarear a interpretação dessas normas e princípios, a doutrina classificou os delitos em diversas espécies. Uma das distinções existentes é a relativa aos tipos penais abertos e outra pertinente às normas penais em branco.

Ao cotejar a legislação incriminadora supramencionada é possível denotar que não há definição legal do que é dispositivo informático, exsurgindo assim as seguintes indagações: os tipos penais de crimes cibernéticos ou informáticos podem ser considerados como abertos ou tipos penais em branco? Sua previsão atual pode violar o princípio da legalidade ante a ausência de definição de dispositivo informático? Com a evolução tecnológica podem surgir outros aparelhos considerados como "dispositivos informáticos" e assim se configurar como uma violação futura do princípio da legalidade? Logo, os objetivos gerais do presente estudo repousam em averiguar a classificação doutrinária desses delitos para indicar se são tipos penais abertos ou normas penais em branco, bem como se há violação do princípio da legalidade, e, por fim, debater sobre a possibilidade de ampliação futura do rol de "dispositivos informáticos" e a violação o princípio da legalidade.

Para tanto, alguns objetivos específicos devem ser enfrentados para que o alcance do objetivo geral seja possível. O primeiro objetivo específico consiste em apontar os limites impostos pelo princípio da legalidade; o segundo em analisar a classificação doutrinária dos intitulados tipos penais abertos e das denominadas normas penais em branco; e o terceiro consiste em apreciar criticamente os dispositivos instituidores dos delitos informáticos ou cibernéticos, inclusive, com apoio interdisciplinar; e obviamente elaborar uma conclusão respondendo às perguntas-problema que correspondem aos objetivos gerais propostos.

No tocante às hipóteses, a primeira corresponde a uma resposta positiva às perguntas-problema e aos objetivos gerais, no sentido de que os delitos em epígrafe são demasiadamente abertos, ou sequer amoldáveis às normas penais em branco, e assim acabam por violar o princípio da legalidade e podem abarcar novas tecnologias e também prejudicar o princípio em análise; a segunda hipótese é exatamente o oposto, no sentido de que se trata de delitos abertos ou incompletos conforme a citada classificação; não violam o princípio da legalidade; e que o surgimento de novos dispositivos informáticos não violará o princípio da legalidade.

Quanto à justificativa para a presente pesquisa, não há como ignorar a contemporânea configuração da sociedade tecnológica, que é pautada no uso diário de equipamentos eletrônicos, tais como computadores portáteis ou não, aparelhos celulares, televisores conectados à internet, e até mesmo no surgimento

da denominada indústria 4.0 e *blockchain*, enfim, as interações estão cotidianamente submetidas a ferramentas informáticas, sua privacidade, dados, desejos e condutas estão intermediadas por essas tecnologias, o que demonstra que a sociedade passou por uma verdadeira mutação, e, como tal, o Direito, especialmente o penal, não pode ficar imune ao tratamento dessas questões, não só para o apequenado discurso da punição, mas, notadamente, para que não ocorram abusos por parte do Estado na apuração de fatos ocorridos na ambiência cibernética.

Quanto à metodologia, trata-se de um estudo teórico que não tem a pretensão de esgotar a temática, mas, sim, de levantar inquietações e contribuir para o debate em torno desses delitos valendo-se do estudo de doutrinas, artigos científicos e legislação, sem prejuízo de um recorte jurisprudencial, sendo, portanto, uma pesquisa dedutiva, partindo de uma análise geral sobre os crimes cibernéticos ou informáticos, chegando a um ponto mais específico no que tange a sua classificação doutrinária e ao (des)respeito ao princípio da legalidade, e funcionalista, por abarcar um tema que está agregado a um ordenamento jurídico que lhe muito maior.

Assim, a temática se restringe ao Direito penal e visa elucidar se os crimes acima citados estão em consonância com o princípio da legalidade, e se, desse modo, podem ser aplicados sem prejuízo dos valores constitucionais e convencionais.

2. Do princípio da legalidade no Direito Penal como parâmetro de limitação de Poder e representação da segurança jurídica

O estudo do Direito Penal não é estanque e deve ser lido à luz do princípio da dignidade humana que, sem titubear, é o principal parâmetro interpretativo de todo o Direito. Outrora os aspectos patrimoniais tinham destaque legislativo, no entanto, a evolução da humanidade gradativamente alterou tal concepção e passou a reconhecer o ser humano como o foco principal do Direito, despertando nos juristas e nos Estados soberanos o entendimento de que o desiderato de qualquer instituto jurídico é o homem, a pessoa, e que todas as suas previsões devem ser em favor desse; e é por conta dessa evolução que o sujeito pode ser "considerado na sua individualidade física ou espiritual" (FERREIRA, 2010, p. 1624).

Nesse contexto, a dignidade humana surgiu como forma de contenção de poder mediante o reconhecimento do ser humano como sujeito de Direitos e possuidor de personalidade, cujo corpo e demais elementos morais e intelectuais devem ser protegidos diante dessa interminável contenda com o poder. "Ora, a pessoa humana é o valor-fonte de todos os direitos. É ela a razão de ser e o fim de

todas as normas jurídicas" (MONTORO, 2015, p. 500), posto que a "realização da plenitude do direito tem sua plataforma de manobra exatamente neste universo: o da pessoa humana, isto é, o outro" (ALMEIDA-DINIZ, 1995, p. 77).

Logo, a "proteção do ser humano na sua integralidade, desde os mais elementares direitos, como à vida e à liberdade, deve ser uma constante em todas as relações humanas, sociais e políticas, no ordenamento interno dos estados assim como na sociedade internacional" (DEL'OLMO, 2006, p. 257). Tal concepção decorre do cristianismo, que foi um fator relevante no reconhecimento do homem como um fim primordial para o Direito, posto que "independentemente de qualquer ligação de ordem política e jurídica, somos possuidores de um núcleo indestrutível de prerrogativas que o Estado não pode deixar de reconhecer" (REALE, 1997, p. 4). Isso posto:

> "Segundo o uso doutrinário mais tradicional, o sujeito jurídico enquanto ser humano é aquele que é sujeito de um direito ou de um dever correspondente. Nesses termos, fala-se em pessoa, conceito que provém do Cristianismo e que aponta para a dignidade do homem insusceptível de ser mero objeto. A personificação do homem foi uma resposta cristã à distinção, na Antiguidade, entre cidadãos e escravos" (FERRAZ JR., 2001, p. 152).

Com o desiderato de impor limite ao respectivo Estado é que movimentos revolucionários trouxeram à tona o surgimento do constitucionalismo. Embora se trate de uma contribuição de muitos Estados, alguns países foram precursores, entre os quais os movimentos inglês, americano e o francês, todos com Cartas de Direitos com previsões sobre a legalidade.

Em relação ao sistema francês, pode ser mencionada a Magna Carta – *Magna Charta Libertatum* – de 15 de junho de 1215 (INGLATERRA, 1215), a denominada Petição de Direitos – *Petition of Rights* – de 07 de junho de 1628 (INGLATERRA, 1628), a intitulada Lei do *Habeas Corpus Amendment Act* de 1679 (INGLATERRA, 1679) e a Declaração Inglesa de Direitos de 1689 – *Bill of Rights* (INGLATERRA, 1689).

No que tange ao movimento constitucionalista americano pode ser mencionada a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia de 16 de junho de 1776 (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1776), a Constituição dos Estados Unidos da América de 1787 (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1787) e as Emendas de 1789 (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1789).

No constitucionalismo francês pode ser mencionada a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 26 de agosto de 1789 (FRANÇA, 1789) e a Declaração dos Direitos da Mulher e da Cidadã de 1791 (FRANÇA, 1791). Todas essas

figuras foram construídas com o escopo de estabelecer Direitos mediante a criação de normas que, evidentemente, correspondem ao princípio da legalidade.

Além dos fatos acima, as grandes guerras mundiais exemplificam a importância da proteção da dignidade da pessoa humana diante dos Estados, tanto é que após esses lamentáveis fatos é que os Direitos humanos adentraram na agenda dos Estados soberanos e passaram a compor os blocos de constitucionalidade, o que acabou por refletir também no Direito Penal. Haja vista que

> "no momento em que os seres humanos se tornam supérfluos e descartáveis, no momento em que vige a lógica da destruição, em que cruelmente se abole o valor da pessoa humana, torna-se necessária a reconstrução dos direitos humanos, como paradigma ético capaz de restaurar a lógica do razoável" (PIOVESAN, 2008, p. 400).

Nesse viés, como forma de proteger a pessoa humana, é que um movimento de convergência entre os Estados após a 1ª guerra mundial, por meio do Tratado de Versailles, deu início à Liga das Nações de 28 de junho de 1919 (LIGA DAS NAÇÕES, 1919), que teve como desiderato a "cooperação econômica, social e humanitária" (GUERRA, 2012, p. 212) e foi um dos embriões para que no futuro se falasse em Direitos humanos (no Brasil é o Decreto 13.990, de 12 de janeiro de 1920), tanto é que, "até a fundação das Nações Unidas, em 1945, não era seguro afirmar que houvesse, em Direito Internacional Público, preocupação consciente e organizada sobre o tema dos Direitos Humanos" (REZEK, 2007, p. 218).

Como fruto desse primeiro movimento, e após a segunda guerra mundial, houve a criação da Organização das Nações Unidas (ONU) por meio do Tratado internacional que ficou conhecido como Carta das Nações Unidas de 26 de junho de 1945, que foi assinada em São Francisco, nos Estados Unidos da América (no Brasil é o Decreto 19.841, de 22 de outubro de 1945), e foi claro em seu preâmbulo ao mencionar a preocupação com a dignidade da pessoa humana, *in verbis*:

> "[...] a preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, que por duas vezes, no espaço da nossa vida, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade, e a reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direito dos homens e das mulheres, assim como das nações grandes e pequenas, e a estabelecer condições sob as quais a justiça e o respeito às obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes do direito internacional possam ser mantidos [...]" (ONU, 1945).

Visando outorgar efetividade a Carta da ONU, foi criada a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (Resolução 217-A-III da Assembleia Geral da

ONU), norma ápice de reconhecimento desses Direitos e tida como *jus cogens* e um princípio geral do Direito Internacional, por ser costumeira, e aplicável a todos os Estados. Nessa carta houve o reconhecimento da importância do Princípio da Legalidade e, entre outras figuras, estabeleceu, respectivamente em seus artigos 8º e 11, que "todo ser humano tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei", e que "ninguém poderá ser culpado por qualquer ação ou omissão que, no momento, não constituíam delito perante o direito nacional ou internacional. Também não será imposta pena mais forte de que aquela que, no momento da prática, era aplicável ao ato delituoso" (ONU, 1948).

Nos mesmos moldes, a Organização das Nações Unidas realizou, em 13 de maio de 1968, a Conferência Internacional de Direitos Humanos, que ficou intitulada de Proclamação de Teerã, que teve como desiderato "examinar os progressos alcançados nos vinte anos transcorridos desde a aprovação da Declaração Universal de Direitos Humanos e preparar um programa para o futuro" e estabeleceu a obrigatoriedade de todos os Estados respeitarem a integralidade dos Direitos humanos e fundamentais, entre os quais se enquadra o princípio da legalidade (ONU, 1968). Corroborando com tal propósito a ONU realizou a II Conferência Internacional de Direitos Humanos em 14 de junho de 1993, que foi denominada de Declaração e Programa de Ação de Viena, onde reiterou a importância do respeito aos Direitos e foi expressa em ressaltar o "primado da Lei" pelo Estados (ONU, 1993).

O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966 (no Brasil é o Decreto 592/1992) caminhou no mesmo sentido ao, semelhantemente, estabelecer que tanto a legalidade (arts. 2º e 15) quanto o devido processo legal (art. 14), inclusive no âmbito processual penal (art. 9º), são Direito humanos que devem ser tutelados pelos Estados (ONU, 1966).

Outra não é a previsão no sistema regional americano de Direitos humanos, que teve como pontapé normativo a Carta da Organização dos Estados Americanos (OEA, 1948), a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, que previu a obrigação de respeitar a Lei em seu art. XXXIII (OEA, 1948), enquanto que na Convenção Americana de Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica (no Brasil é o Decreto 678/1992), analogamente determinou a observância do princípio da legalidade, como exsurge de seus arts. 2º, 7º e 8º (OEA, 1969). À luz desse sistema, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, ao analisar a Opinião Consultiva 06/86, de 09 de maio de 1986, formulada pela República Oriental do Uruguai em relação à definição da palavra

"Leis" prevista no art. 30 da Convenção, por unanimidade decidiu que "significa norma jurídica de caráter geral visando ao bem comum, emanada dos órgãos legislativos constitucionalmente previstos e democraticamente eleitos e elaborada conforme o procedimento estabelecido pelas Constituições dos Estados-partes para a criação das leis" (OEA, 1986).

Na ambiência doméstica da República Federativa do Brasil, a história do princípio da legalidade não é jovem, haja vista que na Constituição de 1824 houve previsão no art. 179, inciso I (BRASIL, 1824); na Constituição de 1891 no art. 72, § 1º (BRASIL, 1891); já na Constituição de 1934, no art. 113, item 2 (BRASIL, 1934); na de 1937 houve apenas a previsão da reserva legal no art. 122, item 13 (BRASIL, 1937); a Constituição de 1946 o restabeleceu no art. 141, § 2º (BRASIL, 1946); mantida no art. 150, § 2º da de 1967 (BRASIL, 1967) que foi renumerado para o art. 153, § 2º pela Emenda de 1969 (BRASIL, 1969); embora mencione expressamente o princípio da legalidade, o Ato Institucional 5 (AI-5) trouxe diversas exceções que acabaram por mitigar o efeito da legalidade (BRASIL, 1968).

A atual Constituição de 1988 (BRASIL, 1988) adota esse princípio ao trazer em seu bojo o art. 5º, inciso II, o art. 37, *caput*, e, em matéria de reserva legal penal e taxatividade, o inciso XXXIX estabelece que "não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal". Versa-se sobre uma recepção, visto que o Código Penal, Decreto-lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940, possui idêntica previsão em seu art. 1º (BRASIL, 1940) ante a reforma provida pela Lei 7.209, de 11 de julho 1984 (BRASIL, 1984). Enfim, trata-se de um Direito fundamental dos mais comezinhos deste Estado.

Essa construção histórica evidencia que a existência do princípio da legalidade é, sem dúvidas, o antônimo do arbítrio; este surgiu como forma de limitar os abusos dos Estados totalitários. Logo, seu nascedouro e sua evolução estão atrelados com a história do constitucionalismo e, como tal, possuem força normativa para impor barreiras inclusive no âmbito do Direito penal, até porque:

> "Desde sus orígenes detrás del principio de legalidad descansa la contraposición entre 'el gobierno de los hombres' y 'gobierno de las leyes' em tanto que, en el primer caso, los gobernados se encuentran desprotegidos frente al arbitrio del gobernante y, el segundo, los súbditos cuentan con mayores posibilidades para conocer de antemano los límites y alcances del ejercicio de la autoridad" (UGARTE, 1998, p. 194).

O Direito penal tem sido ano após ano equivocadamente enxergado como mecanismo meramente punitivo, entretanto, tal entendimento não condiz com

a sua verdadeira essência, que, em um Estado democrático de Direito, deve ser no sentido de limite da punição.

Uma das formas de limitação do poder punitivo e de prestígio da segurança jurídica é o princípio da legalidade, que exige a previsão legal para a criação de crimes e a fixação de penas abstratas. Em outros termos, é imprescindível que o preceito primário diga o que é crime e o preceito secundário do tipo penal fixe o *quantum* de pena para cada conduta criminosa. Tais disposições podem ser visualizadas na

> "Parte Especial do Código Penal, cada um dos quais serve de base (principal) a duas classes de normas: uma dirigida ao Juiz, obrigando-lhe a impor uma pena caso se cometa um delito, e outra dirigido ao cidadão, proibindo-lhe a prática do crime. Esta é a 'norma primária', aquela, a 'norma secundária'" (MIR PUIG, 2007, p. 42).

A legislação penal incriminadora deve ser decorrente da *lex Populi*, que foi objeto de um processo legislativo junto ao parlamento, uma vez que esse poder é que "representa toda a sociedade, unida por um pacto social" (BECCARIA, 2012, p. 15). Contudo, contemporaneamente, a criação legiferante está imperativamente vinculada aos preceitos constitucionais do estado, haja vista que:

> "O discurso sobre a legitimação do Direito Penal é, antes de qualquer coisa, o discurso sobre sua adaptação material à Constituição. Ambos compartem, entre si, uma relação axiológico-normativo por meio da qual a Constituição, ao tempo que garante o desenvolvimento dogmático do Direito Penal a partir de estruturas valorativas que lhe seja próprias, estabelece, em contrapartida, limites materiais inultrapassáveis pelo legislador penal" (FELDENS, 2006, p. 378-379).

Desse modo, é possível vislumbrar que a legalidade atua como verdadeira baliza, "evitando o ativismo, o abuso e o desvio de poder" (GROKSKREUTZ, 2018, p. 69), daí a importância do alerta:

> "También, recurrentemente, el poder legislativo no ha respetado las garantías materiales del principio de legalidad, y, con ello, ha posibilita – do un cuerpo normativo que ha venido lesionando sistemáticamente los necesarios criterios de taxatividad o claridad expositiva" (BARBER, 2019, p. 160).

Nesse diapasão, uma das grandes conquistas da seara jurídica foi a fixação de Direitos e garantias expressamente previstas em Lei, no sentido de proibir condutas somente com base normativa, bem como especificar procedimentos

processuais administrativos e judiciais igualmente estabelecido por normas escritas, afastando assim os entendimentos pessoais dos agentes do Estado.

Não é sem motivos que esse princípio é considerado o "pilar do Direito Penal" (FACHIN, 2008, p. 276) e detentor do *status* de direito fundamental de 1ª (primeira) geração/dimensão/fase, cuja contradição configura-se como tipicidade (WELZEL, 2011, pp. 76-77) e, "[n]este caso, quando os atos são desviantes e criminosos, a resposta última da sociedade, como se sabe, é determinada pelo direito punitivo e, nele, a maior expressão porque voltado aos crimes e contravenções, o Direito Penal" (COUTINHO, 2010, p. 144).

Diante desses fundamentos, resta evidenciado que o princípio em comento impõe verdadeira obrigação positiva e negativa aos Estados. Positiva no sentido de que deve haver a criação legislativa pelo parlamento composto por representantes eleitos pelo povo, e negativa como forma de tolher desses mesmos Estados a possibilidade de incriminar condutas de forma arbitrária ou abusiva, mediante outras ferramentas normativas que não são tecnicamente Leis, mas, sim, decretos, regulamentos, enfim, figuras dissonantes da vontade popular, como é o caso dos representantes do Poder Executivo, de órgãos desconcentrados, tais como ministérios, secretárias ou, pior, entidades descentralizadas do Poder.

Para que haja a criação de um tipo penal é imperativo que haja uma *lex Populi* para se impor limites à liberdade das pessoas, ou seja, é necessário que tais normas sejam oriundas da própria vontade popular que é externada pelos membros do Parlamento. Nessa quadra e de forma inversa, nascedouros penais diversos não podem ser considerados como legítimos para instituir muralhas à citada liberdade humana.

O alcance do princípio da legalidade no que tange à reserva de Lei já foi objeto de análise pelo Supremo Tribunal Federal. Em decisão monocrática proferida pelo Min. Celso de Mello no *habeas corpus* (HC) 111021 foi confirmado que "em matéria penal, prevalece o postulado da reserva constitucional de lei em sentido formal, pois – não é demasiado enfatizar – a Constituição da República somente admite a lei interna como única fonte formal e direta de regras de direito penal" (BRASIL, 2015).

Na mesma perspectiva o STF igualmente decidiu no HC 96007 (BRASIL, 2012), no HC 108715 (BRASIL, 2014) e no RHC 124082 (BRASIL, 2015) que a "ausência de definição jurídica na legislação pátria à época dos fatos" impede a incriminação da pessoa humana, ou seja, somente a legislação federal é que possui competência para a criação de crimes, o que atesta a imperatividade do princípio da legalidade e exige do Estado a clara descrição nos tipos penais.

Do mesmo modo, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) ao julgar o REsp 1407255 decidiu que não é possível estender o conteúdo do tipo penal para alcançar condutas que não foram consideradas criminosas pela Lei penal. Para essa Corte Superior, "considerando-se que o Direito Penal deve obediência ao princípio da taxatividade, não pode haver interpretação extensiva de determinado tipo penal em prejuízo do réu" (BRASIL, 2018).

Denota-se que o princípio da legalidade reflete na existência dos princípios da taxatividade e da reserva legal, todos em conjunto atuam como uma barreira para o arbítrio e os abusos do Direito penal medieval e seus resquícios na contemporaneidade. O conteúdo jurídico desses princípios impõe obrigações negativas tanto ao legislador ordinário federal quanto aos membros do Poder Judiciário, evitando assim que alguém seja punido por uma conduta atípica ou por previsão em tipo penal defeituoso.

3. Uma análise sobre a classificação doutrinária de crimes: os tipos penais abertos e as normas penais em branco

Muitas vezes apenas a criação legislativa não é suficiente para esclarecer todas as características dos institutos jurídicos, daí a relevância da doutrina como fonte do Direito, posto que suas análises não apenas esclarecem as formas interpretativas, mas também permitem a sistematização, a classificação em relação aos aludidos institutos ou até mesmo a criação desses. "É na obra dos juristas que se encontram a origem de inúmeras disposições de lei e a inspiração de julgados que inovam e aperfeiçoam o direito, a perpétua procura da justiça" (MONTORO, 2015, p. 409).

Em relação à classificação doutrinária de crimes, há uma maximização dessa importância, uma vez que os juristas, após aprofundados estudos e debates, acabam por trazer uma compreensão mais clara e precisa sobre o delito que foi criado pelo Poder Legislativo e assim iluminam o caminho que será posteriormente seguido pela jurisprudência e pelos demais profissionais do Direito.

Embora a jurisprudência também seja uma importantíssima fonte do Direito, ainda mais em tempos de precedentes e de coletivização dos efeitos das decisões judiciais, essa acaba se debruçando sobre a temática que lhe foi levada pelos interessados muito tempo após as observações e os esclarecimentos que foram promovidos pela doutrina. Logo, não há como enfrentar o tema em testilha sem antes apreciar a classificação doutrinária correspondente; e uma das classificações existentes é exatamente em torno dos denominados tipos penais abertos, assim como sobre as normas penais em branco.

Os tipos penais abertos são aqueles que não descreveram todas as condutas possíveis para a tentativa ou consumação do atinente tipo penal e exigem que o julgador faça verdadeiro juízo interpretativo para que o ajuste do caso concreto ao tipo penal ocorra. "A incompletude do tipo penal demanda uma valoração do juiz; tal juízo a ser realizado encontra-se jungido ao campo da ilicitude, conquanto sua finalidade seja a de inteirar a compreensão do tipo" (OLIVEIRA, 2010, p. 146), ou seja:

> "Consideram-se tipos penais abertos aquelas normas incriminadoras que não indicam a conduta proibida a qual somente é identificada em função dos elementos exteriores do tipo [...].
>
> Em todas as hipóteses dos tipos penais abertos, o preenchimento da tipicidade depende do reconhecimento, feito pelo juiz, de que a conduta (ação ou omissão) desobedeceu aos deveres objetivos de cautela impostos pela vida comunitária nas variadas formas de atividade humana" (DOTTI, 2013, p. 144).

Significa que essas normas penais abertas exigem do julgador a análise da conduta praticada pelo suposto agente ativo do crime e que especifique em sua decisão se houve ou não o ajuste ao delito descrito na norma penal incriminadora. Essa espécie de delito não busca a complementação em outras fontes normativas, mas, sim, a atuação do judicante para que seja efetivado o desejo do legislador.

Na órbita jurisprudencial o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o *Habeas Corpus* (HC) 70389, entendeu que os tipos penais abertos (em um caso de tortura) são "suscetível de integração pelo magistrado" quando "comportar formas múltiplas de execução" (BRASIL, 1994). Na mesma toada, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) ao julgar o HC 54.211 (um caso ambiental) afirmou ser relevante o sentido trazido pela norma para que ocorra a interpretação pelo Poder Judiciário. Assim constou na ementa:

> "[...] Há de se recusar a inconstitucionalidade do dispositivo legal, por não contrariar, *ex radice*, a Constituição a existência de tipos penais abertos, mormente quando a valoração que exige é, por assim dizer, de sentido unívoco – dever de relevante valor ambiental, que em nada compromete a certeza quanto à conduta proibida em obséquio do bem jurídico tutelado" (BRASIL, 2007).

Os arestos acima corroboram com o entendimento do Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF1) no sentido de que "tipos penais abertos são admitidos no direito penal hodierno como modo de reunir condutas que nunca poderiam ser exaustivamente descritas no tipo" (BRASIL, 2019) daí a permissão para a

interpretação que deve ser feita pelo magistrado em relação a essas normas de "criminalização de condutas na prática de variada conformação detalhada possam ofender ao mesmo bem jurídico" (TRF4) (BRASIL, 2009), assim, é inevitável a "existência de tipos penais abertos, mormente quando a valoração que exige é, por assim dizer, de sentido unívoco" (TRF5) (BRASIL, 2013).

Em apartada síntese, os tipos penais abertos são aqueles que não descrevem a totalidade das condutas criminosas, até porque seria impossível para o legislador incluir no texto legal todos os *modus operandi* existentes, motivo pelo qual é autorizado ao membro do Poder Judiciário se valer da interpretação para fazer o ajuste do tipo penal ao caso concreto, sem que ocorra a violação do princípio da legalidade.

De outro lado, as normas penais em branco, embora igualmente não esgotem a previsão incriminadora, não permitem tal juízo de valor pelo judicante, mas, sim, a complementação normativa por outras Leis (homogêneas) ou por normas administrativas (heterogêneas). Em sinopse histórica:

> "A expressão 'lei penal em branco' (*Blankestrafgesetz*) foi criada por Karl Binding ao se referir a certos preceitos legais do antigo regime confederado do Império alemão aludindo a um caso singular de técnica legislativa, em que a lei geral dispunha somente sobre a sanção de um preceito primário incompleto, cuja determinação ficava confiada a cada um dos Estados confederados" (PASSOS, 2015, p. 75).

As normas penais em branco buscam o preenchimento de seu conteúdo por uma outra legislação ou norma administrativa, que irão colorir o espaço deixado pelo legislador. Em outras palavras, é imprescindível que da "integração entre a norma legal e seu complemento se possa extrair a necessária clareza quanto ao que é ou não proibido" (MARINHO; FREITAS, 2011, p. 44), porquanto:

> "[...] as Leis Penais Incriminadoras Incompletas, mais conhecidas por Leis Penais em Branco, são aquelas em que a descrição típica do comportamento proibido não é totalmente determinado, demandando-se sua complementação por outra espécie normativa [...]. A Lei Penal em Branco, verdadeiro corpo errante à procura de uma alma" (JOPPERT, 2011, p. 21-22).

Relativamente à ótica jurisprudencial o STJ foi claro ao julgar o HC 106611, segundo o qual são "dispositivos norma penal em branco, que exige complementação por meio de ato regulador – esse, sim, na forma da lei – que forneça parâmetros e critérios para a penalização das condutas ali descritas" (BRASIL, 2015); da mesma forma, o Tribunal Regional Federal da 3ª Região (TRF3) ao deliberar

sobre a lei penal em branco delimitou que "esta não pode criar ou modificar obrigações, mas apenas e tão-somente pormenorizar a lei" (BRASIL, 2016), ou, conforme foi esclarecido na parte de um aresto proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4):

> "[...] 1. Admite-se que os tipos penais contenham norma penal em branco, vale dizer, que apresentem uma descrição suficiente da conduta proibida e da sanção dela decorrente, requerendo, para compreensão total dessa proibição de conduta, que seja complementado por uma outra norma, a qual pode ser derivada de uma fonte homogênea (lei oriunda do Poder Legislativo) ou heterogênea (outros regulamentos, inclusive atos administrativos do Poder Executivo). 2. O tipo penal, ainda que contendo norma penal em branco, deverá descrever os elementos essenciais da conduta, notadamente o verbo nuclear e a sua forma de execução, sendo que a norma complementar evidenciará o conteúdo completo da proibição" (BRASIL, 2019).

Nesta quadra, é notório que os tipos penais em branco exigem a atuação típica do Poder Legislativo ou a função atípica do Poder Executivo para que haja a complementação supracitada, não sendo o caso de interpretação do operador do Direito, mas sim de criação de norma que irá descrever pormenorizadamente ponto que não foi abarcado no momento de criação da atinente legislação incriminadora.

Observa-se que

> "o problema das normas penais em branco centra-se na divisão dos poderes, na competência legislativa e na localização do complemento, ao passo que nos tipos abertos a questão está na própria lei, em sua deficiência e aplicação pelos juízes. Trata-se, evidentemente, de coisas diversas" (OLIVEIRA, 2010, p. 169).

Assim, da comparação entre ambas as classificações de tipos penais abarcados neste estudo, restou evidenciado que os tipos penais abertos não comportam em suas redações todas as hipóteses de condutas que permitam a prática delituosa descrita em seu preceito primário; esses exigem do juiz (Poder Judiciário) do caso concreto a interpretação e a análise da conduta para a definição sobre o amoldamento ao tipo penal; por sua vez, as normas penais em branco são incompletas e exigem o complemento por normas homogêneas (Poder Legislativo) ou heterogêneas (Poder Executivo) para que seja possível descrever exatamente a conduta delituosa. Assim, no primeiro tem-se a necessidade de interpretação judicial, e no segundo o complemento por outras normas.

4. Dos crimes cibernéticos e a indefinição de dispositivos informáticos

O surgimento de novas tecnologias sem dúvidas alterou a rotina de todos os integrantes da sociedade, outrora as pessoas se relacionavam por diálogos pessoais e formas não tecnológicas de comunicação, porém, na atualidade os indivíduos interagem durante todo o dia por meio de aparelhos eletrônicos detentores de conexão com a internet, que por sua vez passa por mudanças constantes. "Entre essas transformações, a mais significativa [...] é a possibilidade de expressão, comunicação e socialização através das ferramentas de comunicação mediadas pelo computador e aplicativos de celular" (MIRANDA; MARBACK, 2019, p. 1).

Os dados, as imagens e até mesmo a localização de cada um é transmitida em uma fração de segundos por meio da rede mundial de computadores; negócios jurídicos dos mais variados são discutidos e entabulados a cada instante por meio de formulários eletrônicos, bastando um clique de computador ou um toque na tela para sua conclusão. "Fundou-se uma nova ordem social, a sociedade da informação, e criou um vínculo de dependência do elemento humano do mundo digital, ainda que alguns não usufruam diretamente dele" (QUONIAM; URQUIZA; YAMASAKI, 2020, p. 374).

Em outras palavras, todos os ângulos da vida humana estão de alguma maneira ligados com esses aparelhos e com a famigerada internet, e, por arrastamento, todo os bens jurídicos mais valiosos para o Constituinte estão igualmente submetidos a essa nova roupagem da sociedade, haja vista que:

> "[...] a internet acarretou uma grande mudança na vida social mundial, e a prática deste meio de comunicação permite o exercício de vários direitos humanos e fundamentais, (ex. manifestação do pensamento, liberdade, livre iniciativa, etc.), e por se tratar de direitos consagrados constitucionalmente e internacionalmente, é patente que, todos estes bens jurídicos deverão ser preservados no plano informático ou virtual, para que, a Dignidade também o seja" (GROKSKREUTZ; RIBEIRO, 2015, pp. 193-194).

Vislumbra-se que a evolução exponencial da informática ocorreu de forma global e se relaciona até mesmo com os meios de produção. A revolução industrial, que tanto influenciou o Direito, abriu alas para uma nova fase que hoje é conhecida como a Indústria 4.0, intimamente correlacionada com os sistemas tecnológicos e virtuais em uma nova etapa dos processos industriais e econômicos, ou seja:

> "Originalmente, a Indústria 4.0 foi concebida no contexto da manufatura, mas isso mudou nos últimos anos e saiu dos processos de produção, passando pela tecnologia e suas áreas relacionadas. Com o rápido crescimento da IoT (Internet das Coisas Industrial), torna-se claro quando se olha para a expansão da Indústria 4.0.
>
> Em essência, podemos dizer que a quarta revolução industrial e as tecnologias digitais é a Internet das Coisas aplicada à manufatura. Os sistemas físicos se comunicam e cooperam uns com os outros e trazem novas possibilidades, como o trabalho remoto, que se tornou possível graças à internet" (ANPEI, 2019).

A Indústria 4.0 avança de tal forma que já se fala em princípios próprios, quais sejam: capacidade de operação em tempo real; virtualização; descentralização; orientação de serviços; modularidade; e interoperabilidade; que assim foram explicados:

> "Capacidade de operação em tempo real: As informações são coletadas de forma instantânea; então, não é mais necessário estar fisicamente presente na fábrica para poder tomar decisões, pois à distância, é possível acessar pelo sistema tudo que acontece na fábrica.
>
> Virtualização: Atualmente existem softwares que permitem simulações, inclusive, já são amplamente utilizados nos processos de produção para aumentar a confiabilidade do processo e reduzir custos [...].
>
> Descentralização: Em razão do constante intercâmbio de informações, o sistema cyber-físico possui a capacidade de tomar decisões em tempo real [...]. Além disso, as máquinas possuem mais autonomia para realização de ajustes sem a intervenção humana [...].
>
> Orientação a serviços: Consiste no desenvolvimento de softwares customizados direcionados aos serviços da indústria 4.0 [...].
>
> Modularidade: A modularidade flexibiliza o processo de produção, pois permite a alteração do arranjo físico da linha através do acoplamento e desacoplamento dos módulos produtivos entre si [...].
>
> Interoperabilidade: Descreve-se na capacidade de troca de informações entre os sistemas cyber-físicos através da internet e internet das coisas" (SOUZA; CAVALLARI JUNIOR; DELGADO NETO, 2017, p. 3).

"É amplamente aceito que somos testemunhas, desde o último quarto do século XX, de uma reestruturação do sistema capitalista, marcada, de um lado, pela revolução das técnicas da informação, do outro, pela globalização dos mercados" (LIPOVETSKY, 2007, p. 76), e esses fatores somados à mudança cibernética ocorrida no cotidiano das pessoas, sem titubear, convergiram para a construção de um ciberespaço.

Infelizmente, em paralelo com a evolução desses meios tecnológicos também surgiram práticas lesivas aos bens jurídicos que outrora eram lesados por condutas praticadas pelos indivíduos transgressores das Leis penais sem o uso de equipamentos eletrônicos. Assim como foram criados equipamentos modernos para facilitar a vida humana, concomitantemente vieram à tona diversas condutas capazes de violar bens jurídicos se valendo de instrumentos cibernéticos.

O Código Penal brasileiro (CP) – Decreto-lei 2.848, de 07 de dezembro 1940 (BRASIL, 1940) – obviamente não contemplava em sua origem a previsão de crimes cibernéticos ou informáticos, uma vez que naquele ponto histórico ainda não havia sido criada tal tecnologia. Contudo, com a edição da Lei 12.737, de 30 de novembro de 2012 (BRASIL, 2012), houve o nascimento desses delitos por meio da inclusão do art. 154-A e do art. 154-B no mencionado *codex*. Tal inovação ocorreu após notícias sobre a subtração e a divulgação de imagens íntimas da famosa atriz Carolina Dieckmann (GLOBO, 2012) (GLOBO, 2012) (UOL, 2013) (IKEDA, 2013), que, inclusive, constaram na individualização dessa Lei na Câmara dos Deputados (BRASIL, 2012).

O tipo penal relacionado ao crime em comento possui o *nomen iuris* de "invasão de dispositivo informático" e está previsto no *caput* do art. 154-A do CP que, após a alteração promovida pela Lei 14.155, de 27 de maio de 2021, assim dispõe:

> "[i]nvadir dispositivo informático de uso alheio, conectado ou não à rede de computadores, com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do usuário do dispositivo ou de instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita".

A legislação em análise menciona "dispositivo informático" como se um conceito técnico como esse fosse de domínio do senso comum, e despreza qualquer forma de delimitação ou baliza em torno do que são ou não esses equipamentos. Ou seja, a Lei "inovou em termos e expressões" que poderão dificultar sua aplicabilidade (SANTOS, 2020, p. 79).

O grande problema em torno desse dispositivo penal consiste na ausência de definição legal do que é "dispositivo informático". Nesse ponto o Código Penal brasileiro não possui qualquer delimitação sobre os insumos, itens ou peças que em conjunto formam um "dispositivo informático", o que aparenta ser um defeito legislativo que incrimina uma conduta teoricamente praticada contra algo que não é definido pela Lei.

Doutrinariamente, "dispositivo informático" é considerado como "o aparelho eletrônico com capacidade de processamento e armazenamento de dados, e, neste último caso específico, que tem possibilidade de conexão com uma rede

de dados, ou mesmo com outro dispositivo informático" (PRADO; CARVALHO; CARVALHO, 2015, p. 862). A definição acima poderia ter sido feita pela Lei, indicando que é "dispositivo informático" o aparelho que armazena dados e se conecta ou não com a internet ou com outro aparelho semelhante.

Como é cediço, há um universo de tecnologias que podem armazenar dados, informações ou funções e que geram demasiada dúvida se são considerados como "dispositivos informáticos", e aí reside o ponto preocupante da legislação: a possibilidade de confundir outro dispositivo com aquele supostamente considerado como informático.

A título de exemplos de equipamentos que podem ser confundidos ou talvez considerados como sendo informáticos, estão os aparelhos de armazenamento de arquivos digitais de áudio conhecidos como MP3, *Hard Disk* (HDs) portáteis ou não, ou mesmo os famosos *Pen Drives*, televisores com a função *Smartv*, *Tablets,* Vídeo Games, equipamentos para *Deejays*, relógios digitais, celulares ou smartphones, *molden* ou roteadores de sinais de internet, controles de automação residencial, tecnologias de segurança de imóveis (alarmes, sensores etc.), veículos e aeronaves não tripuladas (*Drones),* enfim, todo e qualquer equipamento que possua algum tipo de memória, conexão e função preestabelecida poderá ser considerado como "dispositivo informático", já que há dados e processamento em suas funções.

Ao tratar desse tipo penal já se afirmou que:

> "A conduta deve ser direcionada à invasão de 'dispositivo' informático, o que representa o equipamento físico, hardware, capaz de rodar programas, softwares, e ser conectado a outros equipamentos, como computadores, laptos, tablets, pen drives, smartphone, HDs de memória externa, entre outros" (MENDONÇA; OLIVEIRA, 2020, p. 461).

A questão em mesa se relaciona diretamente com os insumos, peças ou itens que compõem os aparelhos que armazenam e processam dados, os denominados *Hardwares,* que consiste no "conjunto de unidades físicas que compõem um computador ou seus periféricos" (MICHAELIS, 2000, p. 318); "isto é, o chassis, os circuitos e outros componentes eletrônicos (físicos)" (PASSOS, 1985, p. 13), que não se confundem com os *Softwares*, que são a "parte de um sistema de microcomputador que viabiliza o 'Hardware'" (PASSOS, 1985, p. 16). Entre as definições:

> "Hardware é uma expressão utilizada para as peças de equipamentos eletrônicos como computadores e celulares. Por exemplo, em um desktop é possível

> distinguir e substituir diversos tipos de hardwares para melhorar o desempenho da máquina: placa-mãe, processador, placa de vídeo, memória RAM, HD, SSD, entre outros" (SOUZA, 2014).

Cada aparelho eletrônico terá *Hardwares* específicos, todavia, alguns utilizam as mesmas espécies de componentes, o que pode gerar dúvidas sobre ser ou não um "dispositivo informático"; para facilitar a compreensão basta comparar as peças integrantes de um computador e de um aparelho celular para se constatar que não é tão simples tal definição.

Em *website* especializado foi especificado que o gabinete de um computador é composto de uma placa-mãe que conecta os demais itens; uma unidade central de processamento (CPU); Memória Ram que armazena dados temporariamente; uma HD (*Hard Disk*) que registra os dados até que o proprietário os excluam; e uma Fonte de energia (JORDÃO, 2011). Em outras palavras, os computadores são conjugações de componentes internos, geralmente se trata de processador, cooler do processador, placa-mãe, memória (RAM), memória de massa (HD ou discos rígidos), placa de vídeo e fonte de alimentação (TORRES, 2015, p. 9).

Do mesmo modo, outro veículo especializado de notícias de tecnologia afirma que os celulares *smartphones* possuem uma unidade de processamento; memória ram e de armazenamento (CARDOSO, 2015). Significa que há celulares com componentes análogos aos dos Computadores, e alguns deles, desenvolvidos com funções de aparelho celular e de um computador concomitantemente (MARASCIULO, 2019), gerando debates sobre a substituição de um pelo outro em razão do compartilhamento de funções:

> "Mesmo se smartphones pudessem competir lado a lado com desktops em desempenho, ainda assim PCs e notebooks não perderiam a sua função. É possível escrever um texto como esse em um smartphone? É claro que sim! É prático? Nem um pouco – a não ser que você tenha um aparelho [...] que 'transforma' o smartphone em um desktop, integrado com monitor, mouse e teclado" (CIPOLI, 2019).

Ao analisar o uso de itens análogos por equipamentos eletrônicos distintos, sem dúvidas amplia o rol do que pode ser definido como "dispositivo informático". Entretanto, a problemática não para por aí, porquanto, "[c]omponentes que fazem parte dessa categoria incluem os discos rígidos, SSDs, unidades de disquete, unidades ópticas (CD, DVD, Blu-Ray etc.), memórias flash (pen drives), cartões de memória etc." e até mesmo fita cassete, que no passado era "usada nos microcomputadores caseiros porque é muito barata" (BIANCHI, 1985, p. 14):

> "Assim como a memória RAM, o disco rígido (ou HD = Hard Disk) armazena programas e dados, porém existente algumas diferenças. O disco rígido tem uma capacidade muito maior. Seus dados não são apagados quando o computado é desligado [...]. Drive de disquetes é uma unidade de armazenamento de dados que trabalha com disquetes comuns [...]. Unidades de CD e DVD todos os PCs modernos possuem esse tipo de unidade" (VASCENCELOS, 2014, p. 4-7).

Enfim, há uma diversidade de peças de armazenamento físico de dados, o que amplia o alcance do que talvez seja "dispositivo informático". E tamanha é a evolução do armazenamento, que se chegou ao ponto de se ter dados depositados em sistemas virtuais conhecido como nuvens, que conjuga *Hardwares* e *Softwares* para tal desiderato, e mais que isso, fala-se até mesmo na tecnologia *blockchain*:

> "*Blockchain* consiste, pois, em uma tecnologia disruptiva na qual as informações são consolidadas e encadeadas em blocos virtuais, podendo-se fazer analogia com um livro, no qual cada página contém um texto (o conteúdo), em cujo topo se insere uma informação sobre o referido conteúdo (um título ou numeração).
>
> O *blockchain* é, portanto, uma forma de guardar informações em banco de dados. Ao ser adicionada uma nova informação à cadeia de transações, essa nova transação cria um vínculo com o registro anterior, utilizando o apelido do primeiro bloco, criando uma lista com o registro das transações anteriores" (CARACIOLA; ASSIS; DELLORE, 2020, p. 67-68).

Desse modo, em decorrência da utilização de componentes (*Hardwares)* comuns ou semelhantes, bem como pelo exponencial aumento das formas de armazenamento de dados, é plausível asseverar que o conhecimento do senso comum não explica efetivamente a diferença técnica entre os equipamentos supramencionados, o que é gravíssimo, posto que a legislação é direcionada à sociedade que é composta por indivíduos nem todos sabedores desse tema.

De outro lado, é claro que toda pessoa ao visualizar quaisquer desses aparelhos eletrônicos saberá com base em sua experiência de vida cotidiana individualizá-los em uma loja ou *website* de vendas, porém, será que esse indivíduo, ao invadir as funções ou os dados desses variados equipamentos, saberia dizer se está de fato praticando crimes informáticos ou cibernéticos contra um "dispositivo informático"? E mais longe, será que os membros do Ministério Público ao formularem suas denúncias, Advogados e Defensores Públicos suas petições e os Magistrados suas decisões, saberão tal resposta? Acredita-se que não, e exatamente por esse aspecto, bem como por não ser um problema que gira em torno

da conduta, mas sim na definição do bem jurídico, é que os crimes informáticos e cibernéticos não podem ser considerados como tipos penais abertos e, assim, não poderão ser definidos pela interpretação dos juízes.

Nesse caso não basta o conhecimento do homem médio ou as experiências do dia a dia para se especificar o que é "dispositivo informático", é imprescindível que haja a definição normativa do instituto, seja por meio da reforma da legislação em comento ou por meio de complementos normativos diversos, tais como Decretos ou Portarias dos órgãos desconcentrados do Poder Executivo Federal com expertise e atribuição regulamentar sobre o tema, amoldando-se às famosas normas penais em branco (para aqueles que consideram como constitucionais tais figuras).

A celeuma em testilha pode muito bem ser observada na igual indefinição normativa e na insegurança jurisprudencial em torno da aplicação da Lei 9.296, de 24 de julho de 1996 (BRASIL, 1996), que permite a famigerada quebra de sigilo de comunicações em sistema de informática (art. 1º, parágrafo único) sem definir exatamente o que é tal sistema. A título de exemplo, no RE 418416/SC, o Supremo Tribunal Federal decidiu que "a proteção ao que se refere o art. 5º, XII, da Constituição, é da comunicação 'de dados' e não dos 'dados em si mesmos', ainda quando armazenados em computador" (BRASIL, 2006) apreendido; navegando na mesma correnteza, no antigo paradigma constituído pelo HC 91867/PA o STF decidiu que "a proteção constitucional é da comunicação de dados e não dos dados" (BRASIL, 2012) que estavam armazenados em um aparelho celular, enquanto no contemporâneo julgamento do HC 168052/SP houve mudança de entendimento ao deliberar que nos celulares com aplicativo WhatsApp também deve haver proteção dos dados (BRASIL, 2020).

Ou seja, nos casos acima indicados houve debates sobre o acesso de dados em aparelhos eletrônicos distintos: no primeiro tratava-se de um "computador", enquanto nos dois últimos os objetos da contenda foram "aparelhos celulares". É óbvio que não se está abordando a questão do acesso de dados (que deve sempre ser precedida de decisão judicial fundamentada), mas, sim, o fato de que são equipamentos diferentes mas que possuem a similitude de armazenar dados, sem que haja uma definição jurídica se um ou outro, ou ambos, são informáticos ou não.

O que se observa pelos arestos supracitados é que a evolução tecnológica está trazendo consigo diversos equipamentos que tornam a compreensão do que é ou não "dispositivo informático" verdadeiramente nebulosa, eis o problema: o art. 154-A do Código Penal não os define nitidamente, o que traz por arrastamento a interpretação que muitas vezes poderá ser *in malam partem* e que corresponde a um arbítrio judicial incompatível com o princípio da legalidade.

A omissão dessa Lei sequer foi suprida pelas demais normas que trataram especificamente sobre esse novo mundo virtual, *v.g.*, a Lei do processo judicial 11.419, de 19 de dezembro de 2006, que traz previsão sobre "meio eletrônico" em seu art. 1º, § 2, inciso I ao prevê-lo como "qualquer forma de armazenamento ou tráfego de documentos e arquivos digitais" (BRASIL, 2006), hipótese que não se confunde com "dispositivo informático".

Da mesma maneira, a denominada Lei do Acesso à Informação 12.527, de 18 de novembro de 2011, em seu art. 8º, § 2º menciona "rede mundial de computadores (internet)" (BRASIL, 2011), todavia, igualmente não traz balizamento sobre o que seja normativamente um "dispositivo informático". Tal inércia também pode ser visualizada no seu regulamento, qual seja, o Decreto Federal 7.724, de 16 de maio de 2012 (BRASIL, 2012).

Por sua vez, o Marco Civil da Internet, Lei 12.965, de 23 de abril de 2014, não menciona o que é "dispositivo informático", embora haja uma incipiente definição em seu art. 5º, inciso II, que considera "terminal: o computador ou qualquer dispositivo que se conecte à internet" (BRASIL, 2014). O mesmo ocorre com o regulamento dessa legislação que é fruto do Decreto Federal 8.771, de 11 de maio de 2016 (BRASIL, 2016), também silente em relação a essa temática.

Da mesma forma, a intitulada Lei Geral de Proteção de Dados 13.709, de 14 de agosto de 2018 (LGPD) – posteriormente alterada pela Lei 13.853, de 08 de julho de 2019 (BRASIL, 2019) –, não traz qualquer alusão a "dispositivo informático"; a única menção próxima é feita por seu art. 5º, inciso IV, quando define banco de dados como sendo o "conjunto estruturado de dados pessoais, estabelecido em um ou em vários locais, em suporte eletrônico ou físico" (BRASIL, 2018),ou seja, não contribuiu para o debate; assim como ocorreu com a Lei 12.735, de 30 de novembro de 2012, que tipificou os crimes praticados por meio eletrônicos (BRASIL, 2012), com a Lei 13.787, de 27 de dezembro de 2018, que versa sobre a digitalização de prontuários médicos (BRASIL, 2018), e com a Lei 14.075, de 22 de outubro de 2020, que autorizou a criação de poupança social digital (BRASIL, 2020).

Há ainda uma gama de Decretos Federais relacionados com a segurança cibernética, todavia, nenhum deles supriu a indefinição de "dispositivos informático". Entre tais ferramentas normativas do Poder Executivo Federal podem ser mencionados o Decreto 7.845, de 14 de novembro de 2014 (BRASIL, 2014); o Decreto 9.573, de 22 de novembro de 2018 (BRASIL, 2018); o Decreto 9.637, de 26 de dezembro de 2018 (BRASIL, 2018b); e o Decreto 10.222, de 05 de fevereiro de 2020, que perdeu a oportunidade de complementar o Código Penal, uma vez que mencionou figuras muito próximas denominadas de "*endpoints*":

> "Nesse ponto, considera-se vital a segurança de endpoints, nome pelo qual são conhecidos, na área de rede de computadores, os dispositivos finais que estão conectados em um terminal de rede. Trata-se, portanto, de qualquer dispositivo que esteja conectado em uma rede, interna ou externa.
>
> O moderno e ágil fluxo de informações em uma organização exige rápida resposta, que nem sempre vem de uma estação de trabalho – um desk – corporativo, já que podem vir de smartphones, notebooks ou tablets conectados à rede corporativa" (BRASIL, 2020).

Analogamente, a Portaria 93, de 26 de setembro de 2019, do Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República, aprovou o Glossário da Segurança da Informação (BRASIL, 2019) e definiu o que são dispositivos móveis (equipamentos portáteis dotados de capacidade computacional ou dispositivos removíveis de memória para armazenamento, entre os quais se incluem, não limitando a estes: notebooks, netbooks, smartphones, tablets, pendrives, USB drives, HD externo, e cartões de memória) e também não especificou o que é "dispositivo informático".

Da análise de todas as figuras acima, resta a notória anomia em torno da definição de "dispositivo informático", o que é incompatível com o princípio da legalidade que se reflete na reserva legal, na taxatividade e no Direito penal, e sequer poderá ser socorrido pelo Direito processual penal no que tange à prova pericial. É certo que os peritos devem auxiliar os membros do Poder Judiciário valendo de sua expertise sobre determinado tema (art. 160 do Código de Processo Penal [CPP], Decreto-Lei 3.689, de 03 de outubro de 1941) (BRASIL, 1941), porém, não cabe ao perito enxertar conteúdo legal onde não existe.

A perícia poderá ser de exame, vistoria ou avaliação (art. 3º do CPP c/c art. 464, do Código de Processo Civil [CPC] – Lei 13.105, de 16 de março de 2015) (BRASIL, 2015) e, embora os peritos possam responder aos quesitos apontados pelas partes e determinados pelo julgador, tal conhecimento técnico não é capaz de falar o que não foi dito pela legislação. Logo, não há qualquer permissivo para que especialistas do setor da informática possam incluir definições de bens jurídicos que não estejam devidamente previstas pela Lei, sob pena de se ter uma infinidade de hipóteses que não foram objeto de deliberação pelo Poder Legislativo, não só na atualidade, mas também no futuro com o surgimento de novos equipamentos.

Diante da conjuntura acima demonstrada, mostra-se plausível afirmar que a legislação penal brasileira não define o que são "dispositivos informáticos", notadamente na contemporaneidade em que as tecnologias se comunicam e muitas delas possuem as mesmas peças, armazenam dados e se conectam com a internet.

Isto é, há diversas tecnologias que vão além de um gabinete composto por *Wardwares* e que processam dados por meio de *Softwares,* existem diversos aparelhos que possuem dados e funções programadas, fato esse que confirma a problemática e a incerteza em torno do conceito de "dispositivos informáticos" e, no campo do Direito, autoriza dizer que não há definição desse bem jurídico penal.

A ausência de baliza sobre o bem jurídico "dispositivo informático" também não é solucionada pela classificação doutrinárias dos denominados tipos penais abertos e as normas penais em branco. Os tipos penais abertos, como já asseverado, permitem que o magistrado, mediante interpretação, ajuste a conduta do agente lesivo à norma incriminadora, porém, não permite que o julgador amplie o bem jurídico não previsto na norma; nem mesmo as normas penais em branco socorrem o art. 154-A do Código Penal, visto que não há até esse momento – qualquer outra legislação ou normas administrativas que especificam o que são "dispositivos informáticos", portanto, repisa-se, não há definição jurídica desse bem jurídico.

5. Conclusões

Da análise do art. 154-A do Código Penal foi possível observar a falta de previsão sobre a definição do bem jurídico "dispositivo informático". Essa previsão legal não se amolda ao denominado tipo penal aberto, uma vez que não se trata de uma previsão sobre a conduta do agente ativo do delito, mas, sim, de uma previsão incompleta sobre o bem jurídico que poderá ser violado. O juízo interpretativo que poderá ser realizado pelo magistrado incide sobre o agir do suposto criminoso, seja por culpa ou dolo, e não sobre a definição do bem jurídico "dispositivo informático", o que afasta a hipótese de um tipo penal aberto.

Por outro lado, os crimes informáticos ou cibernéticos exigem uma imediata complementação normativa, seja por meio de uma legislação ordinária federal (homogênea) ou de um instrumento normativo administrativo (heterogêneo) que defina com maior exatidão o que são "dispositivos informáticos".

Assim, é possível responder a primeira pergunta-problema no sentido de que os crimes informáticos ou cibernéticos não se amoldam aos tipos penais abertos, mas, sim, ao conceito de norma penal em branco ainda carente da complementação necessária.

Por via de consequência é possível asseverar que a atual ausência de complemento se mostra como verdadeira violação do princípio da legalidade, visto que o tipo penal não é taxativo, é incompleto em relação ao bem jurídico protegido, e como tal não pode permanecer nesses moldes no atual cenário jurídico nacional, o que responde a segunda pergunta-problema.

Grokskreutz, Hugo Rogério. Os crimes cibernéticos e o princípio da legalidade:
os tipos penais abertos, em branco e a indefinição de dispositivos informáticos.
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 188. ano 30. p. 105-137. São Paulo: Ed. RT, fevereiro 2022.
DOI: [10.54415/rbccrim.v188i188.86].

Por fim, foi evidenciado que há diversos equipamentos eletrônicos que compartilham de diversas peças ou itens que poderão ser análogos ou idênticos, bem como, que na contemporânea sociedade cibernéticas novos equipamentos (*Hardwares*) são criados periodicamente, logo, diversos outros aparelhos serão criados no futuro e considerados como "dispositivos informáticos" sem a devida análise do Poder Legislativo. Em outras palavras, novos equipamentos surgirão sem que a *lex populi* tenha discutido e apreciado esses originais componentes, permitindo assim se falar até mesmo em violação futura do princípio da legalidade, o que responde à terceira pergunta-problema proposta e confirma a necessidade de complementação dessa Lei penal.

6. Referências

ALMEIDA-DINIZ, Arthur J. *Novos paradigmas em Direito internacional público*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1995.

ANPEI. *O que é a indústria 4.0?* 2019. Disponível em: [http://anpei.org.br/industria-4-0-o-que-e]. Acesso em: maio 2020.

BARBER, Antonio Cardona. Algunas condiciones de legitimidad del principio del bien jurídico penalmente protegido. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.ª Época, n. 21, p. 151-187, jan. 2019. Disponível em: [http://revistas.uned.es/index.php/RDPC/article/view/27319/21353]. Acesso em: mar. 2021.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Neury Carvalho Lima. São Paulo: Hunter Books Editora, 2012.

BIANCHI, Paulo. *Introdução aos (micro) computadores*. 2. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1985.

CARACIOLA, Andrea; ASSIS, Carlos Augusto de; DELLORE, Luiz. Prova produzida por meio de *blockchain* e outros meios tecnológicos: equiparação à ata notarial? In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WOLKART, Erik Navarro; LAUX, Francisco de Mesquita; RAVAGNANI, Giovani dos Santos. *Direito, processo e tecnologia*. São Paulo: Ed. RT, 2020.

CARDOSO, Pedro. *Conheça todas as especificações técnicas do seu Smartphone Android*. 2015. Disponível em: [www.techtudo.com.br/dicas-e-tutoriais/noticia/2015/06/conheca-todas-especificacoes-tecnicas-do-seu-smartphone-android.html]. Acesso em: fev. 2021.

CIPOLI, Pedro. Smartphone *se tornaram poderosos o suficiente para substituir os PCs?* 2019. Disponível em: [https://canaltech.com.br/smartphone/smartphones-se-tornaram-poderosos-o-suficiente-para-substituir-os-pcs-137241]. Acesso em: fev. 2021.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Temas de direito & processo penal*: por prefácios selecionados. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

DEL'OLMO, Florisbal de Souza. *Curso de direito internacional público*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal*: parte geral. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013.

FACHIN, Zulmar. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Método, 2008.

FELDENS, Luciano. Constituição e direito penal: o legislador entre a proibição, a legitimidade e a obrigação de penalizar. In: SCHMIDT, Andrei Zenkner. *Novo rumos do direito penal contemporâneo*: livro em homenagem ao Prof. Dr. Cezar Roberto Bitencourt. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito*: técnica, decisão e dominação. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*. 5. ed. Curitiba: Positivo, 2010.

GLOBO. *Carolina Dieckann fala pela 1ª vez sobre fotos e diz que espera 'justiça'*. 2012. Disponível em: [http://g1.globo.com/pop-arte/noticia/2012/05/carolina-dieckmann-fala-pela-1-vez-sobre-roubo-de-fotos-intimas.html]. Acesso em: fev. 2021.

GLOBO. *Suspeitos do roubo das fotos de Carolina Dieckmann são descobertos*. 2012. Disponível em: [http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2012/05/suspeitos-do-roubo-das-fotos-de-carolina-dieckmann-sao-descobertos.html]. Acesso em: fev. 2021.

GROKSKREUTZ, Hugo Rogério; RIBEIRO, Guilherme. Análise da (in)eficácia dos direitos fundamentais na ambiência cibernética. In. ASENSI, Felipe. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Multifoco, 2015.

GROKSKREUTZ, Hugo Rogério. A dialética do sistema acusatória processual penal como pressuposto de democracia. In: GOSTINSKI, Aline; MINAGÉ, Thiago; PRAZERES, Deivid Willian dos. *Democracia em crise*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

GUERRA, Sidney. *Curso de direito internacional público*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

IKEDA, Ana. *Fotos íntimas caem na internet*: saiba como evitar exposição e reduzir danos. 2013. Disponível em: [www.uol.com.br/tilt/noticias/redacao/2012/05/10/caso-carolina-dieckmann-exposicao-de-fotos-intimas-e-comum-saiba-como-evitar.htm]. Acesso em: fev. 2021.

JORDÃO, Fábio. *O que tem dentro do seu computador?* 2011. Disponível em: [www.tecmundo.com.br/infografico/9709-o-que-tem-dentro-do-seu-computador-infografico-.htm]. Acesso em: fev. 2021.

JOPPERT, Alexandre Couto. *Fundamentos de direito penal*: parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LIPOVETSKY, Gilles. *A felicidade paradoxal*: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo. Trad. Maria Lucia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

MARASCIULO, Marília. *6 curiosidades sobre a história dos smartphones*. 2019. Disponível em: [https://revistagalileu.globo.com/Tecnologia/noticia/2019/07/6-curiosidades-sobre-historia-dos-smartphones.html]. Acesso em: fev. 2021.

MARINHO, Alexandre Araripe; FREITAS, André Guilherme Tavares. *Manual de direito penal*: parte geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MENDONÇA, Rodrigo S. Ribeiro de; OLIVEIRA, Antônio Cláudio M. de. Art. 153 a 154-B. In: JALIL, Maurício Schaun; GRECO FILHO, Vicente. *Código penal comentado*: doutrina e jurisprudência. 3. ed. Barueri: Manole, 2020.

MICHAELIS: moderno dicionário inglês-português, português-inglês. São Paulo: Companhia Melhoramentos, 2000.

MIR PUIG, Santiago. *Direito penal*: fundamentos e teoria do delito. Trad. Cláudia Vianna Garcia e José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: Ed. RT, 2007.

MIRANDA, Horácio Leal; MARBACK, Heitor Ferrari. A liquidez das relações afetivas no ciberespaço. *XV Enecult – Encontro de estudos multidisciplinares em cultura*. 2019. Disponível em: [www.enecult.ufba.br/modulos/submissao/Upload-484/111658.pdf]. Acesso em: fev. 2021.

MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*: justiça, lei, faculdade, fato social, ciência. 32. ed. São Paulo: Ed. RT, 2015.

OLIVEIRA, João Guilherme Silva Marcondes de. *Do caráter aberto dos tipos penais: revisão de uma dicotomia.* Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Opinião Consultiva 06/86 de 09 de maio de 1986, formulada pela República Oriental do Uruguai*. Disponível em: [www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/interamericano/2123opiniao.htm]. Acesso em: mar. 2021.

PASSOS, Marcelo Murillo de Almeida. *Direito penal*: uma introdução por seus princípios constitucionais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

PASSOS, Emmanuel Lopes. *Micro-mini computadores brasileiros*: análise de hardware e software. Rio de Janeiro: Campus, 1985.

PIOVESAN, Flávia. Proteção Internacional da Pessoa Humana. In: GUERRA, Sidney. *Tratado de direito internacional*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2008.

PRADO, Luiz Regis; CARVALHO; Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. *Curso de direito penal brasileiro*: parte geral e especial. 14. ed. São Paulo: Ed. RT, 2015.

QUONIAM, Luc Marie; URQUIZA, Antônio Hilário Aguilera; YAMASAKI, Nilza Emy. A globalização e a proteção dos direitos humanos no mundo digital. *Revista Videre*, v. 12, n. 25, p. 372-385, dez. 2020. Disponível em: [https://ojs.ufgd.edu.br/index.php/videre/article/view/12729/6777]. Acesso em: fev. 2021.

REALE, Miguel. *Questões de direito público*. São Paulo: Saraiva, 1997.

REZEK, Francisco. *Direito internacional público*: curso elementar. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

SANTOS, Karl Heisenber Ferro. Cibercrime: uma breve análise dos sujeitos e principais delitos virtuais. In: ROCHA, Lilian Rose Lemos et al. *Crimes digitais*. Brasília: Uniceub; IPCD, 2020. Disponível em: [https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/prefix/14602/1/Crimes%20digitais.pdf]. Acesso em: jun. 2021.

SOUZA, Elson de. *Dicionário de tecnologia:* entenda o significado dos termos. 2014. Disponível em: [www.techtudo.com.br/dicas-e-tutoriais/noticia/2014/04/dicionario-de-tecnologia-entenda-o-significado-dos-termos.html]. Acesso em: fev. 2021.

SOUZA, Paulo Henrique Moura de; CAVALLARI JUNIOR, Silvio Jose; DELGADO NETO, Geraldo Goncalves. Indústria 4.0: Contribuições Para Setor Produtivo Moderno. *XXXVII Encontro Nacional de Engenharia de Produção "A Engenharia de Produção e as novas tecnologias produtivas*: indústria 4.0, manufatura aditiva e outras abordagens avançadas de produção. 2017. Disponível em: [www.abepro.org.br/biblioteca/TN_WIC_238_384_34537.pdf]. Acesso em: maio 2020.

TORRES, Gabriel. Hardware: versão revisada e atualizada. Rio de Janeiro: Novaterra Editora, 2015.

UGARTE, Pedro Salazar. Una aproximación al concepto de legalidad y su vigencia em México. *Isonomia: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*,n. 9, p. 193-206, out. 1998. Disponível em: [www.cervantesvirtual.com/obra/una-aproximacin-al-concepto-de-legalidad-y-su-vigencia-en-mxico-0]. Acesso em: mar. 2021.

UOL. *"Lei Carolina Dieckmann" sobre crimes na internet entra em vigor*. 2013. Disponível em: [www.uol.com.br/tilt/noticias/redacao/2013/04/02/lei-carolina-dieckmann-sobre-crimes-na-internet-entra-em-vigor.htm]. Acesso em: fev. 2021.

VASCONCELOS, Laércio. Hardware *na prática*. 4. ed. Rio de Janeiro: Laércio Vasconcelos Computação, 2014.

WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal*: uma introdução à doutrina da ação finalista. Trad. Luiz Regis Prado. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011.

Legislação

BRASIL. *Ato Institucional 5, de 13 de dezembro de 1968*. Disponível em: [www.planalto.gov.br//CCIVIL_03/AIT/ait-05-68.htm]. Acesso em: abr. 2020.

BRASIL. *Constituição Federal do Brasil de 1988*. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: jul. 2020.

BRASIL. *Constituição Política do Império do Brazil de 25 de março de 1824*. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm]. Acesso em: abr. 2020.

BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 24 de fevereiro de 1891*. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm]. Acesso em: abr. 2020.

BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 16 de julho de 1934*. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm]. Acesso em: abr. 2020.

BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 10 de novembro de 1937*. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm]. Acesso em: abr. 2020.

BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 18 de setembro de 1946*. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm]. Acesso em: abr. 2020.

BRASIL. *Decreto-Lei 2.848 de 07 de dezembro 1940*. Código Penal. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm]. Acesso em: fev. 2021.

BRASIL. *Decreto-Lei, 3.689 de 03 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm]. Acesso em: mar. 2021.

BRASIL. *Decreto 7.845 de 14 de novembro de 2014*. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Decreto/D7845.htm]. Acesso em: mar. 2021.

BRASIL. *Decreto 9.573 de 22 de novembro de 2018*. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Decreto/D9573.htm]. Acesso em: mar. 2021.

BRASIL. *Decreto Federal 7.724, de 16 de maio de 2012*. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/Decreto/D7724.htm]. Acesso em: fev. 2021.

BRASIL. *Decreto Federal 8.771, de 11 de maio de 2016*. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Decreto/D8771.htm]. Acesso em: fev. 2021.

BRASIL. *Decreto Federal 9.637 de 26 de dezembro de 2018*. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/D9637.htm]. Acesso em: mar. 2021.

BRASIL. *Decreto Federal 10.222, de 05 de fevereiro de 2020*. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/D10222.htm]. Acesso em: mar. 2021.

BRASIL. *Lei 7.209, de 11 de julho 1984*. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/l7209.htm]. Acesso em: mar. 2021.

BRASIL. *Lei 9.296, de 24 de julho de 1996*. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9296.htm]. Acesso em: mar. 2021.

BRASIL. *Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006*. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11419.htm]. Acesso em: mar. 2021.

BRASIL. *Lei 12.527, de 18 de novembro de 2011*. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm]. Acesso em: fev. 2021.

BRASIL. *Lei 12.737 de 30 de novembro de 2012*. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12737.htm]. Acesso em: fev. 2021.

BRASIL. *Lei 12.965, de 23 de abril de 2014*. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm]. Acesso em: fev. 2021.

BRASIL. *Lei 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm]. Acesso em: mar. 2021.

BRASIL. *Lei 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm]. Acesso em: fev. 2021.

BRASIL. *Lei 13.787, de 27 de dezembro de 2018*. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13787.htm]. Acesso em: jun. 2021.

BRASIL. *Lei 13.853, de 08 de julho de 2019*. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13853.htm]. Acesso em: fev. 2021.

BRASIL. *Lei 12.735, de 30 de novembro de 2012*. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12735.htm]. Acesso em: mar. 2021.

BRASIL. *Lei 14.155, de 27 de maio de 2021*. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm]. Acesso em: jun. 2021.

BRASIL. *Portaria 93, de 26 de setembro de 2019, do Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República*. Disponível em: [www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-93-de-26-de-setembro-de-2019-219115663]. Acesso em: mar. 2021.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia de 1776*. Disponível em: [www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos--do-bom-povo-de-virginia-1776.html]. Acesso em: out. 2020.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Constituição dos Estados Unidos da América de 1787*. Disponível em: [www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/constituicao-dos-estados--unidos-da-america-1787.html]. Acesso em: out. 2020.

FRANÇA. *Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789*. Disponível em: [www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html]. Acesso em: out. 2020.

FRANÇA. *Declaração dos Direitos da Mulher e da Cidadã de 1791*. Disponível em: [www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-dos-direitos-da-mulher-e-da-cidada-1791.html]. Acesso em: out. 2020.

INGLATERRA. *Magna Charta Libertatum de 1215*. Disponível em: [www.direitos humanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/magna-carta-1215-magna-charta-libertatum.html]. Acesso em: mar. 2021.

INGLATERRA. *Petição de Direitos de 1628*. Disponível em: [www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/peticao-de-direito-1628.html]. Acesso em: out. 2020.

INGLATERRA. *Lei do* Habeas Corpus *de 1689*. Disponível em: [www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/a-lei-de-qhabeas-corpusq-1679.html]. Acesso em: out. 2020.

INGLATERRA. *Declaração Inglesa de Direitos de 1689*. Disponível em: [www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/a-declaracao-inglesa-de-direitos-1689.html]. Acesso em: out. 2020.

LIGA DAS NAÇÕES. *Tratado de Versailles de 1919*. Disponível em: < [www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/D13990.htm]. Acesso em: nov. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. *Carta das Nações Unidas de 1945*. Disponível em: [https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2017/11/A-Carta-das-Na%C3%A7%C3%B5es-Unidas.pdf] e [www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm]. Acesso em: nov. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. *Declaração Universal dos Direitos Humanos – Resolução 217-A-III da Assembleia Geral*. Disponível em: [https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf]. Acesso em: mar. 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. *Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966*. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm]. Acesso em: nov. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. *Proclamação de Teerã de 1968*. Disponível em: [www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Confer%C3%AAncias-de-C%C3%BApula-das-Na%C3%A7%C3%B5es-Unidas-sobre-Direitos-Humanos/proclamacao-de-teera.html]. Acesso em: mar. 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. *Declaração e Programa de Ação de Viena de 1993*. Disponível em: [www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/vienna.pdf]. Acesso em: mar. 2019.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Carta da Organização dos Estados Americanos*. Disponível em: [www.oas.org/dil/port/tratados_A-41_Carta_da_Organiza%C3%A7%C3%A3o_dos_Estados_Americanos.pdf]. Acesso em: jul. 2020.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem*. Disponível em: [www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.Declaracao_Americana.htm]. Acesso em: jul. 2020.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana de Direitos Humanos*. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm]. Acesso em: jul. 2020.

Jurisprudência

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *RE 418416*. Relator: Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 10.05.2006, *DJ* 19.12.2006. Disponível em: [https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur92577/false]. Acesso em: fev. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 70389*. Relator: Sydney Sanches, Relator p/ Acórdão: Celso De Mello, Tribunal Pleno, julgado em 23.06.1994, *DJ* 10.08.2001. Disponível em: [www.stf.jus.br]. Acesso em: fev. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 91867*. Relator: Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 24.04.2012, *DJe* 20.09.2012. Disponível em: [https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur214794/false]. Acesso em: fev. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 96007*. Relator: Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 12.06.2012, *DJe* 08.02.2013. Disponível em: [www.stf.jus.br]. Acesso em: fev. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RHC 124082*. Relator: Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em 09.12.2014, *DJe* 06.02.2015. Disponível em: [www.stf.jus.br]. Acesso em: fev. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 111021*. Decisão Monocrática Min. Celso de Mello, 2015. Disponível em: [http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=307822348&ext=.pdf]. Acesso em: jan. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1407255/SC*. Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 21.08.2018, *DJe* 29.08.2018. Disponível em: [www.stj.jus.br]. Acesso em: mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 168052*. Relator: Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 20.10.2020, *DJe* 02.12.2020. Disponível em: [https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur437471/false]. Acesso em: fev. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 108715*. Relator: Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 24.09.2013, *DJe* 29.05.2014. Disponível em: [www.stf.jus.br]. Acesso em: fev. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional Federal – 1ª Região. *ACR 0051719-63.2004.4.01.3800*, Juiz Federal Saulo José Casali Bahia. Quarta Turma, E-*Djf1* 06.08.2019. Disponível em: [www.trf1.jus.br]. Acesso em: fev. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional Federal – 3ª Região. *Embargos Infringentes e de Nulidade – 50054, 0006481-89.2006.4.03.6000*. Quarta Seção. Rel. Juiz Convocado Leonel Ferreira. Julgado em 21.01.2016, *E-DJF3 Judicial 1* 05.02.2016. Disponível em: [www.trf3.jus.br]. Acesso em: fev. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional Federal – 4ª Região. *ACR 5000272-72.2016.4.04.7121*. Sétima Turma. Relatora Salise Monteiro Sanchotene. juntado aos autos em 10.04.2019. Disponível em: [www.trf4.jus.br]. Acesso em: fev. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional Federal – 4ª Região. *ACR 2001.70.01.003881-0*. Sétima Turma. Relator Néfi Cordeiro. *D.E.* 24.06.2009. Disponível em: [www.trf4.jus.br]. Acesso em: fev. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional Federal – 5ª Região. *HC 00042833620134050000*. Desembargador Federal Vladimir Carvalho. 2ª Turma. Julgamento: 04.06.2013. Publicação: 13.06.2013. Disponível em: [www.trf5.jus.br]. Acesso em: fev. 2021.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Áreas do Direito: Penal; Digital

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- Crimes digitais no ordenamento brasileiro, de Coriolano Almeida Camargo e Cleórbete Santos – *RDTec* 2; e
- Novos espaços de proteção do direito penal no mundo tecnológico: a definição e caracterização dos crimes de informática, de Daniel Leonhardt dos Santos – *RBCCrim* 173/61-101.

Veja também Legislação relacionada ao tema

- Art. 154-A do CP.

Las medidas de seguridad en el código penal peruano

As medidas de segurança no código penal peruano

James Reátegui Sánchez

Doctor en Derecho. Universidad de Buenos Aires (Argentina). Diploma de Experto en Victimología. Universidad de Sevilla (España). Especialista en Destrezas en Litigación Oral en la California Western School of Law, (San Diego, EE.UU.). Doctor Honoris Causa por la Universidad la Barra Interamericana de Abogados (México). Licenciado en Derecho por la Universidad Peruana Los Andes (Perú). Profesor de la Unidad Posgrado de la Universidad Privada de Tacna, de la Universidad Privada Antenor Orrego de Trujillo. Profesor Honorario de la Universidad José Carlos Mariátegui (Perú). Miembro Honorario de los Ilustres Colegio de Abogados de Huancavelica, Huaraz, Puno, Cañete, Ucayali, Junín, Cuzco y Tacna. Actual Juez Superior (S) de la Corte Superior de Justicia de Lima Sur.
ORCID: [https://orcid.org/0000-0002-3123-0744] .
DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v188i188.96].
jrsanchez2022@gmail.com

Autor convidado

Áreas do Direito: Penal; Internacional

Resumen: En este artículo, el autor presenta el sistema de medidas de seguridad en el Derecho Penal peruano. A partir del análisis de la ley, la doctrina y la jurisprudencia, cuestiona los fundamentos y los límites de este instituto.

Palabras clave: Medidas de seguridad – Peligrosidad – Imputabilidad – Tratamiento ambulatorio – Internación.

Resumo: Nesse artigo, o autor apresenta o sistema de medidas de segurança no Direito Penal peruano. A partir da análise da lei, da doutrina e da jurisprudência, problematiza os fundamentos e os limites desse instituto.

Palavras-chave: Medidas de segurança – Periculosidade – Imputabilidade – Tratamento ambulatório – Internamento.

Sumário: I. Consideraciones generales. II. El principio de proporcionalidad, los intereses públicos predominantes y las medidas de seguridad. III. Sistema de regulación de las Medidas de Seguridad. IV. Presupuestos para la aplicación de la medida de seguridad. 1. La comisión de un injusto penal previo. 2. El grado de pronóstico elevado de probabilidad delictiva. V. Las clases de Medidas de Seguridad en el Código penal. 1. Medidas de seguridad de internación. 1.1. Concepto. 1.2. Finalidad. 1.3. Sobre el ingreso a los Centros especializados. 1.4. Duración de la medida de internamiento. 2. Medida de seguridad de Tratamiento ambulatorio. 2.1. Concepto. 2.2. Duración. VI. El proceso de Seguridad en el Código procesal penal de 2004. Referencias.

Sánchez, James Reátegui. Las medidas de seguridad en el código penal peruano. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 188. ano 30. p. 139-162. São Paulo: Ed. RT, fevereiro 2022. DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v188i188.96].

I. CONSIDERACIONES GENERALES

Las medidas de seguridad se originan a mediados del siglo XIX promovidas por la Escuela positivista, es decir, aparecen como la consolidación normativa de las doctrinas etiologistas de la criminalidad y del positivismo naturalista y sociológico, y su principal objetivo es aparecer como alternativa de la pena criminal[1]. Para la cual el castigo ya no radicaría en la culpabilidad, sino que también radicaría en la peligrosidad social de ciertos sujetos determinados a la realización de conductas desviadas. A estos nuevos castigos se les denominaría medidas de seguridad que se aplicarían bien sea para recuperar al desviado en caso de que fuera recuperable, o bien sea para neutralizarlos definitivamente si no lo fuera.

La corriente positivismo naturalista considera que la pena es inútil y propugna que sea reemplazada por las mediad de seguridad. Con esta, se debe neutralizar al delincuente, tratarle mediante la educación y la medicina o colocarle bajo tutela o asistencia. La aplicación de estas medidas depende, en consecuencia, del estado personal del delincuente. Su objetivo es combatir su peligrosidad[2]

Sin embargo, la llamada Escuela de la Política Criminal es la que inició con la integración de las penas criminales y las medidas de seguridad como mecanismos

1. Como es sabido, la denominada Escuela Clásica postuló que la responsabilidad penal se basaba en el "libre albedrío" de la persona, y que la pena debía encontrar su fundamento exclusivamente en la culpabilidad del sujeto y orientarse a la retribución punitiva. Por el contrario, la Escuela Positiva, en cambio, negaba el libre albedrío y partía de una concepción determinista del hombre; la responsabilidad penal no era una de carácter ético o ético-jurídico, sino una responsabilidad legal o social atribuible al sujeto por formar parte de la sociedad. La pena debía tener su fundamento en la peligrosidad del delincuente. La superación de esta polémica se produce mediante el compromiso alcanzado con las propuestas de las llamada «direcciones intermedias», encabezadas por v. LISZT en Alemania o por CARNEVALLE Y ALIMENA en Italia. Por otro lado, según MAPELLI Y TERRADILLO: "El nacimiento de las medidas de seguridad responde a coordenadas bien conocidas: desde la segunda mitad del siglo XIX y hasta bien entrado el XX el positivismo científico penetra en la reflexión penal, invitando a dejar las anteriormente entendidas y consideraciones metafísicas ancladas en el Derecho Natural. Se trata, entre otros objetivos, de volver al delincuente, como sujeto con determinadas características que el primer positivismo criminológico se encargó de estudiar con la fiebre clasificadora propia de la época. LOMBROSO, CUBI Y SOLER serían los paradigmáticos corifeos de esta línea, que otros – PRINS, VACCARO, FERRI – complementarían intentando incluir factores sociales que, actuando sobre el sujeto, habrían de determinar su peligrosidad (citado por: PRADO SALDARRIAGA, Víctor; *Nuevo Proceso Penal – Reforma y Política Criminal*, 1.ª edición. Edit. Moreno. Lima, 2009).
2. Véase, en este sentido: HURTADO POZO, José; *Manual de Derecho Penal. Parte General I*. Tercera Edición, Grijley, Lima, 2005, Pág. 43.

alternos para una mejor respuesta estatal ante la criminalidad convencional. Para sus principales ideólogos con ese proceder pragmático es que se pretendía superar las evidentes limitaciones y excesos de las tendencias del libre albedrio y del determinismo absoluto. Es en ese contexto que a través de un Anteproyecto de Código Penal de 1893, el penalista suizo Carl Stoos decidió, por primera vez, regular en una propuesta legislativa un sistema bipartito o dualista de sanciones donde incluían penas y medidas de seguridad[3]. Para los especialistas este experimento permitía que la primera encontrara un complemento adecuado en las segundas[4].

Es decir, con la conminación de penas para los sujetos con capacidad de culpabilidad y de medidas de seguridad para quienes careciendo de ella hacían visible su peligrosidad subjetiva. Al respecto sostiene Jorge Barreiro: "El ordenamiento jurídico penal aparece integrado por dos sectores: el delito – pena y el estado peligros – medida de seguridad. Así llega a una solución de compromiso en cuanto respeta la esencia retributiva de la penal e introduce los nuevos medios preventivo – especiales de lucha contra el delito[5]

El interés en evitar ese posible futuro delito o infracción penal es lo que justifica la medida de seguridad; pero como esa posibilidad se refiere a una persona determinada, a esencia de la medida de seguridad es de naturaleza preventivo-especial[6]. Por ello, en líneas generales, se pregona que al igual que la pena, la medida de seguridad se justifica por ser un medio se lucha contra el delito.

3. En efecto, Carl STOOS a través de su Anteproyecto para un Código Penal Suizo de 1893 no sólo previa como reacción al hecho la pena adecuada al hecho y a la culpabilidad, sino que contiene asimismo la novedad de las así llamadas "medidas de seguridad": según ello, los autores inimputables o seminimputables debían poder ser internados, cuando la seguridad pública lo exigiera; los reincidentes múltiples debían ser colocados en custodia –en lugar de ser penados–, cuando el tribunal estuviera convencido de que volverían a reincidir; los delincuentes cuyos delitos se debieran a falta de afección al trabajo o a ebriedad deberían poder ser enviados a una casa de trabajo o a un establecimiento para cura de ebrios" (Véase, para más referencias: FRISCH, Wolfgang; "*Las medidas de corrección y seguridad en el sistema de consecuencias jurídicas del Derecho penal*", traducción de Patricia S. Ziffer (Universidad de Buenos Aires), disponible en: InDret 3/2007.
4. BORJA JIMENEZ. Emiliano; "*La naturaleza de las medidas de seguridad en el Derecho Español*", en Estudios penales. Libro Homenaje al Profesor Luis Alberto Bramont Arias, Editorial San Marcos, Lima, 2003, Pág. 26.
5. BARREIRO, Agustín Jorge; "*Las Medidas de Seguridad en la Reforma Penal Española*", en Política Criminal y Reforma Penal. Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1993, Pág. 726.
6. MUÑOZ CONDE, Francisco / GARCÍA ARAN, Mercedes; *Derecho penal. Parte general,* 2.ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1 996, p. 53.

En tal sentido, en torno a su naturaleza jurídica, la condición punitiva de las medidas de seguridad es indiscutible, pues siempre dichas medidas –aunque puedan ser de curativas o asistenciales– constituirán una privación "especial" de la libertad personal. Sin embargo, modernas y minorías tendencias dogmáticas –especialmente representadas por Jakobs– tienden a extraer del Derecho penal las medidas de seguridad y ubicarlas en otras instancias normativas o medios jurídicos de represión (ej. Derecho de policía, Derecho Administrativo sancionador, etc.)[7].

Con respecto al fundamento de las medidas de seguridad –y de las penas–, podemos citar al profesor Zugaldía Espinar[8], quien ha dicho lo siguiente:

a) En la actualidad se considera que el fundamento de la pena y la medida de seguridad es idéntico: en ambos casos, la evitación del delito a través de la prevención general y la prevención especial.

b) Del mismo modo, las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad se orientan a un idéntico fin constitucional: a saber, la reeducación y reinserción social del sometido a ellas.

c) Por último, se considera también que las medidas de seguridad han de estar rodeadas de todas las garantías de la pena y sometidas igualmente a idénticos límites constitucionales.

La medida se refiere así, no a un delito, sino a un «estado peligroso»; y no se basa en la culpabilidad, sino en la peligrosidad que el agente demuestra como consecuencia de la enfermedad o situación de inimputabilidad. Por ello, se señala con frecuencia que la diferencia fundamental con aquella radica en que mientras que la pena atiende sobre todo al acto cometido y su base es la *culpabilidad* o responsabilidad del sujeto, en la medida de seguridad se atiende a la *peligrosidad*[9].

En ese sentido, uno de los fundamentos de las medidas de seguridad radica en que existen sujetos que no ofrecen la fiabilidad cognitiva para ser tratados como

7. Véase, en este sentido: PEÑA, Oscar / ALMANZA, Frank / BENAVENTE CH., Hesbert; *Mecanismos Alternativos de resolución de conflicto penal y los nuevos procesos penales especiales*, Lima, 2010, Pág. 348 y 349.

8. ZUGALDIA, *Fundamentos de Derecho Penal,* Granada, 1990, Pág. 110. Véase, también: BACIGALUPO, Enrique; *Principios Constitucionales del Derecho Penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, Pág. 23.

9. Por peligrosidad se entiende la probabilidad de que se produzca un resultado, en este caso la probabilidad de que se cometa en el futuro un delito por parte de una determinada persona.

personas en Derecho, o como sujetos que no muestran en conjunto una línea de vida que permita concluir que serán fieles al Derecho; en este sentido, la necesidad de heteroadministrar implica que la persona portadora de derechos y deberes incumple de manera obstinada determinados deberes, por lo que ya no puede ser tratada como tal ni igual que a los demás, no significando ello que se genere una discriminación, sino que se le priva de derechos para neutralizarla como fuente de peligro, esto es, "heteroadministración de la existencia que se produce en el caso de internamiento en un hospital psiquiátrico, un centro de deshabituación o en custodia de seguridad"[10].

Para Villavicencio Terreros: "La medida de seguridad supone la aplicación de un tratamiento dirigido a evitar que un sujeto peligros llegue a cometer un delito…por ello podemos decir que las medidas de seguridad tiene como presupuesto fundamental a la peligrosidad del delincuente[11]. En este punto, Pérez Arroyo, señala que: "Las medidas de seguridad no son sanciones y que muchos autores utilicen (incluso inconscientemente) esa expresión para denominarla, haciéndola coincidir con la pena, en un mismo lugar, es producto de rezagos positivistas en cuyo seno se llegó a considerar a la 'peligrosidad' como el presupuesto para la imposición de cualquier medida de orden punitivo, llegando a sostener que el fundamento de la pena, era dicha peligrosidad. Actualmente no se entiende la existencia de un sistema penal solo represivo, sino que, partiendo de ese carácter, debe reconocer funciones preventivas e incluso reparadoras."[12]

El artículo IX del Título Preliminar del Código penal, referente a los Fines de la Pena y Medidas de Seguridad, señala que: *"La pena tiene función preventiva, protectora y resocializadora. Las medidas de seguridad persiguen fines de curación, tutela y rehabilitación"*. En otras palabras, la finalidad principal de las Medidas de seguridad es inminentemente la vigencia irrestricta de la teoría de la prevención especial, pues es de curación, tutela y rehabilitación exclusivamente a un inimputable o a un imputable relativo, o a un toxicómano o alcohólico imputable, y como se aplica solamente a un grupo de personas, es lo que de alguna manera

10. JAKOBS, Günther; *"Coacción y personalidad. Reflexiones sobre una teoría de las medidas de seguridad complementarias a la pena"*. InDret, Barcelona, febrero, 2009, Pág. 10 y siguientes.

11. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe; *Derecho Penal. Parte General,* Grijley, Lima, 2006, Pág. 77.

12. PÉREZ ARROYO, Miguel; "*Las medidas de seguridad y rehabilitación social*"; Ponencia presentada en el II Congreso Internacional de Derecho penal. Consecuencias Jurídicas del Delito, PUCP, Lima 1 – 5 de setiembre de 1 997, ARA, Lima, 1997, Pág. 121.

lo diferencia de la finalidad de la pena criminal, que dicho sea de paso, también cumple una finalidad resocializadora, es decir, de prevención especial.

Bajo esta misma lógica, se ubica la Sentencia del Tribunal Constitucional peruano, que ha dicho, en relación a este tema, lo siguiente: "Desde la perspectiva del Derecho constitucional, la medida de internación no solo se justifica porque persigue evitar la comisión de futuros delitos, sino también porque su finalidad es la *recuperación de la persona*. Y no puede ser de otro modo, pues nuestra Constitución (artículo 1) establece que la persona y la protección de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado, condición que no se pierde por el hecho de haber sido condenado o, como en el presente caso, por haber sido sometido a una medida de seguridad"[13].

Las llamadas "medidas de seguridad" y su implementación en el Derecho penal moderno responden a las exigencias derivadas del cambio de orientación del propio Estado en una época determinada, época que se produjo principalmente en el continente europeo. Es decir, el paso del Estado liberal no intervencionista y absolutamente ineficaz frente a la criminalidad, para cuyas finalidades bastaba una pena de base retributiva, a un Estado intervencionista que pretende incidir directamente sobre la cifra de la delincuencia y adoptar medidas de intervención directa en la vida social, puso de manifiesto la insuficiencia de la pena, pues no existían medios para afrontar los casos del no culpable altamente peligroso para la vida comunitaria y del culpable con anomalía clara que le llevaba a delinquir, pero cuya peligrosidad no podía ser afrontada con los reducidos medios de la pena.

En el caso peruano, podemos mencionar que la aplicación judicial de las medidas de seguridad ha brillado por su ausencia, ya que en muy pocos casos se han aplicado tal medida, e incluso en aquellos Distritos Judiciales donde no se viene aplicando el Nuevo Código procesal penal de 2004 (porque en la mayoría de Distritos Judiciales se aplica el "nuevo" proceso penal de Seguridad), que son ya muy pocos, no existen reglas de aplicación jurídico-procesal a favor de aquellas personas presuntamente inimputables, y que lamentablemente se les tiene que internar en un Centro Penitenciario hasta el final del proceso penal, en la cual se le tendrá que dictar, si fuera el caso, recién una Medida de Seguridad, es decir, recién podrían *salir* de la Cárcel.

Como es sabido, las "medidas de seguridad" fue introducida, por primera vez en el Perú, a través del abrogado Código penal de 1924, siguiendo el modelo de

13. Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de enero de 2006, Exp. 8815-2005-PHC/TC Lima, Caso Mallma Tinco, fundamento 5. (El resaltado es nuestro).

los Proyectos de Código penal suizo, y en la Legislación peruana la terminología tradicional es de "Medidas de Seguridad"; y quizá una de las causas de su reprochable inaplicabilidad desde aquél Código –quizá la más importante- se debe a las razones de inversión económica que en su momento no ha apoyado el País[14], como da cuenta la Exposición de Motivos del Código penal de 1991, sobre las Medidas de Seguridad, que ha dicho lo siguiente:

> *"El Código Penal de 1924 incluyó un amplio catálogo de medidas de seguridad. No obstante esta previsión, las limitaciones económicas del Estado frenaron toda posibilidad de que fueran realmente aplicadas. La Comisión Revisora, consciente de esta negativa experiencia, ha buscado conciliar la aplicación de estas medidas con las inmediatas posibilidades materiales del Estado. En este sentido, sólo se prevén dos clases de medidas de seguridad: la internación y el tratamiento ambulatorio (artículo 71)".*

Por último, la aplicación de las Medidas de seguridad responde a un modelo garantista que debe respetar el Poder Judicial, el Ministerio Público, el Instituto Penitenciario[15]; por lo tanto, no es admisible sostener una definición de Medida

14. Y a veces esta lamentable inaplicación de las medidas de seguridad no sólo pasaría por un tema exclusivamente presupuestal-económico, sino también por propia desidia del Estado peruano, a través de sus agencias y representantes penales en no querer –o en todo caso desconocer– la aplicación de las normas del Código penal, y ello se ve reflejada hasta en materia de procesos constitucionales donde ha tenido que intervenir el Tribunal Constitucional, para lograr un efectivo cumplimiento de las normas jurídicas; como en el caso del Expediente N°03426-2008-PH/TC, caso: Pedro Gonzalo Marroquín Soto a quien la Segunda Sala Penal de Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima declaró inimputable (por esquizofrenia paranoide) en un proceso por homicidio calificado, disponiendo su internamiento por 4 años en el Hospital Larco Herrera, o en su defecto, en el Hospital Hermilio Valdizan o en el Instituto Nacional de Salud Mental Honorio Delgado Hideyo Noguchi, empero ello no se efectuó permaneciendo en el penal de Lurigancho. El 26 de agosto de 2010, el Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda, ampliándola por queja deficiente contra el Director del Establecimiento Penitenciario de Lurigancho y contra las autoridades de los establecimientos de salud mental antes indicados. La sentencia establece que es una exigencia constitucional que la persona sea internada en un centro.

15. Véase, en este sentido: Serrano-Piedecasas Fernández, José; *Conocimiento científico y fundamentos del derecho penal*, Grafica Horizonte, Lima, 1997, Pág. 79. Bajo este entender, la lectura garantista de las medidas de seguridad, en principio, consiste en su exclusiva aplicación por situaciones de defectos de internalización normativa (necesidad) que la ley ampara y estipula (legalidad) bajo un tiempo prudencial para su tratamiento (proporcionalidad) dictada y controlada por autoridades judiciales

de seguridad por analogía (artículo III del Título Preliminar del Código penal) al pretenderse *in malam partem* adicionar medidas correctivas o neutralizadoras que no se ajusten a los requisitos legales de la internación y tratamiento ambulatorio.

II. El principio de proporcionalidad, los intereses públicos predominantes y las medidas de seguridad

El artículo 73º del Código penal peruano que señala la aplicación del principio de proporcionalidad a las medidas de seguridad, bajo los siguientes términos: *"Las medidas de seguridad deben ser proporcionales con la peligrosidad delictual del agente, la gravedad del hecho cometido y los que probablemente cometiera si no fuese tratado"*. Estos presupuestos constituyen también criterios limitadores de la gravedad y duración de las medidas. Éstas no podrán ser más gravosas que la pena correspondiente al delito previo realizado, ni exceder del límite necesario para prevenir la peligrosidad del autor.

Lo que queda claro es que el fundamento de las medidas de seguridad es la *peligrosidad* del sujeto, y en esa lógica es que el principio de proporcionalidad aquí cumple una finalidad particular, pues se trata de una proporcionalidad condicionada no sólo por hechos futuros, sino y sobre todo, por un hecho delictuoso pasado (por ejemplo se tiene que observar la gravedad del hecho cometido), por supuesto fundado también en criterios de un pronóstico de peligrosidad del agente (por ejemplo se tiene que observar la peligrosidad delictual del agente).

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha dicho, en este tema, lo siguiente: "Las medidas de seguridad –internación y tratamiento ambulatorio– no pueden ser impuestas por el juez penal con absoluta y entera discrecionalidad; antes bien, para que una medida de seguridad sea constitucionalmente legítima, *esta debe dictarse dentro de los límites que la ley prevé y en estricta observancia del principio de proporcionalidad, artículo 73° del Código Penal*"[16].

Ahora bien, el artículo VIII del Título Preliminar del Código penal prescribe el principio rector de la proporcionalidad de las sanciones, en los siguientes términos: "*La pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho. Esta norma no*

(jurisdiccionalidad) conforme a los recaudos formales (legalidad de la ejecución). Con esta definición delimitadora se demarca la fundamentación y aplicación de las medidas de seguridad."

16. Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de enero de 2006, Exp. 8815-2005-PHC/TC Lima, Caso Mallma Tinco, fundamento 6.

rige en caso de reincidencia ni de habitualidad del agente al delito. La medida de seguridad sólo puede ser ordenada por intereses públicos predominantes." De la citada norma se pueden extraer la siguiente conclusión: que la sanción penal descansa bajo el principio de la culpabilidad o de imputación subjetiva; en cambio, la aplicación de una medida de seguridad descansa bajo el criterio de "*intereses públicos predominantes*". Al respecto debemos mencionar que cuando una persona realiza una conducta antijurídica, puede suscitarse además del peligro cierto de que lo vuelva realizar, lo que genera el interés público de evitar que ello suceda[17]. No obstante, el interés público de eliminar o reducir el riesgo de nuevos hechos antijurídicos, no siempre autoriza la imposición de medidas de seguridad, sino que lo importante sea que el interés debe ser lo suficientemente relevante como para predominar sobre los derechos individuales (como el derecho a la libertad) que se afectarían con la imposición de la medida de seguridad[18].

III. Sistema de regulación de las Medidas de Seguridad

En cuanto a los sistemas regulativos de las Medidas de seguridad en el Derecho comparado, se han esbozado los siguientes:

a. El ***sistema dualista*** que permitía, por un lado, la imposición de medidas de seguridad a delincuentes incapaces de culpabilidad y, por tanto, de no ser sometidos a pena, y, por otro, a la substitución de las penas impuestas a delincuentes imputables por medidas de seguridad. Este sistema ha sido mantenido sólo en parte en el Código penal de 1991, en el Libro Primero, Título IV, De las medidas de seguridad[19], puesto que no se prevé la aplicación de medidas de seguridad a los delincuentes plenamente imputables.

17. GARCÍA CAVERO, Percy; *Derecho Penal. Parte General. Parte General,* Lima, 2013, Pág. 899.

18. GARCÍA CAVERO, 2013, Pág. 899.

19. Las medidas de seguridad que contiene el Código Penal vigente provienen de tres fuentes Legislativas extranjeras. En primer lugar, las disposiciones que aluden a su rol funcional en el artículo IX del Título Preliminar tienen como modelo al Código Penal colombiano de 1980 [Cfr. Art. 12]. El artículo 52 del nuevo Código colombiano de 2000 se refiere a las funciones de las medidas de seguridad. Luego, las normas que tratan de las clases de medidas de seguridad aplicables, responden a la influencia del Código Penal brasileño de 1984 [Arts. 96 a 98]. Finalmente, las reglas que regulan la aplicación de medidas deben su redacción a las previsiones similares que para ello incluyó el Anteproyecto de Código Penal español de 1983 [Cfr. Arts. 87 a 89]. Esta heterogénea mixtura de fuentes legales extranjeras debe tenerse en cuenta, de modo preeminente e

En realidad, debemos de anotar que la crisis del sistema dualista de sanciones es también la crisis de la teoría de la prevención especial; sólo que ella alcanza con mayor fuerza al instituto de las medidas preventivas, porque éstas constituyen las representantes más expuestas de la prevención especial[20].

b. Por otro lado, se ha hablado de un sistema vicarial, donde resulta muy difícil separar la pena de la medida de seguridad, pues, esta funciona como pena y la pena puede funcionar como medida, en tanto el sistema de continuación del tratamiento iniciado y llevado a cabo con la medida de seguridad. El Código penal peruano vigente ha optado por el modelo estilo vicarial que posibilitaba una aplicación conjunta de ambas sanciones[21].

En efecto, por ejemplo, el artículo 77º del Código penal establece la aplicación de internación antes de la pena. En efecto, dicho artículo dispone: "*Cuando se necesite aplicar una medida de internación a un imputable relativo, o a un toxicómano o alcohólico imputable, el Juez dispondrá que ella tenga lugar antes de la pena. El período de internación se computará como tiempo de cumplimiento de la pena sin perjuicio que el Juez pueda dar por extinguida la condena o reducir su duración atendiendo al éxito del tratamiento*".

Lo interesante del sistema vicarial desde el punto de vista del condenado inimputable, como puede observarse, es que el éxito del tratamiento curativo aplicado durante la medida de internación puede determinar que el Juez penal considere y por supuesto decida una "reducción" del tiempo de pena privativa de libertad que resta por cumplir, o en todo caso, declarar su "extinción total"[22].

---

insoslayable, para poder comprender y desarrollar, con coherencia y eficacia, la utilización de las normas sobre medidas de seguridad del Derecho peruano vigente.

20. Véase, en este sentido: FRISCH, Wolfgang; *"Las medidas de corrección y seguridad en el sistema de consecuencias jurídicas del Derecho penal*", traducción de Patricia S. Ziffer (Universidad de Buenos Aires), disponible en: InDret 3/2007.

21. Según PRADO SALDARRIAGA, Víctor; *"El Proceso de Seguridad en el Código Procesal Penal de 2004"*, disponible: INCIPP, www.incipp.org.pe., Pág. 12: "Por la influencia del anteproyecto de Código Penal español de 1983, nuestro legislador se alejó de un modelo dualista puro para la aplicación sucesiva de penas y medidas de seguridad a delincuentes imputables o con imputabilidad restringida. Al respecto, el Código Penal vigente optó, más bien, por un modelo de estilo vicarial que posibilita una aplicación conjunta, pero incluida, de ambas sanciones". (las negritas son del texto).

22. Cabe señalar que esta posibilidad de alterar o extinguir los términos de duración de la penalidad fue también contemplada en el artículo 92 del C.P. de 1924, hoy abrogado, al menos para los imputables relativos: «Si la causa que había hecho suspender la ejecución

IV. Presupuestos para la aplicación de la medida de seguridad

Los presupuestos para la aplicación de las Medidas de Seguridad están contenidos en el artículo 72º del Código penal, que son los siguientes[23]:

> *"Las medidas de seguridad se aplicarán en concurrencia con las circunstancias siguientes:*
>
> *1. Que el agente haya realizado un hecho previsto como delito; y*
>
> *2. Que del hecho y de la personalidad del agente pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele una elevada probabilidad de comisión de nuevos delitos".*

1. La comisión de un injusto penal previo

El Código penal de 1991 exige, en el artículo 72º, inciso 1: *"Que el agente haya realizado un hecho previsto como delito"*. Este mismo sentido, el Código penal peruano exige para la aplicación de la medida de seguridad no sólo la suposición de peligrosidad sino también e indispensablemente que dicha peligrosidad se materialice en una infracción penal. Por consiguiente, no cabe en nuestro Derecho penal las medidas de seguridad *predelictuales*. Se trata, en otras palabras, de la expresión más clara de la aplicación del principio de legalidad en las Medidas de Seguridad.

No podemos hablar técnicamente de un delito en términos del Derecho penal, pues está ausente la culpabilidad del agente, en todo caso, la conducta se considera un «hecho», y éste como hecho definitivamente es antijurídico, pues el agente aun sin culpabilidad *actúa*, y además puede actuar antijurídicamente; sin embargo, su obrar antijurídico no le es del todo imputable, y por tanto no es culpable. Motivo por el cual no podemos hablar de un «delito» en sentido jurídico-penal.

---

de la pena de un condenado de responsabilid*ad restringida, llega a desaparecer, el Juez decidirá si la pena debe ser aún ejecutada y en qué medida, previo dictamen de peritos»*.

23. Véase, en este sentido, la Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de enero de 2006, Exp. 8815-2005-PHC/TC Lima, Caso Mallma Tinco, fundamento 6, que habla de los requisitos de las Medidas de Seguridad: *"De acuerdo con nuestro ordenamiento (artículo 72 del Código Penal) deben concurrir, en el dictado de las medidas de seguridad, las siguientes circunstancias: a) que el agente haya realizado un acto previsto como delito, y b) que del hecho y de la personalidad del agente puede deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele una elevada probabilidad de comisión de nuevos delitos"*.

Aunque, siguiendo a García Cavero[24], la rigidez del presupuesto de la realización de un injusto penal se ha empezado a relativizar, pues se ha empezado a imponer medidas de seguridad a aquellas personas que actúan atípicamente, es decir, que actúan sin dolo o sin culpa. Piénsese en aquella persona que sufre algunas distorsiones en la percepción que le impiden representarse la realidad correctamente o que carece absolutamente de una capacidad de inhibición. Definitivamente –como dice García Cavero[25]– el presupuesto consistente en "haber realizado un hecho previsto como delito" debe entenderse en un sentido fundamentalmente objetivo, como realización de una conducta objetivamente desvalorada que lleva a la afectación de un bien jurídico.

En otras palabras, la norma penal que no exige la comisión de un delito, sino el ejercicio de un hecho que se asemeje a la estructura de un delito, más no su identidad total. En principio, lo requerible de esta evidencia se satisface con una imputación al hecho (injusto penal) y no de una imputación al autor. En este sentido, la Jurisprudencia penal vinculante, ha señalado que: "Las medidas de seguridad son sanciones que se aplican judicialmente a los inimputables o imputables relativos que han cometido un *hecho punible*"[26]. Por otro lado, la jurisprudencia: "Si existe la probabilidad de que el inimputable exento de pena pueda incurrir en nuevos *hechos delictivos*, cabe aplicarle una medida de seguridad de internación"[27].

2. El grado de pronóstico elevado de probabilidad delictiva

El estado de peligrosidad ha sido siempre el sostén fundamentador de las medidas de seguridad frente a las penas criminales. Es imprescindible acreditar la imputación a la peligrosidad para poder argumentar la imposición de una medida de seguridad, y no admitir presunciones *iure et de iure* de peligrosidad[28]. En otras palabras, el fundamento de las medidas de seguridad debe ser exclusivamente la peligrosidad criminal del autor, es decir, la probabilidad de que vuelva a delinquir en el futuro, y su duración debe establecerse también en función de

24. GARCÍA CAVERO, 2013, Pág. 905.

25. GARCÍA CAVERO, 2013, Pág. 905.

26. Ejecutoria Suprema de 16 de marzo de 2005, R. N. 104-2005 Ayacucho.

27. Sala Penal. Exp. 13274-96 Lima, en: Prado Saldarriaga, Víctor; *Derecho penal, jueces y jurisprudencia*, Palestra, Lima, 1999, Pág. 407.

28. Carbonell Mateu, Juan Carlos, en: Carbonell Mateu, Juan Carlos/Gómez Colomer, Juan Luis/Mengual i Lull, Joan B., *Enfermedad mental y delito*, Civitas, Madrid, 1987, Pág. 58.

dicha peligrosidad. De esto da cuenta el Código penal de 1991 que exige, en el artículo 72º, inciso 2, lo siguiente: *"Que del hecho y de la personalidad del agente pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele una elevada probabilidad de comisión de nuevos delitos"*.

El presupuesto de la medida de seguridad, la peligrosidad criminal, es un juicio de probabilidad y como tal puede ser erróneo: el que no se considera peligroso vuelve a reincidir y el que se considera altamente peligroso puede no volver a delinquir nunca más. Las bases sobre las que descansa un tal juicio son movedizas y los criterios que se manejan en la prognosis son todavía muy inseguros. Contra ellos se formulan objeciones de índole dogmática y psicosocial. En realidad, debe aceptarse el riesgo de que la prognosis falle; y efectivamente la experiencia así lo demuestra."[29]

La jurisprudencia peruana ha dicho, en relación a este tema, lo siguiente: "Las medidas de seguridad constituyen una de las dos posibles vías de reacción del ordenamiento jurídico penal contra los hechos antijurídicos, el otro es la pena, sanción cuyos presupuestos de imposición son la antijuridicidad del hecho cometido y la culpabilidad (responsabilidad personal) del sujeto agente del mismo. *En el caso de las medidas de seguridad, se requiere que, además de la comisión de un hecho antijurídico se dé un elemento patológico que fundamenta la ausencia de la responsabilidad personal del sujeto por el hecho. Dicho factor patológico debe haber sido determinante de la comisión del hecho y además, sobre su base ha de ser posible y formular un juicio de pronóstico de peligrosidad, esto es, de previsibilidad de la comisión de nuevos hechos delictivos en el futuro*"[30]. Otro caso: "La medida de seguridad se *aplica ante un pronóstico de peligrosidad postdelictual,* en atención al delito cometido, la modalidad de ejecución y la evaluación sicológica, con la finalidad que el sujeto no cometa nuevos delitos"[31].

Asimismo, "En el caso de las medidas de seguridad, se requiere que, además de la comisión de un hecho antijurídico se dé un elemento patológico que fundamente la ausencia de responsabilidad personal del sujeto por el hecho. Dicho factor patológico debe haber sido determinante de la comisión del *hecho y además,*

29. MUÑOZ CONDE / GARCIA ARAN, 1996, Pág. 55.

30. Exp. 4749-99 Lima, en *El Código Penal en su jurisprudencia*, cit., p. 159-160. Las cursivas son mías.

31. Resolución de la Primera Sala Penal Corporativa para procesos ordinarios de la Corte Superior de Justicia de Lima de 7/agosto/1998, Exp. 526-98, en Rojas Vargas, Fidel/Infante Vargas, Alberto, *Código Penal. Diez años de jurisprudencia sistematizada*, 2da. ed., Idemsa, Lima, 2004, Pág. 180. Las cursivas son mías.

sobre su base ha de ser posible formular un juicio de pronóstico de peligrosidad, esto es de previsibilidad de la comisión de nuevos hechos delictivos en el futuro." (Ejecutoria del 18-01-00. Exp. N.° 4749-99. Corte Suprema)[32].

V. Las clases de Medidas de Seguridad en el Código penal

Las clases de medidas de seguridad está contenida en el artículo 71º del Código penal: 1. Internación; y 2. Tratamiento ambulatorio.

1. Medidas de seguridad de internación

1.1. Concepto

La internación se encuentra regulada en el artículo 74º del Código penal, bajo los siguientes términos: *"La internación consiste en el ingreso y tratamiento del inimputable en un centro hospitalario especializado u otro establecimiento adecuado, con fines terapéuticos o de custodia. Sólo podrá disponerse la internación cuando concurra el peligro de que el agente cometa delitos considerablemente graves"*.

La jurisprudencia peruana ha dicho que: *"La internación es una clase de medida de seguridad que consiste en el ingreso del inimputable en una institución especializada con fines terapéuticos o de custodia y en casos que exista peligro de que el agente cometa delitos considerablemente graves"*[33].

La medida de seguridad de internación su naturaleza es la privación de libertad del condenado (inimputable)[34], ya que se trata de que él mismo "ingrese"

32. "El encausado ha realizado un hecho previsto como lesiones graves y del cito mencionado, así como de la personalidad del mismo, se revela una elevada probabilidad de comisión de nuevos delitos, por lo que es necesario aplicar la medida de seguridad de internación." (Ejecutoria del 06-05-97. Exp. N.° 3274-96. Corte Suprema).

33. Resolución de la Primera Sala Penal Corporativa para procesos ordinarios de la Corte Superior de Justicia de Lima de 7/agosto/1998, Exp. 526-98, en *El Código Penal en su jurisprudencia*, Diálogo con la jurisprudencia, Gaceta Jurídica, Lima, 2007, Pág. 160.

34. El hecho que la medida de internamiento su efecto sea la privación de libertad del condenado inimputable ha motivo a la interposición de acciones constitucionales de Hábeas Corpus contra resoluciones judiciales, así podemos señalar el Exp. 1259-91, Segunda Sala Penal, Lima, en: Gómez Mendoza, Gonzalo, *Jurisprudencia Penal de la Corte Suprema*, T. II, Idemsa, Lima, 1996, p. 20, que señala lo siguiente: "Mal puede afirmarse que la libertad física o derecho del libre desenvolvimiento y circulación de una persona haya sido vulnerado por el accionado, cuando contra el procesado se ha dictado la medida de seguridad de internamiento, por considerársele peligroso para la sociedad,

a un Centro hospitalario especializado u otro establecimiento adecuado designado por el Poder Judicial. Asimismo, existe un filtro fundamental para el dictado judicial de la medida de internación, y es que sólo podrá disponerse cuando "… *concurra el peligro de que el agente cometa delitos considerablemente graves*", es decir, aquí debe analizarse dos puntos de vista: en primer lugar, el peligro a futuro de que el agente condenado vuelva a comer delitos –y no faltas-; y en segundo lugar, que los delitos que pudiera cometer en el futuro sean considerados graves, y cuando la norma habla de gravedad delictiva, en todo caso, lo que estaría señalando son aquellos delitos que genera grave sensibilidad en la Sociedad: "violación sexual de menores"; "tráfico ilícito de drogas", "asesinatos", "feminicidios", etc.

Las medidas de seguridad son sanciones que se aplican judicialmente a los inimputables o imputables relativos que han cometido un hecho punible. No ingresan a este círculo de Medidas de seguridad los menores de edad pues se concibe que no han culminado su formación cognitiva del mensaje de la norma penal, conforme al límite de edad considerado político criminalmente (18 años). Entonces, primordialmente por seguridad general, en vez de aplicarse medidas de seguridad penales, a los menores se les sanciona, por el contrario, con medidas socioeducativas (artículo 229° del Código de los Niños y Adolescentes).

La medida de internación es privativa de libertad y solo puede aplicarse cuando existe el peligro potencial de que el inimputable pueda cometer en el futuro otros delitos considerablemente graves. Por tanto, la internación es una medida de seguridad que conlleva graves efectos restrictivos en la libertad de las personas. Por lo demás, como señala Claus Roxin, "[...] el fin de la pena y [de] las medidas de seguridad no se diferencian en esencia. Ciertamente, los fines preventivos se persiguen por las medidas de seguridad de una forma diferente y que la mayoría de las veces contrasta también con la orientación de los cometidos de la pena en el caso individual, pero la tendencia fundamentalmente preventiva es la misma" (Roxin, Claus, *Derecho penal. Parte general*, Civitas, Madrid, 1997, T. 1)[35]; que, en consecuencia, tratándose de una sanción la medida de internación solo puede ser impuesta en la sentencia y luego de que en juicio se haya acreditado la realización del delito por el inimputable y su estado de peligrosidad[36].

disponiéndose el tratamiento respectivo; por consiguiente no procede la interposición de la presente Acción de Garantía en el presente caso".

35. Ejecutoria Suprema vinculante, recaído en el R.N. Nº 104-2005 AYACUCHO, del 16 de marzo de 2005, expedida por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema.

36. Ejecutoria Suprema vinculante, recaído en el R.N. Nº 104-2005 AYACUCHO, del 16 de marzo de 2005, expedida por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional, ha dicho en relación a la temporalidad de la medida de seguridad de internación, lo siguiente: "Dado que la medida de internación consiste en el ingreso y tratamiento del inimputable en un centro hospitalario u otro establecimiento adecuado, con fines terapéuticos o de custodia, tal ingreso no puede *ser por un tiempo indefinido sino limitado*"[37]. Por otro lado, existen criterios jurisprudencias que no disponen límites precisos de duración de la medida de internación. En este sentido, la Jurisprudencia penal ha dicho que: "La pena tiene una función resocializadora y al desquiciado mental no se le puede resocializar, lo que necesita de un tratamiento especializado, por lo que ordenaron su internamiento en el hospital Domingo Olavegoya de la ciudad de Jauja para su tratamiento *hasta que su salud permita se le dé de alta*, debiendo informar a la Sala Penal el director de referido centro de tratamiento en forma periódica sobre la evolución del estado mental del inimputable"[38].

Por último, la novedad en nuestra norma procesal penal, es que regula una especie de medida cautelar de Medida de Seguridad, en el sentido que se trata de un internamiento de carácter "preventivo", que es "previo" a la sentencia judicial, tal medida procesal se encuentra regulada en el artículo 294º del Código procesal penal de 2004, y su naturaleza queda definida por su objetivo: la de profundizar la investigación pericial del estado de imputabilidad de un procesado, y dada su carácter cautelar, está sujeta a la variabilidad y su duración temporal no será más de aquel límite temporal regulada para la prisión preventiva; en consecuencia, no debe durar más de nueve meses en procesos comunes o dieciocho en caso de procesos complejos (artículo 272º).

37. Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de enero de 2006, Exp. 8815-2005-PHC/TC Lima, Caso Mallma Tinco, fundamento 7.

38. Sentencia de la Primera Sala Penal de la Corte de Justicia de Junín de 30 de setiembre de 1996, Exp. 1400-95 en: *Serie de Jurisprudencia 4*, AMAG, Lima, 2000, Pág. 292. Asimismo, véase la Resolución Nº 2108 de la Novena Sala penal de la Corte Superior de Justicia de Lima de 23 de febrero de 1992, Exp. 257-90, en: Rojas Vargas/Infante Vargas, *Código Penal. Diez años de jurisprudencia sistematizada*, cit., *Pág.* 183. "Considerando que no habiendo desparecido las causales que hicieron necesaria la aplicación de la medida señalada en la sentencia, ni la peligrosidad del inimputable, conforme se desprende de las respectivas pericias médicas; *no es posible aún cesar la medida de seguridad impuesta hasta que se logre su total recuperación*". (las cursivas son mías). En este mismo sentido, véase la Ejecutoria Suprema de 18 de enero de 2000, Exp. 4749-99 Lima, en: *Diálogo con la jurisprudencia*, Año 6 Nº 24, setiembre, Gaceta Jurídica, Lima, 2000, p. 162: "La imposición de una medida de seguridad no implica necesariamente que el agente sea inimputable durante todo el período en que ésta se fije, pues como ejemplo, es factible

1.2. Finalidad

La finalidad del internamiento, según el artículo 74º del Código penal es doble:

- En primer lugar, que el ingreso cumpla *fines de curación terapéutica*, aquí recibirá ayuda y sobre todo tratamiento psicológico y/o psiquiátrico. En otras palabras, la medida de internación se trata de una medida sustitutiva (de la pena criminal) con fines inminentemente tratativos y/o curativos dirigido a quienes tienen defectos plenos de internalización de la norma (generalmente a inimputables recogidos por el artículo 20º, inc. 1 del Código penal), generando una privación de la libertad, precisamente por el hecho que ha cometido y por los hechos que cometería, si es que no se le aplica la medida de internamiento. Debemos de advertir, que como la finalidad de la "internación" es totalmente curativa, existe en el Perú, un limitado personal médico especializado para llevar a cabo un adecuado tratamiento a los inimputables o pacientes psiquiátricos con medidas de seguridad de internamiento, con lo cual se torna cada vez más difícil que la finalidad sea alcanzada.
- En segundo lugar, que el ingreso o la internación del condenado cumpla fines de custodia, es decir, aquí se prescinde de la función curativa de la Medida de Seguridad, y se prefiere la *función asegurativa* de la misma, ejecutando labores de vigilancia permanente, a través de personal policial, en el Centro hospitalario especializado u otro establecimiento donde se encuentre "recluido" el condenado.

1.3. Sobre el ingreso a los Centros especializados

Habíamos dicho que el artículo 74º del Código penal dispone que la internación consiste en el ingreso y tratamiento del inimputable en un Centro Hospitalario especializado u otro Establecimiento adecuado, con fines terapéuticos o de custodia. Veamos cada una de ellas:

a) El internamiento en Centro Hospitalario

Al sujeto que sea declarado exento de responsabilidad criminal conforme al inciso 1 del artículo 20, se le podrá aplicar, si fuere necesaria, la medida de internamiento para tratamiento médico especial en un establecimiento adecuado al tipo de anomalía o alteración psíquica que se aprecie.

---

cesar la medida de internación cuando la autoridad correspondiente informa al juez, *mediante una pericia médica que las causas que hicieron necesarias la medida han cesado*".

b) El internamiento en otro Centro adecuado

A los que fueren declarados inimputables, exentos de responsabilidad, también se les podrá internar en un centro adecuado, con fines terapéuticos o de custodia. El sometido a esta medida no podrá abandonar el establecimiento sin autorización del juez o tribunal sentenciador.

1.4. Duración de la medida de internamiento

Con respecto a su duración, esta se encuentra establecida en el artículo 75º del Código penal: *"La duración de la medida de internación no podrá exceder el tiempo de duración de la pena privativa de libertad que hubiera correspondido aplicarse por el delito cometido. Sin perjuicio de que el Juez lo solicite cada seis meses, la autoridad del centro de internación deberá remitir al Juez una pericia médica a fin de darle a conocer si las causas que hicieron necesaria la aplicación de la medida han desaparecido. En este último caso, el Juez hará cesar la medida de internación impuesta"*.

La duración de la medida de internación no puede ser indeterminada, sin embargo, había una duda con respecto a la última parte del art. 75º del Código penal, cuando decía: *"podrá exceder el tiempo de duración de la pena privativa de libertad que hubiera correspondido aplicarse por el delito cometido"* es si el legislador nacional alude a la pena legal o conminada o a la pena judicial o concreta.

La doctrina judicial no se ha pronunciado al respecto. Para Prado Saldarriaga, la norma citada alude necesariamente a una *pena aplicable*, es decir, individualizada y concreta. En consecuencia, el artículo 75 no se refiere a la pena tipo abstracta. Se regula, por lo tanto, un supuesto similar al contemplado en el inciso 2 del artículo 135 del Código procesal Penal de 1991, y donde se exige de la autoridad jurisdiccional una prognosis de la *"sanción a imponerse"* o *"determinación de la pena probable"* para, sobre la base de ello, decidir la aplicación de la medida coercitiva personal de detención[39].

El Juez, entonces, primero hará una prognosis o determinación de la pena probable que se aplicaría al inimputable, si hubiera cometido el mismo delito, pero como imputable. Luego consignará en su sentencia ese dato punitivo cuantificado como el límite máximo de duración de la medida de seguridad de internación que se impone al inimputable. La doctrina penal española al comentar el párrafo segundo del inciso 1 del artículo 103º del Código Penal de 1995 ("El

39. PRADO SALDARRIAGA, Víctor; *"El Proceso de Seguridad en el Código Procesal Penal de 2004"*, disponible: INCIPP, www.incipp.org.pe., Pág. 3.

internamiento no podrá exceder del tiempo que habría durado la pena privativa de libertad, si el sujeto hubiera sido declarado responsable, y a tal efecto, el juez o tribunal fijará en la sentencia ese límite máximo"), cuya redacción es parecida a la contenida en el texto legal peruano, ha admitido una interpretación similar[40].

Por eso el operador judicial debe definir en la sentencia su extensión temporal, la cual conforme lo establece el artículo 75º [al inicio], en ningún caso puede exceder los límites cuantitativos de la pena privativa de libertad concreta, que se hubiera aplicado al procesado si hubiera sido una persona imputable; d) que, además, la duración de la medida de internación debe ser proporcional a la peligrosidad potencial del agente y coherente con las recomendaciones que sobre el tratamiento a aplicar haya precisado el perito psiquiatra[41].

Cabe destacar que el Poder Judicial del Perú, el 22 de setiembre del 2011, publicó la Resolución Administrativa N.° 336-2011-P-PJ, mediante la cual aprobó la «Circular sobre la determinación y duración de la medida de seguridad de internación», por lo que por medio de esta norma tomando en cuenta la problemática de las Medidas de Seguridad exhorta a los magistrados a pronunciarse cada seis meses respecto a la continuación, cese o variación de la medida de internación. En el mismo sentido, exhorta al Ministerio de Salud y al Instituto Nacional Penitenciario (INPE), a constituir centros o secciones hospitalarias adecuados para los internos inimputables.

2. Medida de seguridad de Tratamiento ambulatorio

2.1. Concepto

El tratamiento ambulatorio se encuentra regulado en el artículo 76º del Código penal, bajo los siguientes términos: *"El tratamiento ambulatorio será establecido*

40. PRADO SALDARRIAGA, Víctor; *"El Proceso de Seguridad en el Código Procesal Penal de 2004"*, disponible: INCIPP, www.incipp.org.pe., Pág. 3 Este autor agrega que: "Sin embargo, también un sector de la doctrina ibérica ha criticado la decisión legal se limitar la duración de la medida de internación a los indicadores cuantitativos de la pena privativa de libertad que corresponda al delito cometido. Para sus seguidores ello es incompatible, pues la medida de internación surge de un pronóstico sobre la peligrosidad latente del inimputable infractor. En cambio, la probable duración de una pena privativa de libertad aplicable al mismo caso solo podrá razonarse a partir de una culpabilidad que no es posible medir, dada la condición inimputable del agente del delito".

41. Ejecutoria Suprema vinculante, recaído en el R.N. Nº 104-2005 AYACUCHO, del 16 de marzo de 2005, expedida por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema.

y se aplicará conjuntamente con la pena al imputable relativo que lo requiera con fines terapéuticos o de rehabilitación".

El Código penal recoge como medidas de seguridad el llamado "tratamiento ambulatorio", cuya naturaleza es no privativa de libertad; por tanto, el tratamiento ambulatorio constituye en algunos casos una alternativa menos rígida a la medida de internación en los casos de defecto de internalización de la norma y que, en cuanto medida accesoria de la pena, dependerá de la aplicación y duración de esta.

La aplicación de este tipo de medidas de seguridad y rehabilitación social es propia para los sujetos semi-imputables o imputables disminuidos, los cuales, en razón de criterios de política criminal y previamente establecidos en la Ley, tienen una capacidad de culpabilidad restringida por lo cual no le es atribuible una total responsabilidad penal. En merito a ello y reconociendo una necesidad de tratamiento complementario a una sola respuesta punitiva del Estado (pena) se establece que, a fin de lograr una resocialización del penado, deben ser sometidos a tratamiento terapéutico y rehabilitador propio de las medidas de seguridad, en tanto fin preventivo especial de cara al futuro."[42]

Si bien esta medida se aplica exclusivamente a los imputables relativos; también es cierto que el artículo 178-Aº del Código penal peruano se consideran formas especiales de Tratamiento ambulatorio para los "imputables" que han cometido delitos contra la libertad sexual e indemnidad sexual[43].

---

42. Perez Arroyo, Miguel; "*Las medidas de seguridad y rehabilitación social*"; Ponencia presentada en el Congreso Internacional de Derecho penal. Consecuencias Jurídicas de Delito, PUCP; Lima 1 – 5 de setiembre de 1 997, editado por ARA, Lima, 1997, p. 141).

43. En efecto, el artículo 178-A del Código penal regula el Tratamiento terapéutico en sentido penal y de ejecución penal (Artículo incorporado por el Artículo 2 de la Ley Nº 26293, publicada el 14-02-94), bajo los siguientes términos:

    "El condenado a pena privativa de libertad efectiva por los delitos comprendidos en este capítulo, previo examen médico o psicológico que determine su aplicación será sometido a un tratamiento terapéutico *a fin de facilitar su readaptación social.*

    En los casos de suspensión de la ejecución de la pena y reserva del fallo condenatorio, el juez dispondrá la realización de un examen médico y psicológico al condenado, para los efectos a que se refiere el párrafo anterior. El sometimiento al tratamiento terapéutico será considerado como regla de conducta.

    Los beneficios penitenciarios de semilibertad, liberación condicional y redención de la pena por el trabajo y la educación, y el derecho de gracia del indulto y de la conmutación de la pena, no pueden ser concedidos sin el correspondiente informe médico y psicológico que se pronuncie sobre la evolución del tratamiento terapéutico".

2.2. Duración

La Ley penal no estipula un límite temporal para la realización del tratamiento ambulatorio. En todo caso, no puede exceder el plazo del cumplimiento de la condena impuesta al agente del delito. Su ejecución, pues, tendrá lugar de manera paralela al cumplimiento de la pena[44].

VI. El proceso de Seguridad en el Código procesal penal de 2004

El proceso de Seguridad se encuentra regulado en el Código procesal penal de 2004 integrando las disposiciones que corresponden al Libro Quinto que está dedicado a los Procesos Especiales, y como tal reúne normas de procedimientos especiales para el Juzgamiento de procesados inimputables susceptibles de ser sancionados con medidas de seguridad sólo de internación[45].

Su sistema normativo es bastante breve y comprende tres artículos, del 456 al 458[46]; aunque debemos de señalar que no sólo las únicas normas dentro del esquema propuesto por el Código procesal penal de 2004, pues se regulan procedimientos especiales para personas con cierto grado de inimputabilidad, así tenemos los artículos 294º, 293º, 492º, 545º y 546º del citado Código.

Para la instauración del proceso de seguridad, es preciso, en primer lugar, realizar una evaluación del estado inimputabilidad del proceso. Dicha evaluación

44. PRADO SALDARRIAGA, Víctor; *"El Proceso de Seguridad en el Código Procesal Penal de 2004"*, disponible: INCIPP, www.incipp.org.pe., Pág. 5.

45. PRADO SALDARRIAGA, Víctor; *"El Proceso de Seguridad en el Código Procesal Penal de 2004"*, disponible: INCIPP, www.incipp.org.pe., Pág. 18. Este autor señala que: "Debemos objetar la denominación asignada a este procedimiento ya que no resulta muy ideográfica en cuanto a su finalidad y contenidos. Efectivamente, no es un proceso destinado a la seguridad de personas o bienes o a su aseguramiento procesal, sino al juzgamiento de inimputables por enfermedad mental a los cuales eventualmente se les aplicaría medidas de seguridad de internación".

46. Con respecto a procesos con personas con enfermedades mentales que cometen delitos, el artículo 285° del Código de Procedimientos Penales de 1940 faculta al Juez a imponer medidas de seguridad, y que conformidad con el artículo 71° del Código penal, dichas medidas de seguridad pueden ser de internación o de tratamiento ambulatorio. Por estos motivos, el artículo 189º del Código de Procedimientos Penales dispone que «cuando hubiese sospechas de que el inculpado sufre de enajenación mental o de otros estados patológicos que pudieran alterar o modificar su responsabilidad, el juez instructor, de oficio o a petición del defensor o del agente fiscal, mandará reconocerlo por dos peritos psiquiatras».

podrá realizarse en cualquier estado de la causa, sea por orden Juez, o por disposición del Fiscal[47].

Es de precisar que este procedimiento especial no comprende a los imputables relativos ni a los imputables dependientes del alcohol o drogas que también pueden ser afectados por medidas de seguridad de internación. Para esta clase de procesados se aplicarán siempre las reglas y ritos procedimentales del proceso común.

En todo caso, resulta ser un notable avance para aquellas personas que padecen enfermedades mentales o trastornos mentales, pues a ellas se le debe respetar los principios del debido proceso y los principios garantistas del Derecho penal, sin discriminación alguna por la condición de discapacidad que dichas personas tienen, pues de conformidad con lo establecido en el artículo 2º inciso 2) y 139º inciso 3) de la Constitución, en el Título Preliminar del Código Penal, en el artículo 14º inciso 1) y siguientes del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el artículo 8º incisos 1) y 2) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y en el artículo 3º inciso 1) literal a) de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad.

Referencias

BACIGALUPO, Enrique; *Principios Constitucionales del Derecho Penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 1999.

BARREIRO, Agustín Jorge; "*Las Medidas de Seguridad en la Reforma Penal Española*", en Política Criminal y Reforma Penal. Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1993.

BORJA JIMENEZ. Emiliano; "*La naturaleza de las medidas de seguridad en el Derecho Español*", en Estudios penales. Libro Homenaje al Profesor Luis Alberto Bramont Arias, Editorial San Marcos, Lima, 2003.

CARBONELL MATEU, Juan Carlos, en: CARBONELL MATEU, Juan Carlos/GÓMEZ COLOMER, Juan Luis/MENGUAL I LULL, Joan B., *Enfermedad mental y delito*, Civitas, Madrid, 1987, Pág. 58.

CORTE DE JUSTICIA DE JUNÍN, Sentencia de 30 de setiembre de 1996, Primera Sala Penal, Exp. 1400-95 en: *Serie de Jurisprudencia 4*, AMAG, Lima, 2000.

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA, Ejecutoria Suprema de 18 de enero de 2000, Exp. 4749-99, en: *Diálogo con la jurisprudencia*, Año 6 Nº 24, setiembre, Gaceta Jurídica, Lima, 2000.

47. Véase, en este sentido: NEYRA FLORES, José Antonio; *Manual del Nuevo proceso penal & de Litigación oral*, Lima, 2010, Pág. 450.

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA, Exp. 1259-91, Segunda Sala Penal, en: GÓMEZ MENDOZA, Gonzalo, *Jurisprudencia Penal de la Corte Suprema*, T. II, Idemsa, Lima, 1996.

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA, Resolución de la Primera Sala Penal Corporativa para procesos ordinarios de 7/agosto/1998, Exp. 526-98, en ROJAS VARGAS, Fidel/INFANTE VARGAS, Alberto, *Código Penal. Diez años de jurisprudencia sistematizada*, 2da. ed., Idemsa, Lima, 2004.

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA, Resolución Nº 2108 de la Novena Sala penal de 23 de febrero de 1992, Exp. 257-90, en: ROJAS VARGAS, Fidel/ INFANTE VARGAS, Alberto, *Código Penal. Diez años de jurisprudencia sistematizada*, 2da ed., Idemsa, Lima, 2004.

CORTE SUPREMA, Ejecutoria del 06-05-97, Exp. N.º 3274-96.

CORTE SUPREMA, Ejecutoria Suprema vinculante, recaído en el R.N. Nº 104--2005 AYACUCHO, del 16 de marzo de 2005.

FRISCH, Wolfgang; *"Las medidas de corrección y seguridad en el sistema de consecuencias jurídicas del Derecho penal*", traducción de Patricia S. Ziffer, disponible en: InDret 3/2007.

GARCÍA CAVERO, Percy; *Derecho Penal. Parte General. Parte General,* Lima, 2013, Pág. 899.

HURTADO POZO, José; *Manual de Derecho Penal. Parte General I.* Tercera Edición, Grijley, Lima, 2005.

JAKOBS, Günther; *"Coacción y personalidad. Reflexiones sobre una teoría de las medidas de seguridad complementarias a la pena"*. InDret, Barcelona, febrero, 2009.

MUÑOZ CONDE, Francisco / GARCÍA ARAN, Mercedes*; Derecho penal. Parte general,* 2.a edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

NEYRA FLORES, José Antonio; *Manual del Nuevo proceso penal & de Litigación oral*, Lima, 2010.

PEÑA, Oscar / ALMANZA, Frank / BENAVENTE CH., Hesbert; *Mecanismos Alternativos de resolución de conflicto penal y los nuevos procesos penales especiales*, Lima, 2010.

PÉREZ ARROYO, Miguel; "*Las medidas de seguridad y rehabilitación social*"; Ponencia presentada en el II Congreso Internacional de Derecho penal. Consecuencias Jurídicas del Delito, PUCP, Lima 1-5 de setiembre de 1997, ARA, Lima, 1997.

PRADO SALDARRIAGA, Víctor; *"El Proceso de Seguridad en el Código Procesal Penal de 2004"*, disponible en: INCIPP, www.incipp.org.pe.

PRADO SALDARRIAGA, Víctor; *Derecho penal, jueces y jurisprudencia*, Palestra, Lima, 1999.

PRADO SALDARRIAGA, Víctor; *Nuevo Proceso Penal – Reforma y Política Criminal*, 1.ª edición. Edit. Moreno. Lima, 2009.

SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, José; *Conocimiento científico y fundamentos del derecho penal*, Grafica Horizonte, Lima, 1997.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Sentencia de 17 de enero de 2006, Exp. 8815-2005-PHC/TC Lima, Caso Mallma Tinco.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Sentencia de 26 de agosto de 2010, Expediente N°03426-2008-PH/TC, caso Pedro Gonzalo Marroquín.

VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe; *Derecho Penal. Parte General,* Grijley, Lima, 2006.

ZUGALDIA, *Fundamentos de Derecho Penal,* Granada, 1990.

PESQUISA DO EDITORIAL

Áreas do Direito: Penal; Internacional

Veja também Doutrina relacionada ao tema

- A excludente derivada do medo insuperável no direito peruano, de Julio Armaza Galdos – *Ciências Penais* 3/33-43.

Sánchez, James Reátegui. Las medidas de seguridad en el código penal peruano. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 188. ano 30. p. 139-162. São Paulo: Ed. RT, fevereiro 2022. DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v188i188.96].

Os limites da jurisprudência na jurisdição penal

The limits of jurisprudence in the criminal jurisdiction

Assista aos comentários do autor para este artigo



Leandro Gornicki Nunes

Doutor e Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Especialista em Direito Penal pela Universidade de Salamanca (USAL). Professor de Direito Penal e Criminologia na Universidade da Região de Joinville (Univille).
ORCID: [https://orcid.org/0000-0003-2370-0950].
DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v188i188.88].
leandro@gnsc.adv.br

Recebido em: 20.05.2021
Aprovado em: 01.12.2021
Última versão do autor: 07.12.2021

Áreas do Direito: Processual; Penal

Resumo: Partindo dos pilares iluministas da "Escola Clássica" de Direito Penal, e passando pelo penalismo contemporâneo, o texto faz uma análise histórica e crítica dos limites e critérios de aplicação da jurisprudência no âmbito da jurisdição penal, diante da crise instalada pela contraditória e infactível pretensão de coexistência dos vetores estruturantes da *civil law* e da *common law* no interior do sistema jurídico-penal brasileiro, levando-o à crise e fragilizando os direitos e as garantias fundamentais. Tendo como objeto os limites da jurisprudência na jurisdição penal, o texto apresentará as principais distinções entre os sistemas da *civil law* e da *common law*, os graus de vinculação e as funções dos precedentes no sistema jurídico brasileiro, para, em sua parte final, depois de analisar questões controvertidas, como o realismo jurídico e construtivismo, indicar os riscos à democracia decorrentes da instabilidade sistêmica causada por um preocupante grau de decisionismo. Na atualidade

Abstract: Starting from the Enlightenment pillars of the "Classical School" of Criminal Law, and through contemporary penalism, the text makes a historical and critical analysis of the limits and criteria of application of jurisprudence within criminal jurisdiction, in view of the crisis installed by the contradictory and infactible claim of coexistence of the structuring vectors of *civil law* and *common law* within the Brazilian legal system, leading it to crisis and weakening fundamental rights and guarantees. Having as its object the limits of jurisprudence in the criminal jurisdiction, the text will present the main distinctions between the systems of civil law and common law, the degrees of binding and the functions of precedents in the Brazilian legal system, to, in its final part, after analyzing controversial issues, such as legal realism and constructivism, indicate the risks to democracy arising from systemic instability caused by a worrying degree of decisionism. Nowadays Brazilian politics, the

política brasileira, as ponderações formuladas se justificam em face da ampliação cotidiana de discursos populistas dirigidos à anulação do Poder Judiciário, especialmente do seu órgão máximo, o Supremo Tribunal Federal, como instrumento de contenção às pretensões totalitárias e extremistas de ocasião.

Palavras-chave: Sistema penal – Interpretação – Jurisprudência – Limites – *Civil law.*

weightings formulated are justified in the face of the daily expansion of populist discourses aimed at the annulment of the judiciary, especially its maximum organ, the Supreme Court, as an instrument of containment to totalitarian and extremist claims of occasion.

Keywords: Criminal system – Interpretation – Jurisprudence – Limits – Civil law.

Sumário: 1. Introdução. 2. Fontes do Direito Penal no Brasil. 3. Sistema jurídico brasileiro e *civil law*. 4. Conceito de jurisprudência: anglo-saxônica e romanística. 5. Graus de vinculação dos precedentes. 6. Funções sistêmicas da jurisprudência e dos precedentes. 7. Questões controvertidas. 7.1. "Última palavra" e realismo jurídico (*sociological jurisprudence*). 7.2. Segurança jurídica. 7.3. Audiências públicas e participação popular: os perigos das "vozes das ruas". 7.4. Criminalização da homotransfobia pelo Poder Judiciário (ADO 26). 7.5. Proibição de retrocesso punitivo. 8. Considerações finais. 9. Referências bibliográficas.

1. Introdução

O presente artigo tem por tema *os limites da jurisprudência no âmbito da jurisdição penal*. O objetivo geral é apresentar algumas implicações práticas do emprego ou uso da jurisprudência no cotidiano do sistema de justiça criminal brasileiro, tendo como vetores a *proteção das liberdades individuais* e a *contenção do poder punitivo* no Estado Constitucional e Democrático de Direito.[1] Apresentam-se como objetivos específicos do texto: a) verificar a qual espécie de fonte do direito a jurisprudência corresponde(ria) no Brasil; b) especificar qual é ou seria o tipo de sistema jurídico definido pela Constituição de 1988 e as respectivas limitações impostas às agências judiciais no ato de julgar; c) descrever o conceito de jurisprudência, apontando os graus de vinculação aos precedentes, as suas funções sistêmicas e os seus critérios de aplicação; e, por fim, d) analisar questões controvertidas em torno da jurisprudência penal, dentre as quais o realismo jurídico, os discursos de segurança jurídica, os perigos imanentes às "vozes das ruas", o emprego da analogia na criminalização de condutas constitutivas de

1. "Será a liberdade o elo indissolúvel entre cidadãos e Estado no sentido da consecução de uma ordem jurídica democrática [...] A liberdade deve ser compreendida, aqui, como elemento inerente a uma ordem social igualitária, na qual a pessoa possa ter assegurada sua individualidade, mas integrada à liberdade dos demais" (TAVARES, 2018, p. 29-30).

discriminação ou preconceito por homotransfobia pelo Supremo Tribunal Federal e a proibição de retrocesso punitivo.

Partindo dos pilares iluministas da "Escola Clássica" de Direito Penal, e passando pelo penalismo contemporâneo, é reconhecida como exigência premente uma análise histórica e crítica dos limites e critérios de aplicação da jurisprudência no âmbito da jurisdição penal, diante da crise instalada pela contraditória e infactível pretensão de coexistência dos vetores estruturantes da *civil law* e da *common law* no interior do sistema jurídico brasileiro, na medida em que um sistema só pode ter uma *ideia fundante* ou um *princípio unificador*, sem o qual não se concebe ou se preserva a sua própria existência e unidade. Segundo Kant, a arquitetônica de um sistema pressupõe uma *ideia fundante* ou um *princípio unificador* capaz de harmonizar os elementos que o constitui, delimitando coerentemente os seus critérios hermenêuticos (unidade sistemática).[2] É preciso reconhecer que – malgrado inexistam sistemas puros – dentro do horizonte democrático, para o efetivo controle do poder punitivo, é necessária a estabilização do sistema jurídico, seja ele constituído pela *civil law* ou pela *common law*. Nessa perspectiva, verifica-se o surgimento de uma situação inusitada no Brasil: de um lado, o art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição da República, seguindo a tradição liberal presente desde a primeira Constituição brasileira (1824), impede a edição de norma penal por qualquer via diversa da *lei*, concebida como ato privativo do Poder Legislativo (CR, art. 22, I); de outro lado, a Emenda Constitucional 45/2004 e a legislação processual em vigor (CPC, arts. 926 e 927), ao permitirem que o Supremo Tribunal Federal, um órgão do Poder Judiciário, aprove enunciados sumulares com efeito vinculante, ou seja, com força de lei, de certo modo, abriram as portas para a edição de norma penal pela via dos *precedentes*, instituindo uma contradição insuperável que, em um primeiro momento, gera a instabilidade do sistema jurídico brasileiro e que, na sequência, pode ser a causa de sua própria extinção.

A tentativa de fazer funcionar dois princípios no mesmo sistema, por razões lógicas, inviabiliza o próprio sistema, não havendo um vetor claro de racionalidade das agências judiciais e critérios hermenêuticos capazes de conter adequadamente o poder punitivo, que passa a circular sem controle, aniquilando a própria ideia de democracia, na medida em que não mais haverá como serem

2. "Daqui só se depreende que a unidade sistemática ou unidade racional dos conhecimentos diversos do entendimento é um princípio lógico que, mercê de ideias, ajuda o entendimento sempre que este, por si só, não baste para atingir regras e, simultaneamente, conferir uma unidade fundada sobre um princípio (uma unidade sistemática), à diversidade das regras, assim criando uma ligação tão extensa quanto possível" (KANT, 2001, A648-B676).

impostos "freios e contrapesos" (*checks and balances system*),[3] na direção contrária àquilo que foi defendido por Montesquieu (1750):

> "pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir. Une constitution peut être telle que personne ne sera contraint de faire les choses auxquelles la loi ne l'oblige pas, et à ne point faire celles que la loi lui permet."[4]

Em síntese: sem a definição do seu princípio unificador, é impossível a existência de um sistema jurídico; sem a constituição de um sistema jurídico, é impossível o controle do poder punitivo; sem o controle do poder punitivo, é impossível a democracia.

2. Fontes do Direito Penal no Brasil

A única fonte formal do Direito Penal brasileiro é a lei. Beccaria, ao discorrer a respeito do "direito de punir", sustentava que somente a lei criada pelo parlamento poderia cominar penas aos delitos: "La prima conseguenza di questi principii è che le sole leggi possono decretar le pene su i delitti, e quest'autorità non può risedere che presso il legislatore, che rappresenta tutta la società unita per um contrato sociale"[5] (BECCARIA, 1781, p. 9). Como definido por Feuerbach (1801, p. 20), *não há crime e não há pena, sem prévia lei*. Assim, o princípio da legalidade se traduz em uma exigência de segurança jurídica e uma garantia política que impede aos juízes criminalizarem o cidadão.[6]

---

3. "A que expediente, então, devemos finalmente recorrer para manter na prática a necessária divisão do poder entre os vários braços do governo, como estabelecido na Constituição? A única resposta que pode ser dada é que, uma vez que todas essas medidas externas se mostram inadequadas, deve-se sanar a falha arquitetando de tal modo a estrutura interna do governo que suas várias partes constituintes possam ser, por suas relações mútuas, instrumentos para a manutenção umas das outras em seus devidos lugares" (HAMILTON; MADISON; JAY, 2001, p. 267).
4. Tradução livre: "Para não abusar do poder, o poder deve, pela disposição das coisas, parar o poder. Uma constituição pode ser tal que ninguém será forçado a fazer coisas que a lei não exige, e não fazer as coisas que a lei permite".
5. Tradução livre: "A primeira consequência destes princípios é que somente as leis podem decretar as penas dos delitos, e esta autoridade somente pode residir no legislador, que representa toda a sociedade unida por um contrato social".
6. "El principio de legalidad no es sólo, entonces, una exigencia de seguridad jurídica, que requiera sólo la posibilidad de conocimiento previo de los delitos y las penas, sino

Apesar desse jaez de imperativo categórico do princípio da legalidade, a teoria geral do Direito costuma apresentar como suas fontes duas categorias ou gêneros fundamentais: *fontes materiais* e *fontes formais*. Dentro dessa divisão conceitual, de um lado, as *fontes materiais* do Direito estariam vinculadas aos *valores gerais da sociedade* (teorias consensuais forjadas em aparente e ilusória neutralidade do poder punitivo), e, de outro lado, aos *valores hegemônicos* decorrentes do modo de produção da vida material (teorias conflituais forjadas na totalidade concreta das relações de poder dentro da sociabilidade capitalista e reveladoras das reais funções do poder punitivo). Com relação às *fontes formais* do Direito, em termos analíticos cabe estabelecer que elas se dividem em: a) *fontes escritas estatais* (lei e jurisprudência); b) *fonte escrita não estatal* (doutrina); c) *fontes não escritas* (costumes, princípios gerais do Direito e o poder negocial entre sujeitos de direito).

Atento aos valores democráticos e à tripartição de poderes, Roxin (1997, p. 145) afirma que a pena criminal, por ser uma "ingerência tão dura na liberdade do cidadão" somente pode ser determinada pelo parlamento, como "representação eleita do povo". Tratando da reserva absoluta de lei, Busato (2013, p. 42-44) enfatiza que a norma jurídico-penal, ao estabelecer formas de intervenção na liberdade do indivíduo, só pode ter como fonte direta a *lei*, ficando excluídas outras fontes de incriminação, na medida em que somente o Poder Legislativo teria legitimidade política – enquanto órgão estatal de representação popular – para impor sanções em decorrência de condutas humanas, sempre com respeito aos limites impostos pela Constituição. Com isso, ficam excluídas e proibidas as criminalizações de condutas decorrentes dos costumes, da jurisprudência (precedentes) e dos princípios gerais do Direito. Tais fontes do Direito somente podem ser aplicadas no Direito Penal em benefício do acusado (*in bonan partem*). Somente a lei penal, harmonizada à Constituição, pode estabelecer condutas delituosas (preceito primário) e a respectiva pena (preceito secundário). Por isso, sendo a lei a única fonte formal do Direito Penal, é possível perceber a presença das suas raízes romanísticas e afirmar que o sistema jurídico brasileiro está estruturado na *civil law*, ou seja, estruturado a partir do direito positivado em lei constitucionalmente válida e legítima.

3. Sistema jurídico brasileiro e *civil law*

Evidenciando a ligação histórica do Direito Penal brasileiro ao sistema da *civil law*, Juarez Tavares (2018, p. 60) lembra que a legalidade penal esteve presente

además la garantía política de que el ciudadano no podrá verse sometido por parte del Estado ni de los jueces a penas que no admita el pueblo" (MIR PUIG, 2008, p. 106).

na Constituição Imperial de 1824 (art. 179, XI) e nas Constituições Republicanas de 1891 (art. 72, § 15), de 1934 (art. 113, XXVI), de 1937 (art. 122, XIII), de 1946 (art. 141, § 27) e de 1967 (art. 150, §16), assim como no Código Criminal de 1830 (art. 1º), no Código Penal de 1890 (art. 1º) e no Código Penal de 1940 (art. 1º). Ainda hoje a legalidade limita o poder punitivo:

> "se uma conduta não estiver prevista na lei penal como criminosa, nada poderá transformá-la em criminosa, nem a vontade dos governantes, nem as decisões judiciais, ainda que seus possíveis efeitos possam ser considerados socialmente relevantes."

Tal escorço histórico não deixa dúvidas de que se trata de um sistema de tradição romanística embasado na lei.

O Brasil não é adepto da *common law* (vinculação a precedentes), notadamente em matéria penal. É importante salientar que, entre os princípios norteadores da magistratura nacional, está o dever de fundamentar todas as decisões (CR, art. 93, IX), estando esse dever de fundamentação pautado pela lei (CR, art. 5º, II e XXXIX), surgindo como corolário o dever dos magistrados de "cumprir e fazer cumprir, com independência, serenidade e exatidão, as disposições legais e os atos de ofício" (LOMAN, art. 35, I), sendo vedada qualquer decisão *contra legem*, ressalvadas as hipóteses de inconstitucionalidade (formal e material) das disposições infraconstitucionais. Em julgamento ocorrido no âmbito de órgão fracionário do Supremo Tribunal Federal, ficou assentado que

> "em matéria penal, prevalece o dogma da reserva constitucional de lei em sentido formal, pois a Constituição da República somente admite a lei interna como única fonte formal e direta de regras de direito penal, a significar, portanto, que as cláusulas de tipificação e de cominação penais, para efeito de repressão estatal, subsomem-se ao âmbito das normas domésticas de direito penal incriminador, regendo-se, em consequência, pelo postulado da reserva de Parlamento [...] As convenções internacionais, como a Convenção de Palermo, não se qualificam, constitucionalmente, como fonte formal direta legitimadora da regulação normativa concernente à tipificação de crimes e à cominação de sanções penais."[7]

Na jurisdição penal brasileira, nem mesmo um tratado ou convenção internacional tem o condão de criar um tipo penal ou cominar penas, motivo pelo qual

7. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso em *Habeas Corpus* 121.835-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, j. 13.10.2015, *DJe* de 23.11.2015.

é meridiano deduzir que tal iniciativa não será possível pela via da jurisprudência ou dos precedentes. E, em relação ao emprego da analogia *in malam partem*, a Corte Constitucional brasileira estabeleceu:

> "não é possível abranger como criminosas condutas que não tenham pertinência em relação à conformação estrita do enunciado penal. Não se pode pretender a aplicação da analogia para abarcar hipótese não mencionada no dispositivo legal (*analogia in malam partem*). Deve-se adotar o fundamento constitucional do princípio da legalidade na esfera penal. Por mais reprovável que seja a lamentável prática da 'cola eletrônica', a persecução penal não pode ser legitimamente instaurada sem o atendimento mínimo dos direitos e garantias constitucionais vigentes em nosso Estado Democrático de Direito. Denúncia rejeitada, por maioria, por reconhecimento da atipicidade da conduta descrita nos autos como 'cola eletrônica.'"[8]

Por essa razão, no sistema jurídico brasileiro, a jurisprudência não pode criminalizar abstratamente condutas ou definir os seus parâmetros punitivos, exceto – e exclusivamente – quando *in favor libertatis*.

4. Conceito de jurisprudência: anglo-saxônica e romanística

A jurisprudência pode ser compreendida como o *conjunto das decisões dos tribunais*. Conforme demonstrado – e, na atualidade, não configura exagero repetir – a jurisprudência é uma fonte formal escrita do Direito, de caráter subsidiário e interpretativo, que *não se constitui em fonte de criminalização (primária e secundária)*[9] *de condutas humanas* no sistema jurídico brasileiro, ou seja, não podem os juízes e os tribunais violar o princípio da *reserva legal*. (Grifos nossos)

A noção de jurisprudência enquanto ciência do Direito costuma ser vinculada à tradição jurídica da *common law* (direito costumeiro ou comum a toda a Inglaterra), de origem anglo-saxônica, onde é reconhecida a força vinculante dos precedentes judiciais. Dentro do "costume jurisprudencial", os tribunais inferiores e os juízes em geral devem respeito às decisões das cortes hierarquicamente

8. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito 1.145, Rel. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, Pleno, j. 19.12.2006, *DJe* de 04.04.2008.

9. "*Criminalização primária* é o ato e o efeito de sancionar uma lei penal material que incrimina ou permite a punição de certas pessoas. [...] *Criminalização secundária* é a ação punitiva exercida sobre pessoas concretas, que acontece quando as agências policiais detectam uma pessoa que supõe-se tenha praticado certo ato criminalizado primariamente" (ZAFFARONI; BATISTA, ALAGIA, SLOKAR, 2003, p. 43).

superiores, as quais igualmente ficam obrigadas em face das próprias decisões. Nessa tradição anglo-saxônica, as decisões importantes ou paradigmáticas (*leading case*)[10] constituem um argumento forte para a tomada de decisão pelos juízes e tribunais, na medida em que a *ratio decidendi* do precedente constituirá uma premissa lógica do ato decisório e não perderá vigência com o decorrer dos anos, podendo sempre ser invocado quando houver pertinência temática.

Por outro lado, buscando maior controle das agências judiciais, em face da relativa desconfiança da figura do juiz – desconfiança essa que remonta aos tempos vizinhos à Revolução Francesa, e que também guiou a construção do texto da Lei Máxima de 18 de agosto de 1769 (denominada por José Homem Corrêa Telles de "Lei da Boa Razão")[11] –, dentro da tradição romanística, a qual influenciou de modo inescondível a construção do sistema jurídico brasileiro, as decisões dos tribunais não vinculam os juízes de instâncias inferiores, assim como tais juízes não estão vinculados ao entendimento de seus pares. Aliás, em sistemas marcados pela tradição romanística, os magistrados não se vinculam nem mesmo às próprias decisões, podendo mudar de entendimento, tendo proeminência a independência da magistratura (FERRAZ JÚNIOR, 2003, p. 245).

Apesar de todos esses pressupostos históricos e teóricos apresentados em relação aos limites da jurisprudência na jurisdição penal no Brasil, ou seja, que a criminalização de condutas depende de lei e que o sistema jurídico brasileiro é herdeiro das tradições romanísticas, não há como negar a importância da interpretação judicial das leis de cunho penal que constituem a jurisprudência criminal. Ferraz Júnior (Ibidem, p. 245-246) afirma que a jurisprudência romanística, malgrado não vincule as agências judiciais, possui um inegável papel na constituição do Direito, mormente quando são construídas interpretações uniformes e constantes, as quais não mudam a lei, mas "dão-lhe um sentido geral de orientação" ("jurisprudência pacífica dos tribunais") ou quando, diante de lacunas legais, são elaboradas verdadeiras normas jurídicas gerais, as quais ele denomina de "costume *praeter legem*". São exemplos inegáveis do significativo avanço do poder punitivo pela via jurisprudencial as súmulas das Cortes Superiores e,

10. "Uma decisão que se tenha constituído em regra importante, em torno da qual outras decisões gravitam (com especificações, exceções interpretativas, extensões de aplicação) se denomina um '*leading case*'" (SOARES, 1997, p. 183).

11. "Uma das Leis mais notáveis do feliz Reinado do Senhor D. José, é a Lei de 18 de Agosto de 1769. Denomino-a a Lei da Boa Razão, porque refugou as Leis Romanas, que em Boa Razão não forem fundadas. Um sábio teria nesta Lei vasto assumpto para uma obra de grande preço. Mas ainda que este pequeno Comentário ateste o meu pouco saber, nada se perde em o dar à luz, enquanto não aparece outro melhor" (TELLES, 1865, p. 3).

principalmente, as *súmulas vinculantes* (CR, art. 103-A) e as decisões em sede de controle concentrado de constitucionalidade (CR, art. 102, § 2º), aprovadas e proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, cujos efeitos são *erga omnes*. Em decorrência disso, o sistema jurídico entra em crise e instabilidade, na medida em que a Constituição restringe a criminalização de condutas à lei penal (CR, art. 5º, XXXIX), mas, a partir da Emenda Constitucional 45, de 30 de dezembro de 2004, permitiu a aprovação de enunciados sumulares e a proferição de decisões em sede de controle concentrado de constitucionalidade com força de lei (vinculantes), muitas vezes frontalmente contrárias ao princípio da reserva legal.

Essa crise que acomete o sistema jurídico brasileiro tem como uma de suas causas a pretensão de se instituir – ainda que parcialmente – um modelo ou sistema jurídico alienígena incompatível com a matriz constitucional de 1988, expondo a riscos políticos o mais elevado órgão do Poder Judiciário, cuja missão precípua é a de ser o "guardião da Constituição" (CR, art. 102, *caput*): o Supremo Tribunal Federal. Um exemplo disso – apenas um – é aquilo que Miranda Coutinho e Saad Azevedo apelidaram, no âmbito do processo penal, de "americanização à brasileira": a partir das imposições do mercado internacional, entre elas a garantia de competição em condições de igualdade, ou seja, sem corrupção e outras atividades ilícitas, o G7 criou o GAFI/FATF (Grupo de Ação Financeira Internacional/*The Financial Action Task Force*), que, por sua vez, elencou quarenta recomendações em uma cartilha ("padrões internacionais de combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo e da proliferação"). Esse não é o problema em si. O problema é que, no Brasil, a cultura processual permitiu, por exemplo, a introdução de mecanismos como a delação premiada sem, contudo, acabar com a estrutura inquisitorial, potencializando os danos aos direitos e às garantias fundamentais dos acusados no processo penal. Enfim, a "importação" de instrumentos processuais se dá somente até o ponto em que é funcional à conservação do inquisitorialismo que caracteriza historicamente o processo penal brasileiro.[12] Outro exemplo dos estragos causados pelos valores neoliberais no sistema jurídico brasileiro decorre da Emenda Constitucional 19, de 4 de junho de 1998, que, ao promover uma reforma administrativa no setor público, fez da *eficiência* um dos princípios da Administração Pública (CR, art. 37, *caput*), influenciando "corações e mentes" de diversos atores jurídicos:

12. "No caso do processo penal, o movimento foi na direção da adoção, por transplante, do sistema acusatório/adversarial norte-americano (sobretudo), expressão do *Common Law*" [...] "o sistema inquisitório brasileiro, potencializado pela americanização à brasileira, sobretudo pela delação premiada [...], agiganta a malvadeza e faz os fins justificarem os meios" (COUTINHO; AZEVEDO, 2018, p. 228 e 230).

> "A racionalidade neoliberal aciona técnicas e procedimentos de gestão das mentes (dispositivos de controle da população e de orientação das condutas). Como dito, não é um simples modelo econômico ou uma mera ideologia: é um governo das condutas. Ela institui a subjetividade contábil (razão de mercado) para além do mundo das finanças e atinge diretamente as relações interpessoais" (NUNES, 2018, p. 90).

Eis a história: a urgência em condenar criminalmente, para aplacar a sanha punitiva daqueles que há tempos imputavam "morosidade" às agências judiciais, agora, tem o seu fundamento constitucional para solapar direitos e garantias dos acusados na jurisdição penal, e, assim, permitir a elas reivindicar o *status* de "eficientes".

Para minimizar os diversos danos às liberdades individuais nessa atmosfera eficientista,[13] é fundamental o máximo controle da jurisprudência, especialmente, na jurisdição penal, de modo que o seu uso seja muito mais criterioso, principalmente, em relação aos limites semânticos de normas incriminadoras.

5. GRAUS DE VINCULAÇÃO DOS PRECEDENTES

Uma sentença penal ou um acórdão condenatório não podem ser construídos por meio da compilação descontextualizada de trechos de precedentes colhidos ao bel-prazer na rede mundial de computadores. No emprego da jurisprudência é necessário observar critérios lógicos e racionais capazes de conservar o próprio sistema jurídico, tornando constitucionalmente legítima a jurisdição penal. É fundamental reconhecer as exigências técnicas atreladas ao eventual grau de vinculação dos precedentes no sistema jurídico brasileiro.

Ao se conceber a jurisprudência como uma fonte subsidiária e uma ferramenta interpretativa com grande relevância dentro da jurisdição penal, por conta de seu poder persuasivo, é necessário estabelecer quais são os graus de vinculação dos precedentes, ou seja, se existe – ou não – força vinculante das decisões dos tribunais. Nesse sentido, em relação ao seu grau de vinculação, existem as seguintes categorias:

a) precedente isolado: um precedente isolado não possui qualquer força vinculante. Trata-se de uma decisão – única – a respeito de determinada matéria.

13. "O eficientismo, em rigor, é um modelo-movimento de controle penal ideologicamente vinculado à matriz neoliberal (e ao Consenso de Washington), em que a contrapartida da minimização do Estado Social é precisamente a maximização do Estado Penal e à qual devemos remontar para compreender seu inequívoco significado político funcionalmente relacionado à conservação da ordem social" (ANDRADE, 2012, p. 290).

Mas, apesar disso, a sua utilização no julgamento de um caso penal pode ser importante para estabelecer novas decisões no mesmo sentido, especialmente quando a matéria analisada é fruto de inovação legislativa (*novatio legis*). Outra hipótese em que um precedente isolado ganha muita relevância decorre de situações nas quais um tribunal passa a reconhecer como inconstitucional alguma prática investigativa, como ingresso em domicílio sem autorização judicial, sob a alegação de existência de crime permanente, ou, ainda, o emprego do reconhecimento fotográfico como meio de prova. De qualquer modo, não é possível afirmar que exista jurisprudência (em sentido técnico) a respeito do *thema decidendum*, não havendo qualquer força vinculante.

b) entendimento minoritário: em casos cuja matéria jurídica analisada já fora decidida várias vezes, haverá a formação de um entendimento por parte dos tribunais do país. Geralmente, haverá um entendimento preponderante ou dominante, apesar de também ser possível existir uma espécie de "empate" ou equivalência de forças dos entendimentos antagônicos a respeito de determinada matéria na seara jurisprudencial. Importa saber que, dialeticamente, quando houver um entendimento majoritário ou dominante, necessariamente haverá um entendimento minoritário, cuja força vinculante não existe. Apesar disso, esse entendimento minoritário, a exemplo de precedentes isolados, também pode ser utilizado na direção de estabelecer uma transformação paradigmática no entendimento dos tribunais, não devendo ser desprezado.

c) entendimento majoritário ou dominante: embora o entendimento majoritário ou dominante também não tenha força vinculante, diante do seu caráter assentado a respeito de determinada matéria jurídica em apreço e da correlata uniformidade na construção dos precedentes, não há como negar a sua maior relevância no julgamento de um caso penal. Entretanto, maioria não implica sabedoria,[14] mormente quando o seu estabelecimento é fruto de influxos políticos ou moralistas atrelados ao populismo punitivista, tão em voga na "era da informação", cujo período é "caracterizado pela transformação da nossa 'cultura material' operada por um novo paradigma organizado em torno das tecnologias da informação" (CASTELLS OLIVÁN, 2002, p. 33). De modo contramajoritário sempre

14. "A palavra sabedoria significa qualidade ou estado de ser judicioso; conhecimento sobre o que é verdadeiro ou correto, aliado a um bom julgamento de como agir; sagacidade, discernimento ou intuição. Em outras palavras, sabedoria é um tipo especial de conhecimento e conhecimento é um tipo especial de informação. Se conhecimento é informação estruturada, então sabedoria tem de ser um conhecimento especialmente organizado" (SENDOV, 1994, p. 31).

é necessário conservar a vigência das leis penais, e, acima de tudo, da Constituição da República, naquilo que permitem conter e reduzir o poder punitivo estatal.

d) súmulas não vinculantes: no Brasil, além de permitida, é muito comum a aprovação de enunciados sumulares pelos tribunais em decorrência do julgamento de recursos ordinários, especiais e extraordinários. Embora tais súmulas não gozem de força vinculante, seguindo a tendência de dar matizes anglo-saxônicas ao sistema jurídico brasileiro, com proeminência da jurisprudência e uma pretensa otimização dos resultados na prestação jurisdicional, especificamente em relação à decretação da *prisão preventiva*, a Lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019, elevou a importância das súmulas dos tribunais, considerando nulo, por ausência de fundamentação, qualquer provimento judicial (decisão interlocutória, sentença ou acórdão) que se limite a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos (CPP, art. 315, § 2º, V). Dialeticamente, *a contrario sensu*, referida lei dá igual tratamento aos casos em que o magistrado "deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento" (CPP, art. 315, § 2º, V). Logo, é inescondível a relevância das súmulas na jurisdição penal.

Ademais, considerando que o processo civil brasileiro determina que a jurisprudência seja edificada sob os auspícios da estabilidade, integridade e coerência (CPC, art. 926, *caput*), as súmulas dos Tribunais Superiores (STF e STJ) – ainda que não vinculantes – têm um maior peso no julgamento de casos cíveis e, também, criminais (CPC, art. 927, *caput*, IV; CPP, art. 3º). Afinal, os vetores da jurisprudência civil – não raro – costumam influenciar fortemente os rumos da jurisprudência criminal, chegando-se às raias de um pretenso "poder geral de cautela" na busca pela "verdade real",[15] cuja admissão é potencialmente perigosa aos direitos e às garantias fundamentais dos acusados.

Isso foi potencializado a partir da elaboração do novo Código de Processo Civil, cuja comissão de juristas foi presidida pelo Min. Luiz Fux. Não por acaso, hoje no STF, o referido ministro faz constantemente referência às disposições de cunho processual civil para fundamentar votos e decisões em casos relacionados à matéria criminal.[16] Portanto, por maior que seja a resistência em reconhecer o

15. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* 413,104/PA, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, 5ª Turma, j. 08.02.2018.

16. A título exemplificativo, ver: HC 182.025/SP, j. 06.03.2020, *DJe* de 09.03.2020; HC 136.668/DF, j. 30.08.2016, *DJe* de 01.09.2016.

seu peso, as *súmulas não vinculantes* das Cortes Superiores passaram a ter, desde o início da informatização das unidades jurisdicionais, ocorrida a partir dos anos 1990, uma profusão no meio judiciário, o que é, no mínimo, preocupante, quando essas súmulas violam o princípio da legalidade, a exemplo da Súmula n. 231 do STJ, que nega vigência ao art. 65 do Código Penal, ao impedir que a incidência da circunstância atenuante conduza à redução da pena abaixo do mínimo legal. Já é passada a hora de ser revisto tal enunciado sumular, cuja existência contribui para um "estado de coisas inconstitucional" no sistema prisional brasileiro (STF, ADPF 347).

e) súmulas vinculantes: por fim, com a Emenda Constitucional 45/2004, ficou delineado um modelo de jurisprudência simétrico ao anglo-saxônico, restando permitida a aprovação de súmulas vinculantes (com força de lei), nos termos do art. 103-A da Constituição. Em 2015, a legislação processual civil passou a determinar que os juízes e os tribunais observem as decisões do STF em *controle concentrado de constitucionalidade*, os enunciados de *súmula vinculante*, os acórdãos em *incidente de assunção de competência* ou de *resolução de demandas repetitivas* e em julgamento de *recursos extraordinário e especial repetitivos* (CPC, art. 927, *caput*). Malgrado exista, como ocorre no sistema da *commom law*, a necessidade de se explicitar a *ratio decidendi* do *leading case* para ser aplicado o enunciado vinculante, sob pena de nulidade (CPC, art. 927, § 1º), isso não afasta o perigo de se consagrarem decisões *contra legem*, e o pior, inconstitucionais, cuja possibilidade de mudança futura de entendimento em um curto espaço de tempo se mostra menor, ainda mais quando os ministros ocupam os assentos nas Cortes Superiores por longos períodos de tempo, geralmente, até a data da *aposentadoria compulsória* (CR, art. 40, § 1º, II; LC 152/2015, art. 2º, II). Um exemplo da súmula vinculante inconstitucional é a de número 26, a qual permite que juízes no âmbito da execução penal condicionem a concessão da progressão de regime prisional, em caso de crimes hediondos, a prévio "exame criminológico", sem que exista a previsão de tal exame com requisito ou para a obtenção desse benefício na lei vigente. Os efeitos deletérios dessa súmula redundaram na aprovação de um enunciado sumular não vinculante por parte do Superior Tribunal de Justiça, estendendo tal possibilidade não só aos crimes hediondos, mas, também, a qualquer tipo de crime, dependendo das "peculiaridades do caso" (STJ, Súmula 439: "Admite-se o exame criminológico pelas peculiaridades do caso, desde que em decisão motivada"). Vale ressaltar que a exigência de exame criminológico para fins de progressão de regime prisional foi afastada pela Lei 10.792, de 1º de dezembro de 2003, que alterou a Lei de Execução Penal, passando-se a exigir apenas um boletim de vida carcerária ou um atestado de bom comportamento prisional.

Essas são noções fundamentais a respeito da eventual força vinculante dos precedentes dos tribunais, evidenciando que o sistema jurídico brasileiro está na busca por equilíbrio, em face da tensão autodestrutiva criada pelo desejo de contemplar em seu interior princípios unificadores incompatíveis entre si: a incompatibilidade sistêmica entre *civil law* e *common law* proporciona insegurança e pode sacrificar – muitas vezes – as liberdades fundamentais em nome da entrega de uma prestação jurisdicional "eficiente". E, com a proximidade cada vez maior da denominada "inteligência artificial", esses riscos podem ser incrementados.

6. FUNÇÕES SISTÊMICAS DA JURISPRUDÊNCIA E DOS PRECEDENTES

Dentro do sistema jurídico-penal brasileiro, é possível apontar três funções essenciais da jurisprudência e dos precedentes:

a) garantir a legalidade penal: no Estado Constitucional e Democrático de Direito, a função precípua da jurisprudência é garantir a legalidade penal. Contudo, não se deve confundir legalidade com legalismo. Quando a lei for inconstitucional, deve a jurisdição penal realizar o controle de constitucionalidade repressivo (concentrado ou difuso), em conformidade com regras previamente ditadas pela ordem constitucional (CR, art. 102, I, "a", e § 1º; e, art. 103, § 2º) e pelas leis infraconstitucionais pertinentes (Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999; Lei 9.882, de 3 de dezembro de 1999; e Lei 12.063, de 27 de outubro de 2009), afastando a sua aplicabilidade, na medida em que o *vértice do poder* é a Constituição e nenhuma lei ou decisão pode violá-la. Então, a jurisprudência tem o dever de garantir o cumprimento das leis e decisões que estejam em harmonia com o texto constitucional. As agências judiciais devem se submeter à Constituição, porque o poder constituinte deriva do povo. A Lei Maior impõe limites democráticos que devem ser rigorosamente respeitados. Sem se atentar para isso, o Estado Constitucional e Democrático de Direito deixa de existir (CANOTILHO, 1999, p. 24-25). Concebida a Constituição como *supremacy clause*, nem mesmo uma decisão judicial – seja qual for a instância – ou a vontade da maioria, representada no parlamento, poderá modificá-la, já que passa a ser o *vértice do poder*, a razão superior do próprio Estado.

b) preencher lacunas da lei penal: nos termos da lei infraconstitucional vigente, "quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito".[17] É estatuído um permissivo para o

17. BRASIL. Decreto-Lei 4.657, de 4 de setembro de 1942, institui a *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro* (LINDB).

uso da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do Direito, apenas – e tão somente – quando a lei for omissa. Segundo o STF, a analogia, ainda que *in bonan partem*, pressupõe lacuna ou omissão na lei.[18] Ao ser realizada uma pesquisa mais ampla, é claramente perceptível que a jurisprudência brasileira em geral costuma reconhecer a importância de serem respeitados os limites da lei, mesmo quando a extrapolação desses limites configure a ampliação das possibilidades de liberdade da pessoa acusada. Pois bem! Se tal exigência é imperativa nos casos cujo emprego da analogia trará um resultado *in bonam partem*, muito mais imperiosa será a vedação do uso da analogia *in malam partem*, sob pena de negação do princípio constitucional da legalidade.

A boa técnica legislativa impõe evitar a construção de tipos penais verborrágicos, de modo que – muitas vezes – serão constatadas lacunas na lei penal. O preenchimento de tais lacunas não poderá se dar com o emprego de analogia *in malam partem*.

Ocorre que, violando o princípio da legalidade, os Tribunais Superiores admitem o emprego de analogia *in malam partem*, em hipótese de falta disciplinar grave durante a execução de pena privativa de liberdade. Segundo a Lei de Execução Penal (Lei 7.210, de 11 de julho de 1984), "comete falta grave o condenado à pena privativa de liberdade que *tiver em sua posse, utilizar ou fornecer aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo*" [grifos nossos] (art. 50, VII). É importante destacar que essa modalidade de falta disciplinar foi incluída pela Lei 11.466, de 28 de março de 2007, ou seja, é uma alteração legislativa recente, contemporânea à tecnologia de telefonia móvel, não estando atingida por qualquer necessidade de contextualização interpretativa em função de longos períodos de tempo. Malgrado a lei não tenha incluído na tipificação da falta disciplinar os acessórios de telefonia móvel (como microcartões de memória, adaptadores USB ou carregadores de bateria), é possível encontrar com facilidade vários precedentes *contra legem* admitindo a aplicação de sanções disciplinares nessas hipóteses não contempladas em lei.[19] Se a lei é incompleta, o Parlamento deve ser instado a ajustá-la às necessidades de

18. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 115.610, Rel. Min. Rosa Weber, 1ª Turma, j. 07.05.2013, *DJe* de 19.06.2013.

19. A título exemplificativo, ver: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RHC 117.985/SP, Rel. Min. Rosa Weber, 1ª, j. 08.10.2013, *DJe* de 07.11.2013; HC 105.973/RS, Rel. Min. Ayres Britto, 2ª Turma, j. 30.11.2010, *DJe* de 25.05.2011, *RTJ* 222/386; Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1.708.448/RJ, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, 5ª Turma, j. 07.06.2018, *DJe* 15.06.2018; AgRg no HC 376.643/PR, Rel. Min. Ribeiro Dantas,

cunho político-criminal. Jamais pode ser admitida ou banalizada a violação da legalidade com o emprego da analogia *in malam partem*.

Aos partidários do eficientismo penal, cujo fracasso no âmbito da segurança pública é retumbante, e, àqueles que desejam instituir uma teleologia vinculada aos seus valores moralistas na interpretação e aplicação da lei penal, deve ser lembrado enfaticamente: não há crime, não há pena, sem prévia lei (CR, art. 5º, XXXIX; CP, art. 1º). E mais: não há falta disciplinar, não há sanção disciplinar, sem prévia lei (LEP, art. 45).

c) contextualizar a interpretação e a aplicação da lei penal: muito embora deva existir um mínimo de determinação das proibições, mandados e permissões, é impossível afastar completamente certo grau de indeterminação das disposições legais, o que exigirá a importante e indispensável contribuição da jurisprudência.

No Brasil, diante de uma quantidade tão expressiva de tipos penais, com milhares de condutas incriminadas em lei, torna-se necessária a harmonização de todas essas normas com a ordem constitucional, fazendo da jurisprudência uma ferramenta indispensável na defesa das liberdades individuais.

Há casos em que a jurisprudência e os precedentes desempenham muito bem essa função, convergindo na direção dos valores deontológicos da Constituição. Um exemplo desses casos é o reconhecimento da atipicidade da conduta de manter casa para fins libidinosos, sem qualquer exploração sexual, realizando-se a filtragem constitucional do art. 229 do Código Penal.[20] Outro exemplo é a colocação de presos em prisão domiciliar quando estiverem no regime semiaberto e nele – ou no regime aberto – não houver a respectiva vaga.[21] Ainda,

5ª Turma, j. 04.05.2017, *DJe* 09.05.2017; HC 345.954/RS, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, 6ª Turma, *DJe* de 01.09.2016.

20. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.683.375/SP, Relª. Minª. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª Turma, j. 14.08.2018, *DJe* 29.08.2018: "[...] com a novel legislação, passou-se a exigir a 'exploração sexual' como elemento normativo do tipo, de modo que a conduta consistente em manter casa para fins libidinosos, por si só, não mais caracteriza crime, sendo necessário, para a configuração do delito, que haja exploração sexual, assim entendida como a violação à liberdade das pessoas que ali exercem a mercancia carnal. Não se tratando de estabelecimento voltado exclusivamente para a prática de mercancia sexual, tampouco havendo notícia de envolvimento de menores de idade, nem comprovação de que o recorrido tirava proveito, auferindo lucros da atividade sexual alheia mediante ameaça, coerção, violência ou qualquer outra forma de violação ou tolhimento à liberdade das pessoas, não há falar em fato típico a ser punido na seara penal".

21. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. SV 56: "A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS".

o reconhecimento do "estado de coisas inconstitucional" no sistema penitenciário nacional[22] e a possibilidade de interrupção voluntária da gestação no primeiro trimestre.[23] Por fim, aguarda-se a devida filtragem em relação à inconstitucionalidade da criminalização do porte de drogas para uso pessoal (Lei 11.343/2006, art. 28), no ensejo do julgamento de recurso extraordinário com *repercussão geral*.[24]

Essas são funções sistêmicas inegáveis e inafastáveis da jurisprudência e dos precedentes na jurisdição penal, tendo como farol os direitos e as garantias fundamentais, sem nunca permitir a criminalização em desconformidade ao princípio da legalidade.

7. Questões controvertidas

Depois dessa breve análise das fontes do Direito Penal no sistema da *civil law*, com a distinção dos modelos de jurisprudência (anglo-saxônica e romanística) e apuração dos seus critérios de aplicação, graus de vinculação e funções no sistema penal brasileiro, resta provocar uma reflexão mais acurada em respeito a algumas questões controvertidas: a Constituição é aquilo que o STF diz, ou, de modo mais específico, o Direito Penal é aquilo que os tribunais dizem? A reprodução de precedentes inconstitucionais ou ilegais pode ocorrer em homenagem à ideia de "segurança jurídica"? No julgamento de casos penais os magistrados devem ouvir "as vozes das ruas"? É possível a criminalização de condutas pelo STF, em razão de "proteção insuficiente" decorrente de omissão estatal legislativa? A jurisprudência criminal deve permitir retrocessos punitivos? As respostas apresentadas a seguir não têm a pretensão de completude ou perfeição, apenas desejam edificar a legalidade plasmada no texto constitucional.

22. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 347: "Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caraterizado como 'estado de coisas inconstitucional'".

23. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 124.306, Rel. Min. Roberto Barroso, 1ª Turma, m.v., j. 09.08.2016, *DJe* de 17.03.2017.

24. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 635.659-RG, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 08.12.2011, *DJe* de 08.03.2012, *RT* 920/697: "Constitucional. 2. Direito Penal. 3. Constitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/2006. 3. Violação do artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal. 6. Repercussão geral reconhecida".

*7.1. "Última palavra" e realismo jurídico (*sociological jurisprudence*)*

O *sentido* das disposições constitucionais e infraconstitucionais existe antes do "caso concreto" ou da "jurisprudência remansosa": *o sentido está na linguagem*. Na perspectiva de uma hermenêutica fundada na *filosofia da linguagem*, o sentido das disposições constitucionais e infraconstitucionais é buscado em conformidade com um *vetor de compreensão* – e não de justificação – alheio a *interesses* individuais ou coletivos, sem perder de vista os *direitos* e as *garantias* individuais e coletivos contemplados na ordem jurídica. Por não ser relativista, a hermenêutica filosófica permite que uma decisão judicial seja tomada em favor desse ou daquele indivíduo, assim como em favor desse ou daquele grupo de indivíduos, não para atender aos seus respectivos *interesses*, mas, acima de tudo, para permitir a proteção dos seus *direitos* e suas *garantias* definidos em disposições constitucionais e infraconstitucionais, cujo sentido antecede o "caso concreto" ou qualquer precedente de tribunal (com ou sem efeito vinculante).

É necessário recuperar o *império das palavras*. Atualmente, o subjetivismo se expande na relação entre os julgadores (*sujeito*) e os textos legais (*objeto*). A linguagem é muitas vezes concebida como uma terceira coisa entre o sujeito (intérprete) e o objeto (a lei). É necessário recuperar a força original da linguagem:

> "as palavras e a língua não são embrulhos, nos quais as coisas apenas estariam envolvidas para o tráfico da fala e da escrita. É somente na palavra, na língua, que as coisas passam a ser, as coisas são. É por isso também que o mau uso da língua, na simples conversa, nos *slogans* da fraseologia, nos faz perder a relação autêntica com as coisas" (HEIDEGGER, 1986, p. 26).

Qualquer perversão política ou corrosão da democracia dependerá da falsificação das palavras. Serão sofismas que sustentarão tais falsificações. É necessário compreender que:

> "falar é renunciar à subjetividade pura, à solidão, para atirar-se na linguagem, na língua dos outros do grupo; é exprimir-se, no sentido o mais físico do termo, é alienar-se (*Entäusserung*), passar à alteridade e à exterioridade. É renunciar ao 'sonho', ao mundo interior das 'imagens' e do sentimento" (WARIN, 1971, p. 46).

Isso não implica defender concepções metafísico-ontológicas a respeito da interpretação. Para afastar qualquer ilusão metafísica, é necessário reconhecer que não há essências e que a linguagem é uma condição de possibilidade para a constituição do conhecimento, sendo impossível delimitar a significação das

palavras fora do *contexto pragmático* em que são usadas, ou seja, fora dos "jogos de linguagem" (conjunto da linguagem e das atividades com as quais está interligada) (WITTGENSTEIN, 1975, p. 16). Sustenta Streck (2004, p. 166) que "no jogo de linguagem, o homem age, mas não simplesmente como indivíduo isolado de acordo com seu próprio arbítrio, e sim de acordo com regras e normas que ele, juntamente com outros indivíduos, estabeleceu". Não se trata de estabelecer o sentido de modo naturalista, ou seja, como se fosse uma essência, como se ele estivesse nas coisas em si (metafísica clássica).[25] Afinal, é inegável que o sentido das disposições constitucionais e infraconstitucionais não é imanente ao texto de lei (fato gráfico). Por outro lado, o sentido – também – não está na mente do intérprete solipsista (*Selbstsüchtiger*) que se apodera da palavra – como fazem os adeptos da *filosofia da consciência* (paradigma da subjetividade) – e racionalmente impõe sua verdade (*esquema sujeito-objeto*).[26] Repita-se: *o sentido está na linguagem*. A linguagem é anterior aos fatos e aos sujeitos envolvidos nos fatos, incluindo-se aqui – por óbvio – o intérprete ou aplicador da lei. A linguagem está acima de todos e constitui a todos no mundo em um contexto de significâncias e significados (*giro ontológico-linguístico*).

Costuma-se dizer que os tribunais, por meio da jurisprudência, dão a "última palavra" no campo jurídico. Ocorre que dar a "última palavra" não implica ser "dono da palavra". Está na Constituição de 1988 que o STF e o STJ devem dar a "última palavra" na discussão de matéria constitucional e infraconstitucional, respectivamente. Mas, a prevalência das decisões das Cortes Superiores sobre as de outros tribunais do país não permite a elas criarem retoricamente o Direito, com argumentos moralistas e politicamente ou economicamente persuasivos (relativismo interpretativo). A Constituição *não* é "um pedaço de papel" (HESSE, 1991). A Constituição não é o que o STF diz! O Direito Penal não é o que os tribunais dizem! Afinal, em termos hipotéticos: por conta de uma conduta delituosa praticada em tempo de paz, podem os tribunais condenar o agente à pena

25. "para a metafísica clássica, os sentidos estavam nas coisas (as coisas têm sentido porque há nelas uma essência) [...] Para aquilo que aqui interessa, a metafísica é entendida como ontologia, doutrina que estuda os caracteres fundamentais do ser: aquilo sem o qual algo não é; se refere às determinações necessárias do ser" (STRECK, 2012, p. 13).

26. "A discricionariedade que combato é a do *sub-jectum*, que *dis-põe* dos sentidos do direito, como se fosse 'proprietário dos sentidos' e dos 'meios-de-produção-dos-sentidos', circunstância que a aproxima das teses pragmatistas em geral, em que o caso concreto é transformado em álibi para voluntarismos, a partir de um 'grau zero de significado'" (STRECK, 2012, p. 67).

de morte? Outra hipótese: considerando que há no Brasil uma odiosa "guerra às drogas", travada principalmente contra o "inimigo" que mora nas periferias dos grandes centros urbanos (*necropolítica de drogas*), não seria o caso de permitir o uso da analogia e autorizar a pena de morte? Se o Direito Penal é o que os tribunais dizem, então, não há razão para existir o art. 5º, inciso XLVII, "a", da Constituição, ou qualquer outra disposição constitucional ou infraconstitucional; também, não há razão para estudar Direito, bastando acompanhar acriticamente os precedentes ou a jurisprudência dos tribunais.

Como advertido por Streck (Ibidem, p. 88), "cumprir a letra da lei" é um avanço considerável em nossa democracia. Há limites ontológicos ou apriorísticos impostos na lei que devem ser reconhecidos pela linguagem democraticamente construída, e cuja observância é constitucionalmente exigível das Cortes Superiores e dos órgãos jurisdicionais em geral, não se admitindo em nosso sistema jurídico qualquer vulgata realista (*sociological jurisprudence*).

Em síntese, para o realismo jurídico[27] o Direito seria aquilo que se estabelece nos casos concretos. A decisão judicial, em cada caso concreto, seria o *ser em si* do Direito, na medida em que é ela que cria a *norma*. Nessa metódica fica desprestigiado o *texto* (disposições legais da *civil law* e até mesmo a jurisprudência da *common law*), que é reduzido à condição de mero elemento inicial de compreensão e aplicação do Direito. Tratando do "realismo americano" (*sociological jurisprudence*) e do juiz visto como um "semideus" ou "engenheiro social" (inspirado em Hércules), Ost (1993) aponta – em tom crítico – que nele "não há mais Direito que o jurisprudencial; é a decisão e não a lei que cria autoridade" (monopólio da jurisdição).

É "curioso" constatar que a Constituição da República Federativa do Brasil impede que um parlamentar – eleito pelo voto direto e igualitário dos cidadãos – tenha sucesso na propositura de uma emenda constitucional tendente a abolir a separação dos Poderes e direitos e garantias individuais (CR, art. 60, § 4º, IV); no entanto, em algumas situações, é possível constatar a presença de "legisladores de segundo grau" que decidem um caso penal ao arrepio de cláusulas pétreas e da legislação em geral.

27. O *realismo estadunidense* teve como precursor Oliver Wendell Holmes Jr. (1841-1935), juiz da Suprema Corte estadunidense de 1902 a 1932. Nessa linha teórica, Karl N. Llewellyn, Jerome Frank e Felix S. Cohen questionaram a norma jurídica como elemento fundamental do Direito. Há também *o realismo escandinavo*, cujos expoentes seriam Axel Hägerström (1868-1939), Vilhelm Lundstedt (1882-1955), Karl Olivecrona (1897-1980) e Alf Ross (1899-1979).

7.2. Segurança jurídica

É necessário verificar até que ponto a busca por "segurança jurídica" ou a previsibilidade das decisões é constitucionalmente legítima. Não há dúvidas de que, a partir do *giro ontológico-linguístico*, reiteradas decisões *contra legem*, ainda que possam produzir estabilidade, integridade e coerência, jamais poderão ser reconhecidas como constitucionalmente legítimas, configurando o discurso de "segurança jurídica" – como projetado nesse sentido – uma grotesca empulhação.

Um exemplo dos riscos de uma possível manipulação discursiva no ato decisório, com invocação de certa "segurança jurídica", pode ser extraído do voto de alguns ministros do STF, que, por ocasião do julgamento das ações que discutiam a impossibilidade de prisão depois da condenação criminal em 2ª instância,[28] defenderam a necessidade de "estabilidade da jurisprudência" daquele tribunal com base em decisão anterior contrária ao texto constitucional.[29] O respeito à legalidade é um pressuposto indispensável para o fortalecimento da ideia de segurança jurídica, avessa ao convencionalismo sofista arbitrário e – algumas vezes – oportunista. Defender a permanência de entendimentos *contra legem* – fora dos casos de inconstitucionalidade da lei – em nome de uma pretensa estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência para manter a "segurança jurídica" (previsibilidade) configura odioso *decisionismo*, ampliando as possibilidades de um *estado de exceção*.

Estabilidade, integridade e coerência são elementos importantes para a hermenêutica jurídica – apenas e tão somente – quando se estabelecem em respeito à linguagem democrática e constitucionalmente legítima. A reprodução de entendimentos *contra legem* representa, nesse sentido, a corrupção ou perversão da linguagem, o que é inaceitável em um sistema jurídico, seja ele de *civil law* ou *common law*, notadamente no âmbito da jurisdição penal.

A eficiência neoliberal impôs a implementação de automação dos procedimentos, além de se apropriar da gestão judiciária, estabelecendo critérios de promoção na magistratura atrelados à "produtividade" e à "presteza" (CR, art. 93, II, "c"), consistindo tais fatores elementos que contribuem sobejamente para a (re)produção de precedentes sem qualquer amparo nas disposições constitucionais e infraconstitucionais. O caráter pernicioso dessa dinâmica fica ainda mais

28. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADC 43, 44 e 54, Rel. Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno. j. 07.11.2019, m.v.

29. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 126.292, Rel. Min. Teori Zavascki. Tribunal Pleno. j. 17.02.2016, m.v.

evidente quando se constata que a automação judiciária estimula o trabalho de "copia e cola", e, assim, dificulta a correção ou a mudança de entendimento a respeito de determinado tema, mormente em matéria penal, em que há sérios entraves ideológicos reproduzidos em metáforas reveladoras de certo instinto messiânico (*v.g.*, "proteção ao cidadão de bem", "defesa social", "garantia da ordem pública", "combate ao crime", "guerra às drogas", "basta à corrupção" etc.).

Logo, para falar de segurança jurídica, é necessário verificar se não se trata de um engodo comunicacional para garantir a reprodução de entendimentos *contra legem*.

7.3. Audiências públicas e participação popular: os perigos das "vozes das ruas"

Para assegurar a eficácia da Constituição (e do jurídico em geral) como elemento autônomo em face das forças da *Realpolitik* é indispensável garantir a sua força normativa. No Estado Constitucional e Democrático de Direito, o jurídico não pode ser violado pelo jogo político: ao contrário, são os elementos normativos advindos da Constituição (vértice do poder) que limitam as forças políticas dentro desse modelo de Estado.

Apesar disso, o Supremo Tribunal Federal já reconheceu a importância da intervenção do *amicus curiae* nos debates que antecedem a tomada de decisão em sede de controle concentrado de constitucionalidade, no exercício da jurisdição constitucional, na medida em que a pluralização do debate se alinha aos ideais democráticos.[30] Essa também é a inteligência da legislação processual vigente: "A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese" (CPC, art. 927. § 2º). Mas, a realização de audiências públicas e a participação de *amicus curiae* correspondem à proposta de alguns ministros do STF no sentido de ser necessário ouvir as "vozes das ruas"? Seriam essas "vozes" progressistas e convergentes com o texto constitucional ou reacionárias e contrárias a ele?

No caminho da proteção dos direitos subjetivos frente ao poder totalitário, a democracia constitucional assumirá a missão de salvaguardar o indivíduo da "tirania da maioria". Tal missão dependerá da inclusão de direitos civis, políticos

30. BRASIL. Supremo Tribunal Federal, ADPF 187, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. 15.06.2011, *DJe* n. 102 , de 28.05.2014.

e sociais nas Constituições. Por mais suscetível de críticas que possa ser o formalismo kelsiano, é inegável que a hierarquia das normas e o controle de constitucionalidade são pressupostos jurídicos do Estado Constitucional de Direito e, por conseguinte, da proteção dos direitos subjetivos. Com a existência de princípios substancialmente densos e comprometidos com os direitos subjetivos fundamentais no corpo das Constituições, previstos como *cláusulas pétreas* – não suscetíveis de alteração pelo poder constituinte reformador –, fica vedada a manipulação política pela maioria. Trata-se da "esfera do indecidível": princípios e direitos fundamentais excluídos de qualquer hipótese de revisão constitucional, uma vez que são da essência da própria Constituição, ficando protegidos da vontade das maiorias. A inobservância deles implica criar antidemocraticamente uma "nova constituição" (FERRAJOLI, 2008). Não é possível, assim, que um grupo hegemônico se aproprie das disposições constitucionais e infraconstitucionais.

7.4. Criminalização da homotransfobia pelo Poder Judiciário (ADO 26)

Uma das questões mais complexas a respeito dos limites da jurisprudência no âmbito da jurisdição penal diz respeito à eventual criminalização de condutas pelo Poder Judiciário (leia-se: STF), em caso de "proteção insuficiente" decorrente de omissão do Poder Legislativo (mora legislativa). Em importante precedente do STF, ficou consignado que:

> "Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (*Eingriffsverbote*), expressando também um postulado de proteção (*Schutzgebote*). Pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (Übermassverbote), como também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (*Untermassverbote*). Os mandatos constitucionais de criminalização, portanto, impõem ao legislador, para o seu devido cumprimento, o dever de observância do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente [...] O Tribunal deve sempre levar em conta que a Constituição confere ao legislador amplas margens de ação para eleger os bens jurídicos penais e avaliar as medidas adequadas e necessárias para a efetiva proteção desses bens. Porém, uma vez que se ateste que as medidas legislativas adotadas transbordam os limites impostos pela Constituição – o que poderá ser verificado com base no princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (Übermassverbot) e como proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*) –, deverá o Tribunal exercer um rígido controle sobre a atividade legislativa,

> declarando a inconstitucionalidade de leis penais transgressoras de princípios constitucionais."[31]

Então, por imposição constitucional, é imperativo que o Estado brasileiro, por intermédio do Parlamento, crie leis criminalizando: a) qualquer discriminação atentatória dos direitos e das liberdades fundamentais; b) a prática do racismo; c) a prática da tortura, do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, do terrorismo e os definidos como crimes hediondos; d) a ação de grupos armados, civis ou militares contra a ordem constitucional e o Estado Democrático; e) a retenção dolosa de salário; e, f) o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente (CR, art. 5º, XLI, XLII, XLIII e XLIV; art. 7º, X, e, art. 227, § 4º).

Acreditando na duvidosa capacidade de maior proteção de bens jurídicos pela repressão penal, em face do caráter mais repulsivo dessas condutas, o texto constitucional tratou não só de impor o dever estatal de criminalizá-las, como, também, de estabelecer maior rigor da sua resposta oficial aos delitos. Curiosamente, ainda não foram cumpridas as determinações de criminalização relacionadas à *discriminação atentatória dos direitos e das liberdades fundamentais* e à *retenção dolosa de salário*, que justamente se relacionam a duas categorias de sujeitos vilipendiadas cotidianamente no Brasil: os membros da comunidade LGBT e os membros da classe trabalhadora (proletários). Com relação aos membros da classe trabalhadora, a alienação, o desemprego e a voraz precarização do trabalho (veladas pelo embuste do "empreendedorismo") estão a contribuir para o total esvaziamento da noção de *salário* e, assim, deixar sem qualquer sentido social o art. 7º, inciso X, da Constituição da República. Porém, em relação aos membros da comunidade LGBT (ou LGBTQIA+), a reação tem sido diferente.

Em 19 de dezembro de 2013, o PPS (Partido Popular Socialista), devidamente legitimado para provocar o controle concentrado de constitucionalidade, na condição de partido político com representação no Congresso Nacional, ajuizou *ação direta de inconstitucionalidade por omissão* contra o parlamento federal, representado pelos senhores presidentes da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, porque não haveria em nosso ordenamento jurídico qualquer disposição de natureza penal para coibir a homofobia e a transfobia (*homotransfobia*), enquanto espécies do gênero racismo, restando configurada a hipótese de "proteção insuficiente". Depois da admissão de várias entidades na condição de *amicus curiae* (Lei 9.868/1999, art. 7º, § 2º) e longos e profundos debates a

31. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 104.410, Rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª Turma, j. 06.03.2012, *DJe* de 27.03.2012.

respeito da controvertida criminalização por decisão do Poder Judiciário, o Supremo Tribunal Federal, em 13 de junho de 2019, decidiu reconhecer o estado de *mora inconstitucional* do Congresso Nacional na implementação da prestação legislativa destinada a cumprir o mandado de incriminação (CR, art. 5º, XLI e XLII), para efeito de proteção penal aos integrantes do grupo LGBT (Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Transgêneros) e declarar a existência de *omissão normativa inconstitucional* do Poder Legislativo da União. Dessa forma, aplicando-se a técnica da *interpretação conforme à Constituição*, a homofobia e a transfobia (*homotransfobia*), qualquer que seja a forma de sua manifestação, foi enquadrada nos diversos tipos penais definidos na Lei 7.716/1989, até que sobrevenha legislação autônoma, editada pelo Congresso Nacional. No ensejo do julgamento, o STF reconheceu que as práticas homotransfóbicas são espécies do gênero racismo, na dimensão de racismo social já reconhecido no "caso Ellwanger",[32]

> "na medida em que tais condutas importam em atos de segregação que inferiorizam membros integrantes do grupo LGBT, em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero, seja, ainda, porque tais comportamentos de homotransfobia ajustam-se ao conceito de atos de discriminação e de ofensa a direitos e liberdades fundamentais daqueles que compõem o grupo vulnerável em questão".[33]

Imersos na ignorância, erigimos – à direita e à esquerda – uma nova "religião": o punitivismo. De qualquer modo, é plenamente legítima e necessária a luta pela proteção da vida e da dignidade de todos os seres humanos. Daí a importância de a jurisdição constitucional servir como instrumento em favor da luta travada pelos membros da comunidade LGBTQIA+.

Sem desmerecer a necessidade premente de ações efetivas do Estado na luta contra o racismo (em todas as suas dimensões), notadamente na espécie homotransfobia, não há como esconder certa frustração ao perceber que uma questão histórica tão candente relacionada aos crimes de *lesa humanidade* (homicídios, tortura, estupros, entre outros) perpetrados durante o regime militar por agentes do Estado, e anistiados pela – inconstitucional! – Lei 6.683, de 28 de agosto de 1979, não teve a mesma sorte, na medida em que o STF entendeu que "no Estado

32. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 82.424/RS, Rel. Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, j. 17.09.2003, *DJ* de 19.03.2004.

33. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADO 26/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. 13.06.2019.

Democrático de Direito, o Poder Judiciário não está autorizado a alterar, a dar outra redação, diversa da nele contemplada, a texto normativo".[34] Decidindo dessa forma, no caso da criminalização da homotransfobia, o STF parece não ter sido coerente com a *ratio decidendi* dos seus precedentes.

7.5. Proibição de retrocesso punitivo

A jurisprudência não pode retroceder na direção do punitivismo. Com isso se estabelece a *proibição de movimentos pendulares* da jurisprudência na jurisdição penal que, em algum momento, impliquem retrocessos em prejuízo das liberdades individuais (*in malam libertatis*), ressalvada a hipótese de emenda à Constituição ou alteração na lei, sempre em conformidade com a Constituição, quando, então, um novo referente interpretativo advirá da atividade legislativa.

É fundamental esclarecer que a tese não se refere à discussão em torno da impossibilidade de a jurisprudência retroagir em prejuízo do réu (*in malam partem*) – o que, aliás, já é reconhecido por setores da doutrina penal comprometidos com a ordem constitucional.[35] Não é disso que se trata!

Geralmente, há consenso em torno da ideia de que, em respeito à *segurança jurídica* e visando impedir a criminalização em condutas decorrentes de *erro de proibição (in)direto* (CP, art. 21), quando a jurisprudência se consolida em favor do réu, eventual alteração gravosa de entendimento deve ter aplicação meramente prospectiva, ou seja, sem poder retroagir ao tempo do crime (CP, art. 4º) em prejuízo do réu. Seria o caso de uma conduta ser praticada em um determinado momento em

34. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 153, Rel. Min. Eros Grau, j. 29.04.2010, *DJe* de 06.08.2010: "Lei 6.683/1979, a chamada "Lei de anistia". [...] princípio democrático e princípio republicano: não violação. [...] No Estado Democrático de Direito, o Poder Judiciário não está autorizado a alterar, a dar outra redação, diversa da nele contemplada, a texto normativo. Pode, a partir dele, produzir distintas normas. Mas nem mesmo o STF está autorizado a rescrever leis de anistia. Revisão de lei de anistia, se mudanças do tempo e da sociedade a impuserem, haverá – ou não – de ser feita pelo Poder Legislativo, não pelo Poder Judiciário".

35. "Quando uma ação, que até certo momento era considerada lícita, passa a ser tratada como ilícita em razão de um novo critério interpretativo, ela não pode ser imputada ao agente, porque isso equivaleria a pretender que os cidadãos devessem abster-se não apenas daquilo que a jurisprudência considera legalmente proibido, mas também daquilo passível de vir a ser julgado proibido (ou seja, do "proibível") em virtude de possíveis e inovadores critérios interpretativos. Não se trata de uma questão de legalidade nem de tipicidade, mas sim de culpabilidade, que deve ser apresentada como erro de proibição invencível" (ZAFFARONI; BATISTA; ALAGIA; SLOKAR, 2003, p. 223).

que a jurisprudência a considerava, por exemplo, atípica, e, posteriormente, haver uma mudança de entendimento em sentido contrário, configurando uma guinada *in pejus*, o que possibilitaria a criminalização desse comportamento, ainda que, repita-se, ao seu tempo, houvesse a percepção jurisprudencial de que se tratava de um comportamento atípico. Cabe repetir: não é disso que se trata.

Quando a jurisprudência estabelece um determinado entendimento a respeito de uma determinada matéria na jurisdição penal, a mudança desse entendimento só pode se dar de modo progressista, ou seja, em direção a um novo entendimento garantidor de maior grau de liberdade aos indivíduos em sociedade. Os movimentos da jurisprudência na jurisdição penal devem ser – apenas e tão somente – progressistas. Essa limitação da jurisprudência no âmbito da jurisdição penal promove um maior comprometimento dos tribunais do país, especialmente das Cortes Superiores, que, pelas razões constitucionais já expostas, possuem maior poder e força persuasiva no acertamento de casos penais, no momento em que irão fixar determinado entendimento em matéria penal. O constrangimento hermenêutico (*accountability*) é maior, pois eventuais mudanças dependerão de mudança na legislação ou serão na direção de maior liberdade, vedado o retrocesso punitivo.

Para se ter noção da importância dessa tese, é indispensável lembrar-se da discussão travada no STF em torno da (im)possibilidade de prisão depois de condenação em 2ª instância, antes do respectivo trânsito em julgado. Tocante à referida matéria, os movimentos na legislação e na jurisprudência do STF, em apertada síntese, foram os seguintes:

> *1º movimento*. A Constituição, de 5 de outubro de 1988 – "Lei das leis" – determinando que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória" (CR, art. 5º, LVII);
>
> *2º movimento*. A Lei 8.038, de 28 de maio de 1990, negando o efeito suspensivo aos recursos extraordinário e especial (art. 26. § 2º: "Os recursos extraordinário e especial serão recebidos no efeito devolutivo");[36]
>
> *3º movimento*. O STF, em 05.02.2009, estabelecendo o entendimento de que, malgrado a lei dissesse que não há efeito suspensivo, é indispensável aguardar o trânsito em julgado da condenação para se dar início à execução da pena;[37]

36. Antes da referida lei, o CPP (1941) já negava o efeito suspensivo aos referidos recursos (art. 637).

37. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 84.078, Rel. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, j. 05.02.2009, *DJe* de 25.02.2010.

> *4º movimento*. A Lei 12.403, de 4 de maio de 2011, alterando o art. 283 do Código de Processo Penal, determinando que "ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de *sentença condenatória transitada em julgado* ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva" [grifos nossos];
>
> *5º movimento*. Sob o influxo de tensões políticas e no ensejo do "lavajatismo", o STF, em 17.02.2016, estabelecendo o entendimento de que é possível o início da execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença condenatória;[38]
>
> *6º Movimento*. O STF, em 07.11.2019, restabelecendo o entendimento de que é indispensável aguardar o trânsito em julgado da condenação para se dar início à execução da pena.[39]

Dentro desses movimentos pendulares, o mais surpreendente é que, em relação às *penas restritivas de direitos* (CP, art. 43), notoriamente menos graves, segundo o STF, elas somente poderiam ser executadas depois do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, restando flagrante a ausência de qualquer estabilidade, integridade e coerência da sua jurisprudência em torno dessa matéria.

De modo discursivamente desleal e corrompendo completamente os vetores de estabilidade, integridade e coerência, muitos salientavam nos debates, durante o julgamento das ADC 43, 44 e 54, que não teria havido qualquer alteração de fato e de direito capaz de justificar a alteração do entendimento estabelecido em 2016 no HC 126.292. Ocorre que, além de tal entendimento estar em frontal contradição com a Constituição (CR, art. 5º, LVII) e com o Código de Processo Penal, na época com redação dada pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011 (art. 283), os defensores da possibilidade de prisão – *automática* – depois da condenação em 2ª instância esqueceram-se de formular o seguinte questionamento: qual alteração de fato ou de direito teria ocorrido, depois do entendimento estabelecido no HC 84.078 (05.02.2009), capaz de justificar – pouco tempo depois – a mudança de entendimento pelo STF, no HC 126.292 (17.02.2016)?... A resposta é simples: nada, além dos interesses políticos naquele contexto histórico, justificaria tal mudança de entendimento por aquele órgão jurisdicional incumbido de guardar a Constituição. A legislação processual vigente determina, desde 2015, que:

38. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 126.292, Rel. Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, j. 17.02.2016, *DJe* de 16.05.2016.

39. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADC 43, 44 e 54, Rel. Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno. j. 07.11.2019, m.v.

> "a modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia" (CPC, art. 927, § 4º).

No entanto, o STF não seguiu essas orientações já vigentes durante o julgamento do HC 126.292.

É evidente que os retrocessos costumam ocorrer a partir de voluntarismos ou de interesses (econômicos, políticos, midiáticos ou moralistas), não tendo o Poder Judiciário qualquer atribuição constitucional para ser protagonista no campo político-criminal, cujos membros não são eleitos democraticamente pelo voto direto da população, alçando os cargos das Cortes Superiores a partir de meios e critérios altamente questionáveis sob o prisma republicano. Em síntese: não devem ser admitidos movimentos pendulares com retrocessos punitivos na jurisprudência criminal.

8. Considerações finais

O princípio da legalidade é o principal escudo do cidadão frente ao poder punitivo no Estado Democrático de Direito. Na hierarquia dos princípios de Direito Penal ele está na mais elevada patente, epigrafando a maioria dos Códigos Penais e estando contemplado nas Constituições de inúmeros países. Apesar da sua inescondível importância, ele é fustigado diariamente no âmbito dos três Poderes, merecendo destaque as intempéries vividas nas agitadas águas da jurisprudência criminal em tempos de medo e ódio coletivos, quando o desapreço a ele fica mais evidenciado.

É inviável viver sem lei, concebida como fator de imposição de limite ético ao poder do *Ego* na sua relação com o *Alter*. A limitação do poder na política é condição para a existência da democracia; a limitação do poder na jurisdição é condição para a existência da liberdade. O uso indiscriminado da palavra na jurisdição penal, com desprezo às limitações legais e éticas, é altamente funcional ao eficientismo penal, que, por sua vez, é ferramenta necessária ao controle social na era neoliberal. Direitos e garantias fundamentais que remontam tempos ilustrados são desintegrados pelo decisionismo, pela criação de "princípios" desprovidos de previsão na ordem jurídica e pela retórica da "razoabilidade". Essa aparente ausência de limites ao poder punitivo na jurisdição penal traz sérios riscos para o próprio Poder Judiciário, na medida em que, ao restarem desbotadas as fronteiras do Estado Democrático de Direito, começam a surgir discursos insinuando ou

defendendo escancaradamente o fechamento do seu órgão máximo: o Supremo Tribunal Federal.[40]

Ao se constatar que a jurisdição penal e a jurisprudência em geral parecem não encontrar mais limites na legalidade, algumas acusações de abuso de poder ou poder arbitrário começam a ser formuladas, inclusive, por quem não aprecia os pilares democráticos e, de modo oportunista, pretende estabelecer formas de poder arbitrárias contra uma pretensa "Ditadura do Judiciário". É necessário lembrar que o STF é composto por apenas 11 ministros, que, por terem o dever de ser – sempre que necessário – contramajoritários, não gozam de muito prestígio político dentro de parcela significativa de uma população alienada e frequentemente manipulada para se posicionar favoravelmente ao estabelecimento de um poder absoluto, a ser exercido por um mitológico "Pai Salvador". Para a preservação da independência e da força do Poder Judiciário é indispensável a preservação de seu poder simbólico e, principalmente, dos limites democráticos entabulados na Constituição, com a proeminência do princípio da legalidade. Assim, o óbvio se faz necessário: o Direito não se resume à jurisprudência.

9. Referências bibliográficas

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Pelas mãos da criminologia*: o controle penal para além da (des)ilusão. Rio de Janeiro: Revan; ICC, 2012.

BECCARIA, Cesare. *Dei delitti e delle pene*. Venezia: Rinaldo Benvenuti, 1781.

BUSATO, Paulo César. *Direito penal*: parte geral. São Paulo: Atlas, 2013.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Estado de Direito*. Lisboa: Gradiva, 1999.

CASTELLS OLIVÁN, Manuel. *A Era da informação*: economia, sociedade e cultura. A Sociedade em Rede. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; AZEVEDO, Gabriella Saad. A americanização à brasileira do processo penal e a delação premiada (Lei n. 12.850/13). In: SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; MALAN, Diogo; MADURO, Flavio Mirza (Org.). *Crise no processo penal contemporâneo*: escritos em homenagem aos 30 anos da constituição de 1988. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

FATF (The Financial Action Task Force). *International standards on combating money laundering and the financing of terrorism & proliferation*: the FATF recommendations. Paris. 2012-2019.

40. "O princípio da legalidade é um daqueles postulados que não só caracterizam como também legitimam o Direito penal: sua inobservância expõe a legitimação e a credibilidade do sistema penal a elevados riscos" (HASSEMER, 2008, p. 30).

FERRAJOLI, Luigi. La esfera de lo indecidible y la división de poderes. Trad. Miguel Carbonell. *Estudios Constitucionales*, v. 6, n. 1, p. 337-343, 2008.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*: técnica, decisão, dominação. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2003.

FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden Peinlichen Rechts*. Giessen: Georg Friedrich Heyer, 1801.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *The Federalist*. Indianapolis: Liberty Fund, 2001.

HASSEMER, Winfried. *Direito penal*: fundamentos, estrutura, política. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

HEIDEGGER, Martin. *Introduction à la métaphysique*. Trad. Gilbert Kahn. Paris: Gallimard, 1986.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFe, 1991.

KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. 5. ed. Trad. Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal*: parte general. 8. ed. Barcelona: Reppertor, 2008.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat de. *L'Esprit des Lois*. Genève: Barrillot, 1750.

NUNES, Leandro Gornicki. Neoliberalismo e política criminal no brasil: da Biopolítica à Tanatopolítica. In: NUNES, Leandro Gornicki; CARDOSO, Helena Schiessl; GUSSO, Luana de Carvalho Silva (Org.). *Criminologia contemporânea*: crítica às estratégias de controle social. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: três modelos. Trad. Isabel L. Vidal. *Doxa*, Alicante, n. 14. p. 169-194, nov. 1993.

ROXIN, Claus. *Derecho penal*: parte general. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Días y García Conlledo; Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*: parte geral. 4. ed. rev. Florianópolis: Conceito, 2010.

SENDOV, Blagovest Hristov. Entrando na Era da informação. *Estudos Avançados*, São Paulo, ano 8, n. 20, p. 28-32, abr. 1994.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 5. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme a minha consciência?* 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

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

TELLES, José Homem Corrêa. *Commentário crítico à Lei da Boa Razão em data de 18 de agosto de 1769*. Lisboa: Typographia de Maria de Madre de Deus, 1865.

WARIN, François. O império das palavras. Trad. Gilda de Mello e Souza. *Discurso*, São Paulo, v. 1, n. 2, p. 31-50, 1971.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. Trad. José Carlos Bruni. São Paulo: Abril Cultural, 1975.

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

PESQUISA DO EDITORIAL

Áreas do Direito: Processual; Penal

Veja também Doutrina relacionada ao tema

- O uso de precedentes no direito penal e no processo penal brasileiros, de Romulo P. Giorgi Jr. – *RePro* 320/385-406.

Responsabilidade social como culpabilidade da pessoa jurídica? A busca de um conceito a partir da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

Social responsibility as a legal entity's culpability? The search for a concept from the jurisprudence of the Superior Court of Justice

Sebastian Borges de Albuquerque Mello

Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Professor Associado da Graduação e Pós-Graduação na Universidade Federal da Bahia. Advogado em Salvador/BA. Coordenador Regional-Bahia do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Titular da Cadeira nº 18 da Academia de Letras Jurídicas da Bahia.
Lattes: [http://lattes.cnpq.br/2042697331981933].
ORCID: [https://orcid.org/0000-0003-3051-2966].
DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v188i188.97].
sbam@terra.com.br

Recebido em: 30.09.2021
Aprovado em: 23.11.2021
Última versão do autor: 29.11.2021

Área do Direito: Penal

Resumo: O presente artigo, à luz da Teoria do Delito, visa discutir aspectos do conceito de culpabilidade no âmbito da pessoa jurídica. Para tanto, indaga-se sobre o fundamento de responsabilidade social utilizado pelo Superior Tribunal de Justiça na imposição da sanção penal à pessoa jurídica, confrontando tal concepção com as características da culpabilidade aplicável às pessoas físicas. Como resultado, reconhece-se que o fundamento pelo qual se considera uma pessoa jurídica responsável por infrações penais não é culpabilidade em sentido estrito, mas, sim, outra categoria dogmática análoga ou equivalente, mas que com ela não se confunde.

Abstract: This article, in the light of the Theory of Crime, aims to discuss aspects of the concept of culpability within the scope a legal entity. For this purpose, it is asked about the basis of social responsibility used by the Superior Tribunal of Justice in the imposition of the criminal sanction on the legal entity, comparing this conception with the characteristics of culpability applicable to individuals. As a result, it is recognized that the basis on which a legal entity is considered responsible for criminal offenses is not culpability in the strict sense, but another analogous or equivalent dogmatic category, not to be confused with it.

Mello, Sebastian Borges de Albuquerque. Responsabilidade social como culpabilidade da pessoa jurídica? A busca de um conceito a partir da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 188. ano 30. p. 195-222. São Paulo: Ed. RT, fevereiro 2022.
DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v188i188.97].

Palavras-chave: Culpabilidade – Pessoa jurídica – Responsabilidade social.

Keywords: Culpability – Legal entity – Social responsibility – Dogmatic Category – Superior Tribunal of Justice.

Sumário: 1. Introdução. 2. A vontade do administrador em atuar em nome da pessoa jurídica nas decisões do STJ: um modelo de transferência de culpabilidade?. 3. O que significa a expressão "culpabilidade como responsabilidade social" para além de um modelo de imputação. 3.1. Diversos marcos teóricos possíveis para a compreensão da culpabilidade social de pessoas jurídicas. 4. Responsabilidade social é culpabilidade? Como compaginar culpabilidade da pessoa física e jurídica num mesmo conceito?. 4.1. A relação da culpabilidade da pessoa jurídica com uma culpabilidade por condução de vida. 5. Para além de questões terminológicas. A dificuldade de compaginar a culpabilidade como categoria dogmática e o fundamento da imposição da pena a pessoas jurídicas. 6. Conclusões. 7. Referências.

1. Introdução

"A culpabilidade, no conceito moderno, é a responsabilidade social, e a culpabilidade da pessoa jurídica, neste contexto, limita-se à vontade do seu administrador ao agir em seu nome e proveito". O trecho anterior consta da ementa de um acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, no ano de 2005,[1] quando o tema culpabilidade da pessoa jurídica passou a ser efetivamente discutido nos Tribunais Superiores. Embora não sejam numerosas as decisões do STJ que tratam do assunto, a vinculação da culpabilidade à responsabilidade social vai, paulatinamente, sendo referida pela Corte, não apenas como fundamento da imputação penal, mas também como limite relacionado à dosimetria da pena.

É fato que a responsabilidade penal da pessoa jurídica, a despeito de inúmeras críticas sobre sua viabilidade político-criminal e sua própria constitucionalidade, vem sedimentando-se não apenas como tendência, mas como realidade. Há uma decisão político-criminal de fazer responder penalmente pessoas jurídicas, e desde a edição da Lei 9.605/98, diversas ações penais têm sido propostas contra pessoas jurídicas, denúncias recebidas, e sentenças condenatórias e absolutórias proferidas. Assim, simplesmente afirmar a impossibilidade fática e normativa de se responsabilizar criminalmente pessoas jurídicas não resolve questões práticas e quotidianas.

1. STJ. REsp 564960/SC 2003/0107638-4, Relator Ministro Gilson Dipp, 5ª Turma, julg. 02.06.2005.

Mello, Sebastian Borges de Albuquerque. Responsabilidade social como culpabilidade da pessoa jurídica? A busca de um conceito a partir da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 188. ano 30. p. 195-222. São Paulo: Ed. RT, fevereiro 2022. DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v188i188.97].

E, no âmbito de tais processos, questões relevantes ainda não estão devidamente alicerçadas, sobretudo no que se refere às concepções de conduta, culpabilidade e pena. Cada uma dessas questões submete a Teoria do Delito a novas tensões, haja vista que sua construção, como sabido, se orienta para o comportamento de uma pessoa humana, considerada culpável a partir de parâmetros normativos, tendo a pena como restrição ou supressão de algum direito individual fundamental, notadamente a liberdade.

Neste estudo busca-se debruçar sobre um desses aspectos, que é a culpabilidade da pessoa jurídica. A questão que se põe é tentar extrair – se possível – um conceito de culpabilidade por trás da expressão "responsabilidade social", citada como fundamento de imposição de pena à pessoa jurídica, aliada à necessidade de se vincular tal conceito a uma conduta de quem atua em seu nome. Em seguida, busca-se compaginar tal conceito na categoria "culpabilidade" da Teoria do Delito.

Assim, duas questões se impõem neste trabalho: a primeira delas é compreender qual o fundamento da imposição da sanção penal à pessoa jurídica. E isso perpassa a discussão se há um fundamento de imputação próprio para as pessoas jurídicas, ou se trata de uma responsabilidade derivada da culpabilidade da pessoa física que atua em seu nome, em modelos que podem ser denominados de imputação, de transferência, vicarial ou de heterorresponsabilidade.[2]

Em seguida, cabe investigar se tal fundamento pode ser chamado de culpabilidade. Com efeito, sendo uma categoria dogmática, é essencial que o fundamento de imposição de pena à pessoa jurídica possa reconduzir-se ao conceito de culpabilidade estudado na Teoria do Delito. Se há uma culpabilidade própria da pessoa jurídica, ela deve possuir características em comum com a culpabilidade aplicável às pessoas físicas. Se não há pontos de identidade entre os sistemas de imputação a pessoas físicas e jurídicas, não é possível sistematizar a culpabilidade da pessoa física e jurídica como fazendo parte de um mesmo conceito.

Assim, duas hipóteses devem ser confrontadas: ou se extrai elementos de unidade entre os fundamentos da imposição da pena à pessoa física e jurídica, ou se conclui que o fundamento da imposição da pena à pessoa jurídica não pode ser chamado de culpabilidade. Tudo isso demanda uma revisão sobre a posição da culpabilidade da Teoria do Delito e uma própria reconsideração da máxima "não há pena sem culpabilidade", um dos pilares de um sistema punitivo de um Estado de Direito.

2. Embora não se trate de expressões sinônimas, cada uma delas implica um tipo de culpabilidade que tem como referência um atuar humano.

Mello, Sebastian Borges de Albuquerque. Responsabilidade social como culpabilidade da pessoa jurídica? A busca de um conceito a partir da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 188. ano 30. p. 195-222. São Paulo: Ed. RT, fevereiro 2022. DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v188i188.97].

A culpabilidade certamente é a categoria da Teoria do Delito mais sujeita a disparidades conceituais: não há uma definição de culpabilidade no Código Penal, nem há previsão expressa de um princípio de culpabilidade na Constituição. A construção de seu conceito, portanto, comporta posicionamentos absolutamente díspares: deterministas e indeterministas, de caráter retributivo e preventivo, a partir de perspectivas legitimadoras ou agnósticas. Considerando-se a carga axiológica que envolve seu conceito, permeada amiúde por juízos moralizantes – dada a sua relação visceral com a pena –, é tarefa difícil buscar noções gerais de culpabilidade aplicáveis a pessoas físicas e jurídicas.

Além disso, há diversos níveis funcionais de culpabilidade, que pode ser definida como princípio, fundamento ou limite da pena. Diante de tamanhas possibilidades hermenêuticas, é preciso compreender se há, no âmbito da responsabilidade penal da pessoa jurídica, algo que pode ser chamado de "culpabilidade" e que possa compaginar-se na categoria dogmática "fundamento da pena".

Tudo isso deve levar em conta os parâmetros normativos construídos em decisões judiciais. Esse deve ser o ponto de partida. E, no direito brasileiro, a referência judicial a ser considerada é a menção à "responsabilidade social", citada pelo Superior Tribunal de Justiça em processos penais cujos réus são pessoas jurídicas. Assim, investiga-se o fundamento daquilo que se denomina culpabilidade da pessoa jurídica.

2. A vontade do administrador em atuar em nome da pessoa jurídica nas decisões do STJ: um modelo de transferência de culpabilidade?

Há reiteradas decisões do Superior Tribunal de Justiça[3] nas quais se consigna o fundamento da culpabilidade da pessoa jurídica em dois pilares centrais: o primeiro deles diz respeito à identificação da culpabilidade como responsabilidade social; o segundo, por sua vez, faz referência à vontade do administrador de atuar em nome e proveito da pessoa jurídica. Resta saber quais os referenciais teóricos

3. Confira: EDcl no REsp. 865.864/PR, Ministro Adilson Vieira Macabu, 5ª Turma, j. 20.10.2011, pub. 01.02.2012; REsp 847.476/SC, Ministro Paulo Gallotti, 6ª Turma, j. 08.04.2008, pub. 05.05.2008; HC 93.867/GO, Ministro Felix Fischer, 5ª Turma, j. 08.04.2008, pub. 12.05.2008; REsp 889.528/SC, Ministro Felix Fischer, 5ª Turma, j. 17.04.2007, pub. 18.06.2007; RMS 16.696/PR, Ministro Hamilton Carvalhido, 6ª Turma, j. 09.02.2006, pub. 13.03.2006.

Mello, Sebastian Borges de Albuquerque. Responsabilidade social como culpabilidade da pessoa jurídica? A busca de um conceito a partir da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 188. ano 30. p. 195-222. São Paulo: Ed. RT, fevereiro 2022. DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v188i188.97].

que alicerçaram tais entendimentos, e em quais medidas pode-se chegar ao conceito de culpabilidade.

Nos julgados tomados como paradigma, não estão muito claros os parâmetros a partir dos quais se define tal conceito. A referência doutrinária amiúde citada sobre o tema é uma passagem da obra de Valdir Sznick. No trecho citado nos julgados, o autor ressalta que a culpabilidade é um "poder agir segundo as exigências do direito", e a culpabilidade da pessoa jurídica é tida como uma "culpa social, diferenciada", diversa da culpa tradicional, dentro do interesse público, e que tem paralelos com a *strict liability* do Direito americano (SZNICK, 2001). E não há, na referida obra – nem tampouco nas decisões –, um aprofundamento sobre tais conceitos.

Afirmar que a culpabilidade da pessoa jurídica é distinta daquela que se imputa à pessoa física é um ponto de partida, mas pouco revela sobre o seu conteúdo material. Sendo escassas as referências doutrinárias em que tais decisões se alicerçam, é preciso buscar seu conceito a partir dos elementos trazidos nos julgados. E, para o conjunto de decisões citadas, resta claro que a culpabilidade depende de um atuar humano, que consiste na vontade do administrador em agir em nome da pessoa jurídica. A menção expressa à conduta do administrador, que atua em nome e em proveito da pessoa jurídica, parece tomar como alicerce o que dispõe o art. 3º da Lei 9.605/98, que exige, para a responsabilidade penal da pessoa jurídica, uma "decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade".

Pondera Alaor Leite que o legislador brasileiro adotou inegavelmente aquilo que se denomina "modelo de imputação" – no qual se exige a atuação de pessoas naturais que gozem de poder de representação e cujas decisões vinculem o ente representado (LEITE, 2018). Assim, a pessoa jurídica não seria em si mesma culpável; a culpabilidade seria derivada da pessoa física que atua em seu nome e proveito. Daí o que se chama de modelo vicarial, de imputação ou de heterorresponsabilidade.

A menção a um atuar concreto da pessoa física sugere que a pessoa jurídica toma de empréstimo não só a conduta, mas também a culpabilidade da pessoa física que atua em seu nome. A culpabilidade da pessoa jurídica estaria, portanto, condicionada à prática de um fato punível e culpável atribuído a uma pessoa física (PRADO, 2001, p. 123-124).

Logo, uma primeira análise do dispositivo legal que regulamenta a responsabilidade penal da pessoa jurídica – em cotejo com os julgados proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça – poderia indicar a escolha de um modelo dogmático

de responsabilidade que busca na pessoa física os elementos de culpabilidade, para depois transferi-los para a pessoa jurídica. Com esse modelo, seria possível, em tese, suprir as dificuldades de se construir um sistema de responsabilidade próprio da pessoa jurídica.

A culpabilidade – como os demais elementos da Teoria do Delito – é uma categoria dogmática historicamente desenhada para pessoas físicas. Assim, é compreensível, como pondera Gómez-Jara Díez (GÓMEZ-JARA DÍEZ, 2005), que se recorra a modelos que centrem na pessoa física a resposta para fundamentar a responsabilidade de entes coletivos.

Contudo, modelos que simplesmente trasladam a culpabilidade da pessoa física para a jurídica enfrentam problemas incontornáveis. Podem ser citadas, entre as dificuldades frequentemente mais referidas: (1) trata-se de um modelo que termina por consagrar a responsabilidade penal por fato alheio, quando a culpabilidade é intransmissível; (2) representa um modelo de responsabilidade objetiva; (3) permite atribuição de culpabilidade mesmo quando a pessoa física atue contra as regras internas da pessoa jurídica; (4) incidência de *bis in idem*; (5) ignora possibilidades em que não haja uma pessoa física a quem atribuir pessoalmente o ilícito penal.

Um modelo vicariante consagra a culpabilidade da pessoa jurídica por fato alheio, realizado pela pessoa física que atua em seu nome. É possível encontrar tais modelos no âmbito do Direito Civil ou no Direito Administrativo, pois a atuação do representante produz consequências na sociedade representada, e desde muito a legislação civil estabelece a responsabilidade do empregador ou comitente pelos atos de seus empregados ou prepostos.[4] No Direito Penal, contudo, isso não é possível, face ao princípio da responsabilidade pessoal (CUSSAC, 2017).

Tomar como referência a culpabilidade da pessoa física para fundamentar a responsabilidade da pessoa jurídica significaria também reafirmar a incapacidade de culpabilidade da pessoa jurídica (BARBOSA, 2014). De fato, adotada essa tese, os fundamentos de imposição da pena a uma empresa são *output*, presentes na pessoa física que atua em seu nome, numa transferência de culpabilidade incompatível com o princípio da responsabilidade pessoal.

Ainda que haja possibilidades de se atribuir a alguém responsabilidade criminal pelo comportamento de terceiros, é certo que essas figuras de imputação operam no plano do injusto e não no da culpabilidade (GRECO, 2019). Dito de

4. BRASIL. Código Civil. Título IX, Capítulo I, art. 932, III.

outra forma, o injusto pode ser compartilhado por mais de uma pessoa, como na disciplina relativa a concurso de agentes; a culpabilidade, porém, é intransmissível, pois cada um só é culpável por suas próprias condutas e não por condutas alheias. O art. 29, *in fine,* do Código Penal deixa bem claro que cada um que concorre para o crime responde nas penas a esse cominadas, na medida de sua culpabilidade. Logo, ainda que seja possível estabelecer a autoria de um ente coletivo a partir de um injusto praticado por uma pessoa física, a culpabilidade não pode ser simplesmente transportada da pessoa física para a jurídica.

Um modelo vicariante tornaria culpável a pessoa jurídica na medida da culpabilidade individual da pessoa física que atuou em seu nome. A culpabilidade é transferida da pessoa física para a jurídica e, por consequência, ao conjunto de pessoas físicas que compõem a pessoa jurídica e que eventualmente não podem sequer ter participado ou tomado conhecimento da conduta individual do infrator. Como aduz Carbonell Mateu, essa concepção não é capaz de superar um exame sobre a realidade, sobre a constitucionalidade e a sobre própria lógica (CARBONELL MATEU, 2010, p. 16).

Como facilmente se verifica, esse modelo de imputação implica a atribuição de responsabilidade por condutas alheias, sem necessidade de estabelecer qualquer fundamento para considerar a pessoa jurídica culpável. Trata-se, em última análise, de responsabilidade objetiva, algo totalmente proscrito na forma atual de conceber a responsabilidade penal (PLANAS, 2006). Pondera Nieto Martín que a característica principal de um modelo de transferência, em qualquer de suas versões, é funcionar como um sistema de responsabilidade objetiva, pois, ainda que a empresa empreenda os mais relevantes esforços no sentido de se autorregular e adotar programas de integridade, sua responsabilidade permanecerá intacta e esse bom comportamento não será levado em conta, pois o que será estabelecido, para fim de culpabilidade, será o comportamento da pessoa física que atuou em seu nome (NIETO MARTÍN, 2008).

E não é só: sendo uma única culpabilidade, e havendo punição tanto para a pessoa física quanto para a pessoa jurídica,[5] há de se questionar a ocorrência de *bis in idem*. Sendo único o fato imputado – pois única é a conduta da pessoa física e da pessoa jurídica representada –, há violação ao princípio do *ne bis in idem* se for idêntica a culpabilidade.

Deve-se reconhecer que a discussão sobre o *bis in idem* na responsabilidade penal de pessoas jurídicas gera problemas, seja com a adoção do modelo vicarial,

5. BRASIL. Lei 9.605/98, art. 3º, parágrafo único: A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, co-autoras ou partícipes do mesmo fato.

seja com modelos que adotam uma culpabilidade própria da pessoa jurídica. No entanto, um modelo de responsabilidade próprio da pessoa jurídica permite que as zonas de fricção sejam menores, já que o fundamento da imposição de pena a pessoas físicas e jurídicas seria distinto. Uma mesma conduta, com a mesma culpabilidade (e, por consequência, o mesmo fundamento para a imposição da pena) a duas pessoas distintas não passa no filtro constitucional de proibição de dupla punição.

Por fim, a dependência da conduta de uma pessoa física pode gerar situações de absoluta ilogicidade. Seria possível, nesse diapasão, considerar culpável uma pessoa jurídica quando um representante, ao seu próprio talante e alvedrio, resolvesse praticar o crime, atuando em nome da pessoa jurídica, mas sem o conhecimento ou consentimento de seus pares, e mesmo contra os estatutos, as diretrizes ou os programas de integridade da instituição. Com isso se ignoraria por completo a ideia de que exista uma vontade corporativa, para além da soma da vontade individual de seus dirigentes. Esse tipo de responsabilidade, própria de um *strict liability,* não se coaduna com a culpabilidade na sua dimensão de princípio constitucional e fundamento da imposição da pena.

Zugaldia Espinar aponta que um modelo vicarial beneficia grandes empresas e prejudica as menores, pois, em estruturas empresariais mais simples, é mais fácil encontrar o indivíduo responsável, pois ele também está no topo da organização. Em estruturas mais complexas, é mais fácil encontrar um subordinado a quem se atribua exclusivamente a responsabilidade pelo fato. Ademais, sendo inúteis os esforços organizativos da pessoa jurídica para afastar fatos delitivos, ela não será estimulada a colaborar com a administração da justiça, o que reforça um pacto de silêncio entre infrator e empresa (ZUGALDIA ESPINAR, 2013).

Por fim, deve-se pontuar que programas de inteligência artificial, com sistemas autônomos, algoritmos e capacidade de autorreprogramação, podem tomar decisões independentemente de uma conduta humana dolosa (DIVINO, 2020), e que podem acarretar a prática de um crime ambiental. Tal cenário, impensável no século passado, já pode ser visto como realidade, em que os algoritmos de *Big Data* possuem aptidão para substituir humanos em determinadas decisões estratégicas (HARARI, 2018). Nesse caso, pensar num modelo de imputação seria simplesmente aniquilar a possibilidade de responsabilidade penal da pessoa jurídica.

Não por acaso, quando o assunto foi levado ao Supremo Tribunal Federal, no paradigmático RE 548.181/PR,[6] decidiu-se, por diferença mínima de votos (3 x 2)

6. STF. RE 548.181/PR. Rel. Min. Rosa Weber. 1ª Turma, julg. 06.08.2013, pub. 30.10.2014.

que a responsabilidade penal da pessoa jurídica não está condicionada à persecução penal da pessoa física responsável no âmbito da organização. No voto condutor da min. Rosa Weber, ficou consignado que a entidade possui procedimentos internos de decisão e produção de um fato em seu benefício ou interesse, mas que isso significa necessariamente que se atribua à equipe de trabalho ou órgãos parciais de decisão a responsabilidade pelo ilícito penal praticado.

Com a referida decisão, não mais se subordina a responsabilidade penal da pessoa jurídica às responsabilidades conjunta e cumulativa das pessoas físicas que atuaram em seu nome, ficando expressamente assentado no julgado não ser possível simplesmente transpor o paradigma de imputação de pessoas físicas a entes coletivos.

Essa decisão abre caminho para compreender que, não obstante haja um modelo de transferência da conduta da pessoa física para a pessoa jurídica, isso não significa que a culpabilidade será transferida de igual modo. Devem-se investigar modelos próprios de culpabilidade da pessoa jurídica. E deve-se ressaltar que, mesmo fazendo referência a um atuar humano, o Superior Tribunal de Justiça faz referências expressas de que a culpabilidade da pessoa jurídica é uma culpa "social" e "diferenciada". Resta saber em que medida é possível conceber tais conceitos.

3. O que significa a expressão "culpabilidade como responsabilidade social" para além de um modelo de imputação

Uma vez estabelecido que modelos de imputação, vicariantes ou de transferência apresentam muitas dificuldades para fundamentar a imposição da pena a uma pessoa jurídica concreta, cumpre investigar, a partir das decisões do STJ sobre o tema, qual seria o modelo de culpabilidade que incide para entes coletivos.

A superação do princípio da dupla imputação obrigatória pelo STF não fez com que a discussão sobre o fundamento da culpabilidade da pessoa jurídica evoluísse nas decisões do STJ. Embora o STJ tenha rapidamente aderido ao entendimento firmado no RE 548.181/PR, no que tange à desnecessidade de dupla imputação à pessoa física e jurídica (BIDINO, 2016), não houve, nos julgados daquela Corte, uma retomada da discussão sobre o tema da culpabilidade de entes coletivos, prevalecendo, ainda como referência jurisprudencial, a expressão de culpabilidade como "responsabilidade social",[7] sem nenhum grande aporte ao conceito firmado a partir do conjunto de decisões de 2005.

7. AgRg no Agravo em Recurso Especial 1.616.383 – RJ 2019/0331231-1, Rel. Min Nefi Cordeiro, pub. 26.05.2020.

Um modelo que define a culpabilidade como "responsabilidade social" não parece ser compatível com um modelo de imputação. Não obstante, nas sequências das decisões citadas, haja menção a um atuar humano, essa transferência se opera no âmbito do injusto e não da culpabilidade (que, como visto, é intransferível). A expressão significa que o fundamento de responsabilidade penal da pessoa jurídica se constrói a partir da infração de deveres próprios, que são de cometimento exclusivo do ente coletivo.

O fundamento da imposição da pena a pessoas jurídicas deve levar em conta que elas são protagonistas nas tomadas de decisões relevantes no mundo contemporâneo. Segundo Pérez Manzano, é possível dizer, de forma consistente, que os fatos a elas vinculados constituem uma expressão de significado e podem ser objeto de valoração. Nesse contexto, é possível compreender que as pessoas jurídicas atuam – no sentido de que interagem, se comunicam. Não obstante, não se lhes pode atribuir características inerentes às pessoas físicas – muitas das quais se vincula a concepções tradicionais de culpabilidade, como autoconsciência e liberdade (PÉREZ MANZANO, 1995).

Como pessoas jurídicas não podem ter autoconsciência e liberdade – até pelos limites da construção de tais conceitos –, a culpabilidade de entes coletivos deve abdicar de qualquer referência a juízos de censura ou de reprovação, conceitos que, ademais, são inadequados para a própria concepção de culpabilidade de pessoas físicas (BATISTA, 2019). Há diversas concepções que prescindem da reprovação como elemento central da culpabilidade, que a relacionam com uma função social preventiva, comunicativa, ou com a finalidade de proteção de bens ou interesses juridicamente relevantes.

Deve-se buscar, como fundamento, algo que seja próprio, inerente a pessoas jurídicas. São diversas as teorias que fundamentam a culpabilidade empresarial a partir de critérios de autorresponsabilidade, e não cabe, aqui, fazer uma análise descritiva de todas elas.[8] A construção de um conceito de culpabilidade das pessoas coletivas, para que tenha algum tipo de autonomia em relação à das pessoas físicas, deve levar em conta as peculiaridades estruturais das pessoas jurídicas, e em particular, das empresas, que são o tipo fundamental de pessoa coletiva contra as quais surge o problema da responsabilidade penal. Logo, a dita culpabilidade da pessoa jurídica deve refletir sobre critérios próprios, aplicados, sobretudo, à gestão empresarial (FOFFANI, 2013).

8. Sobre o assunto, cf. GÓMEZ JARA DÍEZ, Carlos. *La culpabilidad penal de empresa*. Madrid: Marcial Pons, 2006.

Mello, Sebastian Borges de Albuquerque. Responsabilidade social como culpabilidade da pessoa jurídica? A busca de um conceito a partir da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 188. ano 30. p. 195-222. São Paulo: Ed. RT, fevereiro 2022. DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v188i188.97].

E a referência dada nas decisões do STJ é a chamada responsabilidade social, que se insere num contexto em que pessoas jurídicas possuem obrigações éticas e jurídicas e que devem responder de forma pragmática a determinadas pressões sociais, no que se convencionou chamar-se de Responsabilidade Social Corporativa (RSC) (COCHRAN, 2007).

No aspecto, Carrol pondera sobre a responsabilidade social corporativa, afirmando que as pessoas jurídicas possuem deveres de implantar políticas, seguir linhas de ação e tomar decisões em conformidade com os valores da sociedade, e um desses pilares é a responsabilidade jurídica (CARROLL, 1999).

No Direito Penal, a expressão "responsabilidade social", originariamente, refletia um fundamento de imputação da chamada Escola Positiva, do século XIX, na qual, contrapondo-se à chamada responsabilidade moral decorrente do livre arbítrio, própria da denominada Escola Clássica, definia o ser humano como "penalmente responsável, porque tem a responsabilidade social, e é socialmente responsável porque vive em sociedade" (ARAGÃO, 1952, p. 93).

Esse conceito, embora criado e desenvolvido para fundamentar a responsabilidade da pessoa física num viés determinista (quando a culpabilidade sequer era uma categoria autônoma na Teoria do Delito), revela muito sobre o que se pretende dizer quando se fala que a pessoa jurídica possui responsabilidade social. Significa afirmar que a pessoa jurídica, enquanto protagonista inegável daquilo que se convencionou chamar de criminalidade econômica, é chamada a participar, de forma plena, dos direitos e das obrigações inerentes à sua atividade. E isso implica a assunção de certos deveres, e por mais oposição dogmática que haja, alguns desses deveres, ao serem descumpridos, repercutem na esfera criminal.

Vistas como centro de imputação que intervêm no âmbito vital regulado pelo Direito, as pessoas jurídicas têm deveres e, como tal, devem estar submetidas às consequências jurídicas decorrentes das práticas de ilícitos penais. Como assinala Carbonell Mateu, as relações sociais não funcionam se não existe uma submissão igualitária de todos às normas, se não existe uma expectativa racional de que qualquer abuso de uma posição determinada vá dar ensejo a uma reação do próprio sistema que assegure a posição que a cada qual lhe corresponde, e que não se vão estabelecer diferenças significativas na natureza e intensidade da referida reação em função de quem haja produzido tal abuso (CARBONELL MATEU, 2010).

Se no âmbito empresarial é que vicejam muitas das possíveis infrações penais ao meio ambiente, busca-se entender que as corporações possuem um dever de implementar políticas internas com o fim de prevenir, impedir e combater a realização de crimes pelas pessoas físicas que atuam em seu nome. Assim, haveria,

Mello, Sebastian Borges de Albuquerque. Responsabilidade social como culpabilidade da pessoa jurídica? A busca de um conceito a partir da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 188. ano 30. p. 195-222. São Paulo: Ed. RT, fevereiro 2022. DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v188i188.97].

no âmbito da pessoa jurídica, como entidade que vive em sociedade com funções sociais relevantes, uma responsabilidade social, no sentido de estruturar-se internamente para evitar a prática de ilícitos no âmbito organizacional.

Percebe-se que a dita "culpabilidade" de um ente coletivo, nessa linha de intelecção, decorre da função social que pessoas jurídicas têm na contemporaneidade e do compromisso que têm de vigiar, controlar e prevenir a concretização de riscos existentes no âmbito de sua atividade.

3.1. Diversos marcos teóricos possíveis para a compreensão da culpabilidade social de pessoas jurídicas

Com distintas etiquetas, há diversas referências na doutrina estrangeira que, em maior ou menor medida, fundamentam a culpabilidade da pessoa jurídica na violação de um dever de organizar-se e cumprir a função que dela se espera no meio social. Dito de outro modo, há mais de uma corrente doutrinária que possibilita compatibilizar a culpabilidade da pessoa jurídica com a noção de responsabilidade social. Deve-se pontuar, contudo, que tais posicionamentos têm influxos diretos das normas vigentes em cada um dos países em que se desenvolveu tal conceito.

Heine, por exemplo (HEINE, 2001, p. 56), sustenta que "o círculo jurídico de língua alemã deveria abandonar o âmbito internacional", quando o coteja com os sistemas de responsabilidade penal empresarial de outros países europeus e os Estados Unidos. Não obstante, defende um modelo de culpabilidade das organizações dentro de um sistema paralelo de responsabilidade coletiva.

Segundo o referido autor, a maior parte dos casos em que o Direito Penal é chamado a tratar é resultado de uma deficiência da empresa na previsão dos riscos operacionais. Não se trata de uma culpabilidade individual pelo ato, mas algo semelhante a uma "culpabilidade por conduta de vida", vista como uma "culpa pela conduta da empresa". Logo, as empresas devem ser tidas como "garantes de controle", tendo responsabilidade social na medida em que possuem o dever de evitar, controlar e administrar os riscos inerentes ao desenvolvimento de suas atividades. Assim, a culpabilidade decorreria de uma condução deficiente dos riscos.[9] Seriam dois critérios reitores para seu modelo: 1) uma administração deficiente do risco (*fehlerhafte Risikomanagement*) como condição necessária; e 2) e a materialização do perigo típico da empresa (como condição suficiente).

9. Ibid., p. 68.

Mello, Sebastian Borges de Albuquerque. Responsabilidade social como culpabilidade da pessoa jurídica? A busca de um conceito a partir da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 188. ano 30. p. 195-222. São Paulo: Ed. RT, fevereiro 2022. DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v188i188.97].

Outro modelo que fundamenta a culpabilidade como responsabilidade social é o formulado por Dannecker. De acordo com sua concepção, a capacidade de culpabilidade de uma empresa deriva de sua responsabilidade para suas prestações defeituosas, decorrentes de carências na estrutura organizativa ou na ética empresarial. Para Dannecker, deve-se distinguir uma culpabilidade ético-individual, própria de pessoas físicas, de uma culpabilidade ético-social, haja vista que a ética das corporações é social e não individual (DANNECKER, 2001). Assim, uma associação – com sua missão, visão, valores e finalidades – deve submeter-se às exigências éticas e normativas. A punição, portanto, é fundamentada na existência de uma estrutura organizacional deficiente, quando a empresa não cumpre com as exigências éticas decorrentes de uma responsabilidade social.

O defeito de organização (*Organisationsverschulden*), preconizada por Tiedemann, provavelmente é o mais referido fundamento da culpabilidade de entes coletivos. Tiedemann assevera que a existência de uma cultura corporativa interna é base de uma culpabilidade própria do ente coletivo. Assim, um marco teórico para a construção de uma culpabilidade empresarial está na doutrina do *good corporate citizen,* isto é, do cidadão empresarial fiel ao Direito (TIEDEMANN, 2010).

Segundo Tiedemann, a culpabilidade não pode ser vista como uma censura ético-pessoal, devendo centrar-se na sua dimensão sociojurídica, decorrente de um defeito de organização. Assim, os ilícitos praticados por pessoas físicas seriam considerados próprios da pessoa jurídica porque elas – por meio de seus órgãos ou representantes – não tomaram as medidas necessárias para assegurar um comportamento empresarial não delitivo (TIEDEMANN, 1988).

Para Tiedemann, a organização correta da pessoa jurídica é dever dela mesma, e a linguagem cotidiana reconhece a culpabilidade de uma empresa que polui um rio ou que obtém subvenções fraudulentas (TIEDEMANN, 1995). Assim, uma culpabilidade de empresa é reconhecida pela sociedade como algo próprio, não como a soma das culpas das pessoas físicas que a integram, nem está alicerçada na culpabilidade de outro.[10] Para Tiedemann, reconhecer a culpabilidade social

10. Na verdade, o princípio de imputação utilizado por Tiedemann não é novo, como ele mesmo reconhece. Ele se vale do mesmo fundamento dogmático da punibilidade dos casos de *actio libera in causa*. Dito de outro modo, ele não é sancionado pelo ato individual, mas pela falta de cuidado em um momento anterior que teria permitido evitar o fato criminoso (BACIGALUPO SAGGESE, Silvina. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas:* un estudio sobre el sujeto del derecho penal. Tesis doctoral – Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Público, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 1997. p. 195).

da empresa apenas expõe; 1) de uma parte, as consequências de sua realidade social; 2) de outra parte, as obrigações correspondentes aos direitos da empresa (TIEDEMANN, 1995).

Por fim, também pode ser chamada de "responsabilidade social" o modelo de culpabilidade construtivista defendido por Gomez Jara-Díez, que pode ser sintetizado como a violação ao dever de formar uma cultura empresarial de fidelidade ao direito, próprio de uma cidadania corporativa. Segundo o referido autor, o reconhecimento de uma esfera de autonomia à pessoa jurídica faz surgir, assim como com pessoas físicas, a ideia de um cidadão corporativo fiel ao direito. Logo, a culpabilidade jurídico-penal no âmbito empresarial se manifesta pela ausência de institucionalização dessa cultura empresarial de fidelidade e que justifica a imposição da pena (GÓMEZ JARA-DIEZ, 2012).

Essa cultura empresarial de fidelidade ao direito reforça a importância de que pessoas jurídicas mantenham programas de integridade (*compliance*) para regularem suas próprias atividades, diante da impossibilidade fática de que o Estado consiga controlar os riscos próprios de grandes corporações.

Todas essas concepções, em maior ou menor medida, reconhecem as pessoas jurídicas como protagonistas na sociedade contemporânea, como fonte de riscos, e, por consequência, de deveres. E com base em tais entendimentos, enxergam que a pessoa jurídica tem responsabilidade social corporativa e um compromisso público de ajustar-se em conformidade com o direito. Assim, pessoas jurídicas são culpáveis quando violam o compromisso de responsabilidade social.

A responsabilidade penal da pessoa jurídica é resultado de uma política criminal que resultou em direito posto e consolidado. Reconhecendo-se a inviabilidade de modelos de imputação e de transferência, são coerentes as decisões que fundamentam a punição a pessoas jurídicas a partir de elementos constitutivos de uma responsabilidade social corporativa.

A pergunta que resta pendente, todavia, deve ser feita sob outra perspectiva. Em vez de questionar se a culpabilidade da pessoa jurídica é a chamada "responsabilidade social", deve-se perquirir se a "responsabilidade social", utilizada para fundamentar a imposição da pena às pessoas jurídicas, pode ser chamada de culpabilidade.

4. Responsabilidade social é culpabilidade? Como compaginar culpabilidade da pessoa física e jurídica num mesmo conceito?

De acordo com Achenbach, a culpabilidade, como categoria sistemática, é polissêmica, sendo possível estabelecer, nessa linha, três conceitos: 1) o primeiro

Mello, Sebastian Borges de Albuquerque. Responsabilidade social como culpabilidade da pessoa jurídica? A busca de um conceito a partir da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 188. ano 30. p. 195-222. São Paulo: Ed. RT, fevereiro 2022. DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v188i188.97].

deles refere-se ao princípio da culpabilidade – *nullum crimen sine culpa* –, ao qual se atribui nível constitucional e no qual a culpabilidade é entendida como uma regulação suprapositiva de estrutura material, isto é, um princípio que embasa e limita a própria violência estatal, sendo instrumento para a própria legitimação do direito penal; 2) o segundo corresponde à culpabilidade como medida da pena, descrevendo o suposto de fato que serve como referência para a medição judicial da pena; e 3) a culpabilidade como fundamento da pena, pela qual se justifica ou se exclui a pena ante um autor particular. A culpabilidade passa a constituir um conjunto de elementos que justificam ou vedam a incidência da pena a um autor individual, e é nesse nível que a culpabilidade é referida no sistema jurídico-dogmático penal (ACHENBACH, 1974).

A culpabilidade como fundamento da pena busca uma resposta para o porquê da imputação individual, vinculada essencialmente à ideia de respeito à dignidade humana. Couso Salas ressalta que, diante do tipo de imputação geral que representa a ilicitude, a categoria *culpabilidade* tem uma missão de individualização da imputação, que se converte em garantia da autonomia da pessoa e em requisito de legitimidade da pena, a qual, para ser imposta, deverá respeitar a autonomia ética do indivíduo ante a utilidade social. Em outras palavras, a pena não se arrima apenas na ideia de uma resposta adequada a uma necessidade social, mas também uma resposta justa a um ato derivável da autonomia do indivíduo (COUSO SALAS, 2006).

Nesse contexto, como fundamentar a culpabilidade da pessoa jurídica? Nieto Martin pondera que o ponto fulcral radica em decidir se o princípio constitucional de culpabilidade tem o mesmo sentido para pessoas físicas e jurídicas. A culpabilidade construída historicamente fundamenta-se no respeito à dignidade da pessoa e no livre desenvolvimento da personalidade, possuindo nível de direito fundamental. Logo, resta questionável compreender que a culpabilidade de pessoas físicas e jurídicas tenha a mesma relevância e conteúdo constitucional. Como pessoas jurídicas são meios postos a serviço das pessoas humanas para que possam alcançar determinados fins, é complicado pretender que as pessoas jurídicas gozem de um direito derivado da dignidade humana, que, na sua origem, radica-se justamente no veto à coisificação de pessoas (NIETO MARTÍN, 2008).

Aí reside justamente a questão. É possível extrair do princípio constitucional da dignidade humana – no qual se densifica a ideia de culpabilidade – o fundamento para a individualização da imputação a uma pessoa jurídica?

Há muito se discute sobre o princípio da dignidade humana aplicado à pessoa jurídica. Corrêa de Oliveira, no aspecto, entende que a pessoa jurídica não é um fim em si mesmo e não pode ser considerada pessoa no sentido ético. Nas

palavras do autor, a pessoa jurídica é uma "realidade análoga à pessoa humana, porque idêntica em inúmeros aspectos e distinta no mais importante: a substancialidade, que esta possui e aquela não. É pessoa, portanto. Mas não no sentido pleno da palavra e sim por analogia" (CORRÊA DE OLIVEIRA, 1979, p. 165).

Isso não implica, todavia, que pessoa jurídica não tenha direitos inerentes à dignidade da pessoa humana. O próprio Código Civil brasileiro, no seu art. 52, consigna que se aplica às pessoas jurídicas a proteção dos direitos da personalidade, naquilo que lhe for cabível.

Ser digno, no âmbito jurídico, significa ser valorado e reconhecido como pessoa, titular de direitos fundamentais assegurados normativamente. Segundo Torralba Roseló, a dignidade, numa perspectiva jurídica, é poder ser reconhecido como sujeito de direitos, em ser tratado como alguém e não como algo (TORRALBA ROSELLÓ, 2005). Assim, quando se reconhece como pessoa um ente coletivo, se lhe atribui um determinado valor, e, com ele, se reconhece a titularidade de direitos, alguns dos quais direitos fundamentais.

E como pondera Maciel, o reconhecimento da personalidade a pessoas jurídicas emana da necessidade de adequação do direito aos fatos, já que, no mundo real, as pessoas jurídicas não agem em nome de cada um de seus membros, mas, sim, em nome próprio, travando relações com terceiros e sendo titulares de direitos e obrigações (MACIEL, 2001).

O processo de personificação de entes não humanos constitui-se numa construção técnica para permitir que se outorgue a determinados grupos sociais ou conjuntos de bens direitos até então exclusivos dos seres humanos (GORDILHO, 2017).

Desse modo, se a dignidade, no âmbito jurídico, consiste em ter o *status* de pessoa e na titularidade de direitos fundamentais, é perfeitamente possível extrair o conceito de culpabilidade da pessoa jurídica dos direitos fundamentais inerentes à dignidade humana, pois entes coletivos são titulares de direitos fundamentais que fazem parte do cipoal de garantias inerentes à ideia de dignidade humana. Resta saber, todavia, se a densificação de tais direitos num conceito de "responsabilidade social" pode ser enquadrada na categoria dogmática que se denomina culpabilidade.

4.1. A relação da culpabilidade da pessoa jurídica com uma culpabilidade por condução de vida

Quando se fala de responsabilidade social corporativa, vislumbra-se um conjunto de deveres éticos e jurídicos que orientam a condução da atividade

Mello, Sebastian Borges de Albuquerque. Responsabilidade social como culpabilidade da pessoa jurídica? A busca de um conceito a partir da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 188. ano 30. p. 195-222. São Paulo: Ed. RT, fevereiro 2022. DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v188i188.97].

empresarial. Dito de outro modo, quando se analisa a ideia de culpabilidade da pessoa jurídica, está-se tratando do descumprimento de determinados deveres de fidelidade ao direito, que devem ser implantados no âmbito corporativo.

Nesse ponto, é possível pensar em traços comuns entre a culpabilidade de pessoas físicas e jurídicas, que se relacionam com um dever de fidelidade ao direito. Kindhäuser, por exemplo, conceitua culpabilidade, num Estado Democrático de Direito, como um comportamento que expressa a carência de fidelidade à lei, que, por sua vez, significa um déficit de lealdade comunicativa. Assim, a lealdade comunicativa consiste no elemento conceitual necessário da personalidade jurídica de alguém (KINDHÄUSER, 1996). Esse conceito poderia ser igualmente aplicado a pessoas físicas e jurídicas.

No entanto, ainda que se entenda culpabilidade como um dever de fidelidade ao direito, não se pode entender que isso seja suficiente para caracterizar o fundamento da imposição da pena a pessoas jurídicas como pertencendo a um conceito material de culpabilidade.

No aspecto, uma questão relevante merece ser confrontada e falseada: se o conceito de responsabilidade social se adequa ao princípio de culpabilidade pelo fato.

Inicialmente, deve-se investigar se a responsabilidade social, por meio das teorias que legitimam tal posicionamento, pode se adequar àquilo que se convencionou chamar de responsabilidade pelo fato. Isso porque a violação ao compromisso de responsabilidade social termina sendo o único objeto de imputação. Em síntese, o que se atribui à pessoa jurídica, como fundamento da imputação, é a infração do dever de se organizar corretamente, quando deveria ser o delito propriamente dito, que será objeto da denúncia.

Desse modo, há de se investigar se o fundamento da imposição da pena da pessoa jurídica é: 1) a prática do crime; 2) um fato anterior – o descumprimento de seu dever de responsabilidade social, que se revela pela ocorrência do ilícito.

Na linha do que aduz Carbonell Mateu, pode-se aceitar que o defeito de organização seja o elemento que permita atribuir à empresa a prática de um fato delitivo que não seria produzido se houvesse o devido controle. Mas isso não é objeto da imputação. Esse não é nem pode ser outro que o fato delitivo próprio (CARBONELL MATEU, 2010). Silva Sanchez afirma que defeito de organização é um dado objetivo e não, propriamente, culpabilidade. Logo, a culpabilidade da pessoa jurídica seria algo semelhante a algo como "poder organizar-se de outro modo" (SILVA SÁNCHEZ, 2008).

Partindo da distinção entre objeto de valoração e valoração do objeto – que vem desde Graf zu Dohna (DOHNA, 1958) e é utilizada por Mezger (MEZGER,

1955) e Welzel (WELZEL, 2004) –, a organização da pessoa jurídica seria o objeto da valoração, seu pressuposto de fato, e o juízo de valor sobre sua organização seria a valoração sobre o objeto, que consistiria no seu elemento normativo.

No entanto, quando se estabelece a culpabilidade de pessoas jurídicas a partir da violação do dever de organizar-se, de assumir uma cultura empresarial de fidelidade ao direito, está-se se fazendo um juízo de valor não sobre o fato criminoso em si, mas sobre um dado preexistente e permanente, que é o compromisso de responsabilidade social corporativa, que se densifica no dever de organizar-se. Assim, se repristina um conceito já superado, que é o da culpabilidade por condução de vida – que é, como visto, defendida expressamente por Heine, no que se refere a entes coletivos (HEINE, 2001).

Nessa linha, se abandona a ideia de ação em favor da ideia organização. Não se imputa à pessoa jurídica um "fazer", mas um "organizar-se". Assim, como critica Busato (BUSATO, 2019), utiliza-se de um artifício retórico – um fato de conexão – para associar a conduta de uma pessoa física à responsabilidade penal da pessoa jurídica.

Quando se faz referência a uma chamada culpabilidade como responsabilidade social, está se fazendo referência à sua responsabilidade para suas prestações coletivas defeituosas que podem ser atribuídas a carências na estrutura organizativa ou nos valores empresariais (DANNECKER, 2001, p. 47).

Gracia Martin considera que tais modelos chamam de culpabilidade um estado objetivo da pessoa jurídica, resultante de infrações de dever de organização (GRACIA MARTÍN, 2016). A "censura", por assim dizer, não está centrada na infração praticada, mas na ausência de criação de mecanismos para impedir que tal infração se perpetre. Ou seja, está no modo de condução de vida empresarial.

Sobre o tema, vale trazer a crítica de fundo feita por Figueiredo Dias: a culpabilidade pela condução de vida acarreta uma duplicação entre os conceitos de ilicitude e culpa, já que o fato singular somente pode ser analisado formalmente, enquanto do ponto de vista material a ilicitude e a culpa referir-se-iam à condução de vida; dessa maneira, o ilícito material terá o mesmo substrato da culpa pelo caráter, o que tornaria impossível distinguir culpabilidade e ilicitude materiais (FIGUEIREDO DIAS, 1995).

Trazendo essa questão para discussão em debate, parece evidente que, para fundamentar a culpabilidade de uma pessoa jurídica, deve-se previamente atribuir-lhe um injusto próprio, e esse injusto decorre justamente da violação do dever de organizar-se. Isso tem uma relação apenas mediata com o fato ilícito praticado e deixa vazio o conteúdo material de culpabilidade de um ente coletivo (GALÁN MUÑOZ, 2001).

Mello, Sebastian Borges de Albuquerque. Responsabilidade social como culpabilidade da pessoa jurídica? A busca de um conceito a partir da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 188. ano 30. p. 195-222. São Paulo: Ed. RT, fevereiro 2022. DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v188i188.97].

Para tentar compatibilizar culpabilidade com uma prévia estrutura organizacional defeituosa, recorre-se a institutos tradicionais do Direito Penal, como a *actio libera in causa*. Tiedemann defende que a ausência de culpabilidade direta da pessoa jurídica no momento da prática delitiva é irrelevante, pois possui como origem uma culpabilidade antecedente. Na sua concepção, uma omissão empresarial no dever de organizar-se seria uma culpabilidade antecedente que daria azo à prática subsequente da infração pelo representante ou órgão colegiado do ente coletivo (TIEDEMANN, 1988).

Um primeiro obstáculo a ser vencido diz respeito à própria concepção do instituto. A teoria da *actio libera in causa* se aplica quando o próprio autor converte a si mesmo em autor mediato, num instrumento para a realização do delito (JAKOBS, 1997). De acordo com a proposta de Tiedemann, a violação ao dever de se organizar-se da empresa não se torna o ponto de conexão da sua própria culpa, mas, sim, na de terceiros, que são as pessoas físicas que efetivamente realizarão o fato ilícito.

Para Gómez-Jara Díez, a *actio libera in causa* sempre se refere à decisão/conduta prévia do mesmo autor, não de um terceiro. Diz o referido autor que, adotada essa tese, em algum momento vai se exigir um ponto de partida, que é uma decisão prévia da pessoa jurídica materializada numa conduta (que poderia ser um equivalente à conduta de uma pessoa física se embriagar, no clássico exemplo do instituto). Ocorre que isso não vai poder ser constatado numa pessoa jurídica, pois levaria a um regresso ao infinito (GÓMEZ-JARA DÍEZ, 2012).

A questão, que parece aqui evidente, é que, para a incidência da *actio libera in causa* como fundamento da culpabilidade, é preciso que haja uma *actio* prévia, isto é, uma conduta que crie condições futuras que permitam ou facilitem a prática de uma infração penal. No entanto, um defeito de organização não pode ser considerado uma conduta, mas, sim, um estado ou condição da pessoa jurídica. Logo, não se pode entender que tal conceito seja compatível com uma culpabilidade do autor.

De igual forma, a própria tese de Gómez-Jara Díez – cultura empresarial de fidelidade ao direito, com base num conceito de cidadania corporativa – também não resiste ao filtro da culpabilidade pelo fato. Com efeito, sua concepção estabelece três equivalentes funcionais para caracterizar a culpabilidade como quebra do compromisso de fidelidade ao direito: 1) a vigência de determinadas normas depende, principalmente, da manutenção de uma cultura empresarial de fidelidade ao direito, sobretudo pela incapacidade do Estado de controlar certos riscos na sociedade industrial pós-moderna; 2) o reconhecimento de um patamar mínimo de igualdade entre as pessoas jurídicas demanda reconhecer que a liberdade e auto-organização empresarial acarreta a responsabilidade pelas consequências

adversas do exercício dessa liberdade; 3) a pessoa jurídica tem uma cidadania corporativa, no sentido de ter o direito de participar de processo de criação e definição de normas sociais.[11]

No entanto, essa concepção continua chamando de culpabilidade algo preexistente, que diz respeito muito mais a um estado prévio e permanente de coisas do que propriamente ao fundamento da imputação penal em face do crime praticado. Como pondera Schünemann, a norma de proibição é feita para regular comportamentos humanos, enquanto com a expressão culpa pela organização descreve um mero estado da organização, e não uma violação da norma (SCHÜNEMANN, 2014).

Não há também uma resposta satisfatória quando um dos dirigentes, desviando-se dos propósitos, dos valores e da estrutura da organização, decide pela prática de um crime por intermédio da pessoa jurídica. Assim, caso o crime praticado contrarie a política, os estatutos e a própria vontade de outros dirigentes do ente coletivo, ainda assim restará caracterizada a responsabilidade da empresa? Do modo com que decide o Superior Tribunal de Justiça, tudo indica que sim, pois haverá uma "vontade do seu administrador ao agir em seu nome e proveito".

Assim, há nítidas dificuldades em compreender a culpabilidade como "responsabilidade social" sem tê-la como inconciliável com a ideia de culpabilidade pelo fato, e sem aproximá-la de um modelo de responsabilidade penal objetiva.

5. Para além de questões terminológicas. A dificuldade de compaginar a culpabilidade como categoria dogmática e o fundamento da imposição da pena a pessoas jurídicas

A existência da pena pode ser tida como a principal razão pela qual se recorre à culpabilidade para estabelecer critérios mais restritos, individualizadores e garantistas para fundamentar a responsabilidade penal. No Direito Civil, ou mesmo no Direito Administrativo, é possível responsabilizar sem culpabilidade, e nem por isso se entende que há ofensa à Constituição. As implicações limitadoras ao poder punitivo do Estado, decorrentes da ideia de culpabilidade, somente existem porque há a sanção penal, e, com ela, a maior violência e ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana, praticada de maneira legal e supostamente legitimada.

A culpabilidade relaciona-se com a pena, pois a sanção penal historicamente se construiu como meio de se legitimar a violação da dignidade humana de quem a

11. Ibid., p. 168-171.

sofre, e não haveria qualquer sentido em confrontar culpabilidade e dignidade se a sanção penal não fosse dotada das características ignominiosas que a acompanham no decorrer dos séculos (MELLO, 2019). Ocorre que as penas aplicáveis a pessoas jurídicas, embora também atinjam direitos fundamentais, não são dotadas das mesmas características das sanções penais impostas a pessoas físicas. E sendo as sanções, na sua essência, distintas, distintos são os fundamentos de sua imposição.

A pergunta, no entanto, que se mantém é: esse fundamento, que na jurisprudência brasileira é denominado de responsabilidade social, pode ser chamado de culpabilidade?

Segundo Greco, apenas um conceito que ele denomina como "vazio" poderia ser compatível com a culpabilidade da pessoa jurídica, pois de culpabilidade conservaria apenas o nome. Afirma que qualquer conceito digno desse nome somente tem sentido se for algo que o próprio indivíduo culpável traz para si, por intermédio de um comportamento errôneo ou falho. E, sendo um conceito personalíssimo e intransferível, não é possível compreender a culpabilidade de pessoas jurídicas. Segundo o autor, tais modelos, no fim do dia, terminam por ser sistemas de imputação disfarçados, pois se deduz a culpabilidade de pessoas jurídicas de modo derivado de comportamento de pessoas naturais (GRECO, 2019).

Chamar de "culpabilidade" o fundamento da imposição de sanções penais a pessoas jurídicas parece trazer mais problemas do que soluções, pois não parece haver um substrato material comum que consiga conjugar, num mesmo conceito, a "responsabilidade social", para pessoas jurídicas, e as diversas teorias que fundamentam a culpabilidade de pessoa física a partir da culpabilidade pelo fato.

Quando o Superior Tribunal de Justiça consagra a ideia de que o fundamento da imposição da pena a pessoas jurídicas é a responsabilidade social, que se revela na conduta do dirigente de agir em seu nome e proveito, está afirmando que entes coletivos podem, ao violar compromissos de fidelidade à ordem normativa, sofrer sanções de natureza penal. Mas não parece que isso tenha qualquer conteúdo que se possa chamar de culpabilidade.

Seria, quando muito, um "equivalente funcional" da culpabilidade, como sustenta Gómez-Jara Díez. Se a função da culpabilidade é simbolizar a violação do papel do cidadão fiel ao direito (no caso da pessoa jurídica, de cidadania corporativa), há uma equivalência entre as funções da culpabilidade de pessoas físicas e jurídicas.[12]

12. Gómez-Jara Díez estabelece três equivalentes funcionais que podem fundamentar a culpabilidade de pessoas jurídicas: 1) criação e manutenção de uma cultura empresarial

Gracia Martín critica especialmente o modelo de construção de "equivalentes funcionais" de culpabilidade para entes coletivos. Sustenta que está fadada ao fracasso a tentativa de reconstruir a Teoria do Delito para pessoas jurídicas, buscando equivalentes funcionais para conceitos tradicionais como ação e culpabilidade.

Diz o referido autor que a expressão "equivalência funcional", por si só, não diz nada: a) sobre as qualidades dos objetos entre os quais se estabelece relação; b) nem sobre a finalidade específica da função que possa explicar tal equivalência. Isso permite que equivalências funcionais sejam estabelecidas entre objetos absolutamente díspares, sem que haja qualquer semelhança ou analogia entre o que se busca equiparar. Pondera, como exemplo, que culpabilidade e periculosidade são conceitos completamente diferentes, mas nada impede que se afirme que a periculosidade está para a medida de segurança como a culpabilidade está para a pena. E que ambas cumprem a mesma função de fundamentar e ser pressuposto de sua respectiva consequência jurídica (GRACIA MARTÍN, 2016).

Não parece que o fundamento da pena para pessoas jurídicas possa ancorar-se num conceito de culpabilidade que possa sistematicamente ser reconduzido a uma unidade com a ideia de culpabilidade que se defende para pessoas jurídicas. Há, inclusive, dificuldades em se compatibilizar os elementos que compõem o conceito analítico de culpabilidade de pessoas físicas (imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa) com a dita responsabilidade penal de pessoas jurídicas.

Trata-se de um conceito vazio, em que apenas se traslada o nome culpabilidade para uma categoria dogmática cujo conteúdo é absolutamente inconciliável com a ideia de culpabilidade incidente para pessoas físicas.

Nada obsta, e seria até compreensível, que um sistema de responsabilidade penal tenha fundamentos de imposição distintos para pessoas físicas e jurídicas. No entanto, para que a culpabilidade seja preservada como categoria dogmática, é preciso que as concepções para pessoas físicas e jurídicas possam reconduzir-se a uma raiz comum, que sirva como linha geral de fundamento.

---

de fidelidade ao direito como condição para a vigência da norma; 2) o surgimento de uma cidadania corporativa leva ao reconhecimento de um mínimo de igualdade entre as pessoas jurídicas; 3) a capacidade que pessoas jurídicas têm de questionar a vigência da norma (GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. La culpabilidade de la persona jurídica. In: BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Madrid: Thompson-Civitas, 2012. p. 169-170).

Mello, Sebastian Borges de Albuquerque. Responsabilidade social como culpabilidade da pessoa jurídica? A busca de um conceito a partir da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 188. ano 30. p. 195-222. São Paulo: Ed. RT, fevereiro 2022. DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v188i188.97].

Como visto, é possível pensar num modelo de culpabilidade de pessoa jurídica relacionado com a realização de direitos fundamentais inerentes à dignidade humana. No entanto, tal conceito tem escassa conexão com modelos que fixam o fundamento da imputação em sistemas de responsabilidade social corporativa.

Como dito na introdução deste trabalho, a responsabilidade penal da pessoa jurídica já é uma realidade no sistema penal brasileiro. E há mais de 15 anos que decisões do Superior Tribunal de Justiça estabeleceram, ainda que precariamente, parâmetros para compreender o fundamento de imposição da sanção penal a empresas.

Todavia, não parece que o referido fundamento pode ser chamado de culpabilidade. E as razões pelas quais uma pessoa jurídica é pessoalmente responsável por suas infrações podem representar uma culpabilidade em sentido formal, mas não em sentido material.

Sendo a responsabilidade penal das pessoas jurídicas uma realidade, e diante das dificuldades para buscar um conteúdo material que seja compatível com o conceito de culpabilidade, deve-se prescindir da categoria dogmática da culpabilidade para fundamentar a responsabilidade penal empresarial. Ao fundamento da incidência da pena concreta – responsabilidade social – deve-se dar outra denominação distinta.

A manutenção da ideia de culpabilidade da pessoa jurídica representa um rompimento da relação visceral que existe entre pena e culpabilidade, e que poderia dar azo à incidência de penas sem culpabilidade (GRECO, 2019). No entanto, diante da decisão política de criminalização de pessoas jurídicas, e das opções legislativas e jurisdicionais para fundamentar a imposição de pena a entes coletivos, parece complicado chamar de culpabilidade algo que na verdade não é. É claro que a inserção de uma nova categoria dogmática para fundamentar a imposição de sanções penais a pessoas jurídicas submete a Teoria do Delito a novas tensões, que certamente definirão novos horizontes para além do conceito tradicional de culpabilidade. No entanto, é preferível a busca de um novo fundamento – que demandará estudos específicos e particularizados para a realidade da pessoa jurídica – do que simplesmente desvirtuar a ideia de culpabilidade por intermédio de uma adequação imperfeita.

6. Conclusões

A responsabilidade penal da pessoa jurídica, passados mais de 20 anos da edição da Lei 9.605/98, é uma realidade. No entanto, ainda não estão sedimentadas questões centrais relativas à incidência da Teoria do Delito em relação às pessoas

jurídicas. Uma dessas questões é sobre o fundamento da imposição da pena, que para as pessoas físicas se chama de culpabilidade.

Submetida a questão ao Superior Tribunal de Justiça, ali se decide, sem muitas variações, que a chamada culpabilidade da pessoa jurídica é a responsabilidade social, que se revela pela vontade do administrador em agir em seu nome e proveito.

Com base nessa concepção, e a referência obrigatória a um atuar humano como substrato, poderia se cogitar a adoção de modelos de imputação, ou heterorresponsabilidade. No entanto, tais modelos devem ser descartados, pois implicariam transferência de culpabilidade da pessoa física para a jurídica. A culpabilidade é intransmissível.

Assim, restariam modelos de autorresponsabilidade, que se fundam na ideia de que pessoas jurídicas possuem obrigações éticas e jurídicas e, na sociedade contemporânea, são protagonistas, como verdadeiros centros de imputação que intervêm no âmbito vital regulado pelo direito, e devem submeter-se às consequências jurídicas decorrentes das práticas de ilícitos penais.

No entanto, ainda que se possa, num elastério interpretativo, conceber a ideia de culpabilidade – que historicamente está fundada no respeito à dignidade da pessoa e no livre desenvolvimento da personalidade – aplicável às pessoas jurídicas, as teorias que a fundamentam trazem uma concepção que muito se assemelha à chamada culpabilidade por condução de vida, como um estado de coisas que preexiste à prática do crime, e que já está superada no que se refere à culpabilidade de pessoas físicas.

Assim, diante das dificuldades de se conectar um conceito material de culpabilidade com o fundamento da imposição da pena a pessoas jurídica, é preciso reconhecer que o fundamento pelo qual se considera uma pessoa jurídica responsável por infrações penais não é culpabilidade em sentido estrito, mas, sim, outra categoria dogmática análoga ou equivalente, mas que com ela não se confunde, e que demandará estudos próprios e particularizados para esse fim.

7. Referências

ACHENBACH, Hans. *Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre*. Berlin: J. Schweitzer Verlag, 1974.

ARAGÃO, Antônio Moniz Sodré de. *As três escolas penais*. São Paulo: Freitas Bastos, 1952.

BACIGALUPO SAGGESE, Silvina. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*: un estudio sobre el sujeto del derecho penal. Tesis doctoral – Facultad

de Derecho, Departamento de Derecho Público, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 1997.

BARBOSA, Julianna Nunes Targino. A culpabilidade na responsabilidade penal da pessoa jurídica. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

BATISTA, Nilo. Cem anos de reprovação. In: BATISTA, Nilo; NASCIMENTO, André (Org.) *Cem anos de reprovação*: uma contribuição transdisciplinar para a crise da culpabilidade. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BIDINO, Claudio. Responsabilidade penal da pessoa jurídica no Brasil e teoria da dupla imputação necessária: comentários ao Acórdão RE 548.181 do STF. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 123, p. 383-405, set. 2016.

BUSATO, Paulo César. *Tres Tesis sobre la responsabilidade penal de personas jurídicas*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.

CARBONELL MATEU, Juan Carlos. Responsabilidad penal de las personas jurídicas: reflexiones en torno a su "dogmática" y al sistema de la reforma de 2010. *Cuadernos de política criminal*, [S.l.], n. 101, p. 5-33, 2010.

CARROLL, Archie B. Corporate social responsibility evolution of a definitional construct. *Business & Society*, [S.l.], v. 38, n. 3, p. 268-295, set. 1999.

COCHRAN, Philip L. The evolution of corporate social responsibility. *Elsevier-Business Horizons*, Indianapolis, v. 50, p. 449-454, 2007.

CORRÊA DE OLIVEIRA, J. Lamartine. *A dupla crise da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979.

COUSO SALAS, Jaime. *Fundamentos del derecho penal de culpabilidad:* historia, teoría y metodología. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2006.

CUSSAC, José L. González. O modelo espanhol de responsabilidade penal das pessoas jurídicas do CP de 2010. Trad. Paulo César Busato. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 132, ano 25, p. 39-60, jun. 2017.

DANNECKER, Gerhard. Reflexiones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Trad. Ana Cristina Rodríguez Yague. *Revista Penal*, Salamanca, n. 7, p. 40-54, 2001.

DIVINO, Sthéfano Bruno Santos. Responsabilidade penal de Inteligência Artificial: uma análise sob a ótica do naturalismo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 171, p. 153-183, 2020.

DOHNA, Alexander Graf zu. *La estructura de la Teoría del delito*. Trad. de la 4. ed. alemana por Carlos Fontán Balestra y Eduardo Friker. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1958.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Liberdade, culpa, direito penal*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

FOFFANI, L. Bases para una imputación subjetiva de la persona moral. ¿Hacia una culpabilidad de las personas jurídicas? *Nuevo Foro Penal*, [S.l.], v. 6, n. 75, mar. 2013.

GÓMEZ JARA DÍEZ, Carlos. *La culpabilidad penal de empresa*. Madrid: Marcial Pons, 2006.

GÓMEZ JARA-DIEZ, Carlos. La culpabilidade de la persona jurídica. In: BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José; GÓMEZ JARA-DIEZ, Carlos. *Tratado de responsabilidade penal de las personas jurídicas*. Madrid: Thompson-Civitas, 2012.

GALÁN MUÑOZ, Alfonso. La responsabilidad penal de la persona jurídica tras la reforma de la lo 5/2010: entre la hetero- y la autorresponsabilidad. *Revista General de Derecho Penal*, [S.l.], n. 16, 2001.

GORDILHO, Heron J. de Santana. *Abolicionismo animal*. 2. ed. Salvador: EdUFBA, 2017.

GRECO, Luís. Reflexões sobre a conexão entre pena e culpabilidade. In: VIANA, Eduardo; MONTENEGRO, Lucas; GLEIZER, Orlandino (Org. e Trad.). *As razões do Direito Penal*: quatro estudos. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

HARARI, Yuval Noah. *21 lições para o século 21*. Trad. Paulo Geiger. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

HEINE, Günther. La responsabilidad penal de las empresas: evolución y consecuencias nacionales. Trad. Aldo Figueroa Navarro e José Hurtado Pozzo. In: HURTADO POZO, José; DEL ROSAL BLASCO, Bernardo; SIMONS VALLEJO, Rafael. *La responsabilidade criminal de las personas jurídicas*: uma perspectiva comparada. Valência: Tirant lo Blanch, 2001.

JAKOBS, Günther. *Derecho Penal:* parte general: fundamentos y teoría de la imputación. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997.

KINDHÄUSER, Ürs. *Derecho Penal de la culpabilidad y conducta peligrosa*. Trad. Claudia López Díaz. Bogotá: Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho; Universidad Externado de Colombia, 1996.

LEITE, Alaor. Observações provisórias sobre a responsabilização penal das pessoas jurídicas. In: BUSATO, Paulo César; GRECO, Luis (Coord.). *Responsabilidade penal de pessoas jurídicas*: seminário Brasil-Alemanha. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

MACIEL, Fernando Antônio Barbosa. *Capacidade e entes não personificados*. Curitiba: Juruá, 2001.

MARTÍN, Luis Gracia. Crítica de las modernas construcciones de una mal llamada responsabilidad penal de la persona jurídica. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología,* [S.l], n. 18, 2016. Disponível em: [http://criminet.ugr.es/recpc]. Acesso em: 12.04.2021.

MELLO, Sebástian Borges de Albuquerque. *O novo conceito material de culpabilidade*: o fundamento da imposição da pena a um indivíduo concreto em face da dignidade da pessoa humana. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

MEZGER, Edmund. *Derecho Penal*. Trad. da 6. ed. alemã de 1955. Buenos Aires: Valetta Ediciones, 2004. t. I.

NIETO MARTÍN, Adán. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas:* un modelo legislativo. Madrid: Iustel, 2008.

PÉREZ MANZANO, Mercedes. La responsabilidad penal de las personas jurídicas. *Actualidad Penal,* Madrid, n. 2, p. 15-27, 1995.

PRADO, Luiz Regis. *Responsabilidade penal das pessoas jurídicas*: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva. São Paulo: Ed. RT, 2001.

ROBLES PLANAS, Ricardo. ¿Delitos de personas jurídicas? A propósito de la Ley austriaca de responsabilidad de las agrupaciones por hechos delictivos. *InDret – Revista para el Análisis del Derecho,* Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, n. 2, p. 1-25, 2006.

SCHÜNEMANN, Bernd. Die aktuelle Forderung eines Verbandsstrafrechts*:* ein kriminalpolitischer Zombie. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* (*ZIS*), München, n. 1, p. 01-18, 2014.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. La evolución ideológica de la discusión sobre la "responsabilidad penal" de las personas jurídicas. *Derecho Penal y Criminología,* Madrid, v. 29, n. 86-87, p. 129-148, 2008.

SZNICK, Valdir. *Direito penal ambiental*. São Paulo: Ícone, 2001.

TIEDEMANN, Klaus. Die BebuBung von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität. *Neue Juristische Wochenschrift*, [S.l.], ed. 19, p. 1169-1173, 1988.

TIEDEMANN, Klaus. Responsabilidade Penal de personas jurídicas y empresas en derecho comparado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 3, n. 11, p. 21-35, 1995.

TORRALBA ROSELLÓ, Francesc. Ideas de dignidad: una exploración filosofica. In*:* MARTÍNEZ, Julio; PERROTIN, Catherine; TORRALBA, Francesc. *Repensar la dignidad humana*. Lleida: Editorial Milenio, 2005.

WELZEL, Hans. *El nuevo sistema del derecho penal*: una introducción a la doctrina de la acción finalista. Trad. José Cerezo Mir. Buenos Aires: Editorial B de F, 2004.

ZUGALDIA ESPINAR, José Miguel. *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos*: análisis de los arts. 31 bis y 129 del Código Penal. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

PESQUISA DO EDITORIAL

Área do Direito: Penal

Veja também Doutrina relacionada ao tema

- *Compliance* e responsabilidade penal ambiental da pessoa jurídica no Século XXI, de Andréia Leal Ferro – *RBCCrim* 160/19-55.

Mello, Sebastian Borges de Albuquerque. Responsabilidade social como culpabilidade da pessoa jurídica? A busca de um conceito a partir da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 188. ano 30. p. 195-222. São Paulo: Ed. RT, fevereiro 2022. DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v188i188.97].

"Pode isso, Arnaldo?" Uma súmula não vinculante, mas que vincula e afasta o Código Penal

"Is this possible, Arnaldo?" A non-binding summary, but which binds and removes the Penal Code

Assista aos comentários do autor para este artigo



Tiago Oliveira de Castilhos

Doutor em Ciências Criminais PUC/RS (2020). Mestre em Ciências Criminais PUC/RS (2012). Especialista em Ciências Penais PUC/RS (2010). Professor das disciplinas de Direito Penal e Processo Penal do Centro Universitário FADERGS. Professor convidado do Centro Universitário UniRitter, nas disciplinas de Processo Penal e Atividade Policial, Violência e Criminalidade. Advogado criminalista.
Lattes: [http://lattes.cnpq.br/0117275945355518].
ORCID: [https://orcid.org/0000-0001-6420-0966].
DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v188i188.95].
tiagodecastilhos@gmail.com

Recebido em: 31.08.2021
Aprovado em: 08.12.2021
Última versão do autor: 12.12.2021

Área do Direito: Penal

Resumo: O presente artigo tem por objetivo trazer à baila o seguinte problema: "existe súmula não vinculante, no Brasil, que vincula o juízo, no momento da aplicação da pena? Ela leva a pena a ficar acima do mínimo legal?". Em outras palavras: "se pode ser aplicada uma súmula em detrimento do Código Penal – CP – sem ser ela vinculante e sem ser a lei aplicada ou parte dela inconstitucional". O trabalho vai discorrer se, ao aplicar o Código Penal, no que se refere ao método de aplicação da pena, o intérprete passa a ser obrigado a aplicar a Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça – STJ, que determina que a pena não pode ficar abaixo do mínimo legal. Com esta pesquisa, a pergunta sobre se essa prática é

Abstract: This article aims to bring up the following problem: "there is a non-binding summary, in Brazil, that binds the court, at the time of application of the penalty? It pays to stay above the legal minimum ". In other words: "a summary can be applied to the detriment of the Penal Code – CP – without being binding and without being the applied law or part of it unconstitutional". The work will discuss whether, when applying the Penal Code, with regard to the method of applying the penalty, the interpreter is obliged to apply the precedent 231 of the Superior Court of Justice – STJ, which determines that the penalty cannot remain below the legal minimum. The question will be answered, with this research, if

Castilhos, Tiago Oliveira de. "Pode isso, Arnaldo?" Uma súmula não vinculante, mas que vincula e afasta o Código Penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 188. ano 30. p. 223-256. São Paulo: Ed. RT, fevereiro 2022.
DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v188i188.95].

adotada será respondida, há quanto tempo e se ela respeita a aplicação proporcional e constitucional da pena; ainda, como o juízo aplica a pena com a referida súmula, e se ela respeita a visão e missão pós-reforma de 1984 e pós-Constituição de 1988.

Palavras-chave: Pena – Súmulas – (Não) vinculante – Irrazoabilidade – Proporcionalidade.

this practice is adopted, for how long and if it respects the proportional and constitutional application of the penalty. How does the judgment with the aforementioned summary apply and if it respects the vision and mission after the 1984 reform and after the 1988 Constitution.

Keywords: Feather – Overviews – (Not) binding – Unreasonableness – Proportionality.

Sumário: 1. Introdução. 2. O método de aplicação da pena e suas (in)congruências. 3. Um (re)modelo de método de aplicação da pena e o respeito à proporcionalidade. 4. "Pode isso, Arnaldo?" A súmula não vinculante que vincula e afasta o Código Penal. 5. O afastamento das circunstâncias genéricas, na segunda fase da aplicação da pena, como ofensa à sua individualização. 6. Considerações finais. 7. Referências. Legislação. Jurisprudência.

1. Introdução

O presente trabalho tem por objetivo atacar o seguinte problema de pesquisa: indagar se a Súmula 231 do STJ, que não é vinculante, pode ser aplicada como se vinculante fosse e, se assim for, se pode afastar artigo do Código Penal constitucionalmente válido. Logo, pode o entendimento consolidado dos Tribunais Superiores afastar determinação da lei penal que não seja inconstitucional? Para isso far-se-á a abordagem com o estudo sobre os entendimentos emanados em julgamentos e na pesquisa da doutrina.

O artigo terá a seguinte estrutura, para o fim de responder a pergunta: no segundo capítulo a abordagem sobre o caso prático do qual decorre o problema e o método de aplicação da pena. Já no terceiro capítulo tratar-se-á de abordar uma nova aplicação da pena, afastando a súmula que determine o afastamento de leis constitucionais e, no quarto capítulo, a explicação sobre a aplicação da súmula e o perigo que ela representa quando deteriora a aplicação do Código Penal sem vícios de constitucionalidade. Por fim, no último capítulo, explicar, mesmo que de forma sucinta, que os afastamentos das circunstâncias genéricas, na segunda fase da aplicação da pena, são ofensas à individualização da pena. Nas conclusões, pretende-se, sem esgotar o assunto, dar uma resposta ao problema de pesquisa.

O direito, em sua longa vida, criou para si uma linguagem específica, que contém sentido próprio, ou seja, todo aplicador do direito penal identifica o sentido de cada palavra dentro da especificidade da linguagem, mas ela não pode ser descontextualizada do caso em si. Por exemplo: o significado da palavra "condeno":

Castilhos, Tiago Oliveira de. "Pode isso, Arnaldo?" Uma súmula não vinculante, mas que vincula e afasta o Código Penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 188. ano 30. p. 223-256. São Paulo: Ed. RT, fevereiro 2022.
DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v188i188.95].

alguém tem dúvida de que seu significado mostra que a pessoa foi condenada a uma pena? Não se tem dúvidas do seu significado. Como ensina a doutrina, não pode o aplicador da lei dar um sentido próprio a qualquer palavra, pois ela não tem e não pode ter o significado que ele (intérprete) bem queira dar. Ele não pode impor sentido à palavra "condeno" diverso do que ela possui, dando significado como "absolvo", que é a sua antítese, inclusive.

Essa prática também pode ser exemplificada com o uso da palavra "culpabilidade", que será manipulada ao longo do processo penal, mas também ao longo das três fases de aplicação da pena. No momento da dosimetria, também aparecem oportunidades de manipulações que serão objeto de estudo em outro texto, mas uma delas é a manipulatória, aplicação de uma súmula que tem o poder de afastar a lei penal. Aqui se abordará apenas a manutenção do sentido da palavra que ela já possui para a aplicação da pena. Pertinente ao trabalho, e como exemplo, o significado da palavra "sempre", pergunta-se: "poderia o intérprete aplicar sentido diverso ao que a palavra 'sempre' possui?" Poderia ele aplicar sentido na palavra como "talvez" ou "quem sabe"? Veja que o objetivo do trabalho está no deslumbrar os horrores da aplicação da pena, no Brasil, e desvendar que o juiz, como bem alertado pela doutrina, aplica o sentido que bem entende e quer dar às coisas, até mudá-lo.

Para exemplificar e desnudar a prática na vida forense, mostrar-se-á que a palavra "sempre", na aplicação da pena, no método trifásico, na sua segunda fase especificamente, ou seja, na pena "provisória", tem sido aplicada pelo intérprete com sentido diverso do sentido que ela (palavra) possui, que é: "sempre". O intérprete tem aplicado o "depende" ou "nunca" como significado para a palavra "sempre". O trabalho será posto, então, na segunda fase de aplicação da pena, porque nela está escrito que "sempre" as agravantes e atenuantes serão aplicadas.

Apresentar-se-á, além de uma nova proposta de aplicação da pena, sim, como já feito na "A primeira fase de aplicação da penal criminal: critérios e metodologia", nesse, no que se refere à aplicação da pena, uma forma diferente do que aplica a jurisprudência com apoio de parte da doutrina.

Verá o leitor em quais contextos a palavra é aplicada, como no contexto do método de aplicação da pena e o exercício, o "pilates jurídico" (alongamento do sentido) que fazem tanto a jurisprudência quanto a doutrina que valida a aplicação da Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça – STJ, para todos os casos e de forma universal. O argumento será sempre (aqui se aplica o sentido correto da palavra, ou seja, "sempre") de que a pena pode ficar aquém do mínimo legal e não como se tem aplicado, com o sacrifício da lei constitucionalmente válida, de artigos constitucionalmente válidos, ao alvedrio da Constituição Federal – CF. Tal prática torna uma súmula que não é vinculante em vinculante, pois todos os

juristas aderem a ela como se fosse a tábua de salvação de todos os casos no cotidiano forense. Tal prática externa o caráter recrudescedor e punivista, ou seja, a demonstração da cultura punitivista em que se vive no Brasil.

O método de estudo foi o dedutivo, com base na doutrina e na jurisprudência dos Tribunais. Também se buscou informações em sítios jurídicos oficiais, revistas acadêmicas, que trouxeram entendimento sobre a forma e a origem do entendimento consolidado na súmula que foi pelo estudo atacada.

O capítulo que se avizinha tratará sobre o método de aplicação da pena e suas mazelas.

2. O MÉTODO DE APLICAÇÃO DA PENA E SUAS (IN)CONGRUÊNCIAS

A pena deve responder ao que emana do art. 5º, inciso XLVI, da CF, pois tem que ser individualizada, possibilitando a sua aplicação em fases e uma melhor visualização dos critérios que são usados para determinar o quanto em tempo de cumprimento a ser cumprido no cárcere. Aqui não será realizada a crítica necessária à aplicação da pena-base,[1] por não ser o meio adequado, mas uma crítica parcial, especificamente a vinculação do juízo a uma súmula que afasta artigos de lei que são constitucionalmente válidos. Essa prática empurra o juízo a aplicar mais pena, quando ele deveria quantificar na forma que a lei determina, ou seja, fala-se da segunda fase de aplicação da pena, especificamente no que determina as "agravantes" e "atenuantes".

No método de aplicação da pena existem três fases, conhecidamente, na forma do art. 68 do Código Penal (o método trifásico): a primeira fase ou pena-base, na forma do art. 59 do CP, que faz o *start* da aplicação da pena e nela existem oito "circunstâncias" chamadas "judiciais", também conhecidas como "vetores"[2] para parte da doutrina.

Contudo, o método não para na primeira fase apenas, pois há a segunda fase, também conhecida de fase da "pena provisória", quando são aplicadas as

1. Com a proposta de uma nova forma de aplicação da pena-base (CASTILHOS, 2021, p. 147 e seguintes).
2. Conforme explica o autor, na nota 22, os "vetores" tornam-se uma forma melhor de identificação dos elementos que são usados para a aplicação da pena-base, melhor do que chamá-los de "circunstâncias judiciais", pois que são legais e algumas incongruentes com o Estado Democrático de Direito. Elas proporcionam um caminho a ser seguido para que o juiz aplique a pena-base, ao passo que os vetores são aplicados dentro de critérios de razoabilidade (CASTILHOS, 2021, p. 24).

CASTILHOS, Tiago Oliveira de. "Pode isso, Arnaldo?" Uma súmula não vinculante, mas que vincula e afasta o Código Penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 188. ano 30. p. 223-256. São Paulo: Ed. RT, fevereiro 2022.
DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v188i188.95].

"agravantes" e as "atenuantes",[3] que são chamadas de "circunstâncias legais". Já a última fase, ou seja, a terceira fase da aplicação da pena, recebe o nome de "pena definitiva", momento em que se aplica o que majora ou minora a pena, que está estabelecido no próprio instituto penal. Ao chegar à terceira fase, terá então o réu, já condenado, o quanto de pena definitiva,[4] pena chamada *in concreto*, sabendo o quanto em tempo de pena terá que cumprir e também o regime inicial de seu cumprimento.

É necessária, para a compreensão do método e para a compreensão do trabalho, a realização de um exercício hipotético de aplicação da pena. Também, que se entenda que o manuscrito não tratará do aumento de pena acima do máximo estabelecido pela lei, pois que ilegal, sendo de conhecimento que o princípio da legalidade estrita impera nesta hipótese,[5] mas no que se refere à aplicação da pena aquém do mínimo legal calcada em hipótese de política criminal.[6]

Para a melhor compreensão do trabalho far-se-á a apresentação de um caso hipotético, em que pese hipotético para os fins didáticos inúmeros exemplos similares no dia a dia forense. A proposição trata de um caso de roubo, art. 157, *caput*, do CP, cometido por uma pessoa com menos de vinte e um anos no momento do fato. Usa-se esse exemplo, como já dito hipotético, por ser comum, um caso cotidiano em todo o Brasil.

Vamos a ele: uma pessoa cometeu o ilícito de roubo, art. 157 do CP, sendo de conhecimento que a pena inicial, em abstrato, é de quatro anos e como penal final cominada em dez anos. O regime de cumprimento de pena é a reclusão. O juiz vai aplicar a pena entre o mínimo e o máximo usando o Código Penal, respeitando o método trifásico para o fim de alcançar a individualização da pena calcada

3. Seus dispositivos estão no CP, no art. 61 ao 67 (BOSCHI, 2014, p. 199).
4. Ensina o autor que "[...] as qualificadoras formam *tipos novos*, sempre cominando pena privativa de liberdade em margens *novas* e *mais graves* que as cominadas nos tipos *dos quais derivam*. [...]" (BOSCHI, 2014, p. 251).
5. O autor explica o motivo constitucional para a não aplicação da pena acima do máximo legal, veja: "Todavia, impende observar que a interpretação ora proposta em relação às atenuantes *não viola qualquer norma legal ou constitucional*, enquanto a identidade de tratamento com referência às agravantes implicaria o desrespeito frontal ao princípio da legalidade. [...]" (PACELLI, 2015, p. 499).
6. Já no caso contrário, explicações baseadas em política criminal e na menor reprovabilidade do ato, bem como a mesma explicação calcada no princípio da legalidade, seriam argumentos justificantes para a aplicação da pena abaixo do mínimo legal (PACELLI, 2015, p. 499).

na estrita legalidade. Verterá desse exercício o valor a ser aplicado, em tempo de pena, para a pessoa condenada pelo ilícito praticado.

No caso proposto, a pena-base ficará no mínimo[7] legal e será aplicada assim porque não houve nenhuma circunstância judicial negativa, na forma do art. 59 do CP, sendo esse o entendimento jurisprudencial.[8] Já na segunda fase, conhecida como da "pena provisória", diz-se que "sempre" serão aplicadas as circunstâncias legais chamadas de "agravantes" e "atenuantes".

É importante frisar que a palavra "sempre" possui um sentido que já está em si e não pode ser alterado; o sentido é performativo, semântica pura, e deve ser seguido na sua literalidade, na literalidade da lei ou na "letra da lei".[9] Se o juiz não aplicar as "agravantes" ou as "atenuantes", ou aplicar apenas uma e não a outra, ou fizer vistas grossas a sua existência, estará desrespeitando a individualização da pena, o princípio da legalidade e o próprio sentido que tem a palavra "sempre". Sabe-se que a palavra não significa "talvez", mas sim "sempre",[10] esse é o

7. Ver tese no STJ que indica como norte a aplicação da pena-base no mínimo legal quando não houver "vetores" desfavoráveis (CASTILHOS, 2021, p. 98 e seguintes). No que se refere à "necessidade da pena": TOLEDO, 1994, p. 71; BOSCHI, 2014, p. 160.

8. Se as "circunstâncias judiciais" ou "vetores" não extrapolarem as barreiras que foram impostas pelo próprio ilícito típico, a pena-base deve ser aplicada no mínimo legal estabelecido pelo tipo. (CASTILHOS, 2021, p. 98). Ver também: [https://scon.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp]. Acesso em: 24.04.2021. A Tese 1 da Edição n. 26 – Circunstâncias Judiciais. Deve o juiz demonstrar fundamentadamente quais são as circunstâncias que extrapolam as barreiras do tipo de forma específica.

9. Alerta o autor que "[...] 'cumprir a letra [sic] da lei' significa sim, nos marcos de um regime democrático como o nosso, um avanço considerável. [...]" (STRECK, 2010, p. 170).

10. Veja que, em um dos acórdãos que serviram de base para o STJ firmar entendimento básico para a Súmula 231, o Recurso Especial 7.287/PR, Diário da Justiça em 06.05.1991, fica claro que a correção da pena aplicada abaixo do mínimo legal deve se dar quando ocorrer a aplicação em "equivocado critério" usado pelo juiz, quando da aplicação das agravantes. Veja a ementa: "Penal. Pena. Fixação. Critérios. Se a redução da pena importou em fixá-la abaixo do mínimo legal, por força de equivocado critério na ordem de consideração de causa especial de aumento e de atenuante, merece reforma a decisão" Relatoria do Ministro Willian Patterson. Disponível em: [www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_17_capSumula231.pdf]. Acesso em: 24.04.2021. Juízes e tribunais têm aplicado a súmula não só ao alvedrio do Código Penal como, também, contra o entendimento estabelecido nos próprios critérios que levaram à edição da Súmula 231 pelo STJ, que seriam para aqueles casos em que ocorra erro de critérios. Na prática, não há o que chamou o ministro, quando do julgamento do Recurso Especial em tela, de "equivocado critério na ordem de consideração de causa especial de aumento e de atenuante, [...]", sendo aplicada para qualquer caso.

sentido dela e deve ser respeitado. Não pode e não deve o juiz afastá-la como bem entende, decidir conforme a sua "consciência" ou seja, sobre "o que ele pensa sobre a lei",[11] mas deve ele seguir a lei, seguir a individualização na aplicação da pena, seguir a legalidade e ainda, aplicar, no que couber, os institutos de política criminal existentes, sob pena de decidir de forma "solipsista".[12]

Nessa segunda fase, o aplicador da pena verifica, conforme o caso hipotético, que não há "agravantes" a serem aplicadas, logo, não pode aplicar nada aqui além do que já foi aplicado na primeira fase. No entanto, ele percebe que há a "atenuante" da menoridade penal, pois o crime foi praticado quando o autor do fato tinha menos de vinte e um anos de vida. Logo, deve aplicar a pena da primeira fase, que foi transportada para a segunda fase, menos um valor a seu critério.[13]

O juiz deverá aplicar as agravantes para aumentar pena, se estiverem presentes no caso em concreto, e as atenuantes, se presentes também, para retirar pena, nessa que é a segunda fase de aplicação da pena. Veja que ele terá que aplicar tanto as agravantes quanto as atenuantes, pois a palavra "sempre" tem sentido e não se pode deixar de aplicá-la, ou seja, ele não pode deixar de aplicar a atenuante da menoridade, que é pertinente para o exemplo narrado. Existindo ela, no caso concreto, que está lá no art. 65, inciso I, do CP,[14] deve-se retirar tempo

11. Versa o autor que "[c]onstitui-se, assim, um imaginário (gnosológico) no seio da comunidade jurídica brasileira, como forte sustentação na doutrina, no interior do qual o 'decidir' de forma solipsista encontra 'fundamentação' – embora tal circunstância não seja assumida explicitamente – no paradigma da filosofia da consciência. Essa questão assume relevância e deve preocupar a comunidade jurídica, uma vez que, levada ao seu extremo, a lei – aprovada democraticamente – perde(rá) (mais e mais) espaço diante daquilo que 'o juiz pensa acerca da lei'" (STRECK, 2013, p. 30).

12. Coloca-se a consciência do juiz como o local do qual parte o sentido dado às palavras, e este agir então é solipsista, que é "a vontade do intérprete", sendo que tanto a "filosofia da consciência" quanto a "discricionariedade" do juiz fazem parte do mesmo conjunto (STRECK, 2010, p. 162).

13. Aqui a crítica do autor é bem-vinda, pois, como já dito no trabalho sobre os critérios para a aplicação da pena-base, carentes de razoabilidade, aqui também carente da mesma forma, como explica o autor: "É compreensível na medida em que as circunstâncias atenuantes, tais como as agravantes, receberam tratamento legal mais precário em nossa legislação, padecendo, todas elas, de certo *déficit* de legalidade. E isso porque, como dito, tais circunstâncias não oferecem critérios seguros para a determinação da quantidade de aumento ou de diminuição que delas resultariam [...]" (PACELLI, 2015, p. 498).

14. Art. 65 – São circunstâncias que sempre atenuam a pena: (Redação dada pela Lei 7.209, de 11.07.1984) I – ser o agente menor de 21 (vinte e um), na data do fato, ou maior de 70 (setenta) anos, na data da sentença; [...] (Redação dada pela Lei 7.209, de 11.07.1984).

de cumprimento de pena, sendo que, se não for aplicada, o juízo estará em descumprimento de lei expressa, ou seja, aplicando pena ilegal. Suponha-se que o juízo determine a retirada de 1/6 da pena como tem pairado entendimento jurisprudencial,[15] a pena ficará então em três anos e quatro meses, pois se retirou oito meses da pena-base.

Já na terceira e última fase, a chamada "pena definitiva", para o caso hipotético apresentado, migrou da segunda fase para a terceira a pena no valor de três anos e quatro meses em tempo de privação da liberdade. Aqui, nessa fase, o juízo verificará se há algum elemento que aumente ou diminua a pena. Nada havendo, a pena deverá ser finalizada no que está posto. Mas se porventura tiver sido uma tentativa de roubo, na forma do art. 14, inciso I, do CP, terá que diminuir de 1/3 a 2/3 de pena também, pois é uma causa de diminuição a ser praticada nessa terceira fase. Não é o caso hipotético, mas poderia ser. Veja que a pena sofreria ainda mais diminuição, o que, para aqueles adeptos ao discurso de quanto mais cárcere melhor, é péssimo, um horror a ser afastado.

Como pode se perceber, no exemplo hipotético, está sendo aplicada a lei, o Código Penal, e ele, como é de conhecimento, foi promulgado em 7 de dezembro de 1940, sendo plenamente válido. Também sofreu uma reforma e ela se deu, em sua parte geral, pela Lei 7.209, de 11 de julho de 1984, que também passou por um processo legislativo e se tornou plenamente válida. As referidas leis passaram pelo processo legislativo sendo então promulgadas e publicadas em Diário

15. Há entendimento jurisprudencial de que nos casos da aplicação da pena no que se refere às agravantes e atenuantes há a quantidade de 1/6 da pena aplicada para mais ou para menos. Entendimentos, por exemplo, dos *Habeas Corpus* 69.666/PR, relatoria do Ministro Néri da Silveira, 2ª Turma do STJ, publicado Diário da Justiça em 19.03.1993; Recurso em *Habeas Corpus* 127.382/MG, relatoria do ministro Teori Zavascki, 2ª Turma do STF, julgado em 05.05.2015. Há entendimento contrário, o que se faz propositalmente, a nosso ver, para o fim de se ter penas aplicadas de forma desproporcional e com mais tempo, o que se extrai do "Roteiro de Aplicação da Penal" produzido pelo Ministério Público Federal, p. 129 e 130, e nele se vê o argumento de que, se for tarifado em 1/6, estaria sendo ferido o princípio da "proporcionalidade" da aplicação da pena e da "isonomia". O que se discorda, porque não limitar o quanto de aplicação tanto das agravantes quanto das atenuantes possibilita a aplicação sem limites de mais tempo de pena sem qualquer critério objetivo (BRASIL. Ministério Público Federal-MPF. Câmara de Coordenação e Revisão 2. *Roteiro de atuação*: dosimetria da pena. Brasília: MPF. 2016. p. 129 e 130. Disponível em: [www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/publicacoes/roteiro-atuacoes/docs-cartilhas/roteiro-de-atuacao-dosimetria-da-pena]. Acesso em: 24.04.2021).

Oficial da União, tornando-se válidas a partir de suas *vacatio legis*. Não quer dizer que não mereçam críticas de vários vieses, mas não aplicá-las, no que se refere ao que está plenamente adequado com a Constituição,[16] afronta a democracia representativa que escolheu e votou as referidas leis.

Logo, é a expressão da vontade popular, da maioria dos nossos congressistas, que se chama "democracia representativa" que deve ser respeitada pelo aplicador da lei, e, no caso em tela, para os artigos que fazem parte do problema de pesquisa não há vício de inconstitucionalidade para que eles não sejam respeitados e aplicados. Não há justificativa a não ser a índole punitivista[17] do aplicador da lei, nesse caso, o juiz de direito no Brasil.

Apliquem a lei, ou seja, apliquem as atenuantes independentemente da incidência ou não das agravantes para os casos em concreto. No exemplo apresentado não há agravantes a serem aplicadas, mas há atenuante, isso na segunda fase. Portanto, não há nenhum vício de ilegalidade, antes pelo contrário: se não aplicar a lei, o juízo estará agindo contra lei, e tal prática não por inconstitucionalidade do artigo que faz parte do objeto de pesquisa, mas por se enamorar pelo autoritarismo e pela vontade de deixar o culpado mais tempo preso, mesmo que isso seja ilegal.

Vê-se incoerência e (in)congruência com o que foi demonstrado no caso hipotético, pois o juiz não aplica a lei penal porque existe uma Súmula, a 231 do STJ, que proíbe o aplicador de aplicar as atenuantes, se elas levarem a pena para aquém do mínimo legal. Logo, no caso narrado, o aplicador afastará a lei penal que é obrigado a seguir e será compelido a aplicar a referida súmula para o fim de afastar as atenuantes. Ou seja, a pena a ser aplicada será no mínimo legal, em quatro anos, no mesmo exercício hipotético, a pena ficaria abaixo do mínimo legal. Aqui está o "ovo da serpente", ou seja, como uma súmula pode afastar a aplicação da lei penal ou artigo da lei penal sem essa lei ou o seu artigo ser inconstitucional? A súmula que não é vinculante pode vincular? Perguntas que serão respondidas nos próximos capítulos.

16. A Constituição com "[...] *força normativa e compromissária*, pois é exatamente a partir da compreensão desse fenômeno que poderemos dar sentido à relação Constituição--Estado-Sociedade. [...]". Sendo importante a interpretação vinculada a Constituição o que verdadeiramente tem falhado o jurista brasileiro pelo fato de ter uma "[...] 'baixa compreensão' acerca do sentido da Constituição – naquilo que ela significa no âmbito do Estado Democrático de Direito – inexoravelmente acarretará uma 'baixa aplicação', [...]" (STRECK, 2004, p. 303 e 304).

17. GARLAND, 2008, p. 315 e 316.

No próximo capítulo será abordada a aplicação da pena por meio do seu método, mas com nítido viés de respeito à proporcionalidade,[18] a ser aplicada a partir de sua (re)leitura.

3. Um (re)modelo de método de aplicação da pena e o respeito à proporcionalidade

Nesse caso em específico, ocorre o que Pocock chama de atuação de um agente sobre outro agente,[19] ou seja, o Tribunal vai agir por meio da "correção" da decisão daquele juiz que "errou" ao aplicar a pena definitiva abaixo do mínimo legal. Assim agindo não seria a prova de que o juiz de primeiro grau de jurisdição é apenas um trampolim para o Tribunal? Mas nesse caso ele errou mesmo? Ou ele respondeu ao que a lei esperava que ele fizesse?

Veja que um dos precedentes do Superior Tribunal de Justiça, que levou à edição da Súmula 231, indica que ela deve ser aplicada quando a pena ficar abaixo do mínimo legal, ou seja, para impedir tal prática mesmo que ela seja legal.

Essa forma de aplicar a pena e afastar a lei quando a pena fica abaixo do mínimo legal é uma demonstração da vontade do Estado penal[20] e punitivista[21] que

18. Pelo viés da dupla função do princípio da proporcionalidade, ou seja, pela proibição de excesso e da "proibição de insuficiência": SARLET, 2006.1, p. 178. Ver também: "[...] que a proporcionalidade possui uma dupla face: de proteção positiva e de proteção de omissões estatais. Ou seja, a inconstitucionalidade pode ser decorrente de excesso do Estado, caso em que determinado ato é desarrazoado, resultando desproporcional o resultado do sopesamento (*Abwägung*) entre os fins e os meios; [...]". Ou, ainda, explica o autor que a inconstitucionalidade ocorre pela "proteção insuficiente", deixando o Estado de aplicar sanções para a proteção de bens jurídicos (STRECK, 2004, p. 315). No caso em tela, não há uma desproporcionalidade pela falta de proteção, mas, sim, pelo excesso do Estado, pois a pena seria menor e não inexistente para o exemplo; logo, nada a se falar de aplicação de proteção insuficiente, mas, sim, excesso pelo Estado.
19. POCOCK, 2003, p. 42.
20. O "Estado Penal", que é composto pelas "[...] instituições governamentais que dirigem e controlam o campo penal)". Ainda, explica o autor que falar em "Estado Penal" é falar em "[...] aspectos do Estado que promulgam o Direito Penal, que moldam a política penal e a prática penal direta – o que denominarei de Estado Penal" (GARLAND, 2020, p. 414 e 440).
21. Vê-se como uma das maiores demonstrações de que se vive em um Estado punitivista em sua origem na criminalização da "vadiagem" e da "greve", entre outras coisas, como a garantia da mão de obra barata. Em "Punidos e Mal Pagos" percebe-se, em um apanhado histórico, esse movimento de criminalização para a manutenção da mão de obra (BATISTA, 1990, p. 35-39). Ainda, David Garlan detalha muito bem o que é um

se vive no Brasil. É também uma das maiores demonstrações de que existe aqui uma cultura[22] do aprisionamento, nesse caso específico com o fim de deixar mais tempo uma pessoa presa, sendo que a aplicação da pena, seguindo o que determina a lei, seria proporcional e razoável e ela não ficaria esse tempo a mais presa. Para o fim de satisfazer a vontade dos que querem deixar mais tempo no cárcere o culpado, cria-se uma súmula no STJ, que, por óbvio, não é vinculante, mas que vincula toda a magistratura brasileira.

O que se tem visto como prática é uma "trampa jurídica", pois se tem aplicado pena a mais em algum "vetor"[23] do art. 59 do CP ou aplicado pena a mais em uma agravante, mesmo o condenado não sendo merecedor de tal aumento. Aí, com tal valor aumentado, diminui-se a pena para ela ficar no mínimo legal e aqui está a "trampa". Faz isso o juiz que sentencia e depois vai dormir o sono dos inocentes como se nada tivesse ocorrido.

Os tribunais atuam sobre seus agentes, no primeiro grau de jurisdição, fazendo assim com que suas respostas, por meio da linguagem específica (jurídica), passem a ser uma coisa só, pois se começa a ter a uniformização da *performance*[24] por meio da aplicação da linguagem posta pela súmula que a uniformiza.

Vê-se, então, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal agindo sobre os agentes da justiça de forma a tutelar seus entendimentos. Alcança-se, dessa forma, o que o autor mencionou no sentido de não diferenciar a *performance* do autor da "resposta do leitor", pois o juiz de primeiro grau, que é o leitor da decisão dessas Cortes, coadunará seu entendimento com o das Cortes em futuras decisões. Assim agindo, passa o juiz a ser aquele que segue o "pai" (Tribunal).[25]

"Estado punitivista" quando trabalha "[a] estratégia da segregação punitiva", elencando as ações que caracterizam essa condição de Estado, como "[c]ondenações severas e o aumento no uso do encarceramento; [...]", trazendo, como exemplo, a teoria do *Three Strikes*, entre outros. Também usa como explicação do que chama de "expressão punitivista" os modelos de "estigmatização" provenientes da pena, entre outras características estratégicas (GARLAND, 2008, p. 315 e 316).

22. Cultura, para o autor, é um modo de viver e nele está "[...] conhecimento, hábitos, regras, leis e crenças, que caracteriza[m] [...]" uma sociedade (GIDDENS, 2016, p. 213).

23. CASTILHOS, 2021, p. 17.

24. Versa o autor que: "Agentes atuam sobre outros agentes, os quais, por sua vez, efetuam atos em resposta aos deles, e quando ação e respostas são efetuadas através do meio da linguagem, não podemos absolutamente distinguir a performance do autor da resposta do leitor. [...]" (POCOCK, 2003, p. 42).

25. O autoritarismo das verdades únicas deve ser atacado e não simplesmente mantido. O Tribunal que rege os entendimentos dos juízes tendo deles sua aderência sem qualquer

Tudo isso acontece por meio da linguagem que uniformiza, que manipula, que mantém as coisas como estão, o *status quo* que mantém mais tempo preso o condenado, mesmo ao alvedrio da lei. Aqui verte a impressão de que não existe um rol específico de súmulas vinculantes, como apresentadas nos manuais e no rol específico apresentado pelo STF, pois o que se verifica, na prática, é que todas as súmulas vinculam. Basta observar o que ocorre no exemplo posto, pois toda a pena abaixo do mínimo legal sofrerá a mudança no tribunal de origem por força de uma Súmula do STJ, a 231.

A referida súmula não é vinculante, mas vincula ou acaba vinculando o juízo de primeiro grau nos casos em que ocorrer a possibilidade da pena ficar abaixo do mínimo legal. Pergunta-se: quantas penas aplicadas por esse juiz de primeiro grau de jurisdição serão reformuladas no Tribunal? Ele continuará aplicando o Código ao invés da súmula? Logo, as súmulas acabam vinculando o juiz, de modo que, se elas não forem aplicadas, a reforma de sua decisão será inevitável.

Essa *praxis* jurídica acaba por tutelar, de cima para baixo, as decisões no Poder Judiciário, pois aquele que não segue o "pai-tribunal" acaba por ser reconhecido

questionamento. (GIACOMOLLI, 2015, p. 33 e 81). Relação entre pai e filho que, por vezes, é "subserviente", ou seja, o juiz (filho) "subserviente" ao que o Tribunal (pai) diz. Logo, o juiz não é independente, mas, sim, dependente do que o Tribunal determina por meio de suas decisões e súmulas, vinculando-se automaticamente ao ele que decide (LOPES JR.; ROSA, 2015). O relator, ministro Cezar Peluso, disse, no seu voto no Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário 597.270, em 26 de março de 2009, que as circunstâncias genéricas não servem para diminuir a pena na segunda fase de sua aplicação, apenas as circunstâncias especiais, tendo referido inclusive que é jurisprudência consolidada da corte desde a década de 70 do século XX. Ainda, versa que: "[s]e a Corte se propuser a modificar essa jurisprudência, ela teria que tomar certas cautelas pelo risco que introduziria de deixar a cada juiz a definição da pena para cada crime". Dessa decisão criou-se o Tema 158, que baixou entendimento para todo o país, para todos os presidentes de Tribunais e presidentes de Turmas de Uniformidade dos Juizados Especiais Criminais. Disponível em: [https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595601]. Acesso em: 26.05.2021. Aqui uma demonstração, na fala do ministro-relator, de que os juízes não podem ter a autonomia e a independência, de que sempre devem decidir conforme o que o "pai-tribunal" decidiu, mesmo que de forma errada, ao alvedrio da Lei e da Constituição, pois fere a individualização da pena, sendo apenas retórica a diferenciação das atenuantes genéricas e específicas para o fim de dar ou não dar a diminuição da pena aquém do mínimo legal, ou melhor, para não dar mesmo. Mais uma demonstração da cultura punitivista do Poder Judiciário. Aqui aparece, na fala do voto do ministro, a transformação do juiz de primeiro grau de jurisdição como um mero burocrata.

como um "juiz rebelde".[26] Ainda, fragiliza a individualização da pena, pois se põe uma determinação estanque de que a pena nunca pode ser abaixo do mínimo legal, mesmo sendo aplicada a lei penal como para os demais casos, sem contar o viés de política criminal em se verificar uma reprovabilidade menor para tais casos. Veja que ao aplicar a pena o juiz fará, com o uso do Código e conforme o histórico do fato narrado ao longo de todo o processo, que ela, a pena, fique abaixo do mínimo legal, porque ocorreu uma reprovabilidade menor. Então, vem a súmula e derruba essa decisão popular, essa decisão democrática, e impõe a vontade de poucos sobre a vontade de muitos, o que coloca em xeque a decisão com base na lei democrática.

A ordem é a aplicação de súmulas em detrimento da lei penal, súmulas que ordenam de forma diferente daquilo que verte da lei, já que o que menos importa é a aplicação da lei para essa prática jurídica dos precedentes jurisprudenciais sem respeitar as idiossincrasias do caso concreto, uma aposta nos enunciados sobre a interpretação doutrinária, a dita aposta no "protagonismo judicial".[27] Há uma ideologia do controle e do encarceramento em massa[28] como resposta às expectativas da sociedade, sendo elas a demonstração de que ocorrem interferências exógenas na aplicação da pena; há ideologia do controle da atuação de um "[...] agente sobre outros agentes [...]",[29] logo, do controle do Tribunal sobre os demais juízes, pois as únicas manifestações que são bem-vindas são aquelas vinculadas ao recrudescimento.

Deriva, ainda, desse afastamento da lei penal outro problema já mencionado, qual seja, o do distanciamento da vontade da maioria do Poder Legislativo que

26. O juiz rebelde que quer "destruir o pai" (LOPES JR.; ROSA, 2015).

27. O autor explica a existência da jurisprudência dos conceitos e aponta as súmulas vinculantes como um exemplo desse aceite de um protagonismo judicial (STRECK, 2017, p. 107). Complemento: o que dizer das súmulas que não são vinculantes, mas que vinculam, senão que se trata de mais uma demonstração dessa prática de criar um conceito que possa resolver todos os problemas, como explica o autor, como um exemplo de "*pandecta*"?

28. Conforme o autor explica, na nota de rodapé n. 184 (GARLAND, 2008, p. 315, 316, 419 e 423). O encarceramento em massa decorre de uma pressão midiática e de uma política de demonstração de soberania do Estado sobre o crime, como se o Estado tivesse fazendo algo sobre isso, de forma imediata, com resultados imediatos. Isso levou, por exemplo, a "Grã-Bretanha, nos anos 1990, ao aumento de taxas de encarceramento" nunca visto antes, bem como ao "surgimento de encarceramento em massa, em escala jamais testemunhada antes numa democracia moderna", que é o caso dos Estados Unidos no mesmo período (GARLAND, 2008, p. 284-285).

29. POCOCK, 2003, p. 42.

julgou pela pertinência da lei como ela foi escrita, sendo esse ponto da abordagem trabalhado em capítulo a seguir, pois também externado na demonstração de interferências exógenas[30] no método de aplicação da pena.

No próximo capítulo abordar-se-á a aplicação de súmulas que não são vinculantes, mas que se vê na prática uma aplicação sistematizada e que muitas vezes fere a individualização da pena.

4. "Pode isso, Arnaldo?" A súmula não vinculante que vincula e afasta o Código Penal

A pergunta deve ser respondia de forma positiva, pois aplicou a lei e a pena ficou abaixo do mínimo legal? "Pode isso, Arnaldo?", sim, claro que pode. Será demonstrada a motivação a seguir. Fazia tal pergunta um comentarista futebolístico famoso no Brasil quando ocorria um erro de arbitragem no futebol. A pergunta é pertinente aqui também, pois pode a súmula ser aplicada e com a sua aplicação afastar lei constitucional válida,[31] sem vícios, sem problema algum a não ser o da vontade de punir com mais tempo de pena. A resposta à segunda pergunta é: não pode, mas tem sido feito assim e por isso a crítica.

O questionamento torna-se pertinente e demonstra que os juízes se vinculam ao que o "pai" Tribunal determina em seus enunciados, mesmo que tal determinação sirva para o afastamento da aplicação de lei penal válida, sem vício de constitucionalidade, pelo menos não no que se refere à aplicação da pena. Veja que há uma interferência muito grande do Poder Judiciário no cotidiano forense, na aplicação do direito, já denunciada pela doutrina. A doutrina que critica a "universalização" das súmulas vinculantes explica que:

> "O problema é que as súmulas (brasileiras) têm uma pretensão de universalização que é incompatível com um Direito que deve ser construído a partir da

30. Identifique-se como interferência exógena toda a interferência que ultrapasse a barreira legislativa imposta no método de aplicação da pena. Como exemplo, verifica-se que, no Código Penal de 1940, na sua edição, ou seja, antes da reforma de 1984, havia, no art. 48, expressamente que a pena não podia ficar abaixo do mínimo legal. Já com a reforma de 1984 essa limitação foi retirada; logo, com a aplicação do CP, pode e deve ser aplicada a pena por meio de seu método, que passa a ser trifásico; e por ele, se for o caso da pena ficar abaixo do mínimo, que assim fique, em respeito à legislação e em respeito à individualização da pena, não cabendo mais a aplicação do artigo de antes da reforma, porque agora ele (o termo) não está mais lá.

31. Explica o autor: "[...] Teoria da decisão, que um juiz só pode deixar de aplicar uma lei se esta for declarada formalmente inconstitucional. [...]" (STRECK, 2019, p. 103).

Castilhos, Tiago Oliveira de. "Pode isso, Arnaldo?" Uma súmula não vinculante, mas que vincula e afasta o Código Penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 188. ano 30. p. 223-256. São Paulo: Ed. RT, fevereiro 2022.
DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v188i188.95].

> discussão dos casos concretos. Explicando melhor: as súmulas vinculantes – do modo como são compreendidas pela dogmática jurídica – encarnam uma instância controladora de sentidos, metafisicamente, isto é, por meio delas acredita-se que é possível lidar com conceitos sem as coisas (enfim, sem as multiplicidades e as peculiaridades dos casos concretos)."[32]

Veja que as súmulas vinculantes, além de um caráter universal (e aqui também passível de críticas), possuem a obrigação de ser aplicadas, ou seja, uma obrigatoriedade de vinculação, de universalização, como explicam Alexandre de Costa Coura e Rodrigo Francisco de Paula, como se pudessem "estabelecer", antecipadamente, "o sentido possível das decisões".[33] Ainda, Alice de Siqueira Khouri e Fernando Horta Tavares criticam o instituto da súmula vinculante e dizem que a crítica maior está na sua obrigatoriedade.[34] Já não seria a mesma obrigatoriedade para as demais súmulas, no entanto, não é o que se vê Brasil afora, pois, no caso da súmula 231 do STJ, ela não é vinculante e mesmo assim todos os tribunais se vinculam e a aplicam. Veja o teor da referida súmula: "A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal".[35] Trocando em miúdos, a referida súmula diz que as atenuantes não

32. Explica o autor que é necessário buscar uma resposta para o problema que é a "pretensão de universalização que é incompatível com o direito que deve ser construído a partir da discussão de casos concretos [...]". Ou seja, o problema está na universalização que se pretende dar às súmulas. Veja que o autor ainda indica que a súmula não é um mal em si, mas a tentativa de universalizá-la, sim; a tentativa de fazer com que ela seja um mantra para todos os casos é que é o problema, para todos os casos futuros, da sua edição. (STRECK, 2019, p. 301. STRECK, 2011, p. 390).

33. COURA; PAULA, 2008, p. 215 e 218. Explicam os autores que as súmulas vinculantes devem ser vistas como textos normativos "subordinados", pois derivados de interpretações da Constituição realizadas pelo Supremo Tribunal Federal e aplicados no caso concreto.

34. KHOURI; TAVARES, 2014, p. 153. Os autores apresentam a origem desse instituto no direito norte-americano, que tem por cultura a manutenção pelos juízes "inferiores" das decisões dos "juízes que lhes são hierarquicamente superiores" (*stare decisis*).

35. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. Súmula 231. Disponível em: [www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_17_capSumula231.pdf]. Acesso em: 20.04.2021. Veja os precedentes: foram três Recursos Especiais julgados pela 5ª Turma da Corte e três julgados pela 6ª Turma que serviram de base para a criação da Súmula 231. São os seguintes precedentes, respectivamente: 46.182-DF; 49.500-SP; 146.056/RS e 7.287-PR; 15.691-PR; 32.344-PR. Todos os respectivos paradigmas foram julgados logo depois de ter sido promulgada a Constituição Federal, sendo que o último acórdão publicado é datado de 07.10.1997, que é o da 5ª Turma, oriundo do Rio Grande do Sul.

podem levar a pena a ser aplicada para aquém do mínimo legal. A referida súmula não é vinculante, no entanto, se dá um caráter de universalidade à sua aplicação.

Necessário ver também o que diz o art. 65 do Código Penal: "São circunstâncias que sempre atenuam a pena: [...]". Passa o legislador a elencar um rol bem presente de circunstâncias que "sempre" devem atenuar a pena, quando presentes no caso em concreto, como para citar algumas circunstâncias que foram identificadas como legais pela doutrina, sendo elas: se o agente que cometeu o ato ilícito, o condenado havia praticado o delito antes de ter completado 21 anos. Ainda, para trazer mais uma circunstância legal, muito comum no dia a dia: se o agente realizou o ato por "motivo de relevante valor social ou moral", art. 65, inciso III, alínea "a", do CP. Tais circunstâncias devem ser aplicadas sempre que existirem no caso em concreto.

Veja, leitor, que a palavra "sempre" deve ser levada em conta ora porque não há nenhuma ilegalidade vertente da sua presença no artigo, também não há nenhum vício de constitucionalidade aventado para o *caput* do art. 65 do CP, ora porque a palavra "sempre" tem um sentido no contexto do dia a dia forense da mesma forma que no contexto familiar, comum, do dia a dia dos cidadãos. Ou seja, a palavra significa obrigatoriedade tanto para o mundo do direito quanto para a vida cotidiana. Não pode o juiz, o intérprete, afastar a aplicação das agravantes e atenuantes se elas existirem no caso em concreto, por força do sentido e da ausência de qualquer inconstitucionalidade. Ainda, reforça-se que elas contribuem para a aplicação da pena individualizada, pois são elementos de diferenciação das condutas praticadas, são direitos do réu/condenado, são ferramentas para a individualização da pena.

Logo, não se deve dar sentido à palavra "sempre" diferente do que se tem no dia a dia em sociedade, como dizer que "sempre" é "talvez", ou "depende", porque não é. Frisa-se que é essa mesma sociedade que elegeu os representantes do povo, que em 1940 disseram "sim" para o Código Penal brasileiro, e essa mesma sociedade que é condenada e que vê afastada a aplicação da lei penal válida, no caso concreto, quando se refere a fazer valer o sentido da palavra.

Veja que essa súmula não é vinculante, mas a doutrina explica que a ideia de uma vinculação é a universalidade, ou seja, se a súmula fosse vinculante teria ela um caráter de aplicação para todos os casos, e isso é incompatível com o direito. Aqui está uma das críticas a esse instituto jurídico chamado súmulas vinculantes e não vinculantes. Explica-se, ainda, que é impossível dar um caráter de universalidade para as súmulas, porque a única coisa que poderia ser considerada universal, no direito, é a sua complexidade.

Cada caso é individual e possui suas idiossincrasias, suas especificidades, e não pode ser considerado universal para a aplicação a qualquer custo, de qualquer

forma, de uma súmula, a qualquer preço. Cada caso tem suas similitudes e deve ser tratado como tal e aqui está a genialidade da lei, porque ela pode ser aplicada a todos os casos, foi criada para a universalidade. Diferente da lei é (são) a(s) súmula(s) do enunciado, que parte de um caso em específico ou de alguns casos para ser universalizada, aplicada para todos e quaisquer casos. Logo, parte-se do individual para o universal e não o contrário, além, é claro, de ser uma espécie de carta coringa do jogo de baralho, pois cabe para todos os casos, o que se sabe não ser democrático, não ser a vontade da maioria – como a aplicação da lei. Imagina-se aquela súmula que não é vinculante, ela, mais do que as outras, foi criada com base no caso em concreto, no individual e não se pode dar a ela o caráter de universal e ainda vinculativo e, ao mesmo tempo, respeitar a individualização da pena, pois são institutos distintos.

Também explica a doutrina que as súmulas não respondem a um passado, mas à sua pretensão para o futuro, incluindo, nelas, todas as hipóteses de aplicação da norma para o exercício da jurisdição, tornando-a estanque e por vezes incoerente. Não consegue ela ser universal, ter um encaixe em todos os casos, não há esse nível futurológico extraído do enunciado, pois não se sabe quais serão e quais as suas complexidades.

> "É certo que as súmulas não são respostas aos casos passados e, sim, uma pretensão de abarcamento de todas as futuras hipóteses de aplicação de determinada norma jurídica. As súmulas transformam a linguagem em um simples veículo de conceitos. São, assim, anti-hermenêuticas, porque não interrogam a origem dos significados, isto é, pelo procedimento sumular, usam-se as palavras – transformadas em verbetes – sem antes interrogá-las em sua relação com as coisas de que as palavras devem tratar." (STRECK, 2019, p. 301)

As palavras, quando aplicadas nos verbetes da súmula, são "anti-hermenêuticas", porque não questionam a sua origem, criando-as sem antes testá-las com as suas referências, as coisas com as quais elas se relacionam. É a ideia de universalidade do enunciado que fere o significado que a palavra possui. Por exemplo, no art. 61 do CP está escrito que "sempre" as agravantes serão aplicadas. Lá, no art. 65, também do CP, está escrito que "sempre" as atenuantes devem ser aplicadas, logo, deve o intérprete deixar o texto falar e aqui ele fala por si, pois a palavra "sempre" não pode ser emudecida.[36]

Assim ocorre a mecanização do juízo de primeiro grau, tornando-o apenas um meio para o fim, sendo esse "fim" a análise do Tribunal.

36. STRECK, 2019, p. 101.

> "A ausência de uma tradição (no sentido de que fala Gadamer) que obrigue os juízes a obedecerem à integridade do direito transforma os juízos de primeiro grau em rito de passagem para o segundo grau e aos tribunais superiores. No seguimento, em face da multiplicação de processos (recursos dos mais variados) e para controlar esse caos, busca-se construir conceitos abstratos com pretensões de universalização, como se fosse possível uma norma jurídica abarcar todas as hipóteses (futuras) de aplicação. E cresce, consequentemente, a importância das súmulas, que passam a ter a função de corrigir aquilo que o próprio positivismo ocasionou." (STRECK, 2019, p. 301)

O exercício, a pretensão, é o de tornar um conceito abstrato, criado, a ser aplicado em diversos casos concretos que chegam ao conhecimento do Tribunal. Ainda, uma ideia de facilitação do trabalho do segundo grau de jurisdição, que quer receber, de preferência, o processo dentro da sua linha de entendimento, dentro dos conceitos criados, na forma do verbete posto, para que assim possa decidir de forma mais fácil, mais rápida, ao invés da forma "correta", que é respeitar a Constituição,[37] a individualização da pena.

Aqui, neste texto, requer o afastamento dessa súmula e o respeito ao exercício da jurisdição do primeiro grau para aplicar a pena amparada pela doutrina, no caso em concreto, com respeito à sua individualização, a aplicação do princípio da proporcionalidade que norteia a dogmática penal,[38] sendo que, dessa forma, o juiz estará decidindo de forma "correta".[39] Poderia se perguntar o leitor: mas o que seria "decidir de forma correta"? E a resposta seria simples: a decisão sem espaços para tangenciamentos, decidir conforme o que a Constituição determina em cada caso concreto.[40] E como a Constituição determina? Aqui, no caso objeto do

37. Conforme o autor, a decisão será legítima, para nós, "correta", se estiver adequada à Constituição. (ROSA, 2017, p. 862).

38. Ainda, versa o autor que a proporcionalidade é um princípio e em seu sentido estrito possibilita uma graduação entre "[...] o fato praticado e a comunicação legal, ficando evidente a proibição de qualquer excesso" (SILVA, 2007, p. 31-32). Quando é aplicada a súmula para afastar a lei, fica evidente que se quer dar mais pena do que o Código Penal determina para a aplicação, e neste momento ocorre justamente o contrário, pois ocorre o excesso, já que se aplica mais do que a lei penal está mandado aplicar para aquele caso em concreto.

39. "[...] estar ou não constitucionalmente adequado, ou seja, a Constituição deve ser cumprida e a decisão deve estar adequada a ela, como [...] um direito fundamental de que a Constituição seja cumprida" (STRECK, 2012, p. 619). Logo, decidir de forma "correta" é decidir dentro dos limites que a Constituição permite.

40. Conforme o autor explica: "[...]. Ou seja, a partir da hermenêutica filosófica e de uma crítica hermenêutica do direito, é perfeitamente possível alcançar uma resposta

trabalho, a Carta Magna determina decidir e aplicar a pena de forma individualizada, ou seja, respeitando o que está posto no art. 5º, inciso XLVI, da CF e nos artigos da lei penal que tratam da individualização da pena, no método trifásico.

Poderia vir o questionamento: a Súmula 231 do STJ justamente não contribui para tal individualização? E a resposta é um "não" em caixa alta, ou seja, um "não" bem grande, porque ela impede que a pena seja aplicada de forma individualizada, pois, ao se aplicar o Código Penal, o método trifásico já leva o juiz à individualização com as ferramentas para tal exercício, sendo parte do processo de individualização o próprio instituto das agravantes e atenuantes. Aplicando-o, se a pena ficar no patamar inferior ao que está determinado no tipo, ocorreu a individualização. Ao aplicar a referida súmula, justamente está se afastando da determinação constitucional de aplicar a pena individualmente, universalizando-a, não só a súmula, mas o resultado e o efeito prático da aplicação da pena, afastando assim, também, como visto, todo o método de aplicação da pena que é constitucionalmente válido.

Sobre o tema da individualização da pena e do respeito que deve ter por ela o aplicador, a Corte Constitucional já deu uma resposta parecida, quando decidiu por reconhecer como inconstitucional, por ferir a individualização da pena, a determinação posta pelo art. 2º da Lei 8.072 de 1990, pois nele estava presente a determinação de que para crimes hediondos a pena seria cumprida "integralmente em regime fechado".[41] Os juízes aplicavam a pena sem afastar a determinação do "integralmente", mesmo com a flagrante inconstitucionalidade, merecendo reformas as decisões pelo STF por ofensa nítida ao direito constitucional de se ter uma pena individualizada.

No capítulo a seguir, ter-se-á o debate sobre a aplicação ou não das circunstâncias genéricas no que se refere à aplicação individualizada da pena.

---

hermeneuticamente adequada à Constituição ou, se se quiser, uma resposta constitucionalmente adequada – *espécie de resposta hermeneuticamente correta* – a partir do exame de cada caso" (STRECK, 2010, p. 165). Logo, decidir de forma "certa" ou "correta" é decidir conforme a constituição determina e no texto em tela é decidir respeitando a individualização da pena para cada caso, ou seja, aplicando o texto que é constitucionalmente válido e assim sempre as agravantes, quando existirem, e sempre as atenuantes quando elas existirem, mesmo que levem a pena a ficar aquém do mínimo legal.

41. A Lei dos Crimes Hediondos, quando da sua promulgação, com a expressão de cumprimento de pena "integralmente em regime fechado", apenas era mais uma demonstração dessa arquitetura punitivista que contamina o Poder Judiciário. Punitivismo, como explica o autor, é a demonstração de produção legislativa mais severa com o intuito de manter mais tempo a pessoa presa e assim afastá-la do convívio social (GARLAND, 2008, p. 315 e 316).

Castilhos, Tiago Oliveira de. "Pode isso, Arnaldo?" Uma súmula não vinculante, mas que vincula e afasta o Código Penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 188. ano 30. p. 223-256. São Paulo: Ed. RT, fevereiro 2022.
DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v188i188.95].

5. O AFASTAMENTO DAS CIRCUNSTÂNCIAS GENÉRICAS, NA SEGUNDA FASE DA APLICAÇÃO DA PENA, COMO OFENSA À SUA INDIVIDUALIZAÇÃO

Para o texto torna-se importante lembrar o que significa o termo "atenuante genérica", que faz parte da segunda fase de aplicação da pena. Ele é encontrado nas "circunstâncias agravantes e atenuantes genéricas", fazendo, na forma do que demonstra Juarez Cirino dos Santos, parte do "[...] processo judicial de individualização da pena [...]".[42] Logo, o procedimento de individualização da pena depende dessa fase também, não se pode passar por ela sem se verificar e aplicar o que dela se extrai.

Explica o mesmo autor que o juízo deve aplicar um valor que como prática jurisprudencial tem sido de 1/5 a 1/6 da pena-base para cada circunstância encontrada[43] nessa fase. Pensa-se que o valor referido pelo autor, e que é a prática jurisprudencial, é desproporcional, pois deixa de considerar um sistema que é conhecidamente de três fases e para cada fase deveria aplicar uma parcela da pena[44] que está no tipo.

A pena deveria ser distribuída nesse sistema conhecidamente como trifásico da mínima à máxima, proporcionalmente, nas três fases, não podendo ser mais em uma do que em outra, também não podendo aplicar toda a pena em uma única fase sem deixar margem para a aplicação nas demais fases. Se existe um sistema trifásico é porque a pena deveria ir do mínimo ao máximo, ser distribuída entre as três fases, o que se esvazia com a prática forense.[45] Já foi proposto, em outro trabalho, que se chegue ao máximo de 1/3 da pena para cada fase e que assim, entende-se, seja respeitada a proporcionalidade[46] na aplicação e individualização da pena.[47]

---

42. SANTOS, 2017, p. 532.

43. SANTOS, 2017, p. 533.

44. A pena deve ser distribuída entre as suas fases, "[...], no quanto de pena, entre o mínimo e o máximo, distribuída proporcionalmente pelas três fases. [...]" (CASTILHOS, 2021, p. 150).

45. Na prática, não se pensa em proporção na aplicação da pena, ou seja, um percentual a ser distribuído em cada fase. Veja: "É necessária a apresentação desta nova forma de leitura do Código Penal no que se refere à aplicação do tempo de pena-base, com o objetivo de demonstrar não apenas que o método está afastado, mas que ele se apresenta desproporcional ao se aplicar a pena sem a mínima proporção entre as fases. [...]" (CASTILHOS, 2021, p. 150).

46. Tanto pelo viés da proibição de excesso quanto pelo viés da proibição de proteção insuficiente. A primeira como um limite ao Estado para que ele não ofenda injustamente os

Conforme explicou o ministro Cesar Peluso, quando do enfrentamento do tema da redução da pena, na segunda fase, pela aplicação das atenuantes, tendo identificado que as "circunstâncias genéricas", como era o entendimento consolidado da Corte, desde a década de 70 do século XX, não serviriam para a diminuição da pena. Logo, para a jurisprudência, a diminuição da pena se dá quando houver o encontro de circunstâncias "atenuantes específicas", não sendo aplicadas as "atenuantes genéricas". Tal entendimento está equivocado e fere o sistema trifásico e a própria lei penal, sendo tal prática mais uma prova dessa cultura[48] do aprisionamento que se estabeleceu no Brasil, cultura alimentada pelo próprio Poder Judiciário. Veja que se deve pensar qual era a época que se originou tal entendimento e que prevalece até hoje, mesmo na plena vigência de um Estado Democrático de Direito há trinta e três anos.

Veja que as "circunstâncias genéricas" estão lá no art. 65 do CP, que diz, no *caput,* que "sempre devem ser aplicadas", logo, o intérprete não pode deixar de aplicá-las, por força desse comando. A jurisprudência que se criou em torno desse tema, com origem na vigência do Regime Militar, ou seja, em um Estado ditatorial e que mantinha o poder pela força, estabeleceu entendimento de que onde está escrito "sempre" leia-se "nunca", pois não pode ser aplicada a pena abaixo do que está na Lei. Vanessa Dorneles Shinke bem explicou que o Poder Judiciário manteve o *status quo* autoritário do Regime e aqui está mais uma prova que pode corroborar com tantas que ela denunciou.[49]

---

direitos fundamentais da pessoa acusada de um ilícito. Já a segunda trata da atuação do Estado de "modo insuficiente", ou seja, uma "proibição de insuficiência (no sentido de insuficiente implementação dos deveres de proteção do Estado e como tradução livre do alemão *Untermassverbot*) [...]" (SARLET, 2006.1, p. 178).

47. Aplica-se no máximo, para cada fase, 1/3 da pena em abstrato (CASTILHOS, 2021, p. 123).

48. A "cultura", como ensina Anthony Giddens e Philip W. Sutton, tem a seguinte definição prática: "Modo de vida, incluindo conhecimento, hábitos, regras, leis e crenças, que caracteriza determinada sociedade ou determinado grupo social". Os autores advertem que há uma complexidade na definição do termo que se deu depois da internalização para diversos seguimentos (2016, p. 213).

49. O Poder Judiciário manteve o sistema ditatorial e manteve naturalizado o discurso do próprio regime. Veja: "A justiça comum interpretou a legalidade autoritária a partir de um positivismo ideológico, que pressupõe a aplicação das normas, independentemente do seu conteúdo ou da sua legitimidade de formação, apenas pelo fato de terem sido editadas pelo Estado. [...]" (SCHINKE, 2016, p. 206). Ainda, demonstra que as práticas ainda estão presentes na nossa atualidade, mesmo pós-democratização.

Conforme já se demonstrou aqui, a Súmula 231 do STJ tem origem na jurisprudência consolidada, sendo os precedentes, Recursos Especiais (Resp.), julgados pela 5ª Turma da Corte e três julgados pelas 6ª Turma, que serviram de base para a criação da referida súmula. São eles, respectivamente: 7.287-PR, julgado em 16.04.1991; 15.691-PR, julgado em 01.12.1992; 32.344-PR, julgado em 06.04.1993, todos da 6ª Turma. Já os Recursos Especiais 46.182-DF, julgado em 04.05.1994; 49.500-SP, julgado em 29.06.1994 e o 146.056/RS, julgado em 07.10.1997.

Os respectivos paradigmas foram julgados logo depois de ter sido promulgada a Constituição Federal, sendo que o último acórdão publicado é datado de 07.10.1997. Importante salientar que os ministros que julgaram os referidos recursos eram os mesmos ministros do regime ditatorial e que, como já se viu, contribuíram, como membros do Poder Judiciário, para a manutenção do regime autoritário, estando ideologicamente comprometidos com ele.[50]

Para não ficar aqui a elucubração das palavras do parágrafo anterior, que se disse que os ministros tinham compromisso com o regime anterior, vejamos, de forma breve, quem eram os ministros-relatores de cada Resp. Iniciamos pelo primeiro, 7.287-PR, de relatoria do ministro Willian Andrade Patterson, que iniciou em 1964 como assistente jurídico do quadro de pessoal da Consultoria-Geral da República, progrediu na carreira até em 1978 sendo nomeado consultor-geral da República. Em 03.08.1979 toma posse como ministro do Tribunal Federal de Recursos (TFR) e assume como ministro do STJ, na data de sua instalação, em 07.04.1989, tomando posse em 18.05.1989, ficando no exercício da jurisdição até 14.12.2000, quando se aposentou.

Em seu discurso de posse como presidente do STJ, em 23.06.1993, coloca pontos em sua fala que demonstram sua origem e vínculos, sendo elas: "observância da antigüidade", "manter a tradição", "pois é este um tipo de comando",[51]

50. A autora registra que "[a] hipótese de pesquisa foi confirmada. Os traços de independência, imparcialidade, defesa dos direitos fundamentais e controle de constitucionalidade foram talhados conforme o exigido pelo regime autoritário, sem que a historiografia oficial do Poder Judiciário registrasse esses movimentos. [...], a confirmação da hipótese sugere que o Poder Judiciário brasileiro possa manter práticas, no atual regime democrático, tão ou mais autoritárias quanto as desempenhadas durante o regime autoritário" (SCHINKE, 2016, p. 202). O Poder Judiciário contribuiu para o regime ditatorial e ainda hoje possui posturas similares ou mais autoritárias.

51. Disponível em: [www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/presidentestj/article/view/1077/1011]. Acesso em: 24.06.2021). Currículo do Ministro do STJ, William Andrade Patterson. Arquivo biográfico disponibilizado pela STJ, na internet. Nesse

entre outros que marcam a sua origem, pois esses tipos de expressões são típicas da caserna.

Em sua decisão, como se vê na ementa:

> "Penal. Pena. Fixação. Critérios. Se a redução da pena importou em fixá-la abaixo do mínimo legal, por força de equivocado critério na ordem de consideração de causa especial de aumento e de atenuante, merece reforma a decisão. Recurso especial conhecido e provido."[52]

Verifica-se, na primeira manifestação, em sede de recurso superior, o impedimento para que a pena fique abaixo do mínimo legal, reconhecendo-se como aplicação de critérios de forma equivocada. Nela, na fundamentação da decisão, se verifica a aplicação dos arts. 65, IV, "d", 67, 68 e 71 do CP:

> "O Sr. Ministro William Patterson (Relator): – O recurso especial propugna pela reforma do aresto ao fundamento de que, ao ser reduzida a pena do réu Sebastião Marques Cano, pela Corte Estadual, importou isso em fixar sanções inferiores ao mínimo legal, o que não é possível, *por força do disposto no art. 65, IV*, d, 67, 68 e 71, do Código Penal, além de contrariar a orientação jurisprudencial de outros Tribunais, inclusive o Egrégio Supremo Tribunal Federal. O equívoco decorreu do critério de consideração de uma atenuante após a incidência de uma circunstância de aumento ou diminuição, [...]."[53] (grifou-se)

Veja que, no Código Penal, antes da reforma da parte geral – apresentada pela Lei 7.209/1984 –, havia um dispositivo que implicava a não aplicação da pena abaixo do mínimo legal, exposto no art. 48, parágrafo único, do CP, que dizia que a pena não poderia ficar abaixo do mínimo legal. Veja: "Parágrafo único. Se o agente quis participar de crime menos grave, a pena é diminuída de um terço até metade, não podendo, porém, ser inferior ao mínimo da cominada ao crime

discurso se vê claramente um linguajar vinculado à caserna, como "antiguidade", "tradição" e "comando".

52. BRASIL. Superior Tribunal De Justiça – STJ. Súmula 231. Disponível em: [ww.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_17_capSumula231.pdf]. Acesso em: 24.06.2021.

53. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. Súmula 231. Disponível em: [www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_17_capSumula231.pdf]. Acesso em: 24.06.2021. O trecho foi retirado da *Revista de Súmulas*, RSSTJ, ano 5, v. 17, mar. 2011. p. 233. Nessa revista aparece a fundamentação do precedente que serviu como base para a formulação da Súmula 231.

cometido".[54] Esse texto faz parte do Código, quando ele possuía o sistema bifásico[55] de aplicação da pena e não o trifásico, que veio com a reforma de 1984 e que é aplicado até hoje.

Como se verifica na exortação feita do voto do relator, ministro William Patterson, a fundamentação está inicialmente no art. 65, inciso IV, alínea "d", do CP, mas onde está esse inciso? Pois na legislação atual ele não está, podendo ter sido um erro de digitação, talvez. No Código de 1940, como se viu, ele estava não no art. 65, mas, sim, no art. 48, no parágrafo único. É possível o erro? Sim, pouco provável, mas possível. Erro grosseiro que traz consigo uma carga de recrudescimento considerável, pois como aplicar tal entendimento com a reforma de 1984 e com a Constituição em 1988?

O relator do segundo Resp. 15.961-PR, ministro Pedro da Rocha Acioli, juiz de carreira, foi nomeado juiz federal em 1974 e nomeado para o TFR em 1980. Na decisão, o ministro fundamenta que não há erro a corrigir da sentença, mantendo a tradição de que a pena não pode ficar abaixo do mínimo legal, com base também em entendimento consolidado apenas. Há, ainda, o Resp. 32.344-PR, julgado, em 06.04.1993, pelo ministro Vicente Cernicchiaro, defensor público de 1963 a 1964, juiz de direito de 1967 a 1979, assumindo como ministro do STJ em 1989. No seu voto frisa, como em outros, que não se pode confundir a atenuante com causa especial de diminuição de pena, indicando que a atenuante não tem o efeito de reduzir a pena.

---

54. BRASIL. Câmara dos Deputados. Legislação. *Decreto-Lei 2.848/1940*. Disponível em: [www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro--1940-412868-publicacaooriginal-1-pe.html]. Acesso em: 24.06.2021. Aqui especificamente no art. 48, parágrafo único, intitulado "Atenuação especial da pena". Veja que essa legislação é apresentada dessa forma porque trata de período anterior à reforma de 1984, que foi proposta pela Lei 7.209, sendo a origem do pensamento expressado no voto do relator, ministro William Petterson, no Resp. 7.287-PR. No voto que foi produzido pós--Constituição, ele conseguiu fundamentar a decisão com marca de cinquenta e um anos antes, aproximadamente. Veja que a decisão do ministro está calcada no art. 65, inciso IV, alínea "d", do CP, e, se forem verificados hoje, tal inciso e alínea não existem no Código.

55. Conforme explica o autor, o método bifásico era aquele que individualizava a aplicação da pena em duas etapas, sendo que na "[...] *primeira fase*, valorasse em globo as circunstâncias judiciais (atualmente relacionadas no artigo 59) e as circunstâncias legais agravantes e atenuantes (atualmente listadas e disciplinadas nos artigos 61 a 67). Sobre essa pena, ele faria incidir, *em um segundo e derradeiro movimento*, os aumentos ou diminuições correspondentes às eventuais majorantes ou minorantes, que, como prevê o nosso Código, podem ser encontradas tanto na Parte Geral, quanto na Parte Especial" (BOSCHI, 2014, p. 151).

Seguindo, há o Recurso Especial 46.182-DF, julgado, em 04.05.1994, pelo ministro Jesus Costa Lima, juiz de direito, nomeado juiz federal substituto em 1967, passando, em 1972, a ser juiz federal. Foi também ministro do TFR a partir de 1981 e nomeado ministro do STJ desde 1988. Em seu voto indica que, na segunda fase de aplicação da pena, ela não pode ficar abaixo do mínimo cominado em lei, indicando que somente na terceira fase é que os limites poderiam ser ultrapassados.[56]

Já o Resp. 49.500-SP foi julgado, em 29.06.1994, pelo ministro Assis Toledo, procurador da República do Estado de São Paulo em 1968, procurador do Distrito Federal em 1972, e em 1975 nomeado subprocurador-geral, e, em 1987, ministro do Tribunal Federal de Recursos e, em 1988, ministro do STJ. Em seu voto cita precedente da turma que diz que a simples aplicação da atenuante não pode reduzir a pena abaixo do mínimo legal.

O último recurso que serviu de base como precedente para a criação da súmula é o Resp. 146.056/RS, julgado em 07.10.1997, de lavra do ministro Felix Fischer, que foi promotor substituto do Paraná em 1974, em 1990 tornou-se procurador de Justiça do mesmo estado e, em 1996, tornou-se ministro do STJ. Na ementa do acórdão ele diz que a aplicação da atenuante "nunca" pode levar a pena para abaixo do mínimo legal, mas por quê? Também diz que a "individualização da pena não existe para o deleite do magistrado", também diz que ela é uma "garantia" para o acusado,[57] em uma verdadeira deturpação, posto que, como já visto aqui, com a aplicação na íntegra do CP pode-se levar, em alguns casos, respeitando a individualização da pena, ela para abaixo do mínimo legal. Demonstra ele que os artigos 59, 67 e 68 do CP não podem não ser considerados,

56. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. *Súmula 231*. Disponível em: [www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_17_capSumula231.pdf]. Acesso em: 24.06.2021. O trecho foi retirado da *Revista de Súmulas*, RSSTJ, ano 5, v. 17, mar. 2011. p. 250. Nessa revista aparece a fundamentação do precedente que serviu como base para a formulação da Súmula 231. Está na ementa do voto do ministro que na terceira fase "os limites" da pena cominada poderiam ser alterados. Ainda, diz ser um equívoco o argumento, pois somente na fase das causas que diminuem e aumentam a pena é que ela pode ultrapassar seus limites (p. 251).

57. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. *Súmula 231*. Disponível em: [www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_17_capSumula231.pdf]. Acesso em: 24.06.2021. O trecho foi retirado da *Revista de Súmulas*, RSSTJ, ano 5, v. 17, mar. 2011. p. 261. Ainda frisa que quer seja no sistema bifásico ou mesmo no trifásico nunca ficou registrado que com a aplicação das agravantes e atenuantes se poderia levar a pena para fora dos limites da lei.

sob pena de tornarem-se "mero ornato do C. Penal".[58] Logo, nega a pretensão do recorrente.

O que se pretendeu com essa muito breve biografia dos ministros-relatores e dos precedentes que levaram o STJ a editar a Súmula 231? Com a breve demonstração de partes dos votos de cada Resp? Pretendeu-se demonstrar vínculos com o antigo regime, pretendeu-se demonstrar uma ideologia[59] presente nos julgados, bem como a sua proximidade com o regime ditatorial anterior à Constituição de 1988.[60] Também, no que se refere ao aspecto material das decisões, demonstrar suas bases para que, a partir delas, possa-se fazer a crítica necessária, ainda mais porque estamos na presença de um Estado Democrático de Direito com a Carta Constitucional já há 33 anos.

No que se refere a críticas ao teor das decisões e aos seus argumentos, como: que as agravantes e as atenuantes não servem para diminuir o quanto de pena em abstrato; ou que apenas nas causas de aumento e diminuição o juiz tem o permissivo de ultrapassar as barreiras da pena em abstrato; ou, ainda, que as atenuantes não podem levar a pena para abaixo do mínimo legal e não pode o juiz deixar de seguir os artigos do Código Penal que versam sobre a dosimetria da pena; também, aquele argumento de que nem o método Lyra ou Hungria permitiam que os limites fossem ultrapassados, o que não é verdade, pois no método Hungria existia, sim, a limitação, na forma do art. 42, inciso II, do CP, e do art. 48, parágrafo único, também do CP, como já demonstrado. Ou seja, a pena não poderia ser aplicada abaixo do mínimo legal, pois deveria ela ficar nos "limites legais".[61]

---

58. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. *Súmula 231*. Disponível em: [www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_17_capSumula231.pdf]. Acesso em: 24.06.2021. O trecho foi retirado da *Revista de Súmulas*, RSSTJ, ano 5, v. 17, mar. 2011. p. 261.

59. Conforme autor, ideologia são "Ideias do 'senso comum' e crenças disseminadas em uma sociedade que servem, quase sempre indiretamente, aos interesses de grupos dominantes, legitimando a posição desses grupos" (GIDDENS, 2016, p. 288).

60. Verifica-se que, pela evolução dos currículos – publicados no próprio portal do STJ –, havia um vínculo com o regime, o que é perfeitamente normal, pois estavam em funções de poder quando se iniciou a ditadura, exercendo suas atividades, e nele progrediram. Como não houve um processo de redemocratização das instituições, seus integrantes não foram democratizados da noite para o dia. Para isso, seria necessário passar por um processo, o que não existiu. Ocorreu o que se pode nominar de "o adormecer autoritário e o despertar democrático". Isso tudo, é claro, em vinte e quatro horas.

61. Conforme se verifica no Título V do Capítulo II do Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940, na sua versão original. Disponível em: [www2.camara.leg.br/legin/fed/

Já no método Lyra, esse trifásico de hoje, proveniente da reforma da parte geral do Código Penal em 1984, não há a limitação apontada anteriormente. Também, o argumento de que se ocorrer a diminuição da pena abaixo do mínimo legal estar-se-á na presença de um descumprimento da "proibição de insuficiência" não vingaria, pois está no Código Penal estabelecido o patamar de punição cabível para o caso em concreto, sendo que o Código Penal proporciona,[62] em sua aplicação, a pena com a reprovabilidade inerente à condição do réu[63] no cometimento do ilícito. Por conta disso, o patamar está sendo respeitado pela aplicação da pena em seu método, por meio do comando legal, que não é inconstitucional, sendo então necessário, suficiente, que seja aplicada aquela pena naquele "patamar mínimo",[64] que o próprio método levou à aplicação.

Não se sustenta esse tipo de entendimento que se perpetua ainda hoje, em pleno constitucionalismo[65] evidente, a não ser pelo viés autoritário e demonstrativo

declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-publicacaooriginal--1-pe.html]. Acesso em: 22.07.2021.

62. No caso em comento ocorre o respeito ao princípio da proporcionalidade pela "proibição de proteção deficiente" (STRECK, 2004, p. 310), posto que o acusado foi processado, julgado e condenado, por ofensa a um bem jurídico protegido pela norma, ou seja, o Estado criou a norma para o fim de proteger o direito fundamental de algum ataque. No entanto, a aplicação da pena deve ser proporcional à reprovabilidade do ato e à condição do réu naquele momento, sem que com isso ocorra a ofensa ao viés da "proibição de proteção deficiente", quando a pena é aplicada abaixo do mínimo legal, o que, conforme o método, leva o aplicador a respeitar, para o caso em comento, o princípio da "proibição de excesso" (STRECK, 2004, p. 310). A pena torna-se desproporcional por conta da reprovabilidade do autor, que não está por completo preenchida, pois é diferente do adulto acima de 21 anos.

63. O grau de reprovabilidade é menor por conta da falta de maturidade do acusado no momento do cometimento do ilícito (SOUZA, 2020, p. 361).

64. Os autores referem que a proporcionalidade pelo viés da proibição de insuficiência se vincula a "[...] um patamar mínimo de realização de deveres de proteção do Estado, seja em relação a direitos fundamentais de liberdade (garantindo a efetiva possibilidade de seu desfrute), seja frente a direitos fundamentais sociais (promovendo os meios fáticos e jurídicos indispensáveis ao seu exercício), [...]" (D'AVILA; SCALCON, 2017, p. 61). Aqui se pretende dar uma resposta mais adequada, respeitando assim o princípio da proporcionalidade pelo caráter de uma intervenção mínima e assim uma "resposta adequada" (SARLET, 2006.1, p. 191) na aplicação da pena, na aplicação da atenuante para todos os casos, respeitando-se, desse modo, a individualização da pena necessária e suficiente para o caso em que se tenha menor de 21 anos no momento da prática do ilícito penal.

65. O autor demonstra que existe o que chama de "ancoragem constitucional", que limita a atuação do direito penal ora pela barreira dos "princípios básicos de proteção do

dessa cultura autoritária em que parece estar mergulhado o Poder Judiciário, quando se vê decisões com esse DNA. Veja que sem nenhum problema a jurisprudência, pós-Constituição, não só manteve o entendimento como criou uma súmula para propagá-lo sem o efeito vinculante, mas que vincula juízes e promotores, pois aplicam diuturnamente tal súmula. Ou seja, ela não é vinculante, mas seus efeitos são como tal, pois todos, no país, se vinculam a ele e não permitem que a pena fique abaixo do mínimo legal com a aplicação das "atenuantes genéricas".

A doutrina já explicou que as "atenuantes genéricas"[66] são aquelas que o legislador criou como sendo "qualquer circunstância, segundo o magistrado, a ser levada em conta em favor do réu",[67] o que não é o caso da atenuante pela idade uma circunstância qualquer.[68] A "circunstância genérica" é aquela que deve ser aplicada quando não coincidir com "os elementos do tipo" ou com as causas

individuo", entre eles o princípio da "legalidade". Tem o direito penal não só que não violar a Constituição, mas por ela ser pautado (REALE JÚNIOR, 2020, p. 21).

66. Conforme o autor: "As atenuantes genéricas são chamadas de circunstâncias legais porque vêm expressamente relacionadas no texto legal, ao contrário das denominadas circunstâncias judiciais, as quais são apenas nominadas no art. 59 do CP. [...]. Como diz o *caput* do art. 65 do CP, são de aplicação obrigatória, pois sempre atenuam a pena. Vejamos, sucintamente, cada uma dessas circunstâncias. [...]" (BITENCOURT, 2020, p. 826). São obrigatórias, mais não precisa ser dito. Como pode o Poder Judiciário tornar "não obrigatório" algo que é "obrigatório", por meio de uma súmula que não é vinculante, mas que vincula todo o Poder Judiciário e todos os atores do referido sistema?

67. REALE JÚNIOR, 2020, p. 335.

68. Na atenuante da menoridade, como explica o autor, "[a] razão para esse trato diferenciado reside na constatação de que, embora imputável, a pessoa naquela faixa etária ainda não completou seu ciclo de maturidade, o que diminui a nota de reprovabilidade do seu comportamento. Merece, portanto, um grau de censura distinto do adulto. Estudos criminológicos corroboram a escolha do legislador. De fato, a criminalidade juvenil é alvo de atenção de criminólogos, há tempos, por se tratar da principal variável estatística da delinquência, ao lado do gênero. Alguns chegam mesmo a afirmar – com certo exagero – que, no jovem, o desvio, em vez de exceção, é a regra, tendo em vista a sua personalidade e caráter ainda em formação. Ademais, aportes criminológicos preconizam não somente que se evitem punições elevadas, mas, tanto quanto possível, que o jovem seja afastado do controle social formal (polícia, justiça e prisão), no escopo de evitar os efeitos perversos da estigmatização, da reincidência e do desenvolvimento de uma carreira criminal". Ou seja, o Código Penal, quando direcionado para autor de delito com menoridade indica a aplicação da pena em menor quantidade de tempo, tendo em vista o grau de reprovabilidade, que é menor por conta da falta de maturidade (SOUZA, 2020, p. 361). Ver também: "A pena deve ser obrigatoriamente atenuada se o agente tiver praticado crime com idade entre 18 e 21 anos" (BUSATO, 2020. p. 691).

Castilhos, Tiago Oliveira de. "Pode isso, Arnaldo?" Uma súmula não vinculante, mas que vincula e afasta o Código Penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 188. ano 30. p. 223-256. São Paulo: Ed. RT, fevereiro 2022.
DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v188i188.95].

especiais ou gerais de aumento de pena.[69] No caso em tela, a circunstância da menoridade penal, no momento do cometimento do injusto ou a idade maior, conforme o art. 65, inciso II, do CP, não conflita com nenhum elemento do tipo, muito menos com causa de diminuição de pena e, por força da expressão "sempre", que está no *caput*, deve ser aplicada, pois a pauta tornou-se obrigatória por força da expressão antes referida. Logo, não pode o juízo aplicar de forma diferente a pena, sob pena de não só estar ferindo o que determina o Código Penal, mas também a constitucional individualização da pena.

6. Considerações finais

O direito penal e processual penal brasileiro passam por uma forte interferência de práticas judiciais solipsistas. Sim, o "Poder Judiciário" é adepto a subjetivismos que levam a decisões sistematicamente decisionistas.

Como foi debatido neste trabalho, as súmulas – a 231 do STJ, como exemplo – demonstram que há uma aplicação sistemática decisionista no Brasil e que é aplicada sem qualquer pudor para todo e qualquer caso, como um mantra, ao ponto, como é o caso do objeto de estudo, de ser aplicada como se fosse obrigatória, como se fosse uma súmula vinculante, mesmo não sendo.

Também, registra-se, para o fim de reflexão, que a Súmula vinculante 11 – sim, a súmula que versa e impede o uso da algema indiscriminadamente – é sistematicamente descumprida, pois seu descumprimento permite o nítido constrangimento da pessoa custodiada. Mas por que isso ocorre? Por que quando não se deve aplicar a súmula ela é aplicada como se vinculante fosse e aquela que é vinculante não é aplicada? A resposta é simples: o uso da algema é realizado de forma orquestrada, mesmo ao alvedrio da determinação estampada na súmula vinculante, para constranger a pessoa presa, marca de um Estado forjado no autoritarismo como o nosso. Já outras súmulas, como essa que foi objeto de estudo, servem para punir mais, deixar mais tempo atrás do cárcere. É a demonstração

69. Conforme o autor: "As circunstâncias atenuantes genéricas, do mesmo modo que as agravantes, devem ser consideradas na segunda etapa de fixação da pena, sempre e quando não coincidam com elementos do tipo ou com causas gerais ou especiais de diminuição de pena. Ou seja, elas incidem de modo subsidiário em face da primeira e da terceira etapas de fixação da pena". E elas sempre devem ser aplicadas como explica o autor. No entanto, logo mais em seu texto, o autor diz que "[a] pena deve ser obrigatoriamente atenuada se o agente tiver praticado crime com idade entre 18 e 21 anos" (BUSATO, 2020, p. 691). Concorda-se com o autor no que se refere à obrigatoriedade na aplicação da atenuante, como já foi explicado.

da cultura do aprisionamento no Brasil. O descumprimento de uma e o cumprimento de outra estão vinculados a essa forma ditatorial presente em nosso DNA.

O comando sumular que foi objeto do trabalho tem um cunho vinculativo que tem a ver com a prática forense autoritária, uma nítida prova da presença do punitivismo em nosso país, pois trata de proporcionar o descumprimento da lei penal, da norma que orienta a aplicação da pena. Logo, por meio da referida súmula, pode/deve o juiz, no ato de aplicar a pena, descumprir o Código Penal e dar mais pena por conta de tal descumprimento, mesmo sem sentido, mesmo sem motivo, mesmo em desconformidade com o método, mesmo contra a Constituição, tudo para satisfazer e dar o gozo àqueles que são adeptos da aplicação da pena maior sem a necessidade de justificar, sem a obrigatoriedade de aplicar a lei, para satisfazer seu desejo punitivista.

Veja que cabe aqui a visualização, a reflexão sobre o exercício apresentado no referido artigo, em que, nas mesmas condições, o juiz verá que, ao aplicar a pena, ela ficará aquém do mínimo legal. De forma automática e sabendo da existência da súmula, ele aplica mais pena em uma das fases, em uma nítida trampa jurídica, pois não pode e não deve aplicar pena onde não há qualquer fundamento para assim fazê-lo, mas opta em tal prática para, no mínimo, não ver suas decisões reformadas porque não aplicou a Súmula 231 do STJ.

Também se verifica com o trabalho que, antes mesmo de ingressar no método trifásico, o juiz já sabe o que vai aplicar de pena e sabe que deverá aplicar a súmula não vinculante, mas que vincula, que impede que a pena fique abaixo do mínimo legal. Verifica-se, portanto, que a súmula não vinculante vincula, com o poder inclusive de empurrar juízes e tribunais a afastar a lei penal válida. Já a Súmula vinculante 11 do STF não vincula, mas deveria, pois tanto juízes quanto tribunais não se incomodam com a presença do uso das algemas sem o respeito ao critério estabelecido pela norma.

Pode-se concluir que a súmula não vinculante vincula e a vinculante não vincula, por causa da sua matéria, o que externa uma cultura do punitivismo no Brasil. É uma evidência dessa cultura de fazer sofrer, de fazer com que a pessoa fique mais tempo presa. O que pode corroborar com a comprovação da existência dessa cultura, além do que já foi demonstrado, é a inovação, recrudescedora, do art. 112 da Lei 7.210/1984, alterada pela Lei 13.964/2020.

Elas nos demonstraram que a cultura judiciária é profícua para mais punição, mesmo sem uma racionalidade presente que possa justificar essa prática. No que se refere à súmula não vinculante, mas que vincula, ela proporciona mais tempo de pena e consequentemente a inocuização daquele que foi punido, afastando-o do convívio social. Já na súmula que é vinculante, mas não vincula, seu

descumprimento proporciona sofrimento, humilhação, etiquetamento, possibilitando que a sociedade faça um pré-juízo, um pré-julgamento e consequentemente leve a mais tempo de prisão também, depois da decisão. A aderência à primeira é enorme e à segunda é insignificante. É preciso mudar e tratar a aplicação da pena com mais qualidade e afastar a vinculação à Súmula 231 do STJ, porque ela, como foi visto, não responde, como um "enlatado" jurídico, a todos os casos. Avante constranger para o fim de rever a aplicação dessa má prática sumular e fazer valer a aplicação da pena, na forma de seu método.

7. Referências

BATISTA, Nilo. *Punidos e mal pagos*: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Parte geral*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. v. 1. (Coleção *Tratado de direito penal*).

BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 7 ed., rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

BUSATO, Paulo César. *Direito penal*: parte geral. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

CASTILHOS, Tiago Oliveira de. *A primeira fase de aplicação da pena criminal*: critérios e metodologia. Porto Alegre: Aspas, 2021.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal*: parte geral. 7. ed. rev., atual. ampl. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

COURA, Alexandre de Castro; PAULA, Rodrigo Francisco de. Interpretação e aplicação das súmulas vinculantes e a cláusula "se for o caso": para uma análise crítica da pretensão de "aplicação automática" das súmulas vinculantes. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, n. 4, p. 213-229, jul.-dez. 2008. Disponível em: [https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/13/14]. Acesso em: 12.12.2021.

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: D'Plácido, 2017.

GARLAND, David. *A cultura do controle*: crime e ordem social na sociedade contemporânea. Trad., apresentação e notas de André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

GARLAND, David. Penalidade e Estado Penal. In: SOZZO, Máximo (Org.). *Para além da cultura do controle?* Debate sobre delito, pena e ordem social com David Garland. Porto Alegre: Aspas, 2020.

GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal*: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

GIDDENS, Anthony. *Conceitos essenciais da sociologia*. Trad. Claudia Freire. São Paulo: Unesp, 2016.

KHOURI, Alice de Siqueira; TAVARES, Fernando Horta. Súmulas vinculantes e força normativa: aspectos críticos. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito* – UFRGS, v. IX, n. 2, 2014. Disponível em: [https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/50488/32715]. Acesso em: 12.12.2021.

LOPES JR., Aury; ROSA, Alexandre Morais da. Quando o juiz-filho preocupa-se a agradar o tribunal-pai no processo crime. *Consultor jurídico*, 15.05.2015. Disponível em: [www.conjur.com.br/2015-mai-15/limite-penal-quando-juiz-filho-preocupa-agradar-tribunal-pai-processo]. Acesso em: 26.05.2021.

PACELLI, Eugênio. *Manual de direito penal*: parte geral. São Paulo: Atlas, 2015.

POCOCK, John Greville. A. *Linguagem do ideário político*. Trad. Fábio Fernandez. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2003.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Fundamentos de direito penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

ROSA, Alexandre Morais da. *Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos*. 4. ed. rev. atual. e ampl. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

SILVA, Ivan Luís Marques da. O direito penal como garantia fundamental (o novo enfoque decorrente da globalização). Dissertação (Mestrado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.

SCHINKE, Vanessa Dorneles. *Judiciário e Autoritarismo*: regime autoritário (1964-1985), democracia e permanências. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, proporcionalidade e direitos fundamentais: o direito penal entre proibição de excesso e de insuficiência. *Revista Opinião*, [S.l.], v. 4, n. 7, p. 160-209, 2006. Disponível em: [https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/2134]. Acesso em: 22.07.2021.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *Direito penal*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2020. v. único.

STRECK, Lenio Luiz. Bem jurídico e constituição: da proibição de excesso (*Übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, v. LXXX, p. 303-345, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

STRECK, Lenio Luiz. *Precisamos falar sobre direito e moral*: os problemas da interpretação e da decisão judicial. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019.

STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica*: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto* – decido conforme minha consciência? 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a "letra da lei" é uma atitude positivista? *Revista NEJ*, [S.l.], v. 15, n. 1, p. 158-173, jan.-abr. 2010. Disponível em: [www.univali.br/periódicos]. Acesso em: 05.05.2021.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*: de acordo com a Lei n. 7.209, de 11-7-1984 e com a Constituição Federal de 1988. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

Legislação

BRASIL. Câmara dos Deputados. Legislação. *Decreto-Lei 2.848*, de 7 de dezembro de 1940. Versão original. Disponível em: [www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-publicacaooriginal-1-pe.html]. Acesso em: 22.07.2021.

BRASIL. Ministério Público Federal-MPF. Câmara de Coordenação e Revisão 2. *Roteiro de atuação*: dosimetria da pena. Brasília: MPF. 2016. Disponível em: [www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/publicacoes/roteiro-atuacoes/docs-cartilhas/roteiro-de-atuacao-dosimetria-da-pena]. Acesso em: 24.04.2021.

Jurisprudência

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. *Súmula 231*. Disponível em: [www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_17_cap-Sumula231.pdf]. Acesso em: 20.04.2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. *Recurso Extraordinário 597270*. Disponível em: [https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595601]. Acesso em: 26.05.2021.



PESQUISAS DO EDITORIAL



Área do Direito: Penal

Veja também Doutrina relacionada ao tema

- Desconstruindo o dogma do enunciado de Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça, de Antonio Carlos Moni de Oliveira – *RBCCrim* 131/335-363.

Veja também Súmula relacionada ao tema

- Súmula 231 do STJ.

Castilhos, Tiago Oliveira de. "Pode isso, Arnaldo?" Uma súmula não vinculante, mas que vincula e afasta o Código Penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 188. ano 30. p. 223-256. São Paulo: Ed. RT, fevereiro 2022. DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v188i188.95].

Diferencia entre las leyes penales en blanco y los elementos normativos del tipo

The difference between blank criminal laws and normative elements of the type

Pablo Milanese

Doutor em Ciências Jurídicas (Criminalidade e Direito) pela Universidad de Granada-ES – 30 de julho de 2019 – Reconhecido pela UNIVALI/SC (Universidade do Vale do Itajaí) em 30 de março de 2021. Mestre em Ciência Jurídica pela UNIVALI/CS (Universidade do Vale do Itajaí-SC) – 16 de dezembro de 2004. Especialista em Direito Processual Penal pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – 14 de maio de 2003. Docente da Universidade Estadual de Ponta Grossa/PR (UEPG), do Centro de Ensino Superior dos Campos Gerais (CESCAGE) e de cursos de pós-graduação. Advogado.
Lattes: [http://lattes.cnpq.br/1695674499808455].
ORCID: [https://orcid.org/0000-0001-5479-4510].
DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v188i188.92].
milaneseadv@hotmail.com

Recebido em: 01.07.2021
Aprovado em: 01.12.2021
Última versão do autor: 09.12.2021

Área do Direito: Penal

Resumen: El presente artículo tiene como objetivo presentar la diferencia entre leyes penales en blanco y los elementos normativos del tipo, pues el empleo de estas técnicas de tipificación se está convirtiendo en una práctica cada vez más frecuente. Para tanto, serán presentados los conceptos de leyes penales en blanco y elementos normativos del tipo, bien como los principales intentos doctrinarios de diferenciación entre ellos. Por fin, será apuntado el criterio para la constatación de la diferencia entre leyes penales en blanco y elementos normativos del tipo.

Palabras claves: Complementación – Elementos normativos del tipo – Ley penal en blanco – Remisión – Valoración.

Abstract: This article aims to present the difference between blank criminal laws and normative elements of the type, as the use of these typification techniques is becoming an increasingly frequent practice. For that, the concepts of blank criminal laws and normative elements of the type will be presented, as well as the main doctrinal attempts to differentiate between them. Finally, the criterion for finding the difference between blank criminal laws and normative elements of the type will be indicated.

Keywords: Complementation – Normative elements of the type – Blank criminal law – Reference – Valuation.

Milanese, Pablo. Diferencia entre las leyes penales en blanco y los elementos normativos del tipo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 188. ano 30. p. 257-288. São Paulo: Ed. RT, fevereiro 2022.
DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v188i188.92].

Sumário: 1. Introducción. 2. El concepto de ley penal en blanco. 2.1. Origen y evolución del concepto. 2.2. La posición de la doctrina tras BINDING y MEZGER. 2.2.1. El concepto estricto. 2.2.2. El concepto amplio. 2.2.3. El concepto "relativamente amplio". 2.3. Posición personal. 3. Elementos normativos del tipo: origen y concepto. 4. Criterios de distinción entre ley penal en blanco y elementos normativos del tipo. 4.1. El criterio de diferenciación formal – según el carácter expreso o no de la remisión. 4.2. El rango de la norma objeto de remisión como criterio de diferenciación. 4.3. Criterio funcional – la función de la norma de complemento – Remisión en bloque o remisión interpretativa. 4.4. La naturaleza de la norma objeto de la remisión – proposiciones descriptivas y proposiciones *prescriptivas*. 4.5. La extensión de la remisión como criterio de diferenciación – remisiones totales y parciales. 4.6. El criterio de la autoridad que integra la ley penal. 4.7. El criterio material. 5. Conclusiones. 6. Referencias.

1. Introducción

El presente artículo tiene como objetivo fijar la diferencia entre las leyes penales en blanco y los elementos normativos del tipo. Esto porque el recurso del legislador, en los últimos años, a estas técnicas legislativas se ha convertido en práctica frecuente.

Para ello, inicialmente se realizará un análisis del concepto de las leyes penales en blanco, desde su origine hasta las posiciones más actuales, para fijar el concepto adoptado en el presente artículo.

Tras la definición de las leyes penales en blanco, se pasará al examen del origen y concepto de los elementos normativos del tipo, presentando la mejor definición para el desarrollo de este trabajo.

Después de presentados los principales criterios de diferenciación utilizados por la doctrina, serán expuestas las conclusiones, donde se establecerá la diferencia entre leyes penales en blanco y elementos normativos do tipo.

2. El concepto de ley penal en blanco

La adopción de un concepto de ley penal en blanco requiere un análisis de las alternativas presentadas por la doctrina debido a la existencia de distintas posiciones.

Según señala MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ "la controversia existe ya en torno al propio concepto de ley penal en blanco, con respecto al cual es posible apreciar diferentes caracterizaciones en su evolución histórico-dogmática"[1].

1. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, 2014, p. 245.

De los distintos conceptos de ley penal en blanco también pueden ser generados problemas de diferentes naturalezas, de acuerdo con el concepto adoptado. De ahí la necesidad de hacer una breve presentación del origen y evolución del concepto de ley penal en blanco, bien cómo de la situación actual de la materia en la doctrina y jurisprudencia.

2.1. Origen y evolución del concepto

El término ley penal en blanco (traducción de la expresión *"blankettstrafgesetz"*) surgió en Alemania, en 1872, utilizado por vez primera por BINDING[2] en su obra intitulada *Die Normen und ihre Übertretung*, por ocasión de sus estudios sobre la estructura de la ley penal en general, cuando constató la existencia de algunas *lex imperfectas*.

BINDING[3] constató que, mientras la gran mayoría de las leyes penales son plenas o completas, porque en ellas tanto el precepto como la sanción están totalmente determinados, existen otras que solo precisan la sanción, siendo que del precepto ofrecen una descripción parcial, remitiendo, para su complemento, a otro texto legal preexistente o futuro.

Al mismo tiempo, BINDING observa que, si bien la Constitución del Imperio estableció un cambio para una Federación con competencia general, el complemento de las leyes penales, por exigencias prácticas, aún era realizada por los estados federados (*Länder*).[4]

En la concepción original de BINDING las leyes penales en blanco se caracterizan por la descripción imprecisa del tipo penal; por amenazar con una pena la contravención de prohibiciones establecidas por la autoridad federal, local, o por otra autoridad o un poder legislativo particular; por permitir al Derecho particular la decisión de qué autoridad es la facultada para establecer la prohibición correspondiente; por posibilitar que esta prohibición sea establecida después de dictada la ley penal, por lo que ésta entretanto permanecerá como "un cuerpo errante en busca de su alma"; por hacer depender de la voluntad de la autoridad qué debe ser

2. En este sentido DOVAL PAIS, 1999, p. 95; SANTANA VEGA, 2000, p.15; CURY, 1988, p. 24; RODRIGUEZ MOURULLO, 1978., p. 87; ALFLEN DA SILVA, 2004, p. 37. También, JIMÉNEZ DE ASÚA, 1950, p. 349, enseña que "*Fué Carlos Binding quien puso por vez primera en circulación las expresiones* leyes en Blanco (Blankettstrafgesetze) *o* leyes abiertas (offene Strafgesetze) …".
3. CURY, 1988, p. 24.
4. En este sentido, ALFLEN DA SILVA, 2004, pp. 38-39.

escrito sobre el blanco de la ley; porque esta prohibición, durante la vigencia de la ley penal puede variar completamente; porque eventualmente puede que lo que permita hacer la autoridad de un Estado sea lo que prohibida la autoridad de otro.[5]

De esta manera, BINDING utilizó la expresión "ley penal en blanco" para referirse a un grupo de normas del Código Penal que, aunque se preveía la sanción a aplicar, se asignaba a supuestos de infracción de disposiciones establecidas por autoridades administrativas.[6] Es decir, el complemento de las leyes penales en blanco se hallaba en las normas de menor rango, emanadas de los Estados federados y de los municipios[7].

Según ZAFFARONI[8] el fenómeno de las leyes penales en blanco ya lo había observado HEINZE, quien las había llamado "conminaciones penales ciegas" (blinde Strafdrohungen), dejando planteada como una incorrección del sistema que la legislativa local repitiese la conminación penal al Derecho Federal.

También, en este mismo sentido, DOVAL PAIS[9] afirma que el propio BINDING señalo que en 1882 el empleo de la expresión "ley penal en blanco" en una sentencia mostró que ya había sido adoptada por el Tribunal del Reich, aunque advirtió también de la utilización de otras denominaciones aplicadas a estas fórmulas legales, como la de "conminaciones penales ciegas", atribuida a un trabajo de HEIZEN[10] publicado en 1871.

Sin embargo, existe bastante consenso en que fue en los tribunales alemanes donde se difundió la expresión *Blankettstrafgesetz* o ley penal en blanco, expresión que se ha fortalecido, fundamentalmente, en la doctrina y en la jurisprudencia[11].

Posteriormente, el concepto de ley penal en blanco presentado por BINDING, con la contribución de MEZGER, fue ampliado, añadiendo otros dos supuestos.

MEZGER, al definir las leyes penales en blanco, diferenciaba en leyes penales en blanco en sentido amplio y en sentido estricto, también denominadas leyes penales en blanco "impropias" y "propias"[12].

5. BINDING, 2002, p. 107.
6. DOVAL PAIS, 1999, p. 95.
7. BINDING, 2002, p.107.
8. ZAFFARONI, 1987, p. 192. En este mismo sentido PIERANGELI, 2006, p. 127.
9. DOVAL PAÍS, 1999, p. 96.
10. Intitulado *„Das Verhältniss des Reichsstrafrecht zu dem Landesstrafecht mit besonderer Berücksichtigung der duch das norddeutschen Strafgesetzbuch verantlassten Landesgesetze"*.
11. DOVAL PAÍS, 1999, p. 96.
12. MEZGER, 1935, p. 328, nota 12.

Las leyes penales en blanco en sentido amplio o *impropias* se presentarían de dos maneras, el complemento podría estar en la misma ley o el complemento estaría en otra ley, pero en los dos casos emanada de la misma instancia legislativa[13].

Ya, las leyes penales en blanco en sentido estricto o "propias", para MEZGER, serían aquellas en que el complemento se halla contenido en otra ley, pero emanada de otra instancia legislativa. En este grupo estarían las sanciones penales establecidas en una ley del Reich contra una infracción de las normas del Derecho de los Estados, bien cómo las referencias a las normas extranjeras[14].

Además, entendía que en los casos de las leyes penales en blanco el tipo y la sanción se encuentran separados externamente, es decir, "con la sanción aparece tan sólo ligada de manera inmediata una referencia al necesario complemento"[15], ese complemento es que caracteriza la diferencia arriba destacada, vez que se encuentra en otras disposiciones del ordenamiento.

Este concepto de MEZGER se diferencia de la concepción original de BINDING, pues para ese autor las disposiciones de complemento se hallaban en las normas de menor rango, emanadas de los Estados federados y de los municipios[16], es decir, no hacía la diferenciación propuesta por MEZGER, que hasta hoy genera algunas discusiones doctrinales.

Sin embargo, los dos autores destacaban que las leyes penales en blanco necesitaban de complemento.

Con lo hasta ahora presentado se puede afirmar, como señala DOVAL PAIS, que "(…) la ley penal en blanco se caracterizaría en todo caso, por su necesidad de complemento, pero este complemento podría proceder de la misma ley penal o de otra norma emanada de igual instancia legislativa, o exclusivamente de una instancia inferior"[17].

Así que, la ley penal en blanco necesita de complementación, que puede estar en la misma ley, en otra ley con el mismo rango (misma instancia legislativa) de la ley penal y, aún, estar contenida en otra ley de diferente rango da ley penal.

13. MEZGER, 1935, p. 328.
14. MEZGER, 1935, p. 328.
15. MEZGER, 1935, p. 328.
16. BINDING, 2002, p. 107.
17. DOVAL PAIS, 1999, p. 101.

2.2. La posición de la doctrina tras BINDING y MEZGER

Actualmente aún hay discusiones sobre el concepto de ley penal en blanco[18], fundadas en el complemento de la norma penal, más específicamente en su procedencia, si penal o extrapenal, bien como de la instancia legislativa que emana.

En general, todas las definiciones de ley penal en blanco se sostienen en el fundamento de que las leyes penales en blanco son leyes que necesitan de complementación[19].

Sin embargo, la incertidumbre todavía subsiste en relación a la procedencia del complemento, lo que permite distinguir, sin prejuicios de los conceptos intermedios, dos conceptos de ley penal en blanco: el estricto y el amplio.

2.2.1. El concepto estricto

El concepto estricto o restringido se corresponde con el concepto original de BINDING, donde, como ya afirmado, las disposiciones de complemento se hallaban en las normas de menor rango, emanadas de los Estados federados y de los municipios[20].

Siguiendo el concepto de BINDING, MESTRE DELGADO, después de definir las leyes penales en blanco como aquellas que el legislador autoriza a otras instancias normativas para configurar la conducta pasible de represión penal, advierte que "si el legislador mismo completa ese supuesto de hecho, ya en la ley penal, ya en otra de distinto alcance, la remisión no tiene más trascendencia que la de una simples técnica normativa"[21].

Aquí se puede extraer un de los aspectos del concepto estricto de ley penal en blanco, la autorización por él legislador a otras instancias normativas para la configuración de la conducta punible. Es decir, el precepto no especificado remite, de manera expresa o tácita, la determinación concreta de parte de la conducta a una autoridad distinta.[22]

---

18. En este sentido, CURY, 1988, p. 23, afirma que "*(…), todavía subsiste una considerable incertidumbre sobre lo que debe entenderse por tal y los problemas que genera*". También BRANDARIZ GARCÍA, 2011, p. 107, que "*la polémica se inicia con el propio concepto de leyes penales en blanco, que dista de estar consensuado*".
19. Así, DOVAL PAIS, 1999, p. 99; OSSANDÓN WIDOW, 2011, p. 162.
20. BINDING, 2002, p. 107.
21. MESTRE DELGADO, 1988, p. 507, nota 14.
22. En este sentido, RODRÍGUES MOURULLO, 1978, pp. 87-88.

En este sentido, TIEDEMANN[23] también adopta el concepto estricto al definir la ley penal en blanco cómo el supuesto "de remisión a disposiciones administrativas generales (reglamentos jurídicos o administrativos), pero también, según una opinión controvertida, de supuestos de reenvío a actos particulares de la administración (actos administrativos)".

Consecuencia de este aspecto es que la descripción de la conducta punible se queda en manos del Ejecutivo o, hasta mismo, de organizaciones privadas[24]. Además, el complemento de la ley penal en blanco, por no emanar del legislativo, por obvio, no tendrá siquiera rango de ley.

Este concepto de ley penal en blanco constituye, según CURY, una solución muy cómoda, pues la remisión a las instancias legislativas más ágiles, como los decretos y otros actos reglamentarios de la administración, habilita para modificar fácilmente la prohibición o el mandato a cuya la infracción se asocia la pena[25].

Sin embargo, el concepto de ley penal en blanco en sentido estricto también es empleado para designar la ley penal cuyo complemento es una ley de rango inferior a Ley Orgánica, o sea, una Ley Ordinaria.

En este sentido, BUSTOS RAMÍREZ e HORMAZÁBAL MALARÉE[26], aunque con algunas distinciones[27], de manera general adoptan la orientación de BINDING, al conceptuaren las leyes penales en blanco como

> aquellos supuestos en que la descripción de la materia prohibida no aparece en todos sus extremos en la ley que castiga el acto prohibido, sino que dicha descripción se completa en una disposición de rango inferior, como por ejemplo una ley ordinaria (estatal o autonómica) un reglamento o una ordenanza.

23. TIEDEMANN, 2002, p. 73-75, donde afirma aún que: *"la necesidad de recurrir a otros artículos de la misma ley u otra ley para la interpretación de ciertos tipos y elementos del tipo no constituye propiamente una técnica legislativa singular; (…)"*.
24. Conforme señala ESTEVE PARDO, 2008, p.115, en relación al medio ambiente muchas veces las normas de complemento "*son elaboradas por organizaciones privadas que agrupan a colectivos profesionales e industriales y que convienen en la fijación de unas referencias técnicas comunes en lo relativo sobre todo* a la seguridad de productos, instalaciones y procedimientos industriales."
25. CURY, 1988, p. 30.
26. BUSTOS RAMÍREZ y HORMAZÁBAL MALARÉE, 2006, p. 91.
27. Aquí hay que aclarar que BINDING al hablar de "normas de menor rango" hace referencia a las emanadas de los Estados Federados y de los Municipios. Ya, BUSTOS RAMÍREZ y HORMAZÁBAL MALARÉE incluyen en las normas de menor rango todas aquellas que no son leyes orgánicas, pues defienden que sólo por ley orgánica pueden crearse tipos penales.

También CARBONELL MATEU[28] defiende que la denominación leyes penales en blanco deben quedar reservadas a las que se remiten a una norma de rango inferior, añadiendo, aún, la remisión a la valoración judicial. Este autor entiende que la remisión a las otras leyes de igual rango no constituye un problema de técnica legislativa y, de este modo, no integran el concepto de leyes penales en blanco.

No obstante, esta ampliación del concepto a la posible complementación por las leyes ordinarias, una vez adoptado el concepto estricto, bajo la expresión "ley penal en blanco" hay que incluir solamente las remisiones que la ley penal efectúa a una instancia inferior a la ley, sea esta una norma administrativa de rango inferior, sea una disposición particular o, en fin, un acto administrativo de una autoridad.[29]

Con ello, la definición de ley penal en blanco se llevaría a cabo en dos pasos: se rechaza, en primer lugar, la posibilidad de que se produzcan remisiones internas y, dentro de las externas, se excluyen las remisiones que se realizan a otras normas de rango legal.

2.2.2. El concepto amplio

El concepto amplio de ley penal en blanco, desarrollado por MEZGER, de manera general, considera que la remisión hecha para completar el vacío existente en la norma penal puede ser a cualquier otra disposición que se encuentre en la misma ley, en otra ley de mismo rango o, hasta mismo, a instancias inferiores, como los reglamentos o actos administrativos.

SOLER[30], siguiendo el concepto propuesto por MEZGER, señala que muchos autores hacen la distinción entre leyes penales en blanco impuras o en sentido impropio ("se presentan cuando el vacío legal es llenado por otro precepto que se encuentra en una disposición diversa en la misma ley o en un artículo de otra diferente") y leyes penales en blanco estricta o auténticas, las cuales el vacío es llenado por reglamentos o disposiciones generales de la autoridad administrativa.

También CEREZO MIR[31] entiende que las leyes penales en blanco se remiten a otras leyes penales, a leyes penales de otros sectores del ordenamiento jurídico o a disposiciones de rango inferior a la ley, generalmente de carácter reglamentario.

28. CARBONELL MATEU, 1999, p. 122.
29. En este sentido, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, 2014, p. 245.
30. SOLER, 1992, p. 157. En este mismo sentido, CARVALHO, 2011, pp. 313-314.
31. CEREZO MIR, 2002, p. 8. También en CEREZO MIR, 1997, p. 155.

Para los defensores del concepto amplio lo importante es que la ley penal necesita de complementación, la cuál puede ser hecha por cualquier otra disposición legal.

En este sentido, GARCÍA RIVAS[32] asienta que las leyes penales en blanco son "aquellos preceptos en los que la conducta punible no aparece enteramente definida porque el legislador se remite a otras disposiciones (sean del rango que fueren) para complementar el tipo".

También, RODRIGUEZ DEVESA[33], define la ley penal en blanco como aquella necesitada de complemento, pues el presupuesto no se consigna en la propia ley penal, la cual "se remite a otra fuente del derecho del mismo o de distinto rango".

Además, después de aclarar que las posibilidades de remisión son tres (a otro precepto en la propia ley; a otra ley distinta y; a una disposición de rango inferior), RODRUIGUEZ DEVESA[34] defiende que, "por más que algunos consideren como ley penal en blanco en sentido propio tan sólo el último, se trata de una cuestión de técnica legislativa", lo que no deja duda que este autor opta por el concepto amplio.

POLAINO NAVARRETE[35] también adopta el concepto amplio, pues defiende de que las leyes penales en blanco pueden distinguirse en varias clases: remisión a otro artículo del Código penal para establecer la pena; remisión a otro artículo del Código penal para completar el contenido del delito; remisión a una ley no penal y; remisión a una disposición de rango inferior a ley.

Para DÍEZ RIPOLLÉS[36], la remisión debe ser a otro lugar del ordenamiento, incluyendo otra ley penal, leyes de otros sectores del ordenamiento, disposiciones de rango inferior a la ley y, incluso, disposiciones legales o reglamentarias de las Comunidades autónomas.

Todavía, hay autores[37], que admiten que en sentido estricto leyes penales en blanco son aquellas que se remiten a una disposición de rango inferior a la ley o a actos de la Administración. Sin embargo, incluyen en el concepto de ley penal en blanco las otras dos formas de complementación, es decir, por otro precepto en la misma ley y por precepto contenido en otra ley no penal.

32. GRACÍA RIVAS, 2002, p. 3.
33. RODRIGUEZ DEVESA, 1981, pp. 178-179.
34. RODRIGUEZ DEVESA, 1981, p. 179.
35. Así, POLAINO NAVARRETE, 2019, pp. 141-142.
36. Véase, DÍEZ RIPOLLÉS, 2016, p. 63.
37. En este sentido, LANDECHO VELASCO, y MOLINA BLÁZQUEZ, 2004, p. 140.

En definitiva, para este sector de la doctrina, existiría una ley penal en blanco siempre que se ocasionara una remisión a otra norma del ordenamiento, con independencia de su ubicación o de su rango.

2.2.3. El concepto "relativamente amplio"

En la doctrina mayoritaria, el término ley penal en blanco es empleado para designar aquella norma penal cuyo supuesto de hecho se configura por remisión a una norma de carácter no penal, o sea, el supuesto de hecho viene consignado en una norma extrapenal[38].

En este sentido, LUZÓN PEÑA advierte que "es frecuente considerar leyes penales en blanco (concepto procedente de Binding) aquellas en las que su supuesto de hecho o al menos parte de su supuesto de hecho o presupuesto viene recogido o regulado por otra norma extrapenal a la que se remiten".[39]

Adoptando esta orientación, JIMÉNEZ DE ASÚA[40] señalaba que las leyes penales en blanco son

> *aquellas que se remiten a otra* ley*, es decir, a la misma instancia legislativa, como casos impropios o* lato sensu*, y reservamos la estrictez o rigurosidad de las leyes en blanco para la serie cuarta, en suma: para cuando el complemento corresponde a otra instancia legiferante o a la autoridad.*

También sigue este concepto GARCÍA ARÁN[41] que al hacer la diferenciación entre concepto amplio define ley penal en blanco como "aquella en la que parte de su supuesto de hecho o presupuesto viene recogido en una norma de carácter no penal" y el concepto estricto que corresponde a la norma que "se remite a una norma extrapenal de rango inferior, que de esta forma interviene en la definición de la conducta prohibida".

---

38. En este sentido, MUÑOZ CONDE, 1975, p.18; MUÑOZ CONDE Y GARCÍA ARÁN, 2015, p. 24; MUÑOZ CONDE y CUADRADI RUIZ, 1995, p.4013; SANTANA VEGA, 2000, p. 36; JESCHECK y WEIGEND, 2002, p. 118. SILVA SÁNCHEZ, 1993, p. 967, aunque no hable en norma extrapenal, citando Antón Oneca, afirma que *"leys penales en blanco son aquellas que '… fijan la sanción, pero no el delito, cuya determinación se deja en todo o en parte a otra ley, a un reglamento o a una orden de la autoridad; (…)'"*.
39. LUZÓN PEÑA, 2016, p. 59.
40. JIMÉNEZ DE ASÚA, 1950, p. 353.
41. GARCÍA ARÁN, 1993, p. 66.

Aún, JESCHECK[42] enseña que las leyes penales en blanco son aquellas leyes que "sólo contienen una conminación penal, pero que en relación con su contenido prohibitivo se remiten a otras leyes o reglamentos e, incluso, a actos administrativos que de forma independiente han sido promulgadas o dictados en otro tiempo por un órgano diferente".

Ello nos lleva a la exclusión del primero de los supuestos, esto es, cuando la complementación se encuentra en la misma ley penal, dado que en este caso es casi imposible distinguirla de las normas penales incompletas, tratándose de mero procedimiento de técnica legislativa[43]. Más que ley en blanco, las que remiten a otro precepto en la misma ley penal, como ya afirmado anteriormente, son simples fragmentos de norma[44].

En este mismo sentido, MORILLAS CUEVA[45], entiende que la contemplación del texto punitivo no puede quedarse limitada a uno de sus pasajes, debiendo realizarse en todo su conjunto. Por esta razón, cuando la conducta y la pena están en la misma ley, aunque en preceptos distintos, no hay que se hablar en ley penal en blanco.

Hasta porque, como ya destacado, no hay que confundirse ley penal con artículo del Código Penal, aunque muchas de las veces sean coincidentes, en algunos casos supuesto de hecho y consecuencia jurídica están repartidos en diferentes artículos, pero contenidos en la misma ley.

Ahora bien, conforme señala MUÑOZ CONDE, el concepto "relativamente amplio" puede ser considerado demasiado estricto o demasiado amplio si comparado a otras definiciones doctrinales[46].

Esto se puede notar también con relación a los conceptos presentados más arriba, es decir, comparado al concepto de BINDING es más amplio, vez que este autor entendía que la norma penal en blanco solamente podría tener como complemento una norma de menor rango. Ya, con relación al concepto propuesto por MEZGER, esta definición es más estricta, porque no engloba las normas penales que poseen su complemento en la misma ley.

42. JESCHECK y WEIGEND, 2002, p. 118.
43. Así, MUÑOZ CONDE, 1975, p.18. También, QUINTERO OLIVARES, 2000, p. 58, afirma que "(…) yerran, a nuestro juicio, los autores que entienden que se da una ley penal en blanco cuando la conducta o la sanción están definidos en otro lugar de la misma ley".
44. MUÑOZ CONDE, 1975, p. 17.
45. MORILLAS CUEVA, 2018, p. 57.
46. MUÑOZ CONDE Y GARCÍA ARÁN, 2015, p. 38.

De ahí que, a través de la técnica de las leyes penales en blanco el legislador tipifica delitos cuyos supuestos de hecho se quedan deferidos – con remisiones de distinto alcance – a otras instancias normativas, del mismo rango o de rango inferior.

Conforme señala SANTANA VEGA[47], al optar por la posición que considera ley penal en blanco únicamente aquellas leyes que realizan remisión a otro cuerpo normativo, "lo determinante de esta técnica es que normas extrapenales, no regidas formal y materialmente por los principios informadores del Derecho penal, se incorporan al tipo para completar el sentido del mismo".

Sin embargo, para BACIGALUPO la discusión si el concepto de ley penal en blanco debe alcanzar a los supuestos en los que la norma complementaria esté contenida en la misma ley o en otra de la misma jerarquía, "no parece tener la menor trascendencia práctica, pues ninguno de los autores que toman parte en la discusión extrae de la ampliación del concepto de ley penal en blanco ninguna consecuencia que esté vinculada con la discusión"[48].

A pesar de algunos autores[49] entendieren que el concepto de leyes penales en blanco, en los casos de la complementación de la norma penal por una de rango inferior, puede presentar problemas de legitimación constitucional, algunos de estos problemas no se encierran solamente en este concepto. Es decir, en los casos en que la remisión es hecha a leyes de mismo rango también es posible apuntar varios problemas de legitimación.

En este sentido, LUZÓN PEÑA[50] advierte que "(…) también se plantea – aunque no tan agudamente – el problema de si se respecta la jerarquía y competencia normativa cuando la norma complementadora tenga rango legal, ya que generalmente esas normas extrapenales no serán leyes orgánicas."

Además, en relación al error (de tipo o de prohibición) idénticos problemas se plantean en todos los casos en que el supuesto de hecho esté definido en una ley no penal, aunque sea del mismo rango. Lo mismo se puede afirmar en materia de retroactividad de ley penal más favorable, pues lo problema que suscita no es afectado en razón de la jerarquía de la norma complementadora.[51]

---

47. SANTANA VEGA, 2000, p. 36.
48. BACIGALUPO ZAPATER, 1994, p. 449. También en BACIGALUPO, 1998, pp. 39-40.
49. Así, BACIGALUPO ZAPATER, 1994, p. 450 y BACIGALUPO, 1998, p. 40, que tras desdeñar la discusión sobre el concepto de ley penal en blanco, afirma que *"las leyes penales en blanco pueden adquirir, sin embargo, significación constitucional cuando la norma complementadora proviene de una instancia que carece de competencias penales"*.
50. LUZÓN PEÑA, 2016, p. 60, nota de pié.
51. En este sentido, MIR PUIG, 2003, p. 39. También, MIR PUIG, 2011, pp. 67-68.

FAKHOURI GÓMEZ[52], va más allá, al señalar que hasta "las remisiones dentro del propio CP o a leyes penales especiales se verían afectadas por los mismos problemas en materia de error".

En este mismo sentido MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ[53], al abordar el concepto aquí denominado "relativamente" amplio, aclara que este concepto

> *se construye básicamente a partir de razones dogmáticas, toda vez que se argumenta que el empleo de la técnica de la ley penal en blanco encuentra su fundamento en la existencia de una íntima vinculación de la misma con la normativa extrapenal que le sirve de base, y, desde este punto de vista, resulta indiferente que dicha normativa se halle en leyes o disposiciones de rango inferior; a ello se agrega que tanto en uno como en otro caso se plantean idénticos problemas técnicos en materia de error sobre la normativa extrapenal y en materia de retroactividad de la ley más favorable cuando se modifica el contenido de la disposición extrapenal que rellena el blanco.*

MUÑOZ CONDE[54], al analizar el tema de las leyes penales en blanco, bien cómo posibles dificultades derivadas de ellas, enseña que, desde el punto vista material

> *el uso o abuso de este procedimiento técnico legislativo dificulta extraordinariamente la labor del penalista, no sólo porque se ve remitida a ámbitos jurídicos que le son desconocidos o que, por lo menos, no conoce tan bien como el penal propiamente dicho, sino también porque el distinto alcance y contenido de la norma penal respecto a las demás normas jurídicas produce una discordancia entre las propias normas penales que no ayuda en absoluto a la certeza y seguridad jurídicas.*

No hay duda de que al utilizar las expresiones *"ámbitos jurídicos que le son desconocidos"* y *"las demás normas jurídicas"*, este autor está refiriéndose a problemas derivados de las remisiones a las normas de carácter no penal originadas del legislativo.

En definitiva, de las definiciones presentadas por la doctrina anteriormente citadas es posible extraer que el concepto relativamente amplio está pautado por los posibles problemas derivados de la utilización de las leyes penales en blanco, o sea, en las dificultades que esta técnica legislativa puede generar a los destinatarios e intérpretes de las leyes penales.

52. FAKHOURI GÓMEZ, 2009, p. 107.

53. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, 2014, *cit.*, p. 245.

54. MUÑOZ CONDE Y GARCÍA ARÁN, 2015, p. 25.

2.3. Posición personal

Ahora bien, una vez presentadas los posibles conceptos de ley penal en blanco, es de grande importancia para el desarrollo del tema propuesto adoptar un concepto de ley penal en blanco.

El concepto estricto, como ya visto, considera ley penal en blanco solamente cuando la remisión es a una norma de rango inferior, consecuentemente no reconoce como ley penal en blanco cuando la complementación se encuentra en la misma ley o en una ley del mismo rango.

De otra parte, la definición amplia, extiende el concepto de ley penal en blanco a las tres posibilidades de complementación, o sea, en la misma ley, en otra ley de carácter no penal y en una norma de rango inferior.

El concepto estricto es insuficiente porque deja de considerar como ley penal en blanco la remisión hecha a una ley no penal del mismo rango. Esto porque, aunque no sea de rango inferior, como ya demostrado anteriormente, esta forma de remisión dificulta la labor del penalista, bien como genera problemas en materia de error y retroactividad de la ley. Aún, como será abordado más adelante, la remisión a la norma del mismo rango puede entrar en conflicto con el principio de taxatividad.

Por otro lado, el concepto amplio, va muy allá del admisible, vez que considera ley penal en blanco la remisión a las normas de la misma ley, que, como ya afirmado, no pasa de mera técnica o pereza legislativa, no creando mayores problemas para la interpretación de los tipos penales, pues sigue los mismos procedimientos en su elaboración y promulgación.

Además, como ya destacado, no se debe confundir ley penal con artículo de ley o del Código Penal. Es decir, en estos casos más de que una ley penal en blanco, se estaría frente a una ley completa, aunque en preceptos distintos.

Así que, el aquí denominado concepto "relativamente amplio" es el que mejor define la ley penal en blanco, pues se ajusta a las funciones de esta técnica legislativa al permitir la armonización de la ley penal en materias reguladas por otros ramos del Ordenamiento jurídico, bien como su frecuente actualización por la normativa de rango inferior al legal. De este modo, será considerada ley penal en blanco aquella cuya la complementación se efectúe por una ley extrapenal o por una norma de rango inferior.

Además, es necesario aclarar, que serán consideradas como leyes de mismo rango que las penales solamente las Leyes Orgánicas, pues, en este trabajo, adoptase el entendimiento de la necesidad de reserva absoluta de Ley Orgánica en materia penal.

3. Elementos normativos del tipo: origen y concepto

Hay un verdadero consenso en la doctrina que los elementos normativos del tipo fueron "descubiertos" por MARX ERNST MAYER, que introdujo dentro de esta categoría la referencia al carácter "ajeno" de la cosa, en los delitos contra la propiedad; a la "falsedad" en relación con el delito de falsa acusación; a la "pureza" de la muchacha.[55]

Estos elementos, "no describen objetos y tampoco están en relación causal con la acción del autor, sino que 'contienen una valoración que en parte prejuzga la antijuridicidad'"[56].

Para MARX MAYER[57], los elementos normativos del tipo eran "auténticos elementos de la antijuridicidad; pues una circunstancia que no denota, sino que fundamenta la antijuridicidad, es decir, que no es ratio cognoscendi, sino ratio essendi, pertenece a la juridicidad, es componente o integrante de la misma". Aunque, por otra parte, para este autor, esos elementos también son simultáneamente elementos del tipo, porque son objeto del dolo.

Sin embargo, esta idea de que los elementos normativos constituyen auténticos elementos de la antijuridicidad no se mantiene en la discusión dogmática posterior.

MEZGER[58], quien introdujo la distinción de los elementos integrantes del tipo penal en elementos descriptivos y elementos normativos, define los elementos normativos del tipo como "presupuestos del injusto típico que sólo pueden ser determinados mediante una especial valoración de la situación de hecho".

Además, este autor, distingue tres tipos de elementos normativos, en función de la forma de realización del juicio de valor complementario del Juez. De ahí que, dentro de los elementos normativos hay los que precisan de una valoración jurídica; elementos con valoración cultural y elementos en los que el Juez ha de captar el verdadero sentido de los mismos.

En el primero de los grupos de elementos normativos, de valoración jurídica, están todos que tienen relación con otros ámbitos del Derecho. Como ejemplos cita la cosa "ajena", el "tutor", el "funcionario", el "documento", etcétera[59].

55. En este sentido, FAKHOURI GÓMEZ, 2009, p. 56.
56. Véase, ROXIN, 1999, p. 281.
57. Citado por ROXIN, 1999, p. 281.
58. MEZGER, 1935, pp. 347 y ss.
59. MEZGER, 1935, p. 348.

En lo grupo de elementos con valoración cultural, MEZGER[60] incluye los que el proceso valorativo del Juez "ha de realizarse con arreglo a determinadas normas y concepciones vigentes que no pertenecen, sin embargo, a la esfera misma del Derecho". Es decir, se incluirán los elementos normativos que remiten a las reglas de la moral y la costumbre. Ejemplos de estos son la acción "impúdica", la "honestidad", el "desprecio".

Por fin, según MEZGER, en el tercer grupo se encontrarían los elementos en los que el Juez ha de captar o verdadero sentido de los mismos, en los delitos de exteriorización[61].

En estos casos, el Juez estaría sujeto exclusivamente a su percepción subjetiva, aunque en relación a los dos elementos normativos anteriores la subjetividad del Juez también es relevante. En razón del "arbitrio subjetivo" del Juez, los delitos que contienen esta clase de elementos normativos son definidos por MEZGER como "delitos de valoración subjetiva"[62].

Esta distinción de MEZGER, entre elementos descriptivos y normativos, fue criticada por ERIK WOLF, el cual comprobó que incluso elementos presuntamente descriptivos puros, como "hombre (ser humano)" – con la discusión sobre el comienzo de la vida humana en conexión con la protección de la vida no nacida (diagnóstico prenatal, interrupción del embarazo) – son normativos en sus ámbitos fronterizos, vez que requieren una valoración judicial orientada a la antijuridicidad.[63]

Como ha aclarado ENGISCH[64], "si se piensa que cada concepto jurídico es elemento constitutivo de una norma jurídica y que a través de ella recibe sentido y contenido, tendríamos verdaderamente que considerar <<normativo>> a todo concepto jurídico".

El propio MEZGER[65] ha aceptado y concordado con las críticas de ERIK WOLF llegando a afirmar que "debe darse la razón a ERIK WOLF cuando afirma que, en el fondo, todos los elementos del tipo tienen carácter normativo; pues todos en absoluto son conceptos jurídicos y, por tanto, conceptos valorativos teleológicamente edificados".

60. MEZGER, 1935, p. 348.
61. MEZGER, 1935, p. 348.
62. En este sentido, MADRID CONESA, 1983, p. 186.
63. En este sentido, ROXIN, 1999, p. 282.
64. ENGISCH, 2001, p. 131.
65. MEZGER, 1935, p. 347.

Actualmente, aún se defiende con poderosos argumentos, basándose en la distinción de ERIK WOLF entre elementos "llenos de valoración" y elementos "necesitados de ser llenados de valoración", que todos los elementos del tipo tienen un impacto normativo[66].

Para JESCHECK[67] la diferencia entre los elementos descriptivos y los normativos no está muy clara, pues los conceptos descriptivos también están necesitados de interpretaciones en casos dudosos, mientras que los elementos normativos también muestran aspectos centrales empíricos. Este autor cita como ejemplo, que estaría en la frontera entre los dos grupos, el concepto de "violencia" contenido en el § 240 I (BVerfG StV 1987,15).

Sin embargo, como defiende ENGISCH[68] "cuando se habla de conceptos jurídicos normativos, a diferencia de conceptos descriptivos, habrá que referirse a algo específico, a algo diferente de la mera pertenencia al sistema de las normas jurídicas, o bien a las características de los supuestos de hecho".

Para ENGISCH, los llamados conceptos normativos son considerados en su gran mayoría conceptos jurídicos indeterminados, pues, al contrario de los descriptivos, los conceptos normativos "apuntan a datos que no son simplemente perceptibles o experimentables, sino sólo son imaginados y comprendidos en conexión con el mundo de las normas"[69]. Por ejemplo, es posible imaginar los conceptos descriptivos de persona, muerte u oscuridad, como simples conceptos de la experiencia, pero no es posible conjeturar el concepto de cosa "ajena" sin pensar al mismo tiempo en normas de la propiedad[70].

No obstante, la regla contiene excepciones. No todos los conceptos normativos deben ser reconocidos como conceptos jurídicos indeterminados. Hay algunos que, aunque de contenido normativo, como matrimonio o menor de edad, pueden perfectamente ser perceptibles por los sentidos, siendo, así, clasificados como conceptos de naturaleza empírica y descriptiva.

ENGISCH, a par de la acepción de los conceptos normativos expuesta, presenta otra, que denomina "la significación de lo normativo en sentido estricto", y que se encuentra en que siempre se necesita una valoración para poder aplicar un

66. En este sentido, AMBOS, 2007, p. 05:5.

67. JESCHECK y WEIGEND, 2002, pp. 138-139.

68. ENGISCH, 2001, pp. 131-132.

69. ENGISCH, 2001, p. 132.

70. ENGISCH, 2001, p. 132. El autor cita otros ejemplos, como los conceptos de matrimonio, embarazo, menor de edad, inmoral, sin antecedentes penales.

concepto normativo a un caso concreto[71]. La conclusión a que llega ENGISCH es que los conceptos normativos son, en realidad, "conceptos que necesitan un contenido valorativo"[72].

TIEDEMANN[73], incluso, entiende posible clasificar los elementos normativos del tipo como "pequeñas cláusulas generales" en la medida en que exigen una "verdadera valoración por parte del Juez".

También, HASSEMER[74] hace referencia a los "conceptos necesitados de contenido valorativo" como aquellos sobre los cuales el Juez, a través de la formulación de datos empíricos con la ayuda técnica, emplea su valoración. Es decir, la propia ley permite al Juez basar su sentencia en su propio juicio. El ejemplo mencionado por este autor es el concepto de "buenas costumbres".

En el mismo sentido, MUÑOZ CONDE[75], citando como ejemplos los conceptos "acreedor", "insolvencia", "ajenidad", afirma que los elementos normativos "implican siempre una valoración y, por eso, un cierto grado de subjetivismo".

Además, siguiendo a ENGISCH, ROXIN[76] entiende recomendable calificar como normativos:

> sólo a aquellos elementos 'que sólo pueden ser representados y concebidos bajo el presupuesto lógico de una norma'. Entonces términos como 'ajeno', 'buenas costumbres', 'reprobable', 'documento', 'injuria', etc., será elementos normativos, porque presuponen sistemas de normas jurídicas o sociales, mientras que conceptos como 'ser humano', 'cosa', 'edificio' o 'sustraer' existen con independencia de cualquier contexto normativo y por ello se los puede denominar descriptivos.

En esta mimas línea, VICENTE MARTÍNEZ[77] concibe que los elementos normativos "aluden a una realidad determinada por una norma jurídica o social, como 'cosa ajena', 'acreedor', etc., y requieren que la determinación de su significado se realice atendiendo a una valoración".

---

71. ENGISCH, 2001, p. 133.
72. ENGISCH, 2001, p. 133.
73. TIEDEMANN, 2007, p. 82.
74. Así, HASSEMER, 1984, pp. 240-243.
75. MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, 2015, p. 247. También, BACIGALUPO, 1999, p. 226, define los elementos normativos como *"aquellos en los que predomina una valoración y que, por lo tanto, no pueden ser percibidos sólo mediante los sentidos"*.
76. ROXIN, 1999, p. 307.
77. VICENTE MARTÍNEZ, 2004, p. 46.

Así, es posible concluir, que los elementos normativos del tipo deben ser considerados aquellos que necesitan, para su comprensión, de una valoración a través de un sistema de normas jurídicas o sociales. Es decir, son conceptos que remiten a una norma extrapenal (jurídica o social) para su valoración.

4. Criterios de distinción entre ley penal en blanco y elementos normativos del tipo

Inicialmente, toca destacar que la discusión acerca de los criterios de distinciones entre ley penal en blanco y los elementos normativos, sólo tiene sentido en relación a los elementos normativos de contenido jurídico, y no en el caso de los elementos normativos sociales.[78]

Esto porque, según aclara MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ[79], los elementos normativos sociales:

> se caracterizan por aludir a una realidad determinada por una norma que no es jurídica, sino 'social' (que radica en la sociedad), los cuales – según escribe MIR, P.G., L. 9/68- pueden, a su vez, ser subdivididos en elementos referidos a una valoración (ej., actos de 'exhibición obscena' en el art. 185 CP) o a un sentido (ej., el concepto de secreto en los arts. 197 y ss y 278 ss.), A la vista de tal caracterización, es claro, pues, que en el supuesto de los elementos normativos de contenido social estamos ante una técnica que, por su propio objeto de referencia (un objeto que no reside en otro sector del Ordenamiento jurídico, sino en la propia sociedad), no presenta vinculación substancial con el fenómeno de las leyes penales en blanco.

Ya, en relación a los elementos normativos jurídicos, pese los esfuerzos de la doctrina en buscar las diferencias con la ley penal en blanco, el tema dista de ser pacífico y aún no termina de esclarecerse.

Por esta razón, serán presentados los criterios que han intentado establecer una delimitación entre las leyes penales en blanco y los elementos normativos jurídicos.

4.1. El criterio de diferenciación formal – según el carácter expreso o no de la remisión

Por este criterio cuando la remisión al complemento de la ley penal se realiza de manera explícita o expresa, es decir, la ley penal incorpora en su texto la

78. Así, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, 2014, p. 248.

79. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, 2014, p. 248.

referencia a la normativa extrapenal, a través de expresiones tales como "legislación", "de acuerdo a lo establecido en las leyes o reglamentos", se puede hablar en una ley penal en blanco. Ya, en los casos de los elementos normativos del tipo la remisión sería de la especie implícita o tácita[80].

Se objeta este criterio debido a su aspecto meramente formal, pues materialmente, la remisión podría producir el mismo resultado[81]. Es decir, lo decisivo no es el proceso por el que se completa el tipo penal sino el resultado, la normativa extrapenal será tenida en cuenta, más allá de los límites de la interpretación y los límites que rigen para poder punir o no a un ciudadano[82].

También, SILVA SÁNCHEZ[83], al abordar el tema destaca que:

> *ciertamente habrá quien señale que en el caso de los elementos normativos se trata de un problema de interpretación judicial, en la que evidentemente el Juez deberá tener en cuenta la totalidad (y pluralidad) del Ordenamiento jurídico. Por ello tampoco establece diferencias significativas. En efecto, también una expresión del tipo <<con infracción de las leyes y reglamentos>> puede entenderse como un problema interpretativo para el Juez, que habrá que recurrir al Ordenamiento extrapenal para resolver el sentido de la misma. En no pocos casos, como ocurre por ejemplo en el Derecho español medioambiental, ello es rigurosamente cierto dada la complejidad y amplitud de la normativa, que exige una concienzuda intervención judicial para determinar las decisiones aplicables al supuesto particular.*

Sin embargo, hay autores que, aunque reconozcan las limitaciones de este criterio de distinción, defienden que las formas pueden representar un indicio importantísimo para determinar el alcance y las consecuencias de la remisión[84]. El carácter explícito o no de la remisión estará íntimamente ligado al criterio de fondo que se adopta para caracterizar las leyes penales en blanco.

4.2. El rango de la norma objeto de remisión como criterio de diferenciación

Este criterio parte del propio concepto de ley penal en blanco, al defender que la distinción entre ley penal en blanco y elementos normativos del tipo se basa en el rango de la norma de complemento.

80. Así, SANTANA VEGA, 2000, pp. 48-49.
81. En este sentido, DOVAL PAIS, 1999, p. 105.
82. SANTANA VEGA, 2000, p. 49.
83. SILVA SÁNCHEZ, 1993, p. 978, nota de pié 74.
84. Véase en este sentido, OSSANDÓN WIDOW, 2011, p. 191.

Así, para aquellos autores[85] que siguen el concepto estricto de ley penal en blanco, originariamente desarrollado por BINDING, "la verdadera ley penal en blanco se caracteriza por exigir que la integración del precepto penal o contravencional proceda del acto de una instancia distinta de la que establece la conminación penal". De ahí que, caso la norma de complemento este constituida por una disposición de rango inferior a la ley penal, se habla de ley penal en blanco. Ya, las remisiones a las demás normas extrapenales caracterizarían los elementos normativos del tipo.

Sin embargo, conforme defiende GARCÍA ARÁN el "criterio del rango de la norma complementaria no es suficiente como para establecer la distinción"[86] entre ley penal en blanco y elementos normativos del tipo. Ello porque, existen casos de remisiones efectuadas a norma de rango inferior a la ley penal que han sido considerados elementos normativos del tipo[87].

Además, el criterio del rango de la norma de complemento parte de la definición de ley penal en blanco como solamente aquella ley penal cuya remisión se hace a una norma de menor rango (concepto estricto de ley penal en blanco).

Ocurre que, como ya afirmado y fundamentado anteriormente, en este trabajo se adoptó el concepto relativamente amplio, o sea, considerase ley penal en blanco aquella cuya la complementación se efectúe por una ley extrapenal, que pode ser de mismo rango o de rango inferior. Lo que torna incompatible el criterio del rango de la ley/norma de complemento para diferenciar ley penal en blanco y elementos normativos del tipo.

4.3. Criterio funcional – la función de la norma de complemento – Remisión en bloque o remisión interpretativa

El criterio funcional fue presentado por CRAMER[88], para quien la diferencia entre leyes penales en blanco y elementos normativos del tipo radica en la función que desempeña la norma extrapenal en la estructura de la ley penal en blanco.

De ahí que, en las leyes penales en blanco habría remisión a la normativa extrapenal, en cuanto que, en los elementos normativos del tipo, existiría una invocación a otras normas para valorar las características típicas.[89]

85. Por todos, TIEDEMANN, 2002, p. 74.
86. GARCÍA ARÁN, 1993, p. 70.
87. En este sentido, GARCÍA ARÁN, 1993, p. 67. También, OSSANDÓN WIDOW, 2011, p. 105.
88. En este sentido, GARCÍA ARÁN, 1993, p. 70.

GARCÍA ARÁN[90], siguiendo a CRAMER, defiende que la ley penal en blanco "no se caracteriza sólo porque la norma complementaria sea de rango inferior, sino, además, porque el legislador deja en manos de otra instancia, propiamente el establecimiento del elemento típico".

De este modo, esta autora presenta dos criterios para diferenciación entre leyes penal en blanco y elementos normativos del tipo. Primero, el rango de la norma de complemento, ya refutado en el apartado anterior. Segundo, la función de la remisión.

En relación a la función que la norma extrapenal desempeña en la estructura de la ley penal, GARCÍA ARÁN[91], entiende que las remisiones pueden ser de dos especies, en bloque e interpretativa.

Como ya destacado en el apartado 2.4.4, en la remisión en bloque, según GARCÍA ARÁN, la infracción de la normativa extrapenal se incorpora a la ley penal como un elemento típico[92]. Consecuentemente, en los casos de remisión en bloque la ley penal incorpora también como objeto de protección el incumplimiento de la normativa a la que se remite, incluyendo como interés añadido el propio incumplimiento de la normativa administrativa[93].

Ya, en las remisiones interpretativas, el elemento típico está presente en la ley penal, fijado en ella, la referencia a la normativa extrapenal tiene, solamente, la finalidad de integrar un determinado término típico para su correcta interpretación[94].

En este caso, al contrario de lo que ocurre en la remisión en bloque, la infracción a la normativa extrapenal "no es necesaria para que se produzca el injusto penal"[95].

Por fin, después de destacar las diferencias entre estas dos formas de remisiones, GARCÍA ARÁN[96] concluye que las remisiones en bloque pueden corresponderse con el concepto estricto de ley penal en blanco y, las remisiones interpretativas, pueden ser equiparables a los elementos normativos del tipo.

89. CRAMER citado por SANTANA VEGA, 2000, p. 50.
90. GARCÍA ARÁN, 1993, p. 70.
91. GARCÍA ARÁN, 1993, p. 71.
92. DOVAL PAIS, 1999, p. 87.
93. GARCÍA ARÁN, 1993, p. 74.
94. Así, DOVAL PAIS, 1999, p. 86.
95. GARCÍA ARÁN, 1993, p. 73.
96. GARCÍA ARÁN, 1993, pp. 73-74.

En el mismo sentido, ABANTO VÁSQUEZ[97] defiende que el criterio diferenciador entre ley penal en blanco y elemento normativo del tipo vendría dado "por la función que cumple la norma complementaria en relación con la norma penal remitente: de llenado (ley penal en blanco) o de mera interpretación (elemento normativo)".

Sin embargo, algunas críticas en relación a este criterio de diferenciación son inevitables, pero reflejan en el tema central de este trabajo de tesis, razón por la cual serán tratadas más adelante en el tercer capítulo.

Así que, por hora, es suficiente destacar que la propia GARCÍA ARÁN[98], después de defender este criterio funcional, basado en la distinción entre remisión en bloque e interpretativa, lo torna totalmente inadmisible, al concluir que "todas las remisiones en bloque lesionan el contenido material de la reserva de ley y deberían, en mi opinión, considerarse inconstitucionales".

En este sentido, LUZÓN PEÑA[99], también advierte sobre la ofensa al principio de la legalidad por la remisión en bloque de la totalidad del supuesto de hecho a otra norma extrapenal, afirmando que se trata de "una norma estructuralmente incompleta y que materialmente incumple la exigencia del principio de legalidad de que sea la propia ley penal la que fije con precisión las características del delito".

Por obvio, como advierte SANTANA VEGA[100], no puede servir como criterio de diferenciación un entendimiento que considera la propia técnica de la ley penal en blanco como inconstitucional, vez que viola el principio de legalidad.

4.4. La naturaleza de la norma objeto de la remisión – proposiciones descriptivas y proposiciones prescriptivas

La norma objeto de la remisión, según su naturaleza, puede ser proposiciones descriptivas (meras definiciones ubicada en una normativa extrapenal) o proposiciones prescriptivas (mandatos o prohibiciones).

Para los autores[101] que defienden este criterio, en el primer caso, la remisión constituiría un elemento normativo del tipo. Ya, la remisión de proposiciones prescriptivas caracterizaría una ley penal en blanco.

97. ABANTO VÁSQUEZ, 2008, pp. 4-5. También en, ABANTO VÁSQUEZ, año V, pp.19-20.
98. GARCÍA ARÁN, 1993, p.90.
99. LUZÓN PEÑA, 2016, p. 59.
100. SANTANA VEGA, 2000, p. 51.
101. Véase, SILVA SÁNCHEZ, 1990, p. 44, n.8.

Aunque, esta sea una regla general, tampoco resulta un criterio definitivo, pues los conceptos de leyes penales en blanco y elementos normativos del tipo serán prácticamente coincidentes, siempre que estos últimos no remitan a simples proposiciones descriptivas[102].

Ello porque, existen elementos normativos que también remiten a proposiciones prescriptivas extrapenales, como, por ejemplo, "ilegítimamente" respecto del ejercicio de actos propios de una autoridad o funcionario (art. 402 CP)[103].

De ahí que, este criterio también no ha sido capaz de delimitar de forma segura la "frontera" entre las leyes penales en blanco y los elementos normativos del tipo.

4.5. La extensión de la remisión como criterio de diferenciación – remisiones totales y parciales

Hay un sector de la doctrina[104] que define la ley penal en blanco como aquella que contiene la sanción, pero no describe las acciones prohibidas en los delitos comisivos u ordenadas en los delitos de omisión. Es decir, las leyes penales en blanco estarían configuradas por las remisiones totales, pues establecerían solamente la sanción, dejando la limitación de la esfera de lo punible a otra instancia.

Ya, los elementos normativos del tipo se caracterizarían por la remisión parcial, o sea, aquella que tiene su ámbito limitado por el legislador, vez que remite a otras instancias únicamente algunos aspectos del tipo delictivo.

Sin embargo, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ[105], al abordar las especies de remisiones, advierte que "parece innecesario, por lo demás, insistir en la conveniencia de que el legislador se sirva de remisiones los más parciales posible, en aras de un escrupuloso respeto del principio de legalidad y de sus corolarios de certeza y taxatividad".

Así, el criterio de la extensión de la remisión, de la misma manera que el criterio de la remisión en bloque, por suponer un afronta al principio de legalidad, no puede ser considerado satisfactorio.

---

102. Así, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, 2014, p. 249.

103. En este sentido, OSSANDÓN WIDOW, 2011, pp. 192-193.

104. En este sentido, CEREZO MIR, 1997, p. 155. También, ROXIN, 1999, p. 465, conceptúa las leyes penales en blanco *"tipos que sólo contienen una norma sancionadora, pero que dejan sin embrago su integración a otras leyes, reglamentos o incluso actos administrativos"*.

105. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, 2014, p. 247.

4.6. El criterio de la autoridad que integra la ley penal

Este criterio es utilizado por SCHÜNEMANN[106] para diferenciar las leyes penales en blanco de las leyes penales indeterminadas. Según este autor,

> *se deben denominar leyes penales en blanco todas aquellas leyes penales que remiten explícita o implícitamente, para la eliminación de su imprecisión semántica, a proposiciones de deber general que no han sido creadas por el juez penal sentenciador- por contraposición a las <<leyes indeterminadas>> que presuponen su complementación por el juez.*

De ahí que, la diferencia entre leyes penales en blanco y elementos normativos del tipo podría radicar en quien debe integrar la ley penal. En el caso de los elementos normativos del tipo el Juez hace la integración, mientras que, en las leyes penales en blanco, la integración es realizada por una instancia legislativa o por el Ejecutivo.

Sin embargo, este criterio no es capaz de fundamentar la diferenciación entre estas técnicas de tipificación, pues, como ya afirmado anteriormente en relación al criterio formal, el Juez, aunque en distintos grados, tendrá la labor interpretativa[107].

4.7. El criterio material

El criterio material de diferenciación entre leyes penales en blanco y elementos normativos del tipo es propuesto con base en las materias en que es necesario el empleo de las leyes penales en blanco, bien como en sus funciones[108].

En el apartado específico, fueron presentadas las funciones y características de las leyes penales en blanco, fundamentalmente: la necesidad de utilización de esta técnica en determinadas materias, por su naturaleza particular, a fin de evitar el rápido estancamiento, paralización de la ley penal; el carácter flexible de las leyes penales en blanco, que permiten su constante actualización; la necesidad, cada vez mayor, de superar el nivel del derecho penal de características exclusivamente liberal; la manutención de la harmonía del ordenamiento jurídico; la satisfacción de las exigencias de conocimiento específico y profundizado de determinadas materias.

106. SCHÜNEMANN, 1994, p. 315.

107. Véase en este sentido, SILVA SÁNCHEZ, 1993, p. 978, nota de pié 74.

108. Por todos, OSSANDÓN WIDOW, 2011, pp. 197 y ss.

De este modo, la distinción entre estas dos técnicas legislativas se basaría en relación a las materias que fueran llamadas a proteger, bien cómo en las necesidades específicas de estas materias. Así que, las leyes penales en blanco serían aquellas que protegen los bienes jurídicos colectivos o supraindividuales, necesitados de adaptación frente a las situaciones cambiantes.

Sin embargo, conforme advierte SANTANA VEGA[109],

> desde un punto de vista material que atienda a la incidencia o no de normas extrapenales sobre los bienes jurídico-penales supraindividuales, no cabe diferenciar entre leyes penales en blanco y elementos normativos, porque en ambos casos existe una remisión a dispositivos normativos.

Además, las necesidades de flexibilización y adaptación de ciertas materias, es una finalidad propia de toda remisión, que justifica, del mismo modo, la utilización de los elementos normativos del tipo.

Por estas razones, este criterio material también no se muestra suficiente para determinar la distinción entre leyes penales en blanco y elementos normativos del tipo.

5. CONCLUSIONES

Tras la presentación de los criterios utilizados por la doctrina en la tentativa de fijar la diferencia entre leyes penales en blanco y elementos normativos del tipo, algunas consideraciones son necesarias para la toma de postura personal sobre este tema.

El punto de partida para la diferenciación entre estas dos técnicas de tipificación puede ser los propios conceptos adoptados en este trabajo. Es decir, de la definición de leyes penales en blanco y de los elementos normativos del tipo, se puede extraer la característica fundamental de cada uno y, a partir de ahí empezar a fijar las distinciones.

Las leyes penales en blanco fueran consideradas aquellas leyes penales cuya la complementación del supuesto de hecho se efectúa por una ley extrapenal o por una norma de rango inferior.

Ya, los elementos normativos del tipo son aquellos que necesitan, para su comprensión, de una valoración a través de un sistema de normas jurídicas o sociales.

109. SANTANA VEGA, 2000, p. 54.

En la diferenciación entre estas técnicas de tipificación, por las razones ya expuestas, serán considerados sólo los elementos normativos del tipo "jurídicos".

El primero aspecto a ser observado de los conceptos fijados es que las leyes penales en blanco requieren una verdadera "complementación", por cuanto los elementos normativos del tipo necesitan solamente de una "valoración".

De ahí que, las leyes penales en blanco presentan, como ya demostrado, el supuesto de hecho incompleto, o sea, necesitan del establecimiento de "parte" del elemento típico. Ya, los elementos normativos del tipo no necesitan de complementación en su supuesto de hecho, solamente de valoración de los elementos ya presentes en el tipo penal.

El criterio funcional defendido por CRAMER, GARCÍA ARÁN y ABANTO VÁSQUEZ, se coaduna, de cierta forma, con la posición aquí defendida, en la medida que en las leyes penales en blanco la normativa extrapenal completa el supuesto de hecho, siendo que, en los elementos normativos del tipo no ha una complementación, sino que, de cierta forma, una interpretación.

El problema es que estos autores consideran como leyes penales en blanco aquellas que se caracterizan por la remisión en bloque. Ello porque, la remisión en bloque es inconstitucional, porque presupone que el legislador deja en manos de otra instancia el establecimiento del elemento típico como un todo.

Sin embargo, la corrección de este punto de partida puede fundamentar uno de los criterios de diferenciación entre las leyes penales en blanco y los elementos normativos del tipo.

Si se admite que las leyes penales en blanco no necesitan de complementación de "todo" su supuesto de hecho, más sino de solamente "parte" del supuesto de hecho (remisión parcial), respetando el principio de legalidad, ya sería eliminado el obstáculo de la inconstitucionalidad[110].

Este raciocinio es perfectamente posible, incluso es lo único que permite la utilización de esta técnica de tipificación en un Estado Social e Democrático de Derecho, pues do contrario todas serían consideradas inconstitucionales y, por consecuencia, inaplicables.

110. En este sentido, como ya destacado anteriormente, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, 2014, p. 247, al abordar las especies de remisiones, advierte que *"parece innecesario, por lo demás, insistir en la conveniencia de que el legislador se sirva de remisiones los más parciales posible, en aras de un escrupuloso respeto del principio de legalidad y de sus corolarios de certeza y taxatividad"*.

De esta forma, la diferencia entre leyes penales en blanco y elementos normativos del tipo estaría en que estos, por ya presentaren todos los elementos del tipo, no necesitan de una verdadera complementación, solamente una "valoración" de los elementos contenidos en el tipo. Al contrario, la ley penal en blanco, en razón de su supuesto de hecho ser "incompleto", requiere el establecimiento de "parte" de los elementos del tipo.

En que pese, la ya presentada argumentación de parte de la doctrina[111], de que la necesidad de interpretación o valoración por el Juez no puede ser factor determinante para la diferenciación, porque mismo después de completa la ley penal, todavía puede surgir problemas de interpretación para el Juez, esto no invalida el criterio de diferenciación defendido.

Es que, en estos casos, las situaciones son distintas. En los casos de los elementos normativos del tipo el Juez hace la valoración con base en los elementos ya contenidos en el tipo penal, es decir, parte de las expresiones existentes en el tipo penal, como por ejemplo "ajena". En el caso de las leyes penales en blanco, antes es necesario rellenar el vacío, el "blanco", existente en la ley penal, con la respectiva normativa extrapenal, para después, cuando el tipo estará completo como cualquier otro tipo penal, se necesario, valorarla.

En estos casos, se tiene una ley penal en blanco que, al ser completada, presenta elementos normativos del tipo, lo que puede ocurrir sin desnaturalizar su esencia. Aquí se presentan dos momentos distintos, la complementación de la ley penal y, caso necesario, la posterior valoración de los elementos normativos del tipo ya completado.

Por lo expuesto, el criterio utilizado para diferenciar las leyes penales en blanco y los elementos normativos del tipo, es que en aquellas la remisión tienen la función de complementar "parte" del supuesto de hecho y, en los elementos normativos del tipo, la remisión es a valoraciones, o sea, tienen función interpretativa.

6. Referencias

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A. "Hacia un nuevo derecho penal de las empresas. Más allá de la solución penal y meramente administrativa del 'delito económico'", en *Revista Penal*, nº 21, enero-2008, pp. 3-23.

ABANTO VÁSQUEZ, MANUEL A. "El principio de 'certeza' en las leyes penales en blanco", en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, año V, nº 9, pp. 13-33.

111. En este sentido, SILVA SÁNCHEZ, 1993, p. 978, nota de pié 74.

ALFLEN DA SILVA, Pablo Rodrigo. *Leis penais em branco e o direito penal do risco:* aspectos críticos e fundamentais, Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, 206 p.

AMBOS, Kai. "100 años de la 'teoría del delito' de Beling – ¿Renacimiento del concepto causal de delito en el ámbito internacional?", en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, RECPC 09-05, 2007, pp. 05:1-05:15.

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. "Sobre la problemática constitucional de las leyes penales en blanco", en *Actualidad Penal*, Madrid, nº 22, 1994, pp. 449-455.

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Curso de derecho penal económico*, Madrid: Ed. Marcial Pons, 1998, 438 p.

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Derecho penal-parte general*. 2. ed. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1999.

BINDING, Karl. *As normas e suas infrações*. vol. 1. 3. ed. 2002, traducción al portugués de ROSA, José Miguel Feu.

BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. *La problemática de las normas penales en blanco*, en FARALDO CABANA, P y PUENTE ABA, L.M., *Ordenación del territorio, patrimonio histórico y medio ambiente en el Código penal y la legislación especial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, pp. 106-119.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Lecciones de derecho penal:* parte general. Madrid: Editorial Trotta, 2006, 612 pp.

CARBONELL MATEU, Juan Carlos. *Derecho penal:* concepto y principios constitucionales, 3. Ed. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 1999, 253 p.

CARVALHO, Érica Mendes de. "Limites e alternativas à administrativização do direito penal do ambiente", en *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. ano 19, vol. 92. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, pp. 299-335.

CEREZO MIR, José. *Curso de derecho penal español:* parte general, Tomo I, 5. ed. Madrid: Tecnos, 1997.

CEREZO MIR, José. "Las leyes penales en blanco en la protección penal del medio ambiente", en *Temas fundamentales del derecho penal*. Tomo II. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2002.

CURY, Enrique. *La ley penal en blanco*. Bogotá: Editorial Temis S.A., 1988, 152 p.

DÍEZ RIPOLLES, José Luis. *Derecho penal español:* parte general, 4. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016, 893 p.

DOVAL PAIS, Antonio. *Posibilidades y limites para la formulación de las normas penales:* el caso de las leyes en blanco. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, 231 p.

ENGISCH, Karl. *Introducción al pensamiento jurídico*, Granada, Editorial Comares, 2001, traducción al español de Ernesto Garzón Valdés, 259 p.

ESTEVE PARDO, José. *Derecho del medio ambiente*, segunda edición, Madrid, Marcial Pons, 2008.

FAKHOURI GÓMEZ, Yamila. *Delimitación entre error de tipo y de prohibición. Las remisiones normativas-un caso problemático"*, Navarra, Editorial Aranzadi, 2009, 534 p.

GARCÍA ARÁN, Mercedes. "Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal", en *Estudios penales y criminológicos*, Santiago de Compostela, XVI, 1993, pp. 65-103.

GRACÍA RIVAS, Nicolás. *El principio de legalidad en el derecho penal económico*, en Publicaciones del Porta Iberoamericano de las Ciencias Penales, Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2002, 11 pp. Consultado en http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/el%20principio%20de%20legalidad%20en%20el%20derecho%20penal%20economcio%20nicolas%20garcia%20rivas.pdf, el 18/09/2013.

HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del derecho penal*, Barcelona, Ed. Bosch, 1984, traducción al castellano por MUÑOZ CONDE, Francisco y ARROYO ZAPATERO, Luis, 428 p.

JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal – parte general,* 5ª edición, Granada, Ed. Comares, 2002, Traducción al castellano de OLMEDO CARDENETE, Miguel, 1066 p.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de derecho Penal*, tomo II, 2 ed., Buenos Aires, Editorial Losada, 1950, 1467 p.

LANDECHO VELASCO, Carlos María y MOLINA BLÁZQUEZ, Concepción. *Derecho penal español-parte general*, 7 edición, Madrid, Editorial Tecnos, 2004.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Lecciones de derecho penal-parte general*, 3ª edición, ampliada y revisada, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, 671 p.

MADRID CONESA, Fulgencio. *La legalidad del delito*, Valencia, Universidad de Valencia, 1983, 248 p.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa-parte general*, 4 ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2014, 709 p.

MESTRE DELGADO, Esteban. "Límites constitucionales de las remisiones normativas en materia penal", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, Tomo XLI, fasc. II, 1988.

MEZGER, Edmundo. *Tratado de derecho penal*, tomo I, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1935, traducción al castellano de RODRÍGUEZ MUÑOZ, José Arturo.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal-parte general*, 9 edición, Barcelona, Editorial Reppertor, 2011, 814 p.

MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal*, Buenos Aires, Editorial B de F, 2003, 360 p.

MORILLAS CUEVA, Lorenzo. Sistema de d*erecho penal – parte* general, Madrid, Dykinson, 2018, 1042 p.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al derecho penal*, Barcelona, Bosch, 1975, 192 p.

MUÑOZ CONDE, Francisco y CUADRADI RUIZ, Mª A. "Ley penal en blanco" en *Enciclopedia Jurídica Básica*, III, Madrid, Editorial Civitas, 1995, pp. 4013-4014.

MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal, parte general*, 9ª Edición, revisada y puesta al día conforme a las Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015, de 30 de marzo, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2015, 659 p.

OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena. *La formulación de tipos penales. Valoración crítica de los instrumentos de técnica legislativa*, Santiago, Jurídica de Chile, 2011.

PIERANGELI, José Henrique. "A norma penal em branco e a sua validade temporal", en *Escritos jurídicos-penais*, 3 ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, pp. 127-131.

POLAINO NAVARRETE. Miguel. *Lecciones de derecho penal-parte general*, Tomo I, 4ª Edición corregida y actualizada, Madrid, Tecnos, 2019, 200 p.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Manual de derecho penal – parte general*, 4 edición, Navarra, Editorial Aranzadi, 853 p.

RODRIGUEZ DEVESA, José María. *Derecho penal español-parte general*, 8 edición, Madrid, Autor-Editor, 1981, 1019 p.

RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo. *Derecho penal – parte general*, Madrid, Editorial Civitas, 1978, 357p.

ROXIN, Claus. *Derecho penal, parte general*, 2ª. Edición, Madrid, Ed. Civitas, 1.999, traducción al castellano por LUZON PEÑA, Diego-Manuel y otros, 1071 p.

SANTANA VEGA, Dulce María. *El concepto de ley penal en blanco*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2000, 92 p.

SCHÜNEMANN, Bernd. "Las reglas de la técnica en derecho penal", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo XLVII, fascículo III, septiembre-diciembre, 1994, pp. 307-342.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. "¿Competencia 'indirecta' de las comunidades autónomas en materia de derecho penal?", en *La Ley*, 1993-1, pp. 964-982.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La ley penal en blanco-concepto y cuestiones jurídicos-políticas*, (inédito), Barcelona, 1990.

SOLER, Sebastián. *Derecho penal argentino*, tomo I, actualizado por Guillermo J. Fierro, Buenos Aires, Tipografia Editora Argentina, 1992, 488 p.

TIEDEMANN, Klaus. "La ley penal en blanco: concepto y cuestiones conexas", en *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 10 – janeiro/março, 2002, traducción al castellano a cargo de Antoni Llabrés Fuster, pp. 73-97.

TIEDEMANN, Klaus. "La técnica legislativa del derecho penal económico", en *Derecho penal y nuevas formas de criminalidad*, 2 edición, Lima, Editora Jurídica Grijley, 2007, pp. 75-87.

VICENTE MARTÍNEZ, Rosario de. *El principio de legalidad penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, 211 p.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Tratado de Derecho Penal. Parte General; Tomo I; Ediar, Sociedad Anônima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, Buenos Aires, 1987.

PESQUISA DO EDITORIAL

Área do Direito: Penal

Veja também Doutrina relacionada ao tema

- Os elementos normativos do tipo: surgimento, caracterização e a problemática do erro, de Fábio Guedes de Paula Machado e Daniela Fernandes de Oliveira – *RT* 902/445-480.

Milanese, Pablo. Diferencia entre las leyes penales en blanco y los elementos normativos del tipo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 188. ano 30. p. 257-288. São Paulo: Ed. RT, fevereiro 2022. DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v188i188.92].

Processo Penal

Intervenções corporais coercitivas, *nemo tenetur se detegere* e inovações tecnológicas: é o fim do direito de não produzir provas contra si mesmo?

Coercive body interventions, nemo tenetur se detegere, *and technological innovations: is this the end of the right not to produce evidence against oneself?*

Maria Paes Barreto de Araujo Carvalho

Doutoranda em Direito Processual Penal pela Universidade de São Paulo (USP/SP). Mestre em Direito Processual Penal pela Universidade de São Paulo (USP/SP). Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica (PUC-SP). Professora de Direito Penal na Universidade Nove de Julho (UNINOVE). Assessora da 6ª Turma Disciplinar do Tribunal de Ética e Disciplina da OAB (TED/OAB). Integra o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM). Advogada criminalista.
http://lattes.cnpq.br/5204299009341064
ORCID: [https://orcid.org/0000-0002-8947-2578].
DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v188i188.87].
mariapbaraujo@gmail.com

Recebido em: 29.03.2021
Aprovado em: 20.07.2021
Última versão da autora: 30.07.2021

Áreas do Direito: Processual; Penal

Resumo: O presente artigo versa sobre o princípio *nemo tenetur se detegere*, que compreende o direito à não autoincriminação, e sua relação com as intervenções corporais coercitivas. O objetivo geral traçado é analisar e concluir se esse direito se estende (ou não) às intervenções corporais coercitivas, geralmente praticadas de maneira invasiva. Além disso, busca avaliar se tal conclusão pode ser alterada diante de novos, modernos e tecnológicos meios de obtenção de prova que permitam a coleta de elementos corporais de maneira não invasiva, sem afetação da integridade física do sujeito a eles submetido.

Abstract: This article addresses the *nemo tenetur se detegere* principle, which entails the right against self-incrimination, and its relation to coercive body interventions. The general objective is to analyze and conclude whether this right should (or not) be extended to coercive body interventions, often practiced under invasive manners. Also, it aims to assess whether such conclusion may be altered when faced with the novel, modern, and technological means of evidence-gathering, which allows for the collection of bodily elements under a non-invasive manner, without affecting one's physical integrity when

Carvalho, Maria Paes Barreto de Araujo. Intervenções corporais coercitivas, *nemo tenetur se detegere* e inovações tecnológicas: é o fim do direito de não produzir provas contra si mesmo?. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 188. ano 30. p. 291-336. São Paulo: Ed. RT, fevereiro 2022.
DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v188i188.87].

Para tanto, utiliza-se a metodologia teórica e documental baseada em pesquisa bibliográfica, bem como a pesquisa empírica. Estruturalmente, o texto primeiro recorre ao conteúdo e ao conceito do princípio *nemo tenetur se detegere* e de intervenções corporais coercitivas. Utiliza, na sequência, os julgados da Corte Europeia de Direitos Humanos sobre o tema e a realidade brasileira na seara legislativa, doutrinária e jurisprudencial. Tendo em vista a controvérsia sobre o assunto e a sua discussão ainda insuficiente em solo nacional, mas já avançada internacionalmente – inclusive levando em consideração possíveis inovações tecnológicas que permitam a prática de intervenções corporais coercitivas de maneira não invasiva e sem afetação da integridade do sujeito passivo – mostra-se fundamental o presente estudo.

Palavras-chave: *Nemo tenetur se detegere* – Garantia contra autoincriminação – Intervenções corporais – Corte Europeia de Direitos Humanos – Tecnologia.

subjected to them. To this end, the theoretical and documentary methodology based on bibliographic research is used allied with empirical research. Structurally, first the contents and concepts of the *nemo tenetur se detegere* principle and of coercive body interventions are taken into account. It uses, in the aftermath, the jurisdiction cases from the European Court of Human Rights on the theme and the Brazilian reality on the jurisprudence, law, and doctrine instances. In view of the controversy on the subject and its discussion still insufficient on national soil, but already advanced internationally – including in a non-invasive manner and without jeopardizing the physical integrity of one submitted to the measure – the present study is important.

Keywords: *Nemo tenetur se detegere* – Guarantee against self-incrimination – Coercive body interventions – European Court of Human Rights – Technology.

Sumário: 1. Introdução. 2. Conceito e conteúdo do princípio *nemo tenetur se detegere* e das intervenções corporais coercitivas. 2.1. Conceito e conteúdo do princípio *nemo tenetur se detegere*. 2.2. Conceito de intervenções corporais coercitivas. 3. Intervenções corporais coercitivas à luz dos julgados da Corte Europeia de Direitos Humanos. 4. Intervenções corporais coercitivas e o princípio *nemo tenetur se detegere* no Brasil. 4.1. Análise legislativa. 4.1.1. Legislação acerca do princípio *nemo tenetur se detegere*. 4.1.2. Legislação acerca das intervenções corporais coercitivas. 4.2. Análise doutrinária. 4.3. Análise jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal. 5. Tecnologia e novos meios de obtenção de prova que impliquem somente intervenções corporais coercitivas sensíveis (e não invasivas). 6. Considerações finais. 7. Referências bibliográficas. Legislação. Jurisprudência.

1. Introdução

O[1] princípio *nemo tenetur se detegere* ("nada a temer por se deter") representa a garantia contra a autoincriminação do investigado/acusado, ou seja, assegura ao sujeito o direito de não produzir provas contra si mesmo.

1. O presente trabalho consiste em versão reduzida e compilada da dissertação de mestrado e do projeto de doutorado apresentados, pela autora, no Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, na área de concentração de Direito Processual Penal.

Carvalho, Maria Paes Barreto de Araujo. Intervenções corporais coercitivas, *nemo tenetur se detegere* e inovações tecnológicas: é o fim do direito de não produzir provas contra si mesmo?. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 188. ano 30. p. 291-336. São Paulo: Ed. RT, fevereiro 2022. DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v188i188.87].

Historicamente, a garantia contra autoincriminação esteve fortemente ligada ao direito do acusado de se negar a falar – o chamado "direito ao silêncio". Com o avanço da tecnologia, novos meios de prova e de obtenção de prova foram surgindo – não apenas os destinados à coleta de depoimento do investigado/acusado – como: coleta de fios de cabelo, de sangue ou saliva para testes de DNA; exames ginecológicos para comprovação de delitos sexuais; coleta de amostras de sangue e urina para exames de dosagem alcóolica ou de outras substâncias entorpecentes; introdução de substâncias eméticas no organismo do sujeito passivo, entre outros. Essas medidas são chamadas de intervenções corporais, pois visam obter do corpo do investigado/acusado elementos de prova aptos a demonstrar (ou não) a sua culpa.

Segundo Wagner Marteleto Filho, as intervenções corporais são "medidas de ingerência corporal, que resultam em lesão, ainda que de pequena monta, à integridade física, porquanto demandam extração, do corpo do sujeito passivo, de determinados elementos externos ou internos para que sejam submetidos à perícia"[2]. Nessa linha, a tendência é conceituar, enquanto intervenções corporais, as diligências investigativas que visam retirar do corpo do sujeito passivo elementos de prova necessários à investigação da ocorrência de um fato delituoso e de sua autoria, importando em afetação da integridade física do indivíduo a elas submetido[3].

No cenário internacional, apesar de a Corte Interamericana de Direitos Humanos ainda não ter tratado diretamente do assunto – motivo pelo qual seus julgados não serão analisados no presente trabalho – a Corte Europeia de Direitos Humanos, desde a década de 1960, vem analisando a possibilidade de execução de intervenções corporais coercitivas aos olhos do princípio *nemo tenetur se detegere* e estabelecendo os parâmetros que devem ser utilizados para tanto – o que já vem sendo seguido, no Direito alienígena, por países como Alemanha, Espanha e Itália.

No Brasil, a regulamentação e a análise do tema – tanto pela legislação quanto pela doutrina e pela jurisprudência – são ainda embrionárias e incompletas, mas parecem contrariar o entendimento internacional, não permitindo a execução de intervenções corporais coercitivamente. Entre os argumentos utilizados por alguns juristas e julgados brasileiros, para alcançar tal posicionamento, destaca-se o fato de que intervenções corporais são procedimentos invasivos e que afetam a integridade física do acusado; logo, não poderiam ser produzidos contra a sua

2. MARTELETO FILHO, 2012, p. 107-108.

3. ARAUJO, 2020, p. 73.

vontade. A *contrariu sensu*, portanto, poder-se-ia defender que se o mesmo elemento de prova corporal do sujeito investigado fosse extraído de maneira não invasiva, sem afetação da sua integridade física, o princípio *nemo tenetur se detegere* não teria incidência. O procedimento de coleta poderia, portanto, ser realizado mesmo coercitivamente.

Existe, porém, algum meio de prova ou de obtenção de prova capaz de constatar e/ou coletar elementos corporais de maneira não invasiva, sem atingir a integridade física do acusado? E, em caso positivo, isso implicará a aceitação da prática de intervenções corporais, mesmo contra a vontade do sujeito passivo, no Brasil? E, ainda, no âmbito internacional, isso traria alguma alteração ao posicionamento já adotado com base nos julgados da Corte Europeia de Direitos Humanos? Em outras palavras: na hipótese de "intervenções corporais sensíveis" – por não serem invasivas e por não implicarem afetação à integridade física – estaria afastada a incidência do princípio *nemo tenetur se detegere*, sendo o fim do direito do acusado de não produzir provas (ou ao menos esse tipo de prova corporal) em seu desfavor?

Para responder a todas essas perguntas, o trabalho investigativo tem o suporte da metodologia teórica e documental baseada em pesquisa bibliográfica que permite reunir fontes secundárias – livros, revistas, periódicos, *sites* que abordam a temática, além, evidentemente, da legislação e da jurisprudência pertinentes. Também será utilizada a pesquisa empírica, necessária para observar os fatos do mundo real e a partir deles produzir novos conhecimentos. No caso deste estudo, serviram como base a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal[4] e da Corte Europeia de Direitos Humanos[5], no que tange a julgados relacionados às intervenções corporais coercitivas.

4. O estudo foi restrito ao Supremo Tribunal Federal, por ser a Corte guardiã das garantias constitucionais, como a da não autoincriminação, e tendo em vista o fato de a presente pesquisa não ter a intenção de realizar levantamento jurisprudencial exaustivo, mas sim avaliar se o referido Tribunal já decidiu se intervenções corporais coercitivas podem ou não ser autorizadas à luz do princípio *nemo tenetur se detegere* e, em caso positivo, examinar a argumentação apresentada. Para tanto, foi realizada pesquisa de julgados no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal, sem qualquer limitação temporal, utilizando-se os seguintes termos de pesquisa: "DNA", "autoincriminação", "nemo tenetur", "nemo tenetur se detegere", "intervenção corporal", "material genético", "urina", "sangue", "extração sangue", "coleta sangue", "exame sangue", "saliva" e "exame ginecológico". Os julgados serão expostos, na seção 4.3, em ordem cronológica.

5. O corte metodológico se limitou à análise, no âmbito internacional, dos julgados das Cortes Internacionais de Direitos Humanos, pois estas norteiam o entendimento e a

Para estudar, ao longo do presente trabalho, o quanto aqui exposto, o presente artigo está estruturado da seguinte maneira: primeiro estudar-se-á o conceito e o conteúdo do princípio *nemo tenetur se detegere* e de intervenções corporais coercitivas. Na sequência, analisar-se-ão os parâmetros internacionais em suas relações com as intervenções corporais coercitivas, com base nos julgados das Cortes Internacionais de Direitos Humanos, e a realidade brasileira na seara legislativa, doutrinária e jurisprudencial. Com isso, concluir-se-á que, apesar de haver uma tendência internacional de flexibilização do princípio *nemo tenetur se detegere*, no que tange a autorizar a realização de intervenções corporais coercitivas, de acordo com os parâmetros traçados pela Corte Europeia de Direitos Humanos, isso não acontece no Brasil, em parte porque a doutrina e a jurisprudência entendem que o caráter invasivo, inerente às intervenções corporais, obsta qualquer possível execução coercitiva dessas intervenções. Finalmente, buscar-se-á entender se as conclusões extraídas das perspectivas internacionais, capitaneadas pela Corte Europeia de Direitos Humanos, e especialmente nacional, seriam alteradas diante de inovações tecnológicas capazes de eventualmente possibilitar a prática de intervenções corporais coercitivas sensíveis e não mais invasivas.

Essas questões polêmicas e as considerações até aqui resumidas revelam a importância do tema na atualidade, justificando a sua escolha como hipótese de pesquisa desenvolvida no presente artigo de acordo com a estrutura supracitada. Não obstante os avanços tecnológicos e científicos que na atualidade possibilitaram que intervenções corporais sejam utilizadas como meios de obtenção de prova, inclusive de maneira sensível e não invasiva – sem afetação da integridade física do sujeito passivo – além da tendência para além das fronteiras pátrias de se aceitar a realização de tais medidas, ainda que contra a vontade do acusado, é essencial trazer à tona os regramentos internos de que o Brasil dispõe e investigar os posicionamentos sobre a matéria, há muito discutida no cenário internacional, mas ainda embrionária em solo nacional.

aplicação de temas de direito processual penal e de direitos humanos, dentro de seus países membros. Para além disso, entre as Cortes Internacionais, é dada atenção somente aos julgados da Corte Europeia de Direitos Humanos, pois não se encontrou nenhum julgado da Corte Interamericana de Direitos Humanos que trate especificamente de intervenções corporais coercitivas. Logo, os parâmetros europeus poderão ser importados também pelos países do continente americano como o Brasil. Para tal verificação, foi realizada pesquisa de julgados, nos sítios eletrônicos das Cortes Internacionais, sem qualquer limitação temporal, que abrangessem as expressões "coercive body intervention", "body intervention", "DNA", "blood", "urine" e "gynecological examination". Os julgados serão expostos, na seção 3, em ordem cronológica.

2. Conceito e conteúdo do princípio *nemo tenetur se detegere* e das intervenções corporais coercitivas

2.1. Conceito e conteúdo do princípio nemo tenetur se detegere

Maria Elizabeth Queijo afirma que o princípio *nemo tenetur se detegere* tem sido considerado direito fundamental de primeira geração do indivíduo[6]: o direito à não autoincriminação, "que assegura esfera de liberdade ao indivíduo, oponível ao Estado"[7]. Por estar ligado à liberdade individual, entende-se que, além de direito fundamental, o princípio *nemo tenetur se detegere* é considerado garantia[8], em especial garantia da liberdade de autodeterminação[9] do investigado/acusado[10].

Historicamente, não há consenso acerca da origem exata do princípio *nemo tenetur se detegere*. Para fins do presente artigo, entende-se, na mesma linha de Maria Elisabeth Queijo, que foi no Iluminismo, com o desenvolvimento do processo acusatório em contraponto ao processo inquisitório antes utilizado na

6. O fato de o princípio *nemo tenetur se detegere* se manifestar como direito fundamental do indivíduo contra a autoincriminação é largamente defendido pela doutrina: GREVI, 1972, p. 2; BONAVIDES, 2000, p. 517; TUCCI, 2011, p. 299; OLIVEIRA, 2004, p. 210; QUEIJO, 2012, p. 77; DARIVA, 2015, p. 216; SILVA, 2013, p. 370; LOPES JUNIOR, 2003, p. 346-347; FIORI, 2008, p. 45; SANGUINÉ, 2011.

7. QUEIJO, 2012, p. 77.

8. Sandra Oliveira e Silva (2013, p. 370) enfatiza a dupla face do princípio *nemo tenetur se detegere* tanto como direito fundamental de liberdade quanto como garantia processual fundamental. Nesse mesmo sentido, de acordo com Teresa Armenta Deu (2010, p. 53), o princípio *nemo tenetur se detegere* se manifesta tanto como direito quanto como garantia fundamental do gênero maior direito de defesa. Nas palavras da autora, "são duas faces da mesma moeda" (tradução nossa).

9. QUEIJO, 2012, p. 77. Nesse mesmo sentido: SILVA, 2013, p. 370.

10. Neste trabalho, adotar-se-á o entendimento de que a garantia e o direito à não autoincriminação são inerentes ao indivíduo – seja ele suspeito, investigado, indiciado, acusado etc. – e não só ao réu, durante o processo. Assim, ao longo de todo o artigo, o princípio *nemo tenetur se detegere*, a garantia e/ou o direito contra a autoincriminação serão referidos em relação ao investigado/acusado e a qualquer de seus respectivos sinônimos. Conforme Antônio Magalhães Gomes Filho (1997, p. 113), "a interpretação da regra constitucional deve ser no sentido de que a garantia [contra a autoincriminação] abrange toda e qualquer pessoa, pois diante da presunção de inocência, que também constitui garantia fundamental do cidadão (art. 5º, inc. LVII, CF e, ainda, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, art. 8º, §2º), a prova de culpabilidade incumbe exclusivamente à acusação".

Carvalho, Maria Paes Barreto de Araujo. Intervenções corporais coercitivas, *nemo tenetur se detegere* e inovações tecnológicas: é o fim do direito de não produzir provas contra si mesmo?. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 188. ano 30. p. 291-336. São Paulo: Ed. RT, fevereiro 2022. DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v188i188.87].

Idade Média, que a garantia contra autoincriminação se firmou na *civil law*[11]. Vittorio Grevi explica que foi mérito dos pensadores iluministas travar reação justamente contra o tipo de processo inquisitório anterior que punha o acusado na posição de mero objeto de prova, causando uma reviravolta decisiva na maneira de entender o papel do imputado na persecução, que passou a ser tratado como sujeito de direitos[12], entre eles, o direito a não se autoincriminar[13].

Apesar de haver alguma divergência na doutrina[14], Gregory W. O'Reilly e Levy Leonard Williams comentam que o desenvolvimento do processo acusatório, após batalha travada entra as cortes de *commom law* e as cortes eclesiásticas, no Direito inglês, também foi fundamental para o amadurecimento do *privilegie against self-incrimination*, fórmula da garantia contra autoincriminação na *common law*[15]. Soma-se a isso a posição de John H. Langbein segundo a qual, para além do amadurecimento do processo acusatório, a crescente participação dos advogados de defesa no processo criminal, no chamado procedimento criminal adversarial, na segunda metade do século XVIII, mostrou-se outro fator relevante para o desenvolvimento do direito contra a autoincriminação[16].

11. QUEIJO, 2012, p. 31.
12. GREVI, 1972, p. 8.
13. BOBBIO, 2004, p. 99-111
14. Richard H. Helmholz, em artigo datado de 1990, discorda da posição adotada por Levy Leonard Williams, segundo a qual a origem do *nemo tenetur se detegere*, na Inglaterra, advém da briga travada entre as cortes de *common law* e as cortes eclesiásticas com a prevalência das primeiras, no século XVII. Para aquele estudioso, o princípio é fruto do *Ius Commune*, pois anos antes, nas cortes eclesiásticas inglesas, defensores já se utilizavam de bases do *Ius Commune* para se opor ao juramento *ex officio*. Ainda, segundo o seu relato: "Os primeiros anos de sua história somente podem ser entendidos por completo através do exame das leis romanas e canônicas contemporâneas, como entendido nos séculos dezesseis e dezessete. Essas duas fontes do direito europeu foram combinadas na maioria dos aspectos da prática jurídica nos países do continente e eram conhecidas como o *ius commune*. Esse *ius commune* era regularmente aplicado nas cortes de prerrogativas e nas cortes eclesiásticas. Foi nessas cortes, e não nas cortes de *common law*, que o *privilegie against self-incrimination* foi primeiramente utilizado na prática jurídica inglesa. O *ius commune* em si continha uma regra contra autoincriminação forçada, e a declaração mais antiga do privilégio, na vida jurídica da Inglaterra, surgiu dessa fonte continental, e não de usos imemoriais na *common law*" (tradução nossa) (1990, p. 964).
15. O'REILLY, 1994, p. 418; LEVY, 1999, p. 1055.
16. Segundo o autor, outro ponto importante, resultado da experiência na *common law* para o reconhecimento do princípio *nemo tenetur se detegere,* foi a possibilidade de desenvolvimento da defesa técnica, por meio da constituição de advogados de defesa, pois, antes

Independentemente do marco histórico utilizado para a consagração da garantia contra autoincriminação, fato é que inicialmente ela sempre esteve fortemente ligada ao direito do acusado de se negar a falar – o chamado "direito ao silêncio"[17]. No entanto, apesar de relacionado ao direito ao silêncio[18], o *nemo tenetur se detegere* não se resume a este último, que consiste em uma das vertentes contra a autoincriminação[19]. Ou seja, o direito ao silêncio decorre do direito do acusado de não se autoincriminar[20], sendo aquele, portanto, espécie do gênero mais abrangente, qual seja: o princípio *nemo tenetur se detegere*[21].

Além do silêncio, porém, como indagado por Sandra Oliveira e Silva, o princípio *nemo tenetur se detegere* protege também outras "formas de obter do arguido, contra sua vontade, informações, vestígios ou outros materiais probatórios úteis à demonstração de sua culpabilidade"[22]? Qual seria o conteúdo exato da garantia contra autoincriminação?

Não há consenso sobre o tema, pelo contrário, o que há é uma "verdadeira encruzilhada"[23], sem que a doutrina tenha conseguido chegar a uma definição exata sobre o conteúdo do princípio *nemo tenetur se detegere*. Essa "encruzilhada" ocorre porque alguns doutrinadores defendem que a garantia contra a autoincriminação é absoluta e, portanto, uma espécie de "salvo-conduto" do investigado/acusado, que possibilitaria que ele se eximisse sempre de colaborar, participar ou suportar a colheita de provas referentes à sua culpabilidade. De maneira oposta, outra parcela da doutrina afirma que, apesar de constituir um direito fundamental do investigado/acusado, o princípio *nemo tenetur se detegere* não significa a impossibilidade total de sua participação na atividade probatória, podendo a

disso, era praticamente inviável ao acusado ficar em silêncio, uma vez que precisaria falar em sua própria defesa (LANGBEIN, 1994, p. 1047-1048).

17. ALBUQUERQUE, 2008, p. 35-36.

18. Vânia Ramos Costa (2006, p. 132) explica que muitas vezes o princípio *nemo tenetur se detegere* se confunde com o direito ao silêncio, pois "os seus conteúdos não são totalmente coincidentes, mas, por vezes, chegam a sobrepor-se".

19. DARIVA, 2015, p. 223.

20. FERNANDES, 2012, p. 264-265.

21. Além de Paulo Dariva e Antonio Scarance Fernandes, já citados, são defensores da ideia de que o direito ao silêncio não equivale ao princípio *nemo tenetur se detegere*, sendo aquele espécie da qual este último é gênero, os seguintes autores: GIACOMOLLI, 2014, p. 192-193; GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, 2011, p. 77-79.

22. SILVA, 2013, p. 365.

23. SILVA, 2013, p. 365.

Carvalho, Maria Paes Barreto de Araujo. Intervenções corporais coercitivas, *nemo tenetur se detegere* e inovações tecnológicas: é o fim do direito de não produzir provas contra si mesmo?. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 188. ano 30. p. 291-336. São Paulo: Ed. RT, fevereiro 2022. DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v188i188.87].

garantia contra a autoincriminação sofrer algum tipo de limitação em seu alcance e extensão.

Os posicionamentos mais aprofundados da doutrina brasileira sobre o conteúdo e eventuais limites ao princípio *nemo tenetur se detegere*, especialmente no que tange à sua possível extensão às intervenções corporais coercitivas, são abordados na seção 4.2 do presente artigo, quando se estuda como a garantia contra a autoincriminação vem sendo entendida e aplicada no direito brasileiro, relativamente a tais meios de obtenção de prova. Nesse momento inicial, o importante é estabelecer que há posicionamentos doutrinários pátrios defendendo o caráter absoluto da garantia, mas isso, como será abordado na sequência, não tende a prevalecer no âmbito internacional[24].

Nereu José Giacomolli, por exemplo – defensor da primeira corrente supracitada – entende que o princípio *nemo tenetur se detegere* permite que o acusado se recuse a colaborar – seja de maneira ativa, seja passiva – com a produção de qualquer prova. Para o autor, "a 'colaboração' do suspeito ou do acusado, quando não voluntária, fere o estado de inocência e a ampla defesa. Portanto, não importa ser essa 'cooperação' ativa ou passiva, declaratória ou comportamental, nem o grau ou nível de invasividade"[25].

Nessa mesma linha, Luiz Flávio Gomes, para além do direito ao silêncio, atribui à garantia de não autoincriminação outras várias dimensões:

> "(1) direito ao silêncio, (2) direito de não colaborar com a investigação ou instrução criminal, (3) direito de não declarar contra si mesmo, (4) direito de não confessar, (5) direito de declarar o inverídico, (6) direito de não apresentar provas que prejudiquem sua situação jurídica [...] (8) direito de não participar ativamente de procedimentos probatórios incriminatórios e (9) direito de não ceder seu corpo (total ou parcialmente) para a produção de prova incriminatória."[26]

A ideia por trás da defesa absoluta do princípio *nemo tenetur se detegere* é a de que qualquer restrição à garantia contra autoincriminação que implique ao investigado/acusado, ainda que em grau diminuto, obrigação de produzir, colaborar ou suportar a produção de elementos de prova em seu desfavor, poderia fazê-lo regredir à condição de mero objeto de provas, e não de sujeito de

24. MARTELETO FILHO, 2012, p. 102.

25. GIACOMOLLI, 2014, p. 193.

26. GOMES, 2010, p. 4.

direitos[27] – algo característico de sistemas inquisitoriais tão combatidos ao longo da evolução do processo penal, como visto anteriormente.

Acontece que o fato de o acusado ser submetido à produção de provas em seu desfavor não necessariamente implica a adoção de um processo do tipo inquisitorial. Apesar de o processo penal moderno e democrático buscar as características do processo acusatório e, por óbvio, garantir a posição do investigado/acusado enquanto sujeito de direitos e garantias individuais, isso não exclui por completo o seu envolvimento na atividade probatória, pois "o acusado é, sempre foi e, provavelmente, nunca deixará de ser, objeto de prova", estando a evolução do sistema de garantias fundamentais, na verdade, "na civilidade dos meios para usufruir desse objeto"[28] (tradução nossa), e não no afastamento total de tais meios[29].

Seguindo essa linha de raciocínio, nos termos ora pesquisados, a corrente majoritária[30] – especialmente da doutrina[31] e da jurisprudência estrangeiras baseadas nos parâmetros trazidos pela Corte Europeia de Direitos Humanos[32] que serão analisados na sequência –, em maior ou menor grau, defende que o princípio *nemo tenetur se detegere* não é absoluto e, portanto, pode sofrer algum tipo de limitação. Não obstante, não há definição legal e expressa de quais seriam tais limites, sendo eles "implícitos e decorre[ntes] da necessidade de coexistência com outros valores que, igualmente, são protegidos pelo ordenamento"[33].

---

27. Manoel da Costa Andrade (1992, p. 123) alerta que o princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* figura como "critério seguro de demarcação e de fronteira entre o processo de estrutura acusatória e as manifestações do processo inquisitório [...] a sua denegação anda indiscutivelmente associada às concretizações históricas do processo inquisitório". Em complementação, conforme Barja de Quiroga (2004, p. 530), mesmo reconhecendo que esta não é a posição majoritária trazida pela doutrina e pela jurisprudência espanhola, defende que, na hipótese de o acusado ser obrigado a se submeter à produção de provas contra a sua vontade, a ele é outorgado processualmente o significado de "coisa" (exemplo: submissão coercitiva a perícias corporais).
28. HADDAD, 2007, p. 239.
29. DE LUCA, 1999, p. 271.
30. Nesse sentido, ver: QUEIJO, 2012, p. 373; ANDRADE, 1992, p. 120-132; ALEXY, 2008, p. 108; MARTELETO FILHO, 2012, p. 86.
31. Segundo Joel Tovil (2008, p. 270), "a tendência no Direito estrangeiro é a de não conferir aos investigados direitos absolutos em face do Estado e da sociedade", e entre tais direitos dos investigados, pode-se citar o princípio *nemo tenetur se detegere,* que traz a garantia contra a autoincriminação.
32. BARJA DE QUIROGA, 2004, p. 543.
33. QUEIJO, 2012, p. 406.

A título exemplificativo, é possível destacar alguns diferentes possíveis critérios para fixação de eventuais limites ao princípio *nemo tenetur se detegere:* (i) pela regra da ponderação, se adequado, necessário e estritamente proporcional, o interesse estatal na busca da verdade, ao longo do exercício do *ius puniendi*, pode prevalecer sobre o interesse individual do acusado de não produzir provas contra si mesmo[34]; (ii) a garantia contra autoincriminação só alcança declarações verbais/orais do investigado/acusado, limitando-se, portanto, ao direito ao silêncio[35]; e (iii) as provas produzidas se dividem naquelas que dependem da cooperação ativa do acusado e aquelas que implicam mero tolerar passivo[36], sendo somente aquelas protegidas pelo princípio *nemo tenetur se detegere*[37].

34. COUCEIRO, 2004, p. 52. Complementando, Maria Elizabeth Queijo (2012, p. 406) explica que os limites da garantia contra autoincriminação dizem respeito justamente à solução do conflito entre tal direito fundamental individual do acusado e a "necessidade de preservação de outros bens protegidos constitucionalmente, representados pela segurança pública e a paz social, que são alcançados por meio da persecução penal". Na sequência, complementa: "Se não se admitisse limitação ao *nemo tenetur se detegere*, seria ele um direito absoluto e, consequentemente, em diversas situações, o interesse público na persecução penal restaria completamente aniquilado, comprometendo a paz social e a segurança pública, bens diretamente relacionados ao interesse na persecução penal, que seriam sacrificados, conduzindo a situações indesejáveis socialmente e que causariam repulsa. As limitações, pois, são inevitáveis, mas não deverão conduzir ao extremo sacrifício do direito fundamental restringindo-o, tornando-o irreconhecível ou desnaturado".

35. OLIVEIRA, 2004, p. 211.

36. As intervenções corporais implicariam, em tese, somente um mero tolerar passivo. Segundo Gabriela Cordoba (2005, p. 282), por tolerar passivo se entende o reconhecimento e a extração de sangue (intervenção corporal).

37. ANDRADE, 1992, p. 120-132. Gabriela Cordoba (2005, p. 283) destaca problemas ligados à classificação entre passividade e atividade como base para determinação da incidência ou não do princípio *nemo tenetur se detegere*. O primeiro deles é que nem sempre é possível diferenciar claramente se a medida investigativa implica conduta totalmente ativa ou passiva do sujeito, pois há situações nebulosas que geram dúvida na diferenciação entre ação e omissão, como a submissão do investigado/acusado ao reconhecimento pela vítima, solicitando a ele que permaneça em determinada posição. E a dúvida surge porque não existe um critério expresso e infalível para diferenciar tais modalidades de conduta. O segundo problema é que mesmo as atividades que exigem mero tolerar passivo do investigado/acusado acabam necessitando de algum tipo de colaboração ativa de sua parte – por menor que seja – para que seja concluída a obtenção do elemento de prova de seu próprio corpo. No caso de extração compulsória de amostras de sangue, por exemplo, apesar de o indivíduo somente suportar passivamente uma pequena ingerência em seu organismo para extração do material corpóreo, em um

Tendo em vista a inexistência de previsão legal ou consenso acerca dos limites do princípio *nemo tenetur se detegere*, será necessário analisar, na sequência, como vêm sendo entendidas e aplicadas as supramencionadas restrições da garantia contra autoincriminação – tanto no âmbito internacional quanto no Brasil – no que tange às intervenções corporais, especialmente levando em consideração os novos avanços tecnológicos.

Mas, afinal, o que exatamente são intervenções corporais e como elas podem ser executadas?

2.2. Conceito de intervenções corporais coercitivas

Antes de aprofundar o estudo sobre a extensão do princípio *nemo tenetur se detegere* às intervenções corporais e, com isso, vislumbrar a possibilidade de tais medidas serem executadas coercitivamente, especialmente com a ajuda dos novos métodos de execução trazidos pelo desenvolvimento tecnológico, é preciso entender como a medida vem sendo conceituada.

José Maria Ascencio Mellado traz um conceito genérico, segundo o qual intervenções corporais significam "a utilização do corpo do próprio imputado mediante atos de intervenção para efeito de investigação e comprovação de delitos"[38] (tradução nossa).

Nicolas Gonzales-Cuellar Serrano, demonstrando uma visão ainda *latu sensu* do tema, mas com delimitação um pouco mais elaborada, apresenta o seguinte conceito:

> "Por intervenções corporais cabe entender, dentro do processo, as medidas de investigação que se realizam sobre o corpo das pessoas, sem necessidade de obter seu consentimento, e por meio de coação direta, se for preciso, com o fim de descobrir circunstâncias fáticas que sejam de interesse para o processo, em relação às condições ou ao estado físico ou psíquico do sujeito, ou com o fim de encontrar objetos escondidos nele."[39] (Tradução nossa.)

---

primeiro momento necessitará deslocar-se até o local apropriado para a realização da intervenção e, na sequência, terá de arregaçar as mangas da camisa e estender o corpo/braço em uma posição que possibilite ao médico a extração do material. Finalmente, o último problema apontado pela autora é que tanto quando colabora ativamente como quando tolera passivamente a produção de provas contra si, o acusado é considerado mero objeto de provas – algo típico de sistemas inquisitórios, e não de um Estado Democrático de Direito.

38. MELLADO, 1989, p. 137.

39. SERRANO, 1990, p. 290.

O mencionado autor considera que intervenções corporais já são, por natureza, coercitivas. Ou seja, não haveria dúvida sobre a possibilidade de execução coativa da medida, pois esta já pressupõe, em sua essência, ser efetivada "sem necessidade de obter seu consentimento [do investigado/acusado], e por meio de coação direta se for preciso"[40].

Luis Gómez Amigo mantém a linha de raciocínio ao prever que:

> "As medidas de intervenção corporal constituem procedimentos sumários de investigação, de obtenção e de garantia de fontes de provas (prova pré-constituída), que recaem ou são praticados sobre a materialidade física da pessoa, com o fim de comprovar a existência do delito e a participação do imputado em tal delito, bem como seu grau de responsabilidade, restringindo ou limitando seus direitos fundamentais (integridade física ou intimidade corporal, de maneira geral); que podem ser praticados sem a necessidade do consentimento do imputado e que devem ser decretadas no curso de um processo em trâmite."[41] (Tradução nossa.)

O autor sequer cita o princípio *nemo tenetur se detegre* como um dos direitos fundamentais possivelmente afetados pela prática das intervenções corporais, assumindo também, como parte do conceito da medida, a possibilidade de execução, independentemente do consentimento do sujeito passivo.

Segundo José Francisco Etxeberria Guridi, o conceito de intervenção corporal é impreciso e deve ser estendido a diversos atos probatórios:

> "As medidas enquadradas no que se veio a chamar de inspeção corporal (com a ressalva de que elas têm que afetar com maior ou menor intensidade o pudor ou a intimidade corporal); os registros corporais que excedam às buscas superficiais anteriormente descritas; as diligências que suponham uma intervenção (só de inspeção ou de pesquisa ou atuação médica) nos orifícios naturais do corpo (ânus, boca ou vagina); [...] aquelas medidas que impliquem uma lesão aos tecidos ou revestimentos cutâneos e musculares (equivalentes às ingerências corporais alemãs); de igual modo, a extração de amostras corporais."[42]

40. Luis Gómez Amigo (2003, p. 25) elogia o conceito trazido por Nicolas Gonzales-Cuellar Serrano, especialmente por ter destacado que as intervenções corporais podem ser realizadas sem a necessidade do consentimento do indivíduo sujeito à medida.

41. GÓMEZ AMIGO, 2003, p. 26.

42. GURIDI, 1999, p. 64.

Além de estender o conceito de intervenções corporais, o autor contraria os anteriores, ao sustentar que todas as supramencionadas medidas – por significarem restrição, geralmente grave, de direitos fundamentais do sujeito passivo a elas submetido – não podem ser executadas mediante coação física direta. Logo, não há possibilidade de intervenções corporais coercitivas[43].

Na doutrina nacional, segundo Wagner Marteleto Filho, intervenções corporais *strictu sensu* são "medidas de ingerência corporal, que resultam em lesão, ainda que de pequena monta, à integridade física, porquanto demandam extração, do corpo do sujeito passivo, de determinados elementos externos ou internos para que sejam submetidos à perícia"[44]. O autor deixa claro que somente constituem intervenção corporal as medidas que afetam a integridade física do sujeito submetido ao exame, ficando, assim, excluídos do conceito as buscas pessoais, as inspeções corporais, os registros corporais e o reconhecimento pessoal[45].

Maria Elisabeth Queijo concorda com a ideia genérica de que intervenções corporais são atos de investigação ou de obtenção de prova no corpo do investigado/acusado, mas vai além e divide tais atos em provas que impliquem intervenção invasiva e não invasiva no corpo do sujeito passivo submetido à medida[46].

Marcelo Schirmer Albuquerque complementa esse conceito ao dizer que as provas não invasivas nunca atingem de forma direta os direitos fundamentais do sujeito passivo, limitando-se, assim, "a uma sujeição passiva, a uma tolerância ou, quando muito, ao fornecimento de materiais ou objetos para exames comparativos, desde que isso possa ser feito de forma simples, rápida e imediata [...] sem a necessidade de uma ingerência no corpo do indivíduo"[47].

Ou seja, uma vez que não afetam os direitos fundamentais do imputado, não interferem na sua integridade física. As provas invasivas, por sua vez, têm maior ingerência sobre a pessoa do investigado/acusado, correspondendo a procedimentos mais ou menos complexos, realizados sobre o corpo do indivíduo e, nessa hipótese, a possibilidade da prática de coerção estaria afastada[48].

O conceito de intervenção corporal, portanto, não é pacífico. Com base nos doutrinadores expostos anteriormente, vê-se uma tendência de conceituar as

43. GURIDI, 1999, p. 35.

44. MARTELETO FILHO, 2012, p. 107-108.

45. MARTELETO FILHO, 2012, p. 104-105.

46. QUEIJO, 2012, p. 290.

47. ALBUQUERQUE, 2008, p. 99.

48. ALBUQUERQUE, 2008, p. 108.

intervenções corporais como diligências investigativas que visam retirar do corpo do sujeito passivo elementos de prova necessários à investigação da ocorrência de um fato delituoso e de sua autoria, importando em afetação da integridade física do indivíduo a elas submetido.

Com base nas ideias aqui ventiladas acerca do princípio *nemo tenetur se detegere* e das intervenções corporais, analisa-se, na sequência: (i) como a Corte Europeia de Direitos Humanos vem entendendo e eventualmente autorizando a prática de intervenções corporais mesmo contra a vontade do acusado, à luz da garantia contra a autoincriminação, no âmbito internacional; (ii) como isso vem acontecendo no Brasil, com base especialmente na doutrina e nos julgados do Supremo Tribunal Federal. Finalmente, busca-se concluir se novas tecnologias que possibilitem a prática de intervenções corporais não mais invasivas, mas sim sensíveis, sem afetação da integridade física do sujeito passivo a elas submetido – como ilustrado por Maria Elisabeth Queijo e Marcelo Schirmer Albuquerque – poderiam alterar o cenário internacional e/ou nacional sobre o assunto.

3. Intervenções corporais coercitivas à luz dos julgados da Corte Europeia de Direitos Humanos

A abordagem dos julgados das Cortes Internacionais de Direitos Humanos – como norteadores da aplicação dos direitos humanos, penal e processual penal por seus países membros – nesse ponto recairá apenas sobre julgados da Corte Europeia de Direitos Humanos, uma vez que não se encontrou nenhum julgado da Corte Interamericana de Direitos Humanos que trate especificamente de intervenções corporais coercitivas[49]. Logo, o entendimento europeu pode e deve ser ao menos observado por países de outros continentes, como o Brasil.

A Convenção Europeia de Direitos Humanos – base constitutiva da Corte Europeia – não prevê expressamente a garantia contra a autoincriminação, sequer em sua vertente do direito ao silêncio. No entanto, segundo o entendimento já pacificado pela própria Corte[50], essa garantia está implícita na ideia de processo equitativo, justo, trazida pelo artigo 6º, § 1º, da Convenção.

49. Nereu José Giacomolli (2014, p. 203-208) elabora um pequeno histórico de julgados das Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos no que tange ao princípio *nemo tenetur se detegere*. Em relação à Corte Interamericana, o autor também deixa claro não haver qualquer julgado relacionado às intervenções corporais coercitivas.

50. Nesse sentido: caso "Saunders v. Reino Unido"; caso "Heaney and McGuinness v. Irlanda"; caso "J.B. v. Suiça"; caso "Allan v. Reino Unido"; caso "Jalloh v. Alemanha".

Há décadas, a Corte Europeia vem se debruçando sobre a análise da extensão do princípio *nemo tenetur se detegere* às intervenções corporais e decidiu, em algumas oportunidades, que à luz da garantia contra autoincriminação é possível a utilização de evidências obtidas coercitivamente do próprio corpo do investigado/acusado, ou seja, contra a sua vontade – como amostras de sangue para exame de alcoolemia ou DNA, urina, saliva, entre outros –, mesmo de maneira invasiva com afetação da integridade física, contanto que tais evidências existam independentemente da vontade do suspeito e desde que observados determinados parâmetros[51].

Os primeiros julgados da Corte Europeia sobre intervenções corporais realizadas mesmo diante da negativa de submissão do acusado datam das décadas de 1960 e 1970 e analisaram a questão à luz dos artigos 2º (direito à vida), 5º (direito à liberdade e segurança), 6º, § 2º (presunção de inocência), e 8º (direito ao respeito pela vida privada e familiar) da Convenção[52]. Somente anos depois é que foram feitas análises de intervenções corporais em relação também aos artigos 6º, § 1º (direito a um processo equitativo e, consequentemente, à não autoincriminação) e 3º (proibição da tortura e de outros tratamentos desumanos ou degradantes)[53].

Nessa linha, foi em 1996, ao julgar o caso "Saunders v. Reino Unido", que a Corte Europeia teve a oportunidade de analisar, pela primeira vez, as intervenções corporais levadas a cabo mesmo contra a vontade do sujeito passiva, nos termos do artigo 6º, § 1º, da Convenção, especificamente à luz do direito à não autoincriminação, quando assentou que o princípio *nemo tenetur se detegere* faz parte do coração do direito a um julgamento justo e equitativo e que, portanto, não pode variar de acordo com o interesse público ou com a severidade do crime investigado. Apesar disso, sedimentou que a utilização de evidências obtidas coercitivamente, ou seja, contra a vontade do acusado – incluídos os elementos

51. A metodologia utilizada para tal pesquisa foi explicada na introdução do presente artigo. Feito isso, os julgados localizados no sítio eletrônico da Corte Europeia de Direitos Humanos, estudados e utilizados para formulação das conclusões dessa parte do trabalho são: caso "X v. República Federativa da Alemanha"; caso "X v. Holanda"; caso "X v. Áustria"; caso "Acmanne e outros v. Bélgica"; caso "Peters v. Holanda"; caso "Saunders v. Reino Unido"; caso "Schmidt v. Alemanha"; caso "Jalloh v. Alemanha"; caso "Bogumil v. Portugal"; caso "Boyce v. Irlanda"; caso "Yuriy Volkov v. Ucrânia". Ver: ARAUJO, 2020, p. 135-145.

52. Caso "X v. República Federativa da Alemanha"; caso "X v. Holanda"; caso "X v. Áustria"; caso "Acmanne e outros v. Bélgica"; caso "Peters v. Holanda".

53. Caso "Saunders v. Reino Unido"; caso "Schmidt v. Alemanha"; caso "Jalloh v. Alemanha".

de prova colhidos do próprio corpo do investigado invasivamente, como amostras de sangue para exame de alcoolemia ou DNA, urina, saliva, entre outros –, em investigações ou processos penais, contanto que tais evidências existam independentemente da vontade do suspeito, não viola o princípio *nemo tenetur se detegere*.

Esse entendimento foi aprofundado nos julgamentos dos casos "Schmidt v. Alemanha" e "Jalloh v. Alemanha", quando a Corte pacificou que o direito à não autoincriminação está ligado tão somente ao direito ao silêncio do acusado e ao seu direito de não ser obrigado a testemunhar contra a sua vontade. Ou seja, intervenções corporais coercitivas, mesmo com o objetivo de extrair provas do corpo do acusado, não são englobadas por tal princípio.

No caso "Jalloh v. Alemanha", especificamente, foram traçados padrões expressos pela Corte Europeia para determinar quando e se há violação ao direito à não autoincriminação na utilização de medidas coercitivas para obtenção de prova, a saber: (i) a natureza e o grau da coerção utilizada para obtenção da prova; (ii) o peso do interesse público na investigação e a punição do crime em tese praticado e investigado; (iii) a tomada de proteções/precauções durante o procedimento; e (iv) o destino que será dado ao material obtido por meio da intervenção.

Nesses mesmos julgados, a Corte Europeia também analisou a questão aos olhos do artigo 3º da Convenção. No julgamento do caso "Jalloh v. Alemanha" foram estabelecidos parâmetros a serem observados – em conjunto com os padrões retromencionados, no que tange ao artigo 6º, § 1º – para a realização de intervenções corporais coercitivas, a fim de que a medida não fira o *princípio nemo tenetur se detegere* nem se equipare à tortura e/ou a tratamentos desumanos e degradantes:

> "De acordo com o TEDH, a obtenção coercitiva de tal material [sangue, urina, entre outros], não só é consentida pelo artigo 6º da Convenção, como será conforme ao respectivo artigo 3º, que proíbe a tortura e os tratamentos desumanos ou degradantes, sempre que forem observados, quanto *à intervenção coercitiva, os seguintes limites: i) a prova pretendida obter através do material corpóreo deverá relacionar-se com um crime grave e sério (ideia de um catálogo de crimes); ii) as autoridades deverão demonstrar que tomaram em consideração todos os métodos alternativos de recolha de prova (princípio da subsidiariedade); iii) a intervenção não pode exceder nunca o mínimo de severidade tolerado pelo artigo 3º da Convenção – isto é, não pode* implicar risco relevante de lesão duradoura na saúde do visado, nem provocar-lhe sofrimento físico sério – o que deverá ser estabelecido em razão da duração da intervenção e dos seus efeitos

> físicos e mentais, do nível de supervisão médica disponibilizada e, em determinados casos, do sexo, idade e saúde do destinatário do procedimento."[54]

Em relação ao primeiro item apontado pela doutrina colacionada, frise-se que a Corte Europeia originalmente defendeu que a interpretação e a aplicação dos meios coercitivos de obtenção de prova – e, consequentemente, do princípio *nemo tenetur se detegere* – não deveriam variar de acordo com o interesse público ou com o tipo de crime investigado[55]. No entanto, ao analisar os casos "Schmidt v. Alemanha" e "Jalloh v. Alemanha", a Corte alterou esse entendimento, passando então a defender que as intervenções corporais coercitivas só poderão ser realizadas quando o crime investigado for de natureza grave. E, para além da materialidade delitiva, no caso "Jalloh v. Alemanha", o órgão julgador apontou a necessidade de haver indícios fortes, além da dúvida razoável, de que o sujeito submetido à medida seria o autor do delito grave investigado[56].

A Corte Europeia também defende, ao longo dos julgados aqui citados, que as intervenções corporais coercitivas sejam sempre determinadas por autoridade competente para tanto, apesar de não deixar claro se tal autoridade deve ser juiz, promotor ou delegado de polícia, por exemplo. Essa definição fica a cargo da legislação local de cada país[57]. E, independentemente de qual autoridade será a responsável pela determinação da medida, deve, necessariamente, demonstrar que a prova pretendida não poderia ser coletada por nenhum método alternativo menos invasivo. É a ideia de que a determinação/decisão de execução da medida deve ser motivada e se fundar, entre outros, no princípio da subsidiariedade, sem olvidar que intervenções corporais coercitivas devem ser tratadas como *ultima ratio*.

---

54. COSTA, 2011, p. 117-183.

55. Caso "Saunders v. Reino Unido".

56. A necessidade de haver indícios suficientes da autoria delitiva para autorizar a execução de intervenção corporal contra a vontade do investigado é defendida também pela doutrina: ALBUQUERQUE, 2008, p. 122-125; MARTELETO FILHO, 2012, p. 143-145; ARMENTA DEU, 2010, p. 160; HAMMERSCHMIDT, 2012, p. 148; HADDAD, 2005, p. 333.

57. Complementando, diversos autores defendem que a autoridade competente para determinar a execução de intervenções corporais coercitivas é o juiz, ou seja, a medida deve ser ordenada por autoridade judicial: SERRANO, 1990, p. 306-307; QUEIJO, 2012, p. 411; ALBUQUERQUE, 2008, p 135-139; GURIDI, 1999, p. 310; CASABONA, 2010, p. 77-80; ARMENTA DEU, 2010, p. 159-160; GÓMEZ AMIGO, 2003, p. 57-58; MARTELETO FILHO, 2012, p. 140-143; CARVALHO, 2008, p. 361; HAMMERSCHMIDT, 2012, p. 123-125; HADDAD, 2007, p. 245.

Carvalho, Maria Paes Barreto de Araujo. Intervenções corporais coercitivas, *nemo tenetur se detegere* e inovações tecnológicas: é o fim do direito de não produzir provas contra si mesmo?. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 188. ano 30. p. 291-336. São Paulo: Ed. RT, fevereiro 2022. DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v188i188.87].

A análise dos julgados da Corte Europeia sobre o tema permite concluir, ainda, que medidas envolvendo intervenção corporal coercitiva, apesar de poderem/deverem ser determinadas por diferentes autoridades legais, têm de ser realizadas por um médico[58], e quando o acusado, voluntariamente, submeter-se ao procedimento, deve ser avisado de seus riscos e consequências – caso contrário, o material coletado não poderá ser utilizado como evidência contra ele.

Vale destacar que a Corte Europeia, em passagens dos julgados "X v. Áustria" e "Acmanne e outros v. Bélgica", refere-se à extração compulsória de sangue e saliva, a exames de Raio-X e endoscopia, entre outras intervenções corporais, como procedimentos insignificantes ou inofensivos[59]. Logo, é possível concluir que, aos olhos da Corte, esse tipo de medida não é considerado grave.

Não obstante, a fim de que tais medidas não sejam equiparadas à tortura ou a tratamentos desumanos e degradantes – como ocorreu no julgado do caso "Jalloh v. Alemanha" – não podem "implicar risco relevante de lesão duradoura na saúde do visado, nem lhe provocar sofrimento físico sério"[60], não podendo caracterizar procedimento vexatório ou humilhante. A propósito, como ficou determinado nesse mesmo julgado, para que não se configure tal indesejável equiparação, devem ser sempre observadas as circunstâncias do caso, a duração do procedimento, os seus efeitos físicos e psicológicos e, em algumas situações, o sexo, a idade e a saúde da pessoa envolvida, jamais podendo o procedimento humilhar ou rebaixar o investigado[61].

58. A obrigação de que intervenções corporais sejam realizadas por médico é também perseguida pela doutrina: QUEIJO, 2012, p. 412; SERRANO, 1990, p. 249; HADDAD, 2007, p. 245.

59. Nicolas Gonzales-Cuellar Serrano (1990, p. 289) afirma que intervenções corporais são legítimas e inofensivas. Américo Bedê Junior e Gustavo Senna (2009, p. 42) entendem que, do ponto de vista da intangibilidade corporal, o material biológico coletado por meio de intervenções corporais é insignificante.

60. O pressuposto de que intervenções corporais coercitivas não podem implicar riscos à saúde e à integridade física do sujeito passivo, bem como não podem causar sofrimento ou danos físicos e/ou psíquicos ao mesmo também encontra respaldo doutrinário: SERRANO, 1990, p. 249; OLIVEIRA, 2004, p. 220-221; ALBUQUERQUE, 2008, p. 132-133; GÓMEZ AMIGO, 2003, p. 58-59; LOPES JUNIOR, 2003, p. 351; AMBOS; GUERRERO, 2019, p. 159.

61. A doutrina também entende que as intervenções corporais coercitivas não podem implicar tratamento vexatório ou degradante nem humilhar o imputado: GÓMEZ AMIGO, 2003, p. 58-59; CORDOBA, 2005, p. 291-292.

Conclui-se, assim, que, aos olhos da Corte Europeia de Direitos Humanos, as intervenções corporais, mesmo que com o objetivo de buscar coercitivamente provas contra o indivíduo a elas submetido, não violam o princípio *nemo tenetur se detegere*. Não obstante – por serem uma forma invasiva de intervenção no próprio corpo do acusado, afetando, ainda que em pequeno grau, a sua integridade física – devem observar os parâmetros aqui destacados, a fim de não se equipararem a tortura e a tratamentos desumanos ou degradantes, sob pena de a prova obtida por meio de tais procedimentos compulsórios ser considerada ilícita e, portanto, inadmissível[62].

A conclusão da Corte Europeia já vem sendo seguida pela legislação de diferentes países, como Alemanha[63], Espanha[64] e Itália[65] – o que demonstra uma

62. Em alguns casos, ainda que não relacionados diretamente a intervenções corporais coercitivas, a Corte Europeia já decidiu que provas obtidas em discordância aos artigos 3º e 8º da Convenção são consideradas ilícitas e, portanto, não podem ser utilizadas no processo, sob pena de violarem a equidade e a justiça do julgamento, nos termos do artigo 6º da Convenção. São eles: caso "Allan v. Reino Unido"; caso "Bykov v. Russia"; caso "Gäfgen v. Alemanha".

63. O § 81-A do StPO prevê a utilização de coação física direta para obrigar o acusado a se submeter a intervenções corporais, ainda que contra a sua vontade, para a obtenção de elementos de prova de seu corpo relevantes à investigação ou ao processo. A legislação alemã ressalva somente que a intervenção precisa ser realizada por um médico, não pode pôr em risco a saúde do acusado – o que deve ser analisado pelo juiz, com a ajuda de peritos, se necessário, devendo o magistrado levar em consideração, para tanto, as circunstâncias do caso concreto, entre elas, o estado físico do acusado e a sua constituição corporal (DEUTSCHLAND. Bundesamts für Justiz. *Strafprozeßordnung StPO*. Ausfertigungsdatum: 12.09.1950).

64. A Lei Orgânica 10/2007 espanhola, que regulamenta a base de dados de identificadores obtidos a partir de exame de DNA, estabelece que, para a investigação dos delitos listados no artigo 3.1.a, a polícia judiciária procederá à tomada de amostras e/ou fluidos corporais do suspeito, preso ou acusado, via inspeção, reconhecimento ou intervenções corporais, mesmo sem o seu consentimento, desde que a medida seja determinada por decisão judicial motivada e esteja de acordo com os termos do regramento da *Ley de Enjuiciamiento Criminal* (ESPAÑA. Boletín Oficial del Estado. *Ley de Enjuiciamiento Criminal*).

65. O § 2º-bis do artigo 349 do Código de Processo Penal italiano, autoriza, para a identificação do suspeito da prática de delito de terrorismo, a coleta de pelos/cabelo ou material biológico da cavidade oral, a qual poderá ser executada coercitivamente, pela polícia judiciária, desde que seja respeitada a dignidade pessoal do sujeito passivo e que haja autorização – escrita ou oral, nesse caso posteriormente confirmada por escrito – do Ministério Público. Por sua vez, o artigo 224-bis do Código de Processo Penal do país,

tendência, no Direito estrangeiro, de que o direito do indivíduo de não produzir provas contra si mesmo não engloba as intervenções corporais coercitivas, podendo, sim, ser aceitas e executadas.

Resta saber, agora, se isso também ocorre no Brasil e se a tecnologia atual possui novos e modernos meios de prova que minimizam a agressão inerente às intervenções corporais coercitivas, a fim de influenciar, ainda mais, a ausência de proteção internacional pela garantia contra autoincriminação.

4. Intervenções corporais coercitivas e o princípio *nemo tenetur se detegere* no Brasil

No Brasil, o entendimento internacional trazido pela Corte Europeia de Direitos Humanos, observado por alguns ordenamentos jurídicos estrangeiros e explicado na seção anterior, não tem sido seguido. Isso será demonstrado, a seguir, a partir da análise da disciplina legal, da doutrina e da jurisprudência sobre o tema.

4.1. Análise legislativa

4.1.1. Legislação acerca do princípio nemo tenetur se detegere

Diferentemente do observado em relação à Convenção Europeia de Direitos Humanos descrita na seção anterior, que sequer previu expressamente o princípio do *nemo tenetur se detegere* em seu texto, no Brasil, o direito de não produzir provas contra si mesmo se encontra positivado tanto na Constituição Federal quanto na legislação processual penal infraconstitucional.

Na redação original do atual Código de Processo Penal havia três dispositivos legais que asseguravam o direito do réu ao silêncio (garantindo, assim, o seu direito à não autoincriminação), mas não de maneira absoluta. O artigo 186 previa expressamente que: "Antes de iniciar o interrogatório, o juiz observará ao réu que, embora não esteja obrigado a responder às perguntas que lhe forem formuladas, o seu silêncio poderá ser interpretado em prejuízo da própria

após alteração legislativa, passou a autorizar expressamente a execução de intervenções corporais coercitivas para a coleta de cabelo, pelo ou mucosa bucal para fins de exame pericial de DNA. Ressalva-se, no entanto, que, apesar do uso da coação física direta ser autorizado, tal força somente pode ser aplicada durante o tempo necessário para o cumprimento da coleta do material corpóreo, devendo cessar imediatamente após finalizado o ato (ITALIA. *Codice di Procedura Penale*).

defesa"[66]. O artigo 191 dizia que: "consignar-se-ão as perguntas que o réu deixar de responder e as razões que invocar para não fazê-lo"[67]. Já o artigo 198 dispunha que o silêncio do acusado "poderá constituir elemento para a formação do convencimento do juiz"[68]. Como se pode ver, a redação original do Código Penal possibilitava que o juiz interpretasse negativamente o silêncio do réu e que o utilizasse contra ele na hora de julgá-lo[69]. Ainda, de acordo com a redação original do citado caderno processual, o interrogatório era o primeiro ato praticado na fase de instrução – logo após a apresentação da defesa prévia –, levando à interpretação de que seria mero meio de prova, e não meio de defesa[70].

A atual Constituição Federal, promulgada em 1988, trouxe uma nova perspectiva ao tema da não autoincriminação ao assegurar, em seu artigo 5º, inciso LXIII, o direito de o acusado permanecer calado[71]. Vale acrescentar que o Brasil, em 1992, aderiu ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ambos diplomas internacionais que consignam previsões expressas, relacionadas ao princípio *nemo tenetur se detegere*[72].

66. BRASIL, 1940.

67. BRASIL, 1940.

68. BRASIL, 1940.

69. Ao comentar o interrogatório, sob a ótica da redação original do Código de Processo Penal, Eduardo Espínola Filho afirma que ao acusado a lei assegura "a faculdade de calar, mas não dando respostas às perguntas, que lhe são feitas, por ocasião do interrogatório, não tem o direito de se esquivar das mesmas. E, na realidade, ainda prevenido de não querer o acusado responder ao que lhe é perguntado, o juiz poderá obter bons elementos de apreciação psicológica da situação, fazendo, ao réu, quando insiste no mutismo, as indagações de utilidade ao esclarecimento da causa, pois se orientará proveitosamente, examinando as reações que cada questão provoque no interrogado" (1976, p. 17).

70. MARQUES, 2000, p. 386. Nesse mesmo sentido: ESPÍNOLA FILHO, 1976, p. 25.

71. Embora a Constituição Federal em vigor tenha assegurado o direito ao silêncio apenas ao preso, entende-se que ele deve ser estendido a toda e qualquer pessoa, pois negar tal direito a alguém só porque está em liberdade é ilógico, antijurídico e contrário ao nosso ordenamento. Segundo Antônio Magalhães Gomes Filho (1997, p. 113), "embora aludindo ao preso, a interpretação da regra constitucional deve ser no sentido de que a garantia abrange toda e qualquer pessoa, pois diante da presunção de inocência, que também constitui garantia fundamental do cidadão (art. 5º, inc. LVII, CF e, ainda, Convenção Americana sobre Direitos Humanos, art. 8º, §2º), a prova de culpabilidade incumbe exclusivamente à acusação".

72. Artigo 8º, § 2º, da Convenção Interamericana de Direitos Humanos e artigo 14, § 2º, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos.

Com a nova previsão constitucional e a incorporação dos tratados internacionais, os citados artigos 186, 191 e 198 do Código de Processo Penal ficaram incongruentes, pois esbarravam em óbices relacionados ao direito ao silêncio[73]. Desse modo, visando compatibilizar a legislação processual às previsões constitucionais, promulgou-se a Lei 10.792, de 01 de dezembro de 2003, que alterou a disciplina do interrogatório no processo penal.

Como já mencionado, o artigo 186 do Código de Processo Penal afirmava, em sua parte final, que o silêncio do réu no interrogatório poderia ser interpretado em prejuízo de sua defesa, demonstrando clara incompatibilidade com os preceitos constitucionais de 1988. O novo texto trazido pela Lei 10.792/2003 passou a refletir o significado essencial da garantia contra a autoincriminação na sua vertente do direito ao silêncio, excluindo a antiga advertência ao prever, em seu lugar, que: "O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa"[74]. Nessa mesma linha, foi excluída a antiga previsão do artigo 191, que determinava a consignação, pelo juiz, das perguntas não respondidas pelo réu em seu interrogatório.

De acordo com Renê Ariel Dotti, essa mudança ocorreu porque, após a Constituição Federal de 1988, "ficaria sacrificado o direito ao silêncio se o Juiz mandasse consignar no termo de interrogatório as perguntas que o réu deixasse de responder e as razões que invocou para assim fazê-lo". Para o autor, se o réu tem o direito de se calar, perde substância a regra anterior[75].

O artigo 198 continua em vigor com sua redação original. Apesar disso, a doutrina entende que a parte final do texto, segundo a qual o silêncio do réu pode influenciar a decisão do magistrado, não tem mais validade[76].

---

73. A título exemplificativo no que tange à redação original do artigo 186, José Frederico Marques destaca que "o silêncio do acusado não pode ser interpretado em seu prejuízo, pois está garantido constitucionalmente, conforme dispõe o art. 5º, inciso LXIII. Portanto, com o advento da Constituição Federal de 1988, o disposto no art. 186, do Código de Processo Penal, perdeu sua razão de ser, não podendo o mero silêncio ser prejudicial ao acusado" (2000, p. 389).

74. BRASIL, 2003b.

75. DOTTI, 2000, p. 426.

76. MIRABETE, 1994, p. 251. Segundo interpretação de Guilherme de Souza Nucci (2013, p. 468), "[...] a parte final do art. 198 não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, que, expressamente, conferiu ao réu a possibilidade de manter-se calado (art. 45º, LXIII), sem estabelecer qualquer consequência dessa opção, razão pela qual não pode a lei ordinária fixar conteúdo diverso. Se o acusado for advertido de que se pode calar, mas o juiz poder levar tal silêncio em consideração, é natural que não há direito algum, pois existe a alternativa real de se prejudicar com tal prerrogativa".

Conclui-se, portanto, com apoio em Carlos Henrique Borlido Haddad, que todas essas reformas legislativas foram essenciais para firmar que no ordenamento jurídico brasileiro o princípio *nemo tenetur se detegere*, na vertente do direito ao silêncio, "é assegurado em sua plenitude, tanto ao preso, quanto ao acusado, sem que de sua utilização possa presumir-se prejuízo à defesa, como se existisse o ônus da verdade ao interrogando"[77].

4.1.2. Legislação acerca das intervenções corporais coercitivas

A previsão constitucional e legal da garantia contra a autoincriminação no direito brasileiro evidencia que tal garantia se vincula expressamente à vertente do *nemo tenetur se detegere* ligada ao direito ao silêncio, não havendo previsão sobre sua incidência em relação a outros meios de prova ou de obtenção de prova que não impliquem a prestação de depoimento do investigado/acusado.

Uma vez que tal questão não está expressa, faz-se necessário estudar as regras relacionadas à previsão legal e à execução dos meios de provas e/ou de obtenção de provas no nosso ordenamento processual penal, para, assim, estabelecer se dentro desse regramento é permitido determinar a realização de intervenções corporais mesmo contra a vontade do sujeito submetido à medida e, em caso positivo, se isso violaria ou não o princípio *nemo tenetur se detegere*.

Apesar de o nosso Código de Processo Penal[78] e a legislação extravagante penal e processual penal[79] estabelecerem diversos meios de prova ou de obtenção de prova, não há previsão legal expressa referente às intervenções corporais coercitivas, pois não existe dispositivo que, especificamente, regulamente a hipótese de, mesmo contra a vontade do investigado/acusado, aplicar-se coerção para coleta de elemento probatório de seu corpo.

Gustavo Badaró destaca a previsão do artigo 369 do atual Código de Processo Civil, que estabelece que "as partes têm o direito de empregar todos os meios

77. HADDAD, 2000, p. 157.

78. O Código de Processo Penal dedica o "Título IV" ao tema "Da Prova", em que são previstos os seguintes meios de prova e de obtenção de prova: (i) Capítulo II – exame do corpo de delito e perícias em geral; (ii) Capítulo III – interrogatório do acusado; (iii) Capítulo IV – confissão; (iv) Capítulos V e VI – ofendido e testemunhas; (v) Capítulo VII – reconhecimento de pessoas e coisas; (vi) Capítulo VIII – acareação; (vii) Capítulo IX – documentos; e (viii) Capítulo XI – busca e apreensão.

79. Por exemplo, a interceptação de comunicações telefônicas, regulamentada pela Lei 9.296, de 24 de julho de 1996.

legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz". Assim, vê-se que no ordenamento processual civil há autorização legal expressa para utilização de todo e qualquer meio de prova, ainda que não previsto em lei, a fim de se demonstrar a verdade dos fatos, desde que o meio não seja ilegal ou moralmente ilegítimo[80].

No ordenamento processual penal não há um dispositivo legal semelhante. Não obstante, segundo entende a doutrina, incorpora-se "o princípio da não taxatividade dos meios de prova, de modo a possibilitar ao juiz o recurso a qualquer elemento para formação de sua convicção, caso não sejam moralmente ilegítimos ou legalmente proscritos"[81].

Na interpretação de Guilherme de Souza Nucci, qualquer tipo de prova pode ser produzido, desde que não contrarie o nosso ordenamento jurídico[82]. Ou seja, do ponto de vista do princípio da não taxatividade dos meios de prova, não haveria impedimento para que o juiz determinasse a realização de intervenção corporal, ainda que coercitivamente, para fins de colheita de elemento probatório, mesmo carente de previsão legal expressa[83].

Bom exemplo nesse sentido, a propósito, retira-se do Capítulo II do Título IV do Código de Processo Penal, que dispõe sobre o exame do corpo de delito, as perícias em geral e algumas perícias específicas, como autópsia (artigos 162 a 166), exame de lesões corporais (artigo 168), exame do local do crime (artigo 169), entre outras.

Como se vê, não há previsão legal expressa de perícia corporal ou que exija a realização de intervenções corporais para coleta de material biológico para análise. Ainda assim, o artigo 170 estabelece as perícias de laboratório, as quais poderiam englobar, tendo em vista o princípio da não taxatividade exposto anteriormente, exames genéticos para análise de material biológico colhido do corpo do investigado/acusado por meio de intervenções corporais, por exemplo.

80. BADARÓ, 2012, p. 273.

81. COUCEIRO, 2004, p. 299. Nesse mesmo sentido são as palavras de Gustavo Badaró (2012, p. 273): "Embora não haja um dispositivo semelhante do CPP, há consenso de que também não vigora no campo penal um sistema rígido de taxatividade dos meios de prova, sendo admitida a produção de provas não disciplinadas em lei, desde que obedecidas determinadas restrições".

82. NUCCI, 2013, p. 365.

83. COUCEIRO, 2004, p. 299.

Outra previsão legal expressa e atualmente vigente em nosso ordenamento jurídico que poderia se aproximar de uma possível intervenção no corpo do sujeito passivo é a busca pessoal prevista no artigo 240 do Código de Processo Penal, que "incide sobre a pessoa humana, abrangendo seu corpo, suas vestes (que é um provável meio de ocultação de coisa) e outros objetos ou coisas que estejam em contato com o corpo da vítima ou que por ela sejam transportados"[84]. É o que a população costuma chamar de "revista"[85]. Tal medida pode ser feita diretamente no corpo do indivíduo averiguado, "quer por meios de investigação oculares ou manuais, quer por meios mecânicos, radioscópicos"[86].

A busca pessoal, regra geral, realiza-se com técnicas não invasivas – e, portanto, não caracteriza intervenção corporal, de acordo com a maior parte dos conceitos da medida estudados na seção 1.2.2 –, mas, por vezes, poderá ser executada mediante utilização de procedimentos invasivos, como exame ginecológico, exame do reto e endoscopia[87]. Assim, apesar de não expressas na legislação brasileira, tendo em vista o princípio da não taxatividade em comento, apreende-se que as intervenções podem ser determinadas pelo juiz para coleta de elementos de prova diretamente do corpo do investigado.

A despeito do princípio da não taxatividade, de que se cuidou antes, em 2012, o legislador inovou e editou a Lei 12.654, que prevê "a coleta de perfil genético como forma de identificação criminal"[88], além de outras providências. Esse diploma legal alterou dois estatutos jurídicos distintos: (i) a Lei 12.037/2009, que regulamenta a identificação criminal no bojo de investigações; (ii) a Lei 7.210/1984, que disciplina a execução penal (chamada de Lei de Execução Penal).

A nova lei trouxe para o ordenamento jurídico brasileiro a previsão legal expressa – até então inexistente – de intervenções corporais, ainda que limitadas ao exame de DNA, para fins de identificação criminal. Logo, nessa hipótese, não há dúvida de que tais intervenções podem ser determinadas e realizadas.

84. BADARÓ, 2012, p. 344.

85. Aury Lopes Junior (2013, p. 726), ao criticar a previsão legal referente à busca pessoal, explica que a medida "incide diretamente sob o corpo do agente" e que consiste na "revista pessoal (e nos automóveis, caminhões, ônibus etc.) a qualquer hora do dia ou da noite, sem a necessidade de mandado judicial, bastando, para tanto, que alegue 'fundada suspeita' de que alguém possa estar ocultando (quase que) qualquer coisa".

86. TOURINHO FILHO, 2006, p. 384. Nesse mesmo sentido: NUCCI, 2013, p. 361.

87. QUEIJO, 2012, p. 296.

88. BRASIL, 2012.

Na parte em que trata da extração de DNA, para identificação de investigados, o texto legal nada diz acerca da hipótese de o sujeito recusar a se submeter à medida. Logo, não há previsão expressa para extração compulsória do material genético, quando este for essencial à investigação, nem qualquer tipo de sanção específica diante da recusa.

No que tange ao trecho destinado à identificação de indivíduos já condenados por crimes praticados dolosamente com violência de natureza grave contra a pessoa, ou por qualquer delito hediondo, a Lei 12.654/2012 prevê que a identificação do perfil genético mediante extração do DNA será obrigatória e automática, não necessitando de autorização judicial para tanto, após o trânsito em julgado da decisão condenatória. Não há, porém, previsão sobre a possibilidade do uso de coação direta, no caso de recusa. Em 2019, foi promulgado novo diploma legal, a Lei 13.964/2019, chamada de Lei Anticrime, que passou a prever que "a recusa do condenado em submeter-se ao procedimento de identificação do perfil genético"[89] constitui falta grave.

Esse cenário sinalizou possível tendência à relativização do princípio *nemo tenetur se detegere* no tocante às intervenções corporais, pois até então não havia previsão legal expressa – ou sequer proposta – no ordenamento jurídico brasileiro autorizando a extração de consequências negativas diante da recusa do sujeito passivo a não se submeter a exames corporais. Essa relativização, contudo, não ocorreu em seu nível máximo, que seria a possibilidade de aplicação de coerção direta para forçar a execução da medida, ainda que contra a vontade do sujeito condenado.

Diante de tudo isso, a análise da legislação brasileira, por si só, deixa margem para dúvida sobre o assunto. Essa dúvida não é tanto ligada à possibilidade de se determinar (ou não) a realização de intervenção corporal a título de prova atípica/irritual ou nos termos da Lei 12.654/2012, mas, sim, no caso de recusa do imputado, saber se a medida poderá ser determinada e com isso realizada à força, mesmo contra sua vontade ou, de maneira oposta, se incide o direito de não produzir provas contra si mesmo.

4.2. Análise doutrinária

Não há consenso na doutrina brasileira acerca da extensão do princípio *nemo tenetur se detegere* às intervenções corporais coercitivas, tanto de maneira geral como na hipótese da Lei 12.654/2012 descrita na seção anterior.

89. BRASIL, 2019b.

Diversos autores defendem uma visão bastante abrangente do princípio *nemo tenetur se detegere*, segundo a qual o direito de não produzir provas contra si mesmo deve ser estendido a todo e qualquer meio de prova ou de obtenção de prova, especialmente às intervenções corporais, meios de obtenção de prova invasivos e que afetam a integridade física do acusado[90].

A título exemplificativo, Luiz Flávio Gomes entende que o direito à não autoincriminação engloba outras dimensões, entre elas, o "direito [do acusado] de não ceder seu corpo (total ou parcialmente) para a produção de prova incriminatória"[91].

Antônio Magalhães Gomes Filho assevera que as intervenções corporais coercitivas em geral violam o direito do investigado/acusado de não produzir provas contra si mesmo, assim como violam a sua liberdade. Isso porque o direito à prova não significa "conferir a uma das partes no processo prerrogativa sobre o próprio corpo e a liberdade de escolha da outra". E acrescenta que no processo penal, especificamente, "diante da presunção de inocência, não se pode constranger o acusado ao fornecimento dessas provas, nem de sua negativa inferir a veracidade do fato"[92].

Augusto Jobim do Amaral, Ricardo Jacobsen Gloeckner e Gabriel Ferreira dos Santos, seguindo o entendimento dos autores citados linhas atrás, afirmam que, em matéria probatória, deriva do direito ao silêncio – reconhecido no ordenamento jurídico pátrio – a ausência de obrigação do acusado de produzir qualquer prova contra si mesmo. Desse modo, "o direito ao silêncio não abrange somente o direito de ficar calado, mas todas as modalidades em que a conduta exigida ou determinada implique autoincriminação (reconstituição do delito, intervenções corporais invasivas, por exemplo)"[93].

Daniel Leonhardt Santos e Lívia Limas dos Santos afirmam que o princípio *nemo tenetur se detegere* incide sobre qualquer meio de produção de prova, tanto os que necessitem de atuação ativa quanto passiva do acusado. Especificamente em relação às intervenções corporais coercitivas, segundo esses autores,

90. Nesse sentido está o posicionamento de: GIACOMOLLI, 2014, p. 193; GOMES, 2010; GOMES FILHO, 1997, p. 119; FERNANDES, 2012, p. 264-265; AMARAL; GLOECKNER; SANTOS, 2013, p. 271; SANTOS; SANTOS, 2014, p. 125-126; DARIVA, 2015, p. 146.

91. GOMES, 2010, p. 4.

92. GOMES FILHO, 1997, p. 119.

93. AMARAL; GLOECKNER; SANTOS, 2013, p. 271.

há uma linha tênue entre tal medida e a tortura; logo, em hipótese alguma pode ser aceita[94].

João Cláudio Couceiro e Marcelo Schirmer Albuquerque, por outro lado, trazem posições intermediárias sobre o assunto. Para o primeiro, o princípio *nemo tenetur se detegere* impede que o indivíduo seja coagido a se submeter a exames corporais probatórios, mas não veda que sua recusa implique indício de culpabilidade – o qual deverá ser cotejado com as demais provas do processo, invertendo-se o ônus da prova[95]. Para o segundo autor, a recusa do acusado em se submeter à produção de qualquer prova deve ser admitida, porém com consequência jurídica em seu desfavor enquanto prova indiciária a ser valorada em conjunto com os demais elementos probatórios colhidos[96]. A exceção estaria nos depoimentos orais, na acareação e na reconstituição dos fatos, sob pena de invalidar o interrogatório como meio de defesa, e nas provas invasivas excessivamente lesivas a direitos fundamentais e desproporcionais ao fim pretendido. O doutrinador não só exclui a aplicação de coação direta para obrigar o investigado/acusado a participar da produção da prova como afasta a hipótese de configuração do crime de desobediência[97], diante de sua recusa.

Alguns doutrinadores, porém, como Maria Elizabeth Queijo, entendem que se a intervenção corporal não for invasiva, poderá ser executada mesmo contra a vontade do sujeito[98]. Logo, o ponto determinante para aplicação ou não da garantia contra autoincriminação ao meio de obtenção de prova corporal seria a (in)existência de invasão física da medida. Joel Torvi, por sua vez, reconhece a tendência internacional de que o acusado tolere passivamente a produção de determinadas provas que não poderiam ser de outra maneira produzidas, como coleta de sangue, saliva ou urina, desde que tais procedimentos não impliquem risco à integridade corporal do sujeito passivo e não constituam atos humilhantes[99].

94. SANTOS; SANTOS, 2014, p. 125-126.

95. COUCEIRO, 2004, p. 358-359.

96. ALBUQUERQUE, 2008, p. 147-150.

97. ALBUQUERQUE, 2008, p. 148. Para o autor, a solução – diante da recusa do acusado em colaborar ou, ainda, tolerar a produção de provas contra si mesmo – não pode ser a tipificação do crime de desobediência, pois isso abriria a ele a escolha entre sujeitar-se à prova ou responder pelo delito em questão, o que não condiz com os propósitos da prova (elucidação dos fatos e convencimento do juiz) nem com os objetivos do processo penal. Nesse mesmo sentido: QUEIJO, 2012, p. 371-372.

98. QUEIJO, 2012, p. 309-315.

99. TOVIL, 2008, p. 269-270.

Apesar da falta de consenso, nota-se, na doutrinária nacional, uma predominância contrária à execução forçada das intervenções corporais diante da recusa do investigado/acusado e do condenado, aos olhos do princípio *nemo tenetur se detegere*, ainda que alguns doutrinadores defendam a possibilidade de que a sua recusa a se submeter à medida possa lhe trazer consequência negativa. Haveria possível exceção somente na hipótese de intervenções corporais não invasivas ou que não afetassem a integridade física do sujeito passiva, as quais, para alguns poucos autores, poderiam ser levadas a cabo mesmo coercitivamente.

4.3. Análise jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal

Constatada, então, a insuficiência legislativa e os diversos pontos levantados doutrinariamente sobre a abrangência (ou não) do princípio *nemo tenetur se detegere* às intervenções corporais coercitivas, será necessário verificar se a jurisprudência brasileira já se debruçou sobre o tema e, em caso positivo, analisar o entendimento alcançado e os argumentos que lhe dão suporte.

A linha adotada pelo nosso Supremo Tribunal Federal tem sido a de não admitir que o acusado seja obrigado a cooperar ativamente com as investigações. A título de exemplo, a Corte Suprema já reconheceu que o réu não está obrigado a fornecer padrões grafotécnicos[100] nem vocais[101]. Decidiu também que a participação do acusado na reconstituição do crime é voluntária[102] e que o direito ao silêncio é assegurado também nas Comissões Parlamentares de Inquérito[103]. Ainda, sustentou que não se pode extrair qualquer conclusão desfavorável do suspeito ou acusado que se recusar a fazer o exame de dosagem alcoólica[104].

No recente e emblemático julgamento das Ações de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPFs) 395[105] e 444[106], o Supremo Tribunal Federal decidiu que é inconstitucional a condução coercitiva do investigado/acusado para interrogatórios.

A Suprema Corte brasileira, como se pode perceber, tende a adotar uma posição garantista e protetiva em relação ao princípio *nemo tenetur se detegere*

100. BRASIL, 1998.

101. BRASIL, 2003a.

102. BRASIL, 1991.

103. BRASIL, 2006.

104. BRASIL, 2008a.

105. BRASIL, 2018a.

106. BRASIL, 2018b.

fulcrada no entendimento de que tanto o investigado quanto o acusado não possuem obrigação de cooperar com as investigações. Será, porém, que o mesmo se aplica às intervenções corporais coercitivas, à luz da garantia contra a autoincriminação? Na sequência, será exposta uma pesquisa empírica sobre o tema, de acordo com o corte metodológico adotado[107].

Na *Reclamação* 2.040[108], o Supremo Tribunal Federal somente autorizou a realização de exame pericial compulsório em material biológico desintegrado do corpo do suspeito pois, caso fosse necessária a realização de afetação da sua integridade física para a coleta, a medida não seria autorizada, tendo em vista a garantia contra a autoincriminação.

No *Habeas Corpus* 96.219[109], o Ministro Celso de Mello afirmou que o réu não está obrigado a produzir elementos de convicção contra si mesmo e que pode se recusar a participar – ativa ou passivamente – de procedimentos probatórios. O julgador não citou as intervenções corporais coercitivas, mas esse julgado é relevante porque equiparou, de maneira geral, as condutas ativas e passivas, defendendo que ambas estão protegidas pela garantia contra a autoincriminação. Vale lembrar que, como exposto na seção 1 deste artigo, entende-se que intervenções corporais são condutas passivas, pois o imputado somente suporta que terceiros extraiam elementos de seu corpo, sem que haja sua cooperação ativa para tanto.

No *Habeas Corpus* 134.027[110], o Ministro Relator Edson Fachin defendeu a possibilidade "de que as forças persecutórias, de forma não invasiva, colham as provas reputadas convenientes e associadas ao investigado [...]". Ou seja, o Ministro afastou a possibilidade de intervenção corporal coercitiva, para colheita do material, mas deu a entender que a coerção seria possível, caso a coleta se desse de maneira "não invasiva".

No Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* 131.133[111], o paciente foi condenado pela prática de atentado violento ao pudor e, entre outras provas utilizadas para embasar a condenação, apontou-se a sua recusa em realizar exame de DNA para a comprovação da autoria delitiva por meio de comparação genética com o esperma encontrado na bermuda da vítima. Ao analisar o tema, o Supremo Tribunal Federal sustentou que esse não foi o único argumento que levou à sua

107. A metodologia da pesquisa foi explicada na introdução deste trabalho.

108. BRASIL, 2002.

109. BRASIL, 2008b.

110. BRASIL, 2016.

111. BRASIL, 2017.

condenação, o que não seria possível. Desconsiderando a recusa do recorrente em se submeter ao exame, ainda havia diversos elementos probatórios suficientes para a sentença condenatória. A *contrario sensu,* vê-se que a Suprema Corte, no âmbito processual penal, afastou a hipótese de condenação baseada exclusivamente na recusa do investigado em se submeter à extração de material biológico para exame de DNA.

No Recurso Extraordinário 603.465[112], na linha do que já fora decidido no *Habeas Corpus* 134.027, o Ministro Relator Alexandre de Moraes monocraticamente defendeu que não é contemplado pelo direito à não autoincriminação o material coletado que já existe no mundo dos fatos, independentemente da vontade do agente, isto é, "arquivos de mídia contendo a voz de determinado suspeito, gravações ambientais, material genético contido em bancos de sangue ou em objetos pessoais, dentre outros". Segundo o Ministro, à luz do princípio *nemo tenetur se detegere*, não é possível forçar o indivíduo a cooperar e participar ativamente do processo probatório. Diante disso, deferiu a expedição de mandado de busca para apreensão de objetos pessoais do réu, a fim de encontrar material genético do recorrente nos seus pertences para exame pericial.

No *Habeas Corpus* 155.364[113], o Ministro Relator Alexandre de Moraes, em nova decisão monocrática, defendeu não haver afronta ao princípio *nemo tenetur se detegere* se o material genético do investigado foi extraído, ainda que contra a sua vontade, de utensílios por ele descartados, sem qualquer cooperação ativa de sua parte ou intervenção em seu corpo.

Com base na exposição de todos esses julgados, pode-se dizer que a aplicação do princípio *nemo tenetur se detegere* às intervenções corporais coercitivas não foi profundamente analisada pelo Supremo Tribunal Federal em comparação com os julgados da Corte Europeia de Direitos Humanos sobre o mesmo tema. No que tange à possibilidade de execução coercitiva das intervenções corporais, os julgados nacionais demonstram que só seria possível, nos termos da garantia contra a autoincriminação, nos casos em que o material biológico já se encontre desintegrado do corpo humano, uma vez que isso não implicaria violência física ou moral contra o sujeito passivo, nem intervenção invasiva, tampouco exigiria a sua colaboração ativa na produção probatória. Tal conclusão afasta, portanto, a possibilidade de coação direta para forçar a extração de elemento probatório do corpo do investigado/acusado, à luz do princípio *nemo tenetur se detegere*, de acordo com os precedentes analisados do Supremo Tribunal Federal.

112. BRASIL, 2018c.

113. BRASIL, 2019a.

5. Tecnologia e novos meios de obtenção de prova que impliquem somente intervenções corporais coercitivas sensíveis (e não invasivas)

Do quanto exposto nas seções anteriores, percebe-se que (i) de um lado a Corte Europeia de Direitos Humanos autoriza a prática de intervenções corporais coercitivas, mesmo que impliquem invasão e/ou afetação da integridade física do sujeito passivo; mas (ii) de outro, o Brasil não tem autorizado a coleta de elementos probatórios, via intervenção corporal, contra a vontade do investigado/acusado, tendo em vista a garantia contra autoincriminação.

Um dos argumentos utilizados por alguns autores e parte dos julgados brasileiros estudados para alcançar conclusão contrária à posição internacional capitaneada pela Corte Europeia é o fato de que intervenções corporais são procedimentos invasivos e que afetam a integridade física do acusado, motivo pelo qual não podem ser produzidos contra a sua vontade.

Existe, porém, algum meio de prova ou de obtenção de prova capaz de constatar e/ou coletar elementos corporais de maneira não invasiva, sem atingir a integridade física do acusado – e que afastaria os argumentos contrários às intervenções corporais coercitivas no Brasil, de que se cuidou anteriormente? A resposta a essa pergunta é positiva, pois a tecnologia vem apresentando novos e modernos meios de obtenção de prova que implicam tão somente uma "intervenção corporal sensível", e não mais invasiva.

Um exemplo é o etilômetro passivo, apelidado, nos Estados Unidos da América, de *Sniffer*. Ele é chamado de passivo porque não exige que o sujeito pratique nenhuma ação, como soprar o aparelho. Segundo uma pesquisa canadense, os *Sniffers* "detectam a presença e a quantidade aproximada de álcool do ar exalado pelo motorista por amostragem do ar ambiente próximo à sua boca"[114] (tradução nossa). Para tanto, o aparelho "deve ser segurado a seis polegadas de distância da boca do motorista quando ele estiver falando"[115] (tradução nossa). O *Sniffer* pode ser utilizado sem que o motorista sequer tome conhecimento da situação e, por conta disso, alguns autores defendem que ele não deva ser admitido como prova direta, mas tão somente como prova indireta, "substituindo o olfato do policial", servindo-lhe como suspeita razoável, para requerer ao motorista que se submeta a outros testes de sobriedade como o etilômetro direto ou o exame de sangue[116].

114. SOLOMON, 2015, p. 8.

115. SOLOMON, 2015, p. 8.

116. HAN, 2001.

John K. Van de Kamp, antigo Procurador-Geral do Estado norte-americano da Califórnia, afirmou que o *Sniffer* "é operado com mínima intromissão no tempo e na liberdade do motorista; logo, pode ser constitucionalmente empregado durante o processo de triagem numa *blitz*, para averiguar se existe suspeita razoável de que o motorista estava bebendo"[117] (tradução nossa). Ainda segundo ele, os referidos testes podem ser "importantes evidências indiretas de que o réu estava sob influência de bebidas alcoólicas"[118] (tradução nossa).

Um estudo elaborado pela US National Library of Medicine International Institutes of Health apurou, porém, não haver alteração significativa no número de prisões de motoristas embriagados efetuadas pelos policiais que usam o *Sniffer* e os que não usam[119].

No Brasil, os etilômetros passivos começaram a ser implementados em 2019. Em notícia sobre o tema, policiais relataram que o aparelho "apenas indica o consumo de álcool, mas não mede a quantidade no organismo da pessoa, o que é necessário para a aplicação da multa. Por isso, em caso positivo, será preciso fazer o teste à moda antiga"[120]. Ou seja, a tecnologia trazida ao Brasil ainda não permite a obtenção da prova de alcoolemia de maneira não invasiva ou sem intervenção corporal, pois o etilômetro passivo não tem a capacidade de medir o nível de álcool no sangue do motorista, sendo necessário, para tanto, a prática dos antigos testes do etilômetro direto ou de sangue – estes últimos obtidos por meio de intervenção corporal invasiva, na maioria das vezes como exame venoso ou picada do dedo.

Outro exemplo de "intervenções sensíveis" é o Raio-X, que pode ser utilizado, por exemplo, para detecção de metais e outros materiais transportados no corpo[121] ou, ainda, para constatar drogas ingeridas por possíveis traficantes ou "mulas"[122]. O Raio-X já vem sendo utilizado há tempos, mas com o avanço da tecnologia esses exames estão cada vez mais precisos e menos invasivos. No entanto, alguns alertas se mostram necessários: as imagens de Raio-X podem ser facilmente distorcidas, por isso, o uso do Raio-X como evidência legal depende do conhecimento do operador da máquina, já que um erro na obtenção da

117. UNITED STATES OF AMERICA, 1989.

118. UNITED STATES OF AMERICA, 1989.

119. FELL; COMPTON; VOAS, 2008.

120. NITAHARA, 2019.

121. FIELD JR., 1967.

122. VOGEL et al., 2006.

imagem pode deixar passar informações relevantes. Além disso, são necessários vários ângulos diferentes para se obter uma visão fidedigna do corpo. Há ainda que se considerar que o Raio-X amplia o objeto, podendo fazer com que pareça ser muito maior do que realmente é. Por fim, além de a máquina de Raio-X necessitar de alguém técnico no assunto para sua operação, a análise das imagens coletadas no exame também deve ser feita por especialista, para garantir precisão e segurança[123].

Nos Estados Unidos da América, a utilização do Raio-X como meio de obtenção de prova já foi analisada pelos tribunais e considerada legítima nos casos "Prescott & N.W.R. Co. v. Franks" e "Mauch v. Hartford". Com base nesses julgados, foram estabelecidos parâmetros para confiabilidade da medida: comprovação de que (i) o tipo de equipamento utilizado apresenta resultados de qualidade aceitáveis; (ii) o equipamento utilizado estava em boas condições para uso; (iii) o operador tem qualidade suficiente para a realização do exame; (iv) a imagem analisada é da pessoa cuja situação foi levada a julgamento; (v) a condição da pessoa no momento de captura da imagem de Raio-X era a mesma daquela em que se encontrava no momento do caso levado a litígio. Devem, ainda, ser apontados os métodos utilizados para o exame e as especificações técnicas sobre distâncias, ângulos e tempo de exposição para obtenção das imagens[124].

Outro exemplo inovador é a utilização da neurociência para a obtenção de provas da autoria de um crime. A eletroencefalografia (EEG) é uma técnica de mapeamento cerebral que consiste em mostrar evidências visuais ao suspeito, o qual tem sua atividade cerebral registrada conforme vai olhando as imagens vão sendo apresentadas. Caso a pessoa tenha conhecimento de tais evidências, haverá mudanças consideráveis no padrão de disparos elétricos do cérebro – o que ficará registrado no EEG. Por meio dessa técnica é possível saber, por exemplo, se o investigado possui lembranças daquele fato a ele exposto, mesmo que tenha omitido essa informação em seu depoimento[125].

Nos Estados Unidos da América, a supracitada técnica de mapeamento cerebral foi discutida no julgamento do caso "Harrington v. Satate", no qual o condenado à pena de 22 anos de reclusão apelou da sentença em seu desfavor. Nesse momento, o acusado foi submetido ao exame de eletroencefalografia e constatou-se que suas lembranças da tarde dos fatos não condiziam com o local do

123. FIELD JR., 1967.

124. FIELD JR., 1967.

125. SHEN et al., 2017.

crime, mas sim com o local do seu álibi. Assim, acabou sendo absolvido pelo Tribunal[126]. Situação semelhante ocorreu no julgamento do caso "Slaughter v. State"[127]. Em ambos os casos, os tribunais entenderam que a prova neurocientífica não tem valor probatório de maneira isolada, devendo ser corroborada por outros elementos de prova colhidos ao longo da investigação e/ou do processo.

Um estudo britânico sobre o tema demonstra que a neurociência ainda não apresenta força probatória e de convencimento equivalente às provas convencionais[128], quando apresentada em julgamentos perante o júri popular[129]. Nas palavras de Paul Catley e Lisa Claydon, a evidência neurocientífica ajuda a construir o caso, mas não o sustenta sozinha[130].

Na Índia, em 2008, no julgamento de dois réus pela prática de delitos de homicídio, o Tribunal local aceitou, enquanto prova, o resultado de um detector de mentiras baseado em eletroencefalografia[131]. Com isso, ambos foram condenados à prisão perpétua. A Suprema Corte indiana acabou revertendo as condenações, mas destacou ser permitida, sim, a utilização das provas científicas, desde que haja consentimento do réu em participar do procedimento[132] – o que afastaria a execução coercitiva da medida, confirmando a incidência do princípio *nemo tenetur se detegere,* mesmo que tais meios de obtenção de prova impliquem, em tese, somente uma intervenção sensível, e não com afetação à integridade física do sujeito passivo.

Sjors Ligthart, ao estudar a possível execução coercitiva de procedimentos neurocientíficos, defende que tais métodos não são invasivos, em termos de privacidade, e poderiam ser realizados mesmo contra a vontade do sujeito a eles submetido[133]. A resposta, portanto, ao questionamento sobre "se esse direito fundamental protege [o acusado] contra a leitura cerebral forense ou não depende de a leitura cerebral requerer ou não a cooperação do sujeito"[134] (tradução

126. SHEN et al., 2017.

127. SHEN et al., 2017.

128. Nos Estados Unidos da América, as evidências neurocientíficas têm sido utilizadas principalmente para mitigação da pena de morte, provando condições atenuantes do réu, mas não como prova da sua inocência (DENNO et al., 2011).

129. CATLEY; CLAYDON, 2015.

130. CATLEY; CLAYDON, 2015.

131. GIRIDHARADAS, 2008.

132. CLAYDON; CATLEY, 2017.

133. LIGTHART, 2019.

134. LIGTHART et al., 2020.

nossa). Caso o imputado precise "observar atentamente determinados estímulos ou apertar botões de sim ou não"[135], haverá participação ativa e, portanto, a impossibilidade de execução coercitiva. Ao fim, porém, o autor destaca que, na maioria dos casos, tecnologias de neurociência permitem a coleta de evidências independentemente da cooperação do sujeito, o que afastaria o princípio *nemo tenetur se detegere*[136].

Esses são somente alguns exemplos de novos e tecnológicos meios de obtenção de prova que possibilitam a coleta e/ou a constatação de elementos probatórios corporais a princípio de maneira não invasiva e sem afetação da integridade física do acusado – as chamadas "intervenções corporais sensíveis".

E, nessas hipóteses de "intervenções corporais sensíveis" – por não serem invasivas e por não implicarem afetação à integridade física – estariam afastados alguns dos argumentos que, no Brasil, garantem a incidência do princípio *nemo tenetur se detegere* às intervenções corporais segundo parte da doutrina e da jurisprudência estudadas, como a doutrinadora Maria Elisabeth Queijo e o Ministro Alexandre de Moraes, do Supremo Tribunal Federal? Em outras palavras: as inovações tecnológicas citadas anteriormente, que permitem a obtenção de provas corporais de maneira sensível, poderão implicar o fim do direito do acusado de não se submeter à produção de provas, ao menos àquelas "corporais sensíveis", em seu desfavor?

6. Considerações finais

Tendo em vista o que foi exposto, apreende-se que não há consenso acerca dos conceitos e conteúdo do princípio *nemo tenetur se detegere* e das intervenções corporais coercitivas. A maioria doutrinária, com a qual este estudo concorda, defende que os direitos fundamentais, entre os quais se insere o direito à não autoincriminação, não são absolutos, podendo ser restringidos com base em alguns critérios expostos na seção 1 do presente trabalho, como a ponderação de princípios/direitos com base na regra da proporcionalidade. No que tange às intervenções corporais, muitos autores já conceituam a medida como um ato probatório que afeta a integridade física do sujeito passivo, mas que independe de seu consentimento, dando a entender que o direito do investigado/acusado de não produzir provas contra si mesmo não alcança as intervenções corporais coercitivas.

135. LIGTHART et al., 2020.

136. LIGTHART et al., 2020.

No âmbito internacional, a Corte Europeia de Direitos Humanos confirma a supracitada impressão ao autorizar, ao longo de seus julgados, a prática de intervenções corporais coercitivas, mesmo à luz do princípio *nemo tenetur se detegere*, desde que seguidos determinados parâmetros, expostos na seção 2, a fim de garantir que o elemento probatório obtido não seja considerado prova ilícita.

No Brasil, as previsões legais relativas ao princípio *nemo tenetur se detegere* aludem somente ao direito ao silêncio, não deixando claro se a garantia contra autoincriminação se estende a outros meios de prova e de obtenção de prova não relacionados às declarações orais a serem prestadas pelo investigado/acusado, como no caso das intervenções corporais.

No ordenamento jurídico brasileiro, não há previsão legal expressa de intervenções corporais a serem praticadas contra a vontade do acusado, para fins probatórios, mesmo nos termos da Lei 12.654/2012, com a alteração introduzida pela chamada Lei Anticrime.

A questão, então, vem sendo analisada pela doutrina e pela jurisprudência. E, com base na maior parte dos autores nacionais e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal aqui relacionados, conclui-se que, ao contrário da realidade internacional ditada pelos julgados da Corte Europeia de Direitos Humanos, aqui não é autorizada a coleta de elementos probatórios, via intervenção corporal, contra a vontade do suspeito, tendo em vista a garantia contra autoincriminação.

Um dos argumentos utilizado por alguns autores e parte dos julgados brasileiros estudados, para alcançar a supracitada conclusão, é o fato de que intervenções corporais são procedimentos invasivos e que afetam a integridade física do investigado/acusado, motivo pelo qual não podem ser produzidos contra a sua vontade.

A tecnologia, porém, tem trazido meios de se obter a constatação ou até mesmo a coleta de elementos probatórios corporais de maneira sensível (e não invasiva), sem a afetação da integridade física do sujeito passivo, com o uso, por exemplo, do etilômetro passivo, de modernos e precisos métodos de Raio-X, bem como de recursos neurocientíficos.

Essas inovações tecnólogas podem afastar o argumento apontado – até então utilizado por parcela da doutrina e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal para vedar a execução de intervenções corporais coercitivas no Brasil –, tendo em vista o princípio *nemo tenetur se detegere*, o que implicaria o fim do direito do investigado/acusado de não produzir esse tipo de prova em contra si mesmo.

Acontece que a invasividade e a afetação da integridade física do sujeito passivo não são os únicos argumentos utilizados pela doutrina e pela jurisprudência

brasileiras para impossibilitar a prática forçada de intervenções corporais em solo nacional. Diversos autores e alguns julgados do Supremo Tribunal Federal estudados defendem visão bastante abrangente da garantia contra autoincriminação, segundo a qual o direito de não produzir provas contra si mesmo deve ser estendido a todo e qualquer meio de prova ou de obtenção de prova. Há até alguns autores defensores da flexibilização da garantia, mas não para possibilitar a execução coercitiva de medidas probatórias, e sim para autorizar a extração de consequências negativas da recusa do imputado – posição que diverge da adotada no presente estudo, pois é contrária à garantia constitucional da presunção da inocência. Soma-se a isso, ainda, o fato de que as chamadas "intervenções corporais sensíveis", nos termos expostos na seção 5, não apresentam eficiência ou confiabilidade infalíveis. Logo, ainda que sejam adotados meios tecnológicos capazes de garantir a execução coercitiva de intervenções corporais sensíveis e não invasivas, a posição brasileira de vedação de tais medidas probatórias, aos olhos da garantia contra autoincriminação, pode não ser alterada.

De maneira oposta, por sua vez, a posição internacional aqui já explicada, capitaneada pela Corte Europeia de Direitos Humanos, é confirmada e reforçada pela nova tecnologia. Afinal, se a Corte, desde a década de 1960, já autorizava as intervenções corporais coercitivas, mesmo se executadas de maneira invasiva, tal conclusão se torna ainda mais sólida diante da possibilidade da extração sensível de elementos probatórios do corpo do sujeito passivo.

Levando-se em consideração o panorama internacional sobre o tema e a necessidade de combate a delitos graves como o homicídio e o estupro – para os quais a coleta de provas corporais pode ser relevante –, na hipótese de novos e modernos meios de obtenção de prova permitirem a prática confiável de intervenções corporais de maneira não invasiva e sem maiores afetações da integridade física, parece razoável e proporcional a mitigação do direito individual do investigado/acusado contra autoincriminação, em face dos direitos coletivos da paz social e da segurança pública, que devem ser perseguidos pelo exercício do *ius puniendi* estatal.

Para que essa prestação jurisdicional não implique regressão a padrões inquisitórios, porém, com a redução do imputado a mero objeto de provas – o que há tempos vem sendo combatido no direito processual penal –, é preciso que os parâmetros da Corte Europeia de Direitos Humanos expostos na seção 2 sejam necessariamente observados em qualquer hipótese na qual o Brasil autorize a prática de intervenções corporais coercitivas, ainda que praticadas de maneira sensível e não invasiva.

7. Referências bibliográficas

ALBUQUERQUE, M. S. *A garantia de não auto-incriminação*: extensão e limites. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

ALEXY, R. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

AMARAL, A. J; GLOECKNER, R. J.; SANTOS, G. F. Lei n. 12.654/2012: o perfil genético do controle se mostra no Brasil. In: TRINDADE, A. K.; BORTOLOTI, J. C. K. (Org.). *Direitos fundamentais e democracia constitucional*. Florianópolis: Conceito, 2013.

AMBOS, E. B-K.; GUERRERO, O. J. *Las prohibiciones probatórias*. Bogota: Olejnik, 2019.

ANDRADE, M. C. *Sobre a proibição de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.

ARAUJO, M. P. B. *Intervenções corporais coercitivas e direito de não produzir provas contra si mesmo*: análise à luz dos julgados da corte europeia de direitos humanos. 2020. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.

ARMENTA DEU, T. *Lecciones de derecho procesal penal*. Madrid: Marcial Pons, 2010.

BADARÓ, G. H. R. I. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012.

BARJA DE QUIROGA, J. L. *Tratado de derecho processual penal*. Navarra: Aranzadi, 2004.

BEDÊ JUNIOR, A.; SENNA, G. *Princípios do processo penal*: entre o garantismo e a efetividade da sanção. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 9. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

BONAVIDES, P. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

CARVALHO, L. G. G. C. A Constituição e as intervenções corporais no processo penal: existirá algo além do corpo? *Revista Eletrônica de Direito Processual (REDP)*, v. 2, n. 2, 2008. Disponível em: [https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/23736]. Acesso em: 27.03.2021.

CATLEY, P.; CLAYDON, L. The use of neuroscientific evidence in the courtroom by those accused of criminal offenses in England and Wales. *Journal of Law and the Biosciences*, v. 2, n. 3, p. 510-549, 2015.

CLAYDON, L.; CATLEY, P. If a brain can be caught lying, should we admit that evidence to court? Here's what legal experts think. *The Conversation*, 2017. Disponível em: [https://theconversation.com/if-a-brain-can-be-caught-lying--should-we-admit-that-evidence-to-court-heres-what-legal-experts-think--80263]. Acesso em: 21.10.2020.

CORDOBA, G. Nemo tenetur se ipsum accusare: principio de pasividad. In: BAIGUN, D. (Org.). *Estudios sobre justicia penal:* homenaje ao Profesor Julio B. J. Maier. Buenos Aires: Del Puerto, 2005.

COSTA, J. O princípio *nemo tenetur* na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. *Revista do Ministério Público de Lisboa*, Lisboa, v. 32, n. 128, p. 117-183, out.-dez. 2011.

COSTA, V. R. Corpus Juris 2000: Imposição ao arguido de entrega de documentos para prova e *nemo tenetur se ipsum accusare* (parte I). *Revista do Ministério Público de Lisboa*, v. 27, n. 108, p. 125-149, out.-dez. 2006.

COUCEIRO, J. C. *A garantia constitucional do direito silêncio*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. v. 8 (Coleção Estudos de Processo Penal Joaquim Canuto Mendes de Almeida).

DARIVA, P. Prova científica e o *nemo tenetur*. In: GIACOMOLLI, N. J.; AZAMBUJA, M. (Org.). *Processo penal contemporâneo em perspectiva*. Curitiba: IEA, 2015.

DE LUCA, J. A. Notas sobre la cláusula contra la incriminación. *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudência Penal,* Buenos Aires, v. 5, 9B, 1999.

DENNO, D. Courts' Increasing Consideration of Behavioral Genetics Evidence in Criminal Cases: Results of a Longitudinal Study. *Michigan State Law Review*, v. 967, p. 968-1047, 2011.

DOTTI, R. A. Garantia do direito ao silêncio e a dispensa do interrogatório. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 89, n. 775, maio 2000.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal Brasileiro anotad*o. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976.

FELL, J.; COMPTON, C.; VOAS, R. A Note on the Use of Passive Alcohol Sensors during Routine Traffic Stops. *Traffic Injury Prevention*, v. 9, n. 6, p. 534-538, 2008.

FERNANDES, A. S. *Processo penal constitucional*. 7. ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

FIELD JR., H. Uses and Limitations of X-Ray Pictures as Evidence. *The Forum* (Section of Insurance, Negligence and Compensation Law, American Bar Association), v. 2, n. 4, p. 219-227, 1967.

FIORI, A. T. *A prova e a intervenção corporal*: sua valoração no processo penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GIACOMOLLI, N. J. *O devido processo penal* – Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2014.

GIRIDHARADAS, A. India's Novel Use of Brain Scans in Courts Is Debated. *The New York Times*, Sept. 14, 2008. Disponível em: [https://www.nytimes.com/2008/09/15/world/asia/15brainscan.html?pagewanted=1&_r=1&partner=rssnyt&emc=rss]. Acesso em: 21.10.2020.

GOMES, L. F. *Princípio da não auto-incriminação:* significado, contéudo, base jurídica e âmbito de incidência. 2010. Disponível em: [https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2066298/principio-da-nao-auto-incriminacao-significado-conteudo-base-juridica-e-ambito-de-incidencia]. Acesso em: 03.12.2019.

GÓMEZ AMIGO, L. *Las intervenciones corporales como diligencias de investigación penal*. Navarra: Editoral Aranzadi, 2003.

GOMES FILHO, A. G. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GREVI, V. *Nemo tenetur se detegere*: interrogatorio dell'imputato e diritto al silenzio nel processo penale italiano. Milano: A Giuffrè, 1972.

GRINOVER, A. P.; GOMES FILHO, A. M.; FERNANDES, A. S. *As nulidades no processo penal*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GURIDI, J. F. E. *Las intervenciones corporales*: su prática y valoración como prueba en el proceso penal – Inspecciones, registros y extracción de muestras corporales. Madrid: Trivium, 1999.

HADDAD, C. H. B. *O interrogatório no processo penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

HADDAD, C. H. B. *Conteúdo e contornos do princípio contra a auto-incriminação*. Campinas: Bookseller, 2005.

HADDAD, C. H. B. A constitucionalidade do exame de DNA compulsório em processos criminais e propostas de sua regulamentação. *Revista da Emerj*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 39, 2007. Disponível em: [http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista39/Revista39_216.pdf]. Acesso em: 11.07.2019.

HAMMERSCHMIDT, D. *Identificación genética, discriminación y criminalidade:* un análisis de la situación jurídico penal en España y en Brasil. Actualizada por la Ley 12.654/2012. Curitiba: Juruá, 2012.

HAN, K. The Technological Sniffing Out of Constitutional Rights: Assessing the Constitutionality of the Passive Alcohol Sensor III. *Journal of Law and Policy*, Nova York, v. 9, n. 3, p. 835-877, 2001.

HELMHOLZ, Richard H. Origins of the privilege against self-incrimination: the role of the European *ius commune*. *New York University Law Review*, New York, v. 65, 1990.

LANGBEIN, John H. The historical origins of the privilege against self-incrimination at Common Law. *Michigan Law Review*, Ann Arbor, v. 92, p. 1047-1085, 1994.

LEVY, Leonard Williams. *Origins of the Fifth Amendment*: the right against self-incrimination. 2. ed. Chicago: Ivan R. Dee paperback, 1999.

LIGTHART, S. Coercive neuroimaging, criminal law, and privacy: a European perspective. *Journal of Law and the Biosciences*, v. 6, n. 1, p. 289-309, 2019.

LIGTHART, S.; DOUGLAS, T., BUBLITZ, C.; KOOIJMANS, T.; MEYNEN, G. Forensic Brain-Reading and Mental Privacy in European Human Rights Law: Foundations and Challenges. *Neuroethics*, v. 13, 2020.

LOPES JUNIOR, A. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. 2. ed. rev., amp. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

LOPES JUNIOR, A. *Direito processual penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 2. ed. rev. e atual. Campinas: Millenium, 2000. v. II.

MARTELETO FILHO, W. *O direito à não autoincriminação no processo penal contemporâneo*: investigação genética, interceptações telefônicas e ambientais, agentes infiltrados e outros problemas. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

MELLADO, J. M. *Prueba prohibida y prueba preconstituida*. Madrid: Trivium, 1989.

MIRABETE, J. F. *Código de Processo Penal interpretado*. São Paulo: Atlas, 1994.

NITAHARA, A. Novo bafômetro da PRF detecta embriaguez de motorista por respiração. *Agência Brasil*, 24/07/2019. Disponível em: [https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2019-07/novo-bafometro-da-prf-detecta-embriaguez-de-motorista-por-respiracao]. Acesso em: 18.10.2020.

NUCCI, G. S. *Código de Processo Penal comentado*. 12. ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

OLIVEIRA, E. P. *Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos humanos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

O'REILLY, Gregory W. England limits the right to silence and moves towards an inquisitorial system of justice. *The Journal of Criminal Law & Criminology*, Chicago, v. 85, n. 2, p. 402-452, 1994.

QUEIJO, M. E. *O direito de não produzir prova contra si mesmo*: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SANGUINÉ, L. M. O direito de não produzir prova contra si mesmo no processo penal (*nemo tenetur sedetegere*). *Ibccrim*, São Paulo, 2011 [Biblioteca Digital]. Disponível em: [http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigos/260--221-Abril-2011]. Acesso em: 01.09.2016.

SANTOS, D. L.; SANTOS, L. L. *Nemo tenetur se detegere* e verdade no processo penal. In: GIACOMOLLI, Nereu José; VASCONCELLOS, V. G. (Coord.). *Processo penal e garantias constitucionais:* estudos para um processo penal democrático. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

SERRANO, N. G-C. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el processo penal*. Madrid: Colex, 1990.

SHEN, F.; TWEDELL, E.; OPPERMAN, C.; KRIEG, J. D. S.; BRANT-FONTAINE, M.; PRESTON, J., MCTEIGUE, J.; YASIS, A.; CARLSON, M. The limited effect of electroencephalography memory recognition evidence on assessments

of defendant credibility. *Journal of Law and the Biosciences*, v. 4, n. 2, p. 330-364, 2017.

SILVA, S. O. O arguido como meio de prova contra si mesmo: considerações em torno do princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*. *Revista da Faculdade de Direito do Porto*, Porto, v. 10, jan.-dez. 2013.

SOLOMON, R. *Passive Alcohol Sensors:* A Reasonable Canadian Compromise. Ontario: MADD, 2015. Disponível em: [madd.ca/media/docs/Passive_Alcohol_Sensors_MADD_Canada_2015.pdf]. Acesso em: 23.10.2020.

TOURINHO FILHO, F. C. *Processo penal.* 28. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 3.

TOVIL, J. A proteção contra a auto-acusação compulsória aplicada à persecução penal. In: LIMA, M. P.; ROBEIRO, B. de M. (Coord.). *Estudos criminais em homenagem a Weber Martins Batista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

TUCCI, R. L. *Direitos e garantias individuais no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

VOGEL, H.; HALLER, D.; LAITENBERGER, C.; HEINEMANN A.; PÜSCHEL, K. Detection of drug transport using X-ray techniques. *Archiv fur Kriminologie*, v. 218, p. 1-21, 2006.

Legislação

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial da União*, p. 2391, 31 dez. 1940.

BRASIL. Lei 9.296, de 24 de julho de 1996. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. *Diário Oficial*, p. 13757, 25 jun. 1996.

BRASIL. Lei 10.792, de 1º de dezembro de 2003. Altera a Lei 7.210, de 11 de junho de 1984 – Lei de Execução Penal e o Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, p. 2, 02 dez. 2003b.

BRASIL. Lei 12.654, de 28 de maio de 2012. Altera as Leis nºs 12.037, de 1º de outubro de 2009, e 7.210, de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal, para prever a coleta de perfil genético como forma de identificação criminal, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, seção 1, p. 1, 29 maio 2012.

BRASIL. Lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. *Diário Oficial da União*, p. 1, 24 dez. 2019b.

DEUTSCHLAND. Bundesamts für Justiz. *Strafprozeßordnung StPO*. Ausfertigungsdatum: 12.09.1950. Disponível em: [https://www.gesetze-im-internet.de/stpo/]. Acesso em: 29.07.2021.

ESPAÑA. Boletín Oficial del Estado. *Ley Orgánica 10/2007*. Disponível em: [https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-3439]. Acesso em: 29.07.2021.

ITALIA. *Codice di Procedura Penale*. Disponível em: [https://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2014/10/30/codice-di-procedura-penale]. Acesso em: 29.07.2021.

Jurisprudência

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). *HC 69.026-2*. Rel. Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 10 de dezembro de 1991.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). *HC 77.135-8*. Rel. Min. Ilmar Galvão. Brasília, DF, 08 de setembro de 1998.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Rcl 2040/DF*. Rel. Min. Néri da Silva. Brasília, DF, 21 de fevereiro de 2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). *HC 83.096-0*. Rel. Min. Ellen Gracie. Brasília, DF, 18 de novembro de 2003a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). *HC 89.269-8*. Rel. Min. Ricardo Lewandowski Brasília, DF, 21 de novembro de 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 93.916-3*. Rel. Min. Cármen Lúcia. Brasília, DF, 10 de junho de 2008a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 96.219 MC/SP*. Medida Cautelas no HC. Relator Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 9 de outubro de 2008b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 134.027*. Rel. Min. Edson Fachin. Brasília, DF, 13 de abril de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). *RHC 131.133 SP*. Rel. Min. Dias Toffoli. Brasília, DF, 10 de outubro de 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF 395*. Rel. Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 14 de junho de 2018a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF 444*. Rel. Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 14 de junho de 2018b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 603465/RS*. Rel. Min. Alexandre de Moraes. Brasília, DF, 11 de dezembro de 2018c. *DJe* 18.12.2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 155364 / MG*. Rel. Min. Alexandre de Moraes. Brasília, DF, 5 de fevereiro de 2019a. *DJe* 11.02.2019.

UNITED STATES OF AMERICA. Office of the Attorney General of the State of California. *Opinion 88-1102*. 26 de outubro de 1989. Disponível em: [https://www.courtlistener.com/pdf/1989/10/26/untitled_california_attorney_general_opinion.pdf]. Acesso em: 18.10.2020.



PESQUISAS DO EDITORIAL



Áreas do Direito: Processual; Penal

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- O princípio da não autoincriminação e a interpretação da Corte Europeia de Direitos Humanos, de Rhasmye El Rafih e Filipe Lovato Batich – *RBCCrim* 179/197-221; e
- Princípio *nemo tenetur se detegere* no Estado Democrático de Direito, de Roberto Antônio Darós Malaquias – *RT* 941/145-176 e *Doutrinas Essenciais Direito Penal e Processo Penal* 1.

Carvalho, Maria Paes Barreto de Araujo. Intervenções corporais coercitivas, *nemo tenetur se detegere* e inovações tecnológicas: é o fim do direito de não produzir provas contra si mesmo?. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 188. ano 30. p. 291-336. São Paulo: Ed. RT, fevereiro 2022. DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v188i188.87].

La delación premiada frente a la prohibición de proporcionar prueba contra sí mismo: comparación entre América Latina y España

The plea bargain (awarded denouncing) facing the prohibition of providing evidence against oneself: comparison between Latin America and Spain

Víctor Gabriel Rodríguez

Livre-Docente (Habilitation) en Derecho Penal por la Universidad de São Paulo – USP. Profesor de Derecho Penal de la Universidade de São Paulo. Profesor Invitado en la Universidad de Valladolid (2018) becado por el Programa de Doctorado de la UVA. Profesor Visitante en la Universidad de Granada, financiado por la Fundación Carolina (2020). Actualmente Investigador Invitado por la Universidad Autónoma de Madrid, con beca CAPES (2021). El presente trabajo fue realizado con apoyo de la Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (Capes) – Código de Financiación 001, para estancia de 06 meses en la Universidad Autónoma de Madrid, bajo supervisión del Catedrático Juan Antonio Lascuraín Sánchez.

Lattes: [http://lattes.cnpq.br/4898443307248464].
ORCID: [https://orcid.org/0000-0002-9413-2682].
victorgabriel@usp.br

Ana Cristina Gomes

Maestría y Grado en Derecho por la Universidade Estadual Paulista – Unesp. Investigadora Predoctoral de la Escuela de Doctorado "Estado del Derecho y Gobernaza Global", de la Universidad de Salamanca, Espanha. Profesora colaboradora en la Faculdade de Direito de Franca. Abogada.

Lattes: [http://lattes.cnpq.br/7581654599735721].
ORCID: [https://orcid.org/0000-0002-7371-4392].
DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v188i188.89].
ana_crisg@hotmail.com

Recebido em: 21.06.2021
Aprovado em: 08.12.2021
Última versão dos autores: 13.12.2021

Áreas do Direito: Processual; Penal

Resumen: La delación premiada se ha impuesto en muchos países como medida de combate a la

Abstract: The plea bargain (awarded denouncing) has been imposed in many countries as a

Rodríguez, Víctor Gabriel; Gomes, Ana Cristina. La delación premiada frente a la prohibición de proporcionar prueba contra sí mismo: comparación entre América Latina y España. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 188. ano 30. p. 337-397. São Paulo: Ed. RT, fevereiro 2022.
DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v188i188.89].

criminalidad organizada. Los pocos autores que la identificaron como un tema de derecho penal material apuntan a desequilibrios causados por el utilitarismo, no obstante, justificables en el marco discrecional de la punibilidad. El presente texto, sin embargo, plantea que la delación no es un simple inconveniente ético compensable por sus resultados, y propone un método comparativo entre España e y América Latina para demostrarlo. En ésta, la delación es una afronta directa al pacto de San José de Costa Rica, en la interpretación conforme al histórico jurisprudencial de la CoIDH; en el caso europeo, sin embargo, la dosificada lenidad a los delatores y la estabilidad del sistema jurídico penal permiten interpretación distinta.

Palabras–clave: Delación premiada – *Nemo tenetur se detegere* – Derecho penal negociado.

measure to combat organized crime. The few authors who identified it as a subject of material criminal law point to imbalances caused by utilitarianism, however, justifiable within the discriminatory framework of punishments. The present text, however, proposes that the denunciation is not a simple ethical inconvenience that can be compensated by its results, and proposes a comparative method between Spain and Latin America to demonstrate it. In this, the denunciation is a direct confrontation with the pact of San José de Costa Rica, in the interpretation according to the historical jurisprudential of the CoIDH; In the European case, however, the proportionate leniency to the informers and the stability of the criminal legal system allows a different interpretation.

Keywords: Plea Bargain (awarded denouncing) – *Nemo tenetur se detegere* –Negotiated criminal law.

Sumário: 1. Introducción. 2. Conceptos principales y motivos de su confusión: ¿colaborador o delator?. 2.1. Sigue: el delator, el denunciante y el *whistleblower*. 3. Desafío ético-normativo. 4. Problema moral-subjetivo. 5. En Latinoamérica: dependencia de las realidades locales. 5.1. El sistema interamericano de Derechos Humanos. 5.2. La especificidad del *nemo tenetur se detegere* en la Convención Americana de Derechos Humanos. 5.3. Las políticas criminales internas frente al *nemo tenetur*. Algunas diferencias. 5.4. El *nemo tenetur se detegere* en la CoIDH: el caso análogo de las torturas. 5.5. Sigue: la delación premiada como tortura. De Estados Unidos a América Latina. 6. Breve consideración sobre España. 6.1. La posición española sobre el *nemo tenetur se detegere*. 7. La síntesis: derecho penal negociado como derecho de guerra. 8. Conclusiones. 9. Bibliografía.

1. Introducción

Para toda la comunidad jurídica, es perceptible la existencia de una presión internacional por aproximar la legislación procesal de lo que es la *justicia negociada*, como intento de facilitar la obtención de pruebas penales, especialmente en lo que concierne a criminalidad organizada, corrupción, terrorismo y narcotráfico. Aparentemente, se trata de un propósito de uniformar la legislación global hacia un procedimiento más dinámico, lo cual, a partir de la experiencia anglosajona, traería resultados muy comprobados. En otras palabras, una herramienta más para la agilidad procesal.

Pero la realidad epistémica del instituto de la delación premiada es bastante distinta de lo que alardean sus defensores más precipitados: al poder acarrear la

reducción de la pena prevista al individuo delator, su naturaleza es de derecho penal material, lo que conlleva a que su introducción en los ordenamientos cause desequilibrio sistémico. Mucho de ese desfase de valores que el premio al delator introduce en los vasos comunicantes de la proporcionalidad de las penas ya se han estudiado y, para lo que acá interesa, acaban por imponer algo como un disyuntiva compulsoria: los legisladores deben elegir si desean adherirse a un futuro de justicia negociada, renunciando a la rigidez de las atribuciones de sanción a cada precepto primario penal, o si prefieren mantener la lógica original de sus ordenamientos, con la ventaja de la isonomía, de la preservación de los baremos éticos, pero con el claro contrapunto de que la pena no alcance a algunos agentes. En este caso, al no lograr romper el deber de silencio que circunda los entramados de corrupción.

Este artículo[1], sin embargo, se propone definir si el ordenamiento jurídico Iberoamericano, incluidas normas de derecho fundamental, logra absorber la novedad de la delación premiada. Se parte de un punto de vista de que el derecho iberoamericano conserva un primer eje, unificado, que permite examinar sus principios en conjunto. No obstante, enseguida hay que puntualizar las diferencias entre España y Latinoamérica, desde su realidad social hacia los distintos sistemas de legislación y justicia supranacional a que se someten. Por ello se opta, metodológicamente, por describir ese cauce común, para luego identificar la escisión entre dos sistemas. Eso nos permite apuntar dialógicamente las diferencias entre ordenamientos, a la vez que se crean criterios válidos para limitar los afanes utilitaristas en cada realidad socio-jurídica estudiada, particularmente en materia de Derechos Humanos.

En tal diferenciación, desde el prisma de la interpretación de los Derechos Humanos en Latinoamérica, se permite sostener su inconvencionalidad, en observancia a la proscripción de obligatoriedad de confesarse culpable o de proporcionar prueba contra sí mismo. Lo mismo no ocurrirá desde la tradición jurisdiccional de DDHH en Europa.

2. Conceptos principales y motivos de su confusión: ¿colaborador o delator?

En el lenguaje legislativo de Iberoamérica, se alcanzó a sedimentar, como jurídicamente correcto, la locución "colaboración premiada" en lugar de la

1. El presente trabajo fue realizado con apoyo de la "Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior" – Brasil (Capes) – Código de Financiación 001, al primer autor.

"delación". Este vocablo, por motivos que adelante apuntamos, fue rebajado al estatus de sinónimo[2] coloquial para el instituto, con lo cual su utilización sería técnicamente no recomendada. Este tan difundido punto de vista de la sinonimia, empero, no es correcto, porque, como enseguida se demostrará, el vocablo "delación" tiene su propia carga semántica, en sentido jurídico, por lo que, en este texto especialmente, no es posible ensamblar a ambos conceptos. Además, las causas de esa intencional confusión también explican mucho de la ausencia de compatibilidad del constructo con la tradición cultural latino-germánica.

Evidentemente, la "colaboración" con la justicia es el género, del que la "delación" es la especie, y ello debería de ser suficiente para que cada concepto fuera utilizado dentro de su propio alcance de continente y contenido. Medidas como el "abandono de los fines y los medios"[3] de la organización criminal, las retrataciones en general[4], informaciones para localización de víctimas[5], y, espec*íficamente*, la reparación de los daños causados por el delito[6] son medidas de efectiva

2. Es noción sedimentada entre los linguistas que la sinonimia, principalmente en el lenguaje científico, no existe. Corrales, por ejemplo, aunque defendiendo los esfuerzos que hacen los diccionarios para ampliar el léxico indicando sinónimos (y, con ello, contando con la experiencia lingüística del usuario), asume tal hecho: "Es decir, a partir de la idea general de que la sinonimia absoluta no existe, o en todo caso es muy limitada, las igualdades que el diccionario establece no pueden ser admitidas desde un punto de vista estrictamente científico". CORRALES ZUMBADO, Cristóbal, *Sinonimia y Diccionario*, in: Revista de Filología Románica, n 14, vol. 1, 1997, Universidad Complutense de Madrid, p. 165. De forma más precisa, Fachrutdinov y otros buscan definir lo que sería sinonimia, excepcionando empero que los sinónimos se matizan dentro de su contexto: "synonyms are words close in their lexical meaning, but differing with shades of meaning or expressive and stylistic features" (FACHRUTDINOV, Rail; KHISAMOVA, Venera; KHISMATULLINA, Lyutsiya, *Comparative Analysis of Semantic Distinctions between Synonymous Adjectives in Tatar and English*, in European Research Studies Journal Volume XX, Special Issue, 2017, p. 450). Es lo que acá defendemos, porque, no por una cuestión de estilo, sino de "shades of meaning", los desfases entre los vocablos apuntados son tajantes.
3. Esta locución es retirada del artículo 90.8 del Código Penal Español.
4. Véase artículo 462 del Código Penal de España.
5. Véase artículo 4º, inc. V, de la Lei 12.850/2013 de Brasil.
6. Sobre el tema, RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás, *El decomiso de activos ilícitos*, Navarra: Aranzadi, 2017. También BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio "Garantizar que el delito no resulte provechoso" el decomiso ampliado como medio de la política criminal frente a la corrupción. <https://dialnet.unirioja.es/servet/libro?codigo=705231%e>: homenaje al profesor Santiago Mir Puig/coord. por Jesús María Silva

colaboración, que no se configuran en el hecho de "delatar[7]". La delación es una especie de colaboración, con la característica añadida de exigir la oferta de informaciones que permitan identificar o perseguir penalmente a otros individuos, coautores o partícipes del mismo delito, o asimismo pertenecientes a la misma organización criminal del delator. En otras palabras, no implica, desde el punto de vista del acusado, solamente haber desistido de la acción delictiva, no tiene que ver con confesar sus propios hechos o con reparación del daño, sino con colaborar para que haya castigo a sus semejantes, vía la disminución de su propio castigo. En términos *éticos* y morales, la diferencia es rotunda.

Bajo esta disparidad *ética*, conocida por las fuerzas internacionales de "*peer pressure"* para la persecución de delitos[8], ninguna de nuestras legislaciones ha aceptado utilizar directamente el vocablo "delación". Tal supresión, hay que admitirlo, se trata de un calculado *softening* lingüístico, un eufemismo para evitar el rechazo natural que la cultura latino-germánica encuentra frente a aquellos que asumen la posición de traidores.

Sin embargo, el uso del término 'delación' en este texto ultrapasa el intento de conceder al instituto su carga semántica más adecuada a valores sociales. Significa que la reducción de pena a la *colaboración* con las autoridades puede ser legal, mientras la *delación* de uno mismo (*autodelación*) o de terceros (*heterodelación*)

Sánchez, Joan J. Queralt Jiménez, Mirentxu Corcoy Bidasolo, María Teresa Castiñeira Palou; Santiago Mir Puig (hom.), 2017, ISBN 978-9974-745-33-9, p. 903-914.

7. La más reciente edición del DRAE (22ª) trae esta definición al verbo delatar: *1.* tr. Revelar a la autoridad un delito, designando al autor para que sea castigado, y sin ser parte obligada del juicio el denunciador, sino por su voluntad.*2.* tr. Descubrir, poner de manifiesto algo oculto y por lo común reprochable."

8. Así, la ONU, en la Convención de las Naciones Unidas para el Combate a la Criminalidad Organizada (Convención de Palermo) del año 2000, en su artículo 26.2 prefiere el término "cooperación", al prever que "*2. Cada Estado Parte considerará la posibilidad de prever, en los casos apropiados, la mitigación de la pena de las personas acusadas que presten una cooperación sustancial en la investigación o el enjuiciamiento respecto de los delitos comprendidos en la presente Convención.*" La versión actual del manual de combate a lavado de activos también incentiva el uso de criminales, bajo el "arrepentimiento", entrecomillado en el propio original: "*Criminals* could also be a valuable source of information, particularly in jurisdictions where they are given the incentive to "repent" or share information in return for favourable treatment in the criminal justice system.". FINANCIAL ACTION TASK FORCE, FTAF/Onu, *National Money Laundering and Terrorist Financing Risk Assessment FATF guidance*, 2013, disponible en <https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/content/images/National_ML_TF_Risk_Assessment. pdf>, p. 17.

no debe ser admitida en la interpretación más estricta de los derechos humanos y fundamentales, como se sostendrá enseguida.

Concretada la idea de que existen razones de orden político-criminal para que se haya impuesto el sustantivo "colaboración" como, en lugar de contingente, sinónimo de la "delación", la consecuente pregunta es saber por qué el término se ha, sin más crítica, plasmado también en la comunidad científica, para lo cual hay, en nuestra opinión, una tríade de razones. (1) La primera, un efecto directo de la legislación: los autores que basan sus reflexiones directamente en los términos legales siquiera plantean darles más adecuada precisión conceptual, reproduciendo el "*nomen juris*" como si fuera técnicamente acertado "*per se*". El segundo motivo, más determinante, (2) está en que aquellos que defienden la justicia premial les interesa ocultar el rechazo moral que el vocablo recibe. En ese punto, hay que problematizar la cuestión de la gran trascendencia que la justicia negociada aporta al derecho procesal. Para explicarlo, se impone un análisis hiperrealista: de la misma forma que la Fiscalía[9], en todos los países, es normalmente proclive a la adopción de la justicia negociada, porque ella le incrementa el poder institucional, al permitirle, por decirlo así, fijar las condenas, también la divergencia académica entre penalistas y procesalistas juega aquí un papel importante. Los procesalistas – se afirma con todo respeto –, tienden a aceptar cualquier medida que aumente el protagonismo práctico del derecho adjetivo[10]. Por

9. Ortiz Pradillo demuestra, cuidando de España, que "una de las autoridades que más partidaria se ha mostado en nuestro país a la hora de introducir incentivos para facilitar la colaboración eficaz con la Justicia de todas esas personas que pueden operar como privilegiadas fuentes de información ha sido la propia Fiscalía General del Estado". ORTIZ PRADILLO, Juan Carlos. *Los delatores en el proceso penal*: recompensas, anonimato, protección y otras medidas para incentivar una colaboración eficaz con la justicia. Madrid: Wolters Kluwer, 2018, p. 54.

10. Así, por ejemplo, escritores importantes sobre el tema propenden a traer el sistema de delación a la esfera procesal. Véase, por ejemplo, el mismo Ortiz Pradillo, en excelente obra soble el tema: "estimamos que la verdadera naturaleza jurídica de incentivar la delación y la colaboración con la justicia es esencialmente procesal, pues se trata de un instrumento de política criminal que desplegará su campo de actuación en el "Proceso" y no tanto en la "pena". ORTIZ PRADILLO, Juan Carlos. *Los delatores en el proceso penal*: recompensas, anonimato, protección y otras medidas para incentivar una colaboración eficaz con la justicia. Madrid: Wolters Kluwer, 2018, p. 54. De esa posición, plasmada incluso en algunas leyes, discrepamos directamente, ya que cualquier regla que permita disminuir la pena prevista al delito es de naturaleza material, aunque sea más detallada en la legislación procesal. Tal y como ocurre con el instituto de la prescripción o, en España, la atenuación por dilaciones indebidas (art. 21.6 del Código Penal Español, a partir del artículo 24.2 CE), el hecho de que ocurra dentro del proceso no transforma la

lo tanto, su tendencia a defender la justicia negociada, como instrumento procesal, para que ahí, en las audiencias, se resuelvan cuestiones que antes estaban todas regladas por la lógica penal material.

Por *último,* (3) los baremos contemporáneos de producción e impacto científico también son elemento clave en la inhibición del uso de la locución semánticamente adecuada. La cuestión es que, en la auténtica carrera por citas que existe en las novedosas imposiciones de las *scientometrics*, utilizar el término más difundido facilita el encuentro de una publicación en el marco de las búsquedas logarítmicas[11] científicas. Eso disuade cualquier investigador, aunque con sacrificio de la técnica, a cambiar, en su texto, el término más fácilmente apuntado por los logaritmos. Una cuestión de perversión científica, por muchos ya estudiada, que en este momento no podemos pasar totalmente por alto.

La desventaja para el *éxito* de cualquier búsqueda en los medios algorítmicos, la mezquina disputa entre representantes de categorías epistémicas artificialmente construidas o la disputa de poder entre autoridades públicas para mayor manejo en el sistema procesal no puede, empero, perjudicar la exactitud conceptual que en este texto se busca.

---

pena en un mero accesorio. Ella, en nuestro sistema, tiene de estar prevista en el propio Código Penal, el único que puede autorizar la renuncia al poder-deber de castigar el hecho típico, en la figura de la punibilidad.

11. La cuestión de las búsquedas logarítmicas en los *altmetrics* y los desvíos de comportamiento en los estudios científicos para alcanzar el éxito logarítmico están ya muy evaluadas en los estudios de *scientometrics*. Véase, por ejemplo, el estudio de Mingers: "Finally, in this brief overview, we must mention the advent ofthe Web and social networking. This has brought in the possi-bility of alternatives to citations as ways of measuring impact (ifnot quality) such as downloads, views, "tweets", "likes", and mentions in blogs. Together, these are known as "altmetrics" (Priem,2014), and while they are currently underdeveloped, they may wellcome to rival citations in the future. There are also academic socialnetworking sites such asResearchGate (www.researchgate.net),-CiteULike (citeulike.org), academia.edu (www.academia.edu), RePEc (repec.org) and Mendeley (www.mendeley.com) which in some caseshave their own research metrics. Google Scholar can produce pro-files of researchers, including their h-index, and Publish or Perish (Harzing, 2007) enhances searches of Scholar with the Harzing". MINGERS, John; LEYDESDORFF, Nalimov, *A review of theory and practice in scientometrics*, European Journal of Operational Research, Volume 246, Issue 1, 2015, Pages 1-19, ISSN 0377-2217. Todas esas plataformas funcionan por búsqueda de palabras-clave, que hace con que el investigador que añora ser citado opte por utilizar los vocablos más rastreados, lo que inhibe la crítica y la innovación terminológica. Véase también: HOLMES, Richard, The THES University Rankings: Are They Really World Class?, *Asian Journal of University Education,* Vol. 2 No. 1, 1-14, 2006.

2.1. Sigue: el delator, el denunciante y el whistleblower

Como corolario de este intento de precisión terminológica, también se debe hacer una diferencia entre los términos "delación" y "whistleblowing". Etimológicamente, el *whistleblower* es el que "hace sonar el silbato", con lo cual está implícita la figura de un denunciante que, aunque pueda haber participado de los hechos delictivos, tiene de ser el creador del "alerta" de la existencia de un entramado ilegal. Ser *whistleblower* implica figurar como el primero en denunciar los hechos antijurídicos, al menos desde su propio punto de vista, sin cuya condición no se puede hablar de que sea el que suena alguna alarma. Así, el sustantivo castellano más adecuado para traducir el significado sería el de "denunciante", aunque tampoco figure como una equivalencia exacta[12] en términos científicos.

En resumen, "colaboración" ocurre cuando el acusado de un delito busca una condena más indulgente para sí mismo, bien sea entregando informaciones sobre coautores o partícipes, bien sea, en figura de "delación", aportando cualquier acción que minimice la gravedad de los resultados del delito. El "denunciante" o "whistleblower", por su parte, es quien lleva al conocimiento de las autoridades o de los *órganos* internos responsables de la depuración de infracciones algunas irregularidades que todavía no fuera de conocimiento general.

Hecha esa pequeña digresión terminológica, se puede avanzar a los problemas *éticos* y morales que la delación engendra.

3. Desafío ético-normativo

Las antinomias generales[13] de la delación premiada están ya descritas en algunas obras, pero el presente trabajo pretende profundizar en apenas una de ellas:

12. Nótese que utilizar el término en lengua inglesa no importa falta de rigor lingüístico, muy al revés. Cuando un término extranjero se incorpora a un idioma, asume en general significado diverso de lo corrente, en la doctrina, que acá ya cuidamos, de que no existe perfecta sinonimia. Es así que la DIRECTIVA (UE) 2019/1937 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 23 de octubre de 2019 relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión Unión Europea, utiliza la palabra "denunciantes", pero no ha escapado a una compulsoria exposición inicial que lleva a comprender que los "denunciantes" allí referidos son los *whistleblowers*. Véase fragmento de su primer considerando: "Al informar sobre infracciones del Derecho de la Unión que son perjudiciales para el interés público, dichas personas actúan como denunciantes (en inglés conocidas coloquialmente por whistleblowers) y por ello desempeñan un papel clave a la hora de descubrir y prevenir esas infracciones y de proteger el bienestar de la sociedad".
13. Váse RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. *Delación Premiada: límites éticos al Estado*, Bogotá: Temis, 2019, p. 174 y siguientes.

su confrontación con el derecho a no declarar contra uno mismo. Sin embargo, los embates que la delación premiada traba con los valores éticos plasmados en el propio texto legislativo sirven para comprobar que su utilización debe ser enmarcada por la nota de excepcionalidad.

Primeramente, hay que ocuparse de la cuestión del valor de los secretos, porque el mantenimiento de los sigilos en general siempre se ha tenido como un imperativo a ser preservado. A causa de ello, los secretos asumen una tutela especial en las legislaciones, incluso habiendo instrumentos legales que los consideran inviolables por encima de cualquier otro motivo[14], y que jamás han sido directamente contrapuestos por los ordenamientos democráticos, más bien al revés[15]. El hecho de que la quiebra del secreto, en la delación, incida sobre aquél con el cual se ha trabado una relación anterior de fidelidad tiene implicaciones jurídicas.

Ello trae como corolario el principio de personalidad. Si, aunque útil, la personalidad del traidor es desvalorada, pese a que haya realizado una acción beneficiosa para la investigación criminal, la delación no puede ser indicio de buen carácter. Aunque hace mucho no sea una vanguardia en la doctrina, los Códigos en modo general esparcen en posición mezgeriana de que el carácter del agente se materializa en el momento del delito, por lo que la mejor personalidad merece menor reprobación[16]. Cuando la ley viene a determinar que se conceda premio a aquel que revela su personalidad traidora, la colisión con el principio de la personalidad se evidencia[17].

14. Es el caso del Código de Derecho Canónico, que impone a los sacerdotes la conservación del secreto sacramental por encima de las leyes locales. Véase: 983 § 1. El sigilo sacramental es inviolable; por lo cual está terminantemente prohibido al confesor descubrir al penitente, de palabra o de cualquier otro modo, y por ningún motivo". Disponible <https://www.vatican.va/archive/ESL0020/__P3E.HTM> Acceso 22 mayo 2021.
15. Véanse artículos 416 y, en el caso eclesiástico especialmente, artículo 417, 1º, de la LECRIM en España. También el art. 199 del Código Penal de España.
16. MEZGER, uno de los mejores exponentes de la teoría de la culpabilidad por el carácter o conducción de vida, no distinguía exactamente entre "personalidad" y "carácter". Véase: "Aber sie [la teoría de los motivos] dringt noch nicht bis zum letzen: zur Persönlichkteit, zum Charakter des Täters". MEZGER, Edmund. *Strafrecht: ein Lehrbuch*, München, Duncker & Humbolt, 1949, p. 275.
17. Véase en Argentina, los arts. 26, 41.2 o 48 del Código Penal, que remiten a "calidades personales" o a la "personalidad"; en Colombia, el art. 55, sobre 'circunstancias personales' o los 'motivos nobles' de una acción delictiva; en Uruguay, el Código Penal evita hacer remisiones más directas a la personalidad o a las motivaciones, pero, por ejemplo,

También está el conflicto, ya abordado por otros autores, de que la aplicación del premio al delator contrasta con el principio general, incrustado a su manera en la mayoría los Códigos occidentales, por el cual las acciones de aquél que ejerce posiciones de dirección o mando en la estructura criminal[18] son más reprochables que las de sus subordinados. En la práctica de las organizaciones criminales, el acceso a la información (y a las pruebas respectivas de los delitos) se reserva a los cabecillas, con lo cual aquellos que ocupan la base de la pirámide criminal normalmente no disponen de pruebas atractivas para las autoridades. En las cuentas finales de proporcionalidad[19] de retribución[20], el resultado es que, haciendo uso de la delación, los criminales de alto escalón reciben una pena más baja que sus subordinados.

A consecuencia de ello, está el hecho de la falta de oportunidad, especialmente en Latinoamérica, para que aquellos que pertenecen a las organizaciones criminales violentas puedan acceder al premio a la delación. No se trata, pues, de dar trato desigual a los violentos y a los no violentos, sino de excluir la posibilidad de perdón de los delincuentes pobres[21], porque son ellos los reclutados a

prohíbe la legítima defensa cuando quien se defiende lo hace "motivado por venganza, resentimiento u otro motivo ilegítimo" (art. 26.3); en España, las referencias a la "personalidad del penado" ahora son pocas en el Código, pero sus arts. 21 y 22 remiten a motivaciones y su influencia en la condena.

18. En España, la primera parte del artículo 570 bis del Código Penal, que difiere las penas entre los que comandan y los que participan de las organizaciones y grupos criminales.

19. Véase, sobre el tema, LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. *La proporcionalidad de la norma penal*, en Cuadernos de Derecho Público, no. 5, septiembre-diciembre de 1998, p. 159 ss.

20. La proporcionalidad entre pena y delito no está en las Codificiaciones, pero el art. 49.3 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea afirma que "La intensidad de las penas no deberá ser desproporcionada en relación con la infracción".

21. En Europa, si esa relación no aparece, a causa de mayor control de la criminalidad, hay un fenómeno parecido en términoso de punibilidad. Los indultos, como notan los penalistas, en la práctica significan un derecho a que acceden los que tienen más poder de negociar con el Estado, que son clases privilegiadas. Así una comisión de notables penalistas españoles enmarca que los indultos se transformaron en "una vía para eludir la pena de quines ejercen el poder político o económico de los encargados de ejecutar sus instrucciones. Baste decir que recientes estudios muestran que, en términos relativos, los delitos más frecuentesmente indultados son ahora los concernientes a la administración pública". VV.AA, Grupo de Estudios de Política Criminal: jueces para la democracia, *Una alternativa a algunas previsiones penales utilitarias*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, p. 11.

la fuerza por las organizaciones ilegales que usan las armas[22]. El sistema interno de ajusticiamiento que reina en ese tipo de delincuencia organizada funciona indefectiblemente, porque cualquier tipo de traición es castigada con la muerte. Por lo tanto, volvemos a un Derecho penal de la clase alta y de la clase baja, como enunciado por Schünemman[23]; denunciar los entramados de corrupción en altos escalones del gobierno raramente implica venganza, incluso porque los códigos morales de los políticos tampoco son rígidos, máxime cuando se cuida de lealtad. Si no se trata de un sesgo injustificable del Estado al dar a entender que los delitos de cuello blanco son menos graves, porque no violentos, al menos habrá que reconocerse un problema en los cimientos del acceso a la justicia, en lo que concierne al derecho de disminución de la pena por supuestos de delación.

Para la seguridad jurídica[24], es decir, la idea de una pena previsible poco es necesario argumentar. Una simple "negociación" amplia de la pena señalada transforma toda una construcción de teoría de las circunstancias[25], que ha ocupado millares de líneas de la literatura jurídica, en algo absolutamente dispensable, ya que la sanción es negociada bajo criterios de utilidad que, aunque se diga al revés, escapan a cualquier intento razonable de previsión. La previsibilidad de la

22. Sobre el tema, véase nuestro RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. *Tres modelos legislativos de Delación Premiada en Latinoamérica: las soluciones de Colombia, Brasil y Argentina y la conformidad con los principios fundamentales de los derechos internos, in:* Nuevas Fronteras del Derecho Penal Global: libro homenaje a Ferré Olivé, Bogotá: Temis, 2019, p. 243 y ss.

23. SCHÜNEMANN, Bernd. *Temas actuales de Derecho Penal después del Milenio*. Madrid: Tecnos, 2002.

24. No configura un derecho fundamental a la proporcionalidad abstracta de la pena con la gravedad del delito (STC 65/1986), de los arts. 1.1, 9.3 y 10.2 C.E. En la STC 66/1995, se determina que la proporcionalidad no es autónoma en la Constitución, pero se deriva de otros principios. La sentencia 136/1999 declara la inconstitucionalidad de una norma por violar la proporcionalidad. Véase también PERELLO DOMENECH, Isabel, El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional, in Jueces para la Democracia, 28, 1997; También MIR PUIG, Santiago. Principio de proporcionalidad y fines del derecho penal, in: *Estudios en memoria de José María Lidón*. Bilbao: Universidad de Deusto, 2002, p. 349-366.

25. Sobre el tema, como sistemática, véase el clásico "Teoría de las Circunstancias del Delito", que sigue como referencia en demostrar que debe de existir un razonamiento en todo lo que circunda el delito. ALONSO ÁLAMO, Mercedes. *El sistema de circunstancias del delito: Estudio General*. Valladolid: Ediciones UVa, 1982.

retribución, alardeada desde Beccaria[26], es regla básica de todos los ordenamientos jurídicos occidentales.

El tradicional intento de la comunidad jurídica para que la pena sea legitimada significa discurrir mucho sobre un sistema coherente, respetando las libertades y los valores vigentes. Su desequilibrio prontamente causa una sensación difusa de injusticia, que no es difícil de percibir. a falta de datos criminológicos[27] sobre el tema, ya sobran afirmaciones de la no aceptación, por la opinión pública, de la disminución de pena a aquellos que cometen delito y, después, delatan coautores. Aunque se sepa que tal consenso (o sentido común) no es vinculante para el derecho penal, seguramente será un indicio de que el desequilibrio dogmático se materializa.

4. Problema moral-subjetivo

En los contornos de este trabajo, no se puede entrar en la discusión del grado del vínculo psíquico[28] que tiene el autor frente a la norma jurídica, o siquiera de los intentos de extremada normativización de la imputación penal. Es, empero,

26. En ese sentido, la crítica de Zúñiga sobre las interpretaciones ampliadas con finalidad teleológica en Derecho Penal: Visto el panorama del derecho penal y de la política criminal actual, podemos decir que poseemos un argumentario «a la carta», donde prácticamente cada intérprete puede tomar la teoría y la orientación que sea más idónea para razonar la decisión que previamente ha adoptado. El llamado «círculo del conocimiento» o también el «círculo hermenéutico» se presenta así, en muchos casos, carente del rigor necesario para una respuesta cierta, igualitaria, previsible, propia de un conocimiento que se pretenda «científico». Si todo es válido, nada es válido". ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. Dogmática Funcionalista y política criminal: una propuesta fundada en los derechos humanos, in: *Revista de la Facultad de Derecho PUCP*, nº 81, 2018, p. 49.

27. Estamos de acuerdo con Hagan, que advierte que, sin un método de colecta y análisis de datos juicioso, muchas afirmaciones fallan y pueden transformar la ciencia penal en una colección de historias que no permiten conclusiones para el uso científico. "Much criminological theory possesses a global or sensitizing quality that alerts usto critical issues but often lacks the quality of formally testable, scientifically verifiable propositions. Without the generation of useful theoretical explanations, a field is intellectually bankrupt; it becomes merely a collection of war stories and carefully documented." HAGAN, Frank. El, *Introduction to Criminal Justice Research Methods: Theory and Method.* Edinburgh: Pearson House, p. 08. A pesar de ello, no se puede renunciar a conclusiones basadas en inferencias lógicas y alguna propia observación de la realidad cuando, principalmente en Latinoamérica, la producción de datos criminológicos es tan escasa.

28. La discusión sobre la normativización del derecho penal escapa a los límites de este artículo.

obligatorio constatar que la delación demanda un proceso de *decisión* del delator, lo cual a su vez implica la creación un conflicto moral a ser internamente solucionado: entregar a los compañeros o mantener su silencio, como alternativa garantizada en ley. Se dejará para un momento posterior la pregunta sobre si tal decisión puede ser tomada con un grado suficiente de libertad: por ahora, el problema está en que, desde el punto de vista del potencial delator, la entrega de datos sobre sus compañeros de delito, aunque se realice en pro del Estado de que es súbdito, se choca con sus convicciones morales.

El origen más palmario de esa convicción general se puede encontrar dentro de la cultura cristiana[29], porque el mayor ejemplo de malhechor del Evangelio fue un delator. Ya sea ahorcándose, ya sea estrellando sus entrañas contra el suelo[30], es incontrovertible que Judas se suicida después de entregar a su maestro: con la licencia de la interpretación que damos del sensible ejemplo religioso[31], el traidor a Cristo no había hecho nada distinto de establecer un acuerdo de colaboración premiada con los representantes de Roma, no solo a cambio de las célebres treinta monedas de plata, sino también, ciertamente, obteniendo la contrapartida del perdón por la complicidad en los presuntos delitos[32] de su líder.

29. Puede haber alguna discusión en que esos valores cristianos estén arraigados en la cultura hispanoamericana. Pero si se mira desde el punto de vista de la conformación del derecho y de la aplicación de las penas, no cabe duda de que ellos son parte de una escala moral vigente.

30. La Biblia cristiana diverge en el modo en que ocurre la muerte del apóstol, aunque sea seguro que la culpa lo lleva a suicidarse. Ahorcado (Juan 21: 20-22 y Mateo 27: 5) o arrojándose del acantilado, conforme Actos de los Apóstoles 1: 18, en que se narra que su cuerpo se partió al medio, "y todas sus entrañas se derramaron".

31. No se nos escapa que la demonización de Judas puede tener sus percances lógicos, ya que él había actuado de modo esencial para que la profecía se cumpliera. Se retoma toda la cuestión de la antinomia entre predestinación y libre-albedrío, hasta hoy no resuelta, en la que no vamos a entrar, pero remitimos a otros escritos de nuestra autoría. Véase: RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. *Livre arbítrio e direito penal: revisão frente aos aportes da neurociência e à evolução dogmática*. São Paulo, Marcial Pons, 2018, especialmente p. 96 y ss.

32. BORGES, en su "Tres versiones de Judas", analiza el escrito de RUNEBERG para calificar el acto de "rebajarse a delator" como "el peor delito que la infamia soporta". Claro que reinterpreta, con RUNEBERG, el acto, y retrata que "Premeditó con lucidez terrible sus culpas. En el adulterio suelen participar la ternura y la abnegación; en el homicidio, el coraje; en las profanaciones y la blasfemia, cierto fulgor satánico. Judas eligió aquellas culpas no visitadas por ninguna virtud: el abuso de confianza (Juan 12: 6) y la delación. Obró con gigantesca humildad, se creyó indigno de ser bueno. Pablo ha escrito: *El que*

En una interpretación muy libre del Evangelio, la frase de Jesús "dad a César lo que es del César"[33] puede ser entendida no como una respuesta simple a una provocación puntual, sino como una profecía para ese exacto momento de la traición futura: a pesar de todas las leyes mundanas, el Maestro cobraría, de modo legítimo, fidelidad a su figura. El compromiso con el Estado, que vincula a todo ciudadano, no libera del compromiso moral[34] de preservar la vida de sus compañeros. Eso, para los límites acá expuestos, es un trazo cultural latino bastante arraigado.

Tal desvalor generalizado de la traición es lo que autoriza, en sus ordenamientos internos orales o escritos, que los grupos de criminalidad organizada adopten, sin excepción, el ajusticiamiento de la muerte al traidor. Las reglas de las maras y de los grupos de violencia organizada para ajusticiar a los delatores es de sentido común, pero aun así documentada[35], como también es documentado el

se gloria, gloríese en el Señor (I Corintios 1: 31); el suicidio de Judas buscó el Infierno, porque la dicha del Señor le bastaba. Pensó que la felicidad, como el bien, es un atributo divino y que no deben usurparlo los hombres". BORGES, Jorge Luís. "Tres versiones de Judas", in *Obras completas*. Buenos Aires, Emecé, 2004, p. 514-517.

33. Evangelio, Mt, 22,21. *Bíblia sagrada*. 51 ed. Petropólis: Editora Vozes, 2012, p. 1184.

34. BAYERTZ, en completo ensayo sobre la moral contemporánea, pregunta por qué el individuo debe seguir la moral. Una de las justificaciones será la palabra de Dios; entonces, diferentemente de lo que aquí planteamos, no se trata de un conflicto entre moral y religión, sino del conflicto de la moral con ella misma. Haciendo uso del pasaje del antiguo testamento, del sacrificio de Isaac por Abraham (también analizado por KIERKEGAARD), afirma: "Im biblischen Text wird der Konflikt Abrahams bezeichnenderweise als die Spannung zwischen seiner Liebe zu Isaak und seiner Unterwerfung unter den Willen Gottes geschildert; irgendeine Art von genuine moralischen Bedenken werden nicht enmal angedeutet. Auch das Neue Testament kennt keine prinzipielle Differenz zwischen Moral und Religion" KURT BAYERTZ. *Warum überhaupt moralisch sein*? Berlin; C. H. Beck, 2004. p. 89.

35. Sobre la criminalidad organizada en Latinoamérica, véase RODGERS, David, BAIRD, Adam, "Understanding gangs in contemporary Latin America", en Scott H. Decker y David C. Pyrooz (comp.), The Handbook of Gangs, Oxford: Wiley, 2015, p. 478-502. El artículo apunta a Brasil como la principal cuna de estudios sobre las grandes organizaciones criminales violentas, especialmente el "Comando Vermelho", en Río de Janeiro, y el "Primeiro Comando da Capital (PCC)", en São Paulo. Este, incluso, tiene un Código escrito, que se puede encontrar por internet, que es transmitido a todos sus miembros, en lo cual se lee ". Sobre el tema, véase también "The Rise of the PCC: How South America's Most Powerful Prison Gang is Spreading in Brazil and Beyond" CLALS WORKING PAPER SERIES | NO. 30, By InSight Crime and American University's Center for Latin American & Latino Studies, Wahsington, D.C, December 2020. Allí se hace el reciente cálculo de que "The PCC is now believed to have 32,000 members across all 26 Brazilian states and its federal distric". El PCC tiene conocido su Código de Ética

juramento de las Mafias Italianas (de inspiración latina, por lo tanto) en Estados Unidos, en el cual su padrino expresa la clara advertencia de que traicionar los secretos de la *Cosa Nostra* significa morir sin juzgamiento[36]. Allí está la regla de oro, claramente reiterada cuando, en la documentada narrativa de los aspirantes a las Mafias, se coloca en sus manos un papel ardiente, para que repita "esa es la forma como seré quemado si traiciono los secretos de la Familia".

De ese modo, el argumento utilitario de que el individuo debe de alejar sus valores de honor personales y aproximarse a la sensación ciudadana, es decir, de pertenecer antes al Estado que, a su grupo, es falaz. La denuncia en nombre del Estado alcanza a valores mínimamente liberales, de protección de una esfera de libertad del individuo frente a cualquier injerencia, con lo cual es más bien característica de los regímenes totalitarios, como la conocida historia Pavlik Morozov, joven delator transformado en héroe soviético[37] por su fidelidad antes a la causa comunista que, a la propia familia, o la verosímil escena brechtiana de los padres que temen que su hijo haya ido a delatarlos al Reich de Hitler. La decisión de traicionar a los compañeros es, desde el punto de vista individual del acusado, algo que en general será contrario a su moral.

Por lo tanto, una decisión que se toma, únicamente, bajo presión extrema.

---

y su Estatuto, con 18 reglas, que se pueden encontrar en la página de la organización en internet. La página cambia constantemente de sitio, aunque siempre esté localizable en los buscadores de internet. En el momento en que se escribe este texto, ella se encuentra en <https://faccaopcc1533primeirocomandodacapital.org/codigo-de-etica-do-crime/>, accedida en 22 mar 2021.

36. "The first is that to betray the secret of Cosa Nostra means death without trial. Second, to violate any member's wife means death without trial". MAAS, Peter. *The Valachi Papers*, New York, Harper Collins Publisher, 2003 [orig. 1968], p. 75.

37. La historia de Pavlik Morozov está muy bien documentada en el libro *Informer 001*, de YURI DRUZHINIKOV. El joven Pavlik, fue prácticamente canonizado por la bien dosificada y repetitiva propaganda del régimen estalinista y de los que le siguieron (pág. 161), con canciones, libros y películas producidos en su honor; por ejemplo, *Bezhin Meadow*, de EISENSTEIN. En uno de los capítulos del libro, agudamente intitulado *The Family as a Terrorist Organisation*, DRUZHINIKOV recuerda que, en el juicio del caso, ocurrido bajo la "forma superior de la ley" de la traición del Estado, "la familia fue transformada en una organización terrorista" (pág. 58), y por lo tanto el caso de la familia Morozov no fue excepcional: "The cancer of betrayal metastasized, reached into the lives of other families. The people who suffered because of one boy's action could be counted in the tens of people, but those who fell victim to the denunciations of other numbered in the millions. Usually, following a denunciation case would be made against a single Family member, most often the father or the grandfather". DRUZHINIKOV, Yuri. *Informer 001*: *the mith of Pavlik Morozov*, New Brunswick, Transaction Publishers, 2013, p. 59.

5. En Latinoamérica: dependencia de las realidades locales

Considerados estos elementos morales comunes, ya es momento de averiguar la diferencia, para la hipótesis de la delación premiada, entre la realidad latinoamericana y la española. Como se ha puesto de manifiesto, el primer gran conflicto deflagrado por la delación premiada es que ella se basa en una falta de aceptación cultural, con lo cual las diferencias regionales traen consecuencias indelebles. No se ignora que, raras veces, la ley pueda por sí misma imponer nuevos patrones éticos, y que no siempre una medida legislativa tiene de contar com apoyo de la opinión pública. Sin embargo, la regla general es que la ley, como producto de cultura, tiene que adaptarse a su propio contexto[38].

Aquí aparece, empero, el gran inconveniente de que América Latina tiene una tajante dificultad en el reconocimiento y en la afirmación de su propia realidad. Para superarlo, acá hay que buscar algún apoyo en los estudios decoloniales, que subrayan la necesidad de una búsqueda de afirmación de sus propias circunstancias, entre las cuales está la necesidad de una reacción jurisprudencial latinoamericana más rígida en materia de Derechos Humanos, si se compara a la producción de Europa o Estados Unidos. O, caso se pueda enunciarlo en estos términos, que, aunque falte mucho a Latinoamérica para que sus valores de derechos humanos frente al Estado sean respetados – o exactamente a causa ello –, sus normas generales de Derechos Humanos y la actuación de las Cortes para su afirmación son más pronunciadas.

Los siglos de lucha para que Latinoamérica se haga independente todavía no terminaron. Desde Bartolomé de las Casas, que, a partir de su condición de primer *defensor del Pueblo* denunció la destrucción que hizo el Colonizador de los habitantes americanos, y osó señalar que estos eran *demasiado más felices*[39] que

38. Sobre el tema, véase HURTADO POZO, José. *La ley importada: recepción del Derecho Penal en el Perú*. Lima: Centro de Estudios en Derecho y Sociedad, 1979.

39. "Así que desde la entrada de la Nueva España, que fue a diz y ocho de abril del dicho año de dieciocho, hasta el año de treinta, que fueron doce años enterros, duraron las matanzas y estragos que las sangrientas y crueles manos y espadas de los señores hicieron continuamente ne cuatrocientas y cincuenta léguas em torno casi de toda la ciudad de México y su rededor, donde cabrán cuatro o cinco grandes reinos tan grandes y harto más felices que España" LAS CASAS, Bartolomé de, *Brevísima relación de la destruición de las Indias*, Madrid: Alianza Editorial, 2010, p. 101. No ignoramos, desde luego, que las afirmaciones de Las Casas son, principalmente dentro de la cultura hispánica, controvertidas, especialmente por su obra se haber usado para crear la llamada "leyenda negra" contra el país peninsular. Una posible enfermedad mental fue la hipótesis de

los pueblos españoles, hasta la utopía bolivariana[40] de la construcción de una nación latina que consiguiese plantar cara a la dominación internacional, siempre se reafirma, con abordajes que evolucionan, una condición de dependencia, de centro-periferia, en relación con otras naciones. Tal dependencia se transforma a lo largo del tiempo hasta alcanzar baremos más elaborados y subliminales en el discurso contemporáneo, que superan nominalmente las cuestiones raciales, pero hacen hincapié en un ideario de subdesarrollo a nivel antropológico[41]. No se puede admitir una concepción en ese sentido, pero es impositivo estar de acuerdo con la doctrina económica de que América Latina ha sido puesta en una condición de suministradora de productos baratos a las naciones económicamente privilegiadas, como van a subrayar Prebisch[42] o Cardoso[43], como también que el

Menéndez Pidal. MENÉNDEZ PIDAL, Ramón. *El Padre Las Casas. Su doble personalidad*. Madrid: Espasa Calpe (Grandes Biografías), 1963. Roberto Mesa explica la tesis: "Las Casas era un historiador bien intencionado, pero al padecer de una enfermedad mental, sus juicios se hallan deformados por el mal que padecía". El mismo historiador enmarca como el renascimento del nuevo ataque el més de octubre de 1927, cuando el diario madrileño ABC publicaba um artigo de G. García Aristo y Rivera, en lo cual se afirmaba que "Las Casas no estaba en sus Cabales. No mesmo ano, Juan B. Acevedo publicaria na Revista Hispanoamericana de Ciencias, Letras y Artes um artigo intitulado "La Locura de Fray Bartolomé de las Casas". cf. MESA, Roberto, *La Idea Colonial en España*, Valencia: Fernando Torres Editor, 1936, pp. 33-35. Pero claro que hay opiniones contrarias: "El recurso de la paranoia parece ser que no fue para don Ramón más que un expediente tardíamente imaginado para atenuar la virulencia de una requisitoria contra un personaje cuyos procederes intelectuales y comportamientos sociales le repugnan. Menéndez Pidal detesta desde hace mucho tiempo a Las Casas por haber tomado partido por los indios contra los conquistadores, por haber cargado a los fundadores de la América española un aplastante número de crímenes". BATAILLON, Marcel, *Estudios sobre Bartolomé de las Casas*. Barcelona: Ediciones Península, 1976, p. 16. Es una discusión que acá solamente se cita, pero en la cual no se debe profundizar.

40. Bolívar, en su conocida "Carta de Jamaica", llama a Las Casas de "héroe de la filantropía", por haber hecho sus relatos. BOLÍVAR, Símon. *Carta de Jamaica*, 1815, in: Carta de Jamaica 1815-2015, Comisión Presidencial para la Conmemoración del Bicentenario de la Carta de Jamaica, Caracas: Ed. Gobierno de Venezuela, 2015, p. 10.
41. En ese sentido, España también lo vive en términos de su leyenda negra, que tanto le ha costado. Esto será materia para otro estudio de nuestra autoría.
42. Véase PREBISCH, Raúl, *Capitalismo periférico: crisis y transformación*. México: Fondo de Cultura Económica, 1981.
43. "Em todo caso, a situação de subdesenvolvimento produziu-se historicamente quando a expansão do capitalismo comercial e depois do capitalismo industrial vinculou a um mesmo mercado economias que, além de apresentar graus variados de diferenciação do

ideario de eterna colonia perjudica una condición de autoafirmación, bien antropológica[44], bien epistémica[45]. Esa concepción fáctica permite asumir causas para que el Estado Latinoamericano sea incapaz de promocionar el *welfare*, lo que se refleja, dentro de nuestros límites de análisis, en, como se retomará, una situación carcelaria caótica, una fuerza pública con débil capacidad de investigación y, desde luego, un Estado corrupto.

En otras palabras, si el individuo latinoamericano no es corrupto de modo atávico[46], lo mismo no se puede decir del Estado. Las condiciones históricas de

sistema produtivo, passaram a ocupar posições distintas na estrutura global do sistema capitalista. Desta forma, entre as economias desenvolvidas e as subdesenvolvidas não existe uma simples diferença de etapa ou de estágio do sistema produtivo, mas também de função ou posição dentro de uma mesma estrutura econômica internacional de produção e distribuição" CARDOSO, Fernando Henrique. Dependência e Desenvolvimento na América Latina, in: *Cinquenta anos de Pensamento na CEPAL*, Rio de Janeiro: Editora Record, 2000, p. 506.

44. Acerca de la construcción de ese ideario, véase el ya clásico texto de QUIJANO, Aníbal. *Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina, Cuestiones y horizontes: de la dependencia histórico-estructural a la colonialidad/descolonialidad del poder*. Buenos Aires: CLACSO, 2014, p. 778.

45. Es la noción de *epistemicidio*, que alcuñó Santos, al demostrar que no existe una preocupación de la teoría europea con la realidad latina, especialmente de los excluídos. Los excluídos, claro, son gran parte del objeto del derecho penal. "La última dificultad a la que se enfrentan la teoría crítica y la imaginación política eurocéntricas está en la enorme discrepancia entre, por un lado, lo que se afirma o prevé en la teoría, y, por otro, las prácticas más innovadoras y transformativas que tienen lugar en el mundo. Durante los últimos treinta años, las luchas más avanzadas han tenido como protagonistas a grupos sociales cuya existencia no reconoce la teoría crítica eurocéntrica (ni la izquierda política que esta fundó): las mujeres, los pueblos indígenas, los campesinos, los afrodescendientes, los *piqueteros,* los desempleados, los gais y lesbianas, los indignados, el movimiento okupa, entre otros. Estos grupos se organizan con mucha frecuencia de forma completamente distinta (movimientos sociales, comunidades de base, manifestaciones, iniciativas de autogobierne, ocupaciones de tierras y edificios, organizaciones económicas populares, reclamaciones, asambleas populares, referendos, presencia colectiva en espacios públicos, etc.) de las que la teoría crítica eurocéntrica privilegia (el partido obrero y el sindicato, la acción institucional, la lucha armada y la huelga)." SANTOS, Boaventura Sousa. *Justicia entre saberes: epistemologias del Sur contra el Epistemicidio*. Madrid: Ediciones Morata, 2014, p. 61.

46. Fueron conocidos en Latinoamérica, en tempos de determinismo de la Escuela Positiva, autores como Raymundo Nina Rodrigues, quien, citando bien a Lombroso, Garofalo, Ferri y Lacassagne, bien al Dr. Corre, "o médico-legista dos Climas quentes", observa que las civilzaciones precolombinas sucumbieron a las europeas por ser "menos

alejamiento de la población de las esferas de poder crearon una noción distinta de cosa pública, que hoy día sigue muy difícil de desatarse. Así, como alertaba Padre Antonio Vieira[47] o Raymundo Faoro[48], la construcción del estado proclive a los sobornos es algo que no se logra superar, lo que en gran medida explica el fracaso de cualquier programa de control social sobre el poder público. Sin que aquí quepa un recorrido histórico de todos los países latinos, hay que mencionar que, para tal hundimiento[49] del control ciudadano sobre el poder público, contribuyen los largos períodos de dictaduras en las más diversas naciones del Nuevo Continente.

No es simple conseguir pruebas empíricas de esa tendencia del poder público a la corrupción, pero existen algunos indicadores útiles, para allá del evidente sentido común de los escándalos diarios de cohechos que colman la prensa. Como uno de los principales rasgos de la corrupción es que ella no se desvele, alimentando círculos de silencio, son los índices de percepción sobre el fenómeno los más acreditados para dar cuenta de su nivel. En ese sentido, gran parte de los

avanzadas", establece la relación entre las razas no-blancas y el delito, afirmando que "o estudo das raças inferiores tem fornecido á sciencia exemplos bem observados dessa incapacidade orgânica, cerebral" y que habría errores en imponter a las "raças inferiores o estalão por que aferem a criminalidade da raça branca", entre otros absurdos racistas típicos del positivismo latinizado. RODRIGUES, Raymundo Nina. *As raças humanas e a responsabilidade penal no Brazil*. Rio de Janeiro: Ed. Guanabara, 1932 (primera edición de 1894), p. 73.

47. VIEIRA, Antonio. *Arte de furtar*. Amsterdam: 1744. Disponible <http://www.bibliotecadigital.unicamp.br/document/?code=000409029>. Acceso 22 mayo 2021.

48. Faoro, en obra clásica para el pensamiento brasileño, describe como los conflictos, en Brasil, entre la nobleza colonial y la burguesia, con el paso del tiempo se amalgama en un concepto: el cargo público, símbolo a la vez de superioridad a la ley común y de acceso a la riqueza: "A burguesia, nesse sistema, não subjuga e aniquila a nobreza, senão que a esta se incorpora, aderindo à sua consciência social. A íntima tensão, tecida de zombarias e desdéns, se afrouxa com o curso das gerações, no afidalgamento postiço da ascensão social. A via que atrai todas as classes e as mergulha no estamento é o cargo público, instrumento de amálgama e controle das conquistas por parte do soberano". FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. RJ: Globo, 2001, p. 230.

49. Entre tantos escritos sobre las dictaduras latinoamericanas, especialmente del siglo XX, véase, por todos, VALENCIA GRAJALES, José Fernando; MARÍN GALEANO, Mayda Soraya, Elementos que describen una dictadura en América Latina. V8 Nº 1 l ene-jun 2016 l p. 43-56 l ISSN: 2027-2391 l DVD: 2344-7125 l Med – Col., quien subraya como uno de los rasgos característicos de ellas que los dictadores "se abrogan para sí privilegios políticos, militares, económicos y sociales" (p. 54).

países latinoamericanos, pareados con naciones africanas[50], ocupan las posiciones más bajas en los rankings internacionales.

Parece claro que un movimiento de transformación, bien representado por los que defienden una nueva ética de relación empresa-estado a escala global[51], trabaja en el sentido que de que esas teorías desvanezcan, pero a lo mejor solo nominalmente. Basta con recordar que no fueron pocos los representantes de teorías económicas que defendieron, pocas décadas atrás, que, en los países con Estado débil[52], promocionar la corrupción coincide con el incentivo del desarrollo económico. Aquello que la ética contemporánea teórica rechaza, la práctica reafirma, y los casos de macrocorrupción no dejan de surgir. En este contexto, hay que citar el reciente *Caso Odebrecht/Operação Lava-Jato,* porque se trata de un hito, más allá de un ejemplo. Allá se ha construido un método inigualado de corrupción que funciona estrictamente en Latinoamérica, el llamado "Departamento de Operaciones estructuradas"[53]: una ingeniería empresarial construida

50. La posición, por ejemplo, Brasil de Brasil CPI 2019 (Corruption Perception Index) como 106º entre 198, Perú como 94 o Bolivia como 124, está disponible en la página <https://www.transparency.org/en/cpi#>, acceso en 07 abr 2021.

51. Acá nos referimos a la "enforced self-regulation", como nueva forma de relación entre las compañías y el Estado, a día de hoy tan invocada, y con tan pocas críticas sobre su posibilidad de real implementación, por los defensores del "compliance". El texto seminal del concepto está en: BRAITHWAITE, John. "Enforced Self-Regulation: A New Strategy for Corporate Crime Control." *Michigan Law Review*, vol. 80, no. 7, 1982, pp. 1466--1507., www.jstor.org/stable/1288556. Acceso 27 mar. 2021. Véase también GOMEZ TOMILLO, Manuel. *Compliance y Política Legislativa: el deber personal y empresarial de evitar la comisión de delitos en el seno de las personas jurídicas*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2016.

52. Veja-se, entre seus representantes: BECK, P., MARHER, M. W. (1986). A comparison of bribery and bidding in thin markets. *Economic Letters* 20, 1-5; BJORVARN, K., SOREIDE, T. (2005). Corruption and privatization. *European Journal of Political Economy* 21, 903-914; LUI, F. T. (1985). An equilibrium queuing model of bribery. *Journal of Political Economy* 93, 760- 81, O también PIETH, Mark. International cooperation to combat corruption. In: ELLIOTT, Kimberly Ann (Org.). *Corruption and Global Economy*. Washington DC: Institut for International Economics, 1997.

53. El Departamento de Justicia estadunidense (DOJ) expone, en su página, que el acuerdo de lenidad con Odebrecht ha alcanzado la cifra más alta de la historia de aquel órgano, nada menos que 4,5 mil millones de dólares: "Odebrecht agreed that the appropriate criminal fine is $4.5 billion, subject to further analysis of the company's ability to pay the total global penalties. In related proceedings, Odebrecht also settled with the Ministerio Publico Federal in Brazil and the Office of the Attorney General in Switzerland." Informe na página web do DoJ em: <tps://www.justice.gov/opa/pr/odebrecht-and-bras-

dentro de Odebrecht especialmente para promocionar pagos coimas – y, como consecuencia, conforme ha manifestado la prensa internacional, transformar *Watergate* en un juguete de niños[54]. El caso ilustra como el sistema latinoamericano de gobierno está diseñado para promocionar corrupción, absolutamente sistémica, sin barreras ni diferencias de banderas ideológicas[55], confiando en un primado general de la cleptocracia. En ese caso específico, la delación premiada fue instrumento clave para revelar el entramado, lo que fortalece la percepción de la eficacia del instituto, al menos a corto plazo.

Latinoamérica, esta mínima descripción sirve como fundamento de rasgos que ahora Ausente la pretensión de, en pocas líneas, construir un panorama de apuntamos, con relevancia para el presente estudio. Así, para lo que interesa a la libertad del individuo en elegir la delación, señalamos cinco premisas: (1) la idea judaico-cristiana de rechazo a la traición es atributo de la cultura latinoamericana; (2) la corrupción del Estado es una realidad, con nivel muy bajo de control ciudadano en las actividades públicas; (3) la capacidad de investigación por las autoridades se encuentra mermada, bien por sus escaso aparato, bien por la potencia de los entramados de corrupción, lo que justifica la preferencia por atajos hacia la consecución de pruebas[56]; (3) dada las condiciones generales de las cárceles[57] de una nación en subdesarrollo económico, una amenaza de pena de prisión es mucho más constrictiva que la análoga en países europeos; (4) en su

kem-plead-guilty-and-agree-pay-least-35-billion-global-penalties-resolve>, acceso 10 ago 2020.

54. La expresión es de la agencia BBC: "How a company created a whole system only to pay bribes, and how many public agents were involved. This case implicated almost one--third of Brazil's senators and almost half of all Brazil's governors. "One sole company paid bribes in favour of 415 politicians and 26 political parties in Brazil. It makes the Watergate scandal look like a couple of kids playing in a sandbox." PRESSLY, Linda, *The largest foreign bribery case in history* in 22 abril de 2018, Disponible <https://www.bbc.com/news/business-43825294>, acceso 02 abr 2021.

55. Así, la "tecnología Odebrecht" consistia em pagar coimas a todos los partidos políticos, aunque adversários entre sí. Ésa fue la declaración de Emilio Odebrecht: "Existia uma regra: ou não contribuía para ninguém, ou contribuía para todos". https://g1.globo.com/politica/operacao-lava-jato, en 12 de abril de 2017

56. Acá se desarrolla la gran paradoja: de un lado, la vertiente más garantista de sus derechos, por la experiencia de las dictaduras. De otro, la mermada capacidad de investigación por parte del Estado hace que se busquen formas alternativas de construcción de pruebas. Los dos sistemas se contraponen, y abren camino a luchas institucionales etc.

57. Sobre el tema, véase STF, ADPF 347 MC, Rel. Ministro Marco Aurélio, dj 09.09 2015.

diálogo con las autoridades, la vulnerabilidad del ciudadano común es mucho más pronunciada.

Esos factores son todos derivaciones del reconocimiento de que un Estado más débil es incapaz de mantener el deseable *welfare*. Sin embargo, también como característica, está la dialéctica de que, para hacer frente a esa precariedad, un derecho penal más garantista se ha impuesto, en al menos dos estratos: a nivel internacional, por la Convención Americana de Derechos Humanos y, a nivel nacional, por los movimientos neoconstitucionales y la jurisprudencia interna, que en gran medida intentan frenar las amenazas de un Estado injusto.

5.1. El sistema interamericano de Derechos Humanos

El reconocimiento de esa singularidad de Latinoamérica frente a sus condiciones de promocionar un Estado de bien estar, y, no pocas veces, de garantizar las mínimas condiciones democráticas ha hecho que se desarrollase un sistema propio de jurisdicción internacional, para garantía de Derechos Humanos.

Así surge la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), conocida como Pacto de San José de Costa Rica, que se firmó en noviembre de 1969, con entrada en vigor en 18 de julio de 1978. Actualmente, 23 naciones de Latinoamérica y Caribe[58] adhieren a la Convención, y dos la han denunciado, excluyéndose de sus compromisos. A causa de la Convención, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos está compuesto por la Comisión Interamericano de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH). La Comisión es "órgano consultivo", mientras que la Corte, que acá será examinada más de cerca, "es una institución judicial autónoma cuyo objetivo es aplicar e interpretar la Convención Americana"[59]. Esa Corte Interamericana juzga a los

58. Conforme la página oficial de la Corte IDH, "Los Estados que han ratificado la Convención Americana son: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominica, Ecuador, El Salvador, Granada, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Surinam y Uruguay." Trinidad y Tobago denunció en 1992 y Venezuela, en 2012. Véase Disponible <https://www.corteidh.or.cr/que_es_la_corte.cfm>, acceso 22 mar 2021.

59. Conforme la página de la Corte IDH, ella "es una institución judicial autónoma cuyo objetivo es aplicar e interpretar la Convención Americana. La Corte Interamericana ejerce una función contenciosa, dentro de la que se encuentra la resolución de casos contenciosos y el mecanismo de supervisión de sentencias; una función consultiva; y la función de dictar medidas provisionales." Disponible <https://www.corteidh.or.cr/tablas/abccorte/abc/10/>, acceso 08 abr 2021.

Estados, no a individuos, tal y como hacen, en sus jurisdicciones, sus dos homólogos: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos[60].

En el presente recorrido, se examinarán las peculiaridades del texto convencional (CADH), para luego restringir a las interpretaciones nacionales y, a raíz de ello, crear hipótesis segura sobre la eventual interpretación de la delación premiada, desde el punto de vista exclusivo de los derechos humanos en Latinoamérica.

5.2. La especificidad del nemo tenetur se detegere en la Convención Americana de Derechos Humanos

Nuestro primer punto hermenéutico se basa en que el texto de la CADH es mucho más rígido en cuanto a la exigencia de no autoinculparse que otros documentos convencionales. Como consecuencia, los países que adhieren a ese instrumento de *soft law*, al menos en los momentos que se dispongan a seguirlo, tienen de ser más inflexibles en cuanto a sus eventuales violaciones. Para comprobarlo, basta con hacer una lectura comparativa del instituto frente a otros comandos de derechos humanos y fundamentales, para superar el sentido común de que la CADH, en lo que respecta al *nemo tenetur*[61], sea una simple reproducción del derecho de no recabar pruebas contra sí mismo.

60. Bien se sabe que Latinoamérica tiene otros tribunales que visan a la integración regional, como el Tribunal de la Comunidad Andina (Acuerdo de Cartagena, 1979; Protocolo de Cochabamba, 1996); la Corte Centroamericana de Justica (Protocolo de Tegucigualpa, 1991); Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur (Protocolo de Los Olivos, 2002), o la Corte Caribeña de Justicia (Constitución de Puerto España, 2003). Esos Tribunales tienen su misión en la integración regional, pero no constituyen una jurisprudencia en DDHH sedimentada y vinculante suficiente para los objetivos de nuestro estudio. Sobre ellos, Ulate comenta: "Es decir, se hace indispensable conformar tribunales supranacionales plenos, a nivel regional, que adopten decisiones vinculantes y de acatamiento obligatorio para los países, y se garantice una efectiva ejecución de sus fallos de reparación y sanción a favor de los derechos fundamentales. El más claro ejemplo a seguir es a mi juicio, por el nivel de madurez, solidez y especialización, el alcanzado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea". ULATE CHACÓN, Enrique. La competencia de los Tribunales Internacionales y tutela de derechos humanos en los procesos de integración regional*, in: Derecho Penal y Constitución: Libro Homenaje a Paulino Mora*, San José: Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, 2014, p. 144.

61. En algunos países de Latinoamérica, la mera mención a la locución "nemo tenetur" remite al derecho del "nemo tenetur se detegere". Desde luego, el acortamiento de la

Directamente al punto[62], véase el artículo 8.2.g de la Convención Interamericana:

> 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:
>
> a) derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;
>
> b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada;
>
> c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;
>
> d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;
>
> e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;
>
> f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;
>
> g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y (...)"

El cuidado de la norma convencional con el derecho a no autoinculparse se debe identificar por sus propios términos. Nótese que el texto divide el *nemo tenetur* en dos figuras: derecho a (i) no ser obligado a declarar contra sí mismo y (ii) el derecho a no declararse culpable. En ese sentido, hay que señalar que la segunda figura – la garantía a no declararse culpable – aparece como garantía

locución es impropio, porque significaría sencillamente "nada a temer", a que le faltaría complemento para ganar algún sentido. Además, otras expresiones latinas tienen podrían ocupar su lugar, a ejemplo del "nemo tenetur se ipsum accusare", de sentido muy cercano. Acá se optará, sin embargo, en usar la locución "nemo tenetur" como abreviación del "nemo tenetur se detegere". Se trata de una reducción para los límites de este texto.

62. Aunque también se puede notar que no hay ninguna excepción al derecho a un juicio justo. Hacer un atajo a eso ya sería, notablemente, una infracción a esa garantía.

original, que no está siquiera en el texto seminal de ese derecho, la Quinta Enmienda a la Constitución de Estados Unidos.

La Quinta Enmienda, fechada de fines del siglo XVIII, cuida el derecho a, literalmente, no ser testigo en contra de si mismo ("*...nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself*"), pero fue silente en relación con el derecho a no autoinculparse[63]. En otras palabras, la declaración latinoamericana, ya vista la experiencia del texto de su vecino del Norte, decidió por no repetir sus palabras, sino por hacer la escisión de dos derechos, uno que repetía el liberalismo estadunidense, y otro que conscientemente lo incrementaba.

El carácter impar de ese derecho es argumento también para la preocupación latina con su caracterización. La Declaración de Derechos del Hombre siquiera lo menciona, y las constituciones nacionales de los países democráticos, a pesar de ya tener acceso al texto de la CADH, e incluso a haber reconocido su vigencia, no la hicieron reproducir de pronto. En Brasil[64], por ejemplo, en la Constitución Democrática vigente de 1988, el derecho a no autoinculparse no es expreso, lo que obliga, para reconocer el *nemo tenetur*, a remitir al texto del Pacto[65].

Para que se tenga un baremo de comparación, fuera de Latinoamérica, la enunciación de ese derecho tampoco es tajante, más bien matizada. Aunque el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, de 1966, lo garantizara[66], la Carta Fundamental de los Derechos de la Unión Europea (CFDUE), redactada en el año 2000 y reformada, por el Pacto de Lisboa, en 2007, es silente, en su Título VI (arts. 47 a 50), sobre el tema. Su explicación oficial se limita a una repetición asumida, de que "El artículo 48 coincide con los apartados 2 y 3 del artículo 6

63. "No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation". Disponible <https://www.archives.gov/founding-docs/bill-of-rights-transcript> Acceso 22 mayo 2021.

64. Eso explica, por ejemplo, por qué defendemos, en Brasil, la inconstitucionalidade del *plea guilty*. Cuando la legislación incorpora el Pacto, ya estaba vigente la ley 9.099/95.

65. El texto del Pacto de San José de Costa Rica fue directamente incorportado al derecho interno brasileño en 1992, por el decreto 678/1992.

66. Art. 14, III, g: g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable. Es el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1966, que entra en vigor em 1976.

del CEDH (Convenio Europeo de Derechos Humanos)", en una renuncia casi expresa a la añadidura del derecho a no autoinculparse[67].

En otras palabras, en 2007, al versar sobre el acceso a la Justicia, la Unión Europea no ha dado el debido valor al derecho a no declarar contra sí mismo. Eso explica el contexto latinoamericano más importante para el rechazo a cualquier violación al principio del *nemo tenetur*. Fue solamente en el año de 2016 que un instrumento de *soft law* del Viejo Continente se ha pronunciado el derecho a no declararse culpable, aunque con matices muy calculados en términos de cooperación, que acá serán considerados en su momento[68].

El contraste demuestra lo que aquí se pone de manifiesto: la norma interamericana (CADH) es pionera y más específica para garantizar el principio del "*nemo tenetur se detegere*". Empero, la Corte Interamericana (CoIDH) no se manifestó, hasta la fecha, sobre leyes nacionales de delación premiada y el artículo 8.2.g de

67. Sobre el tema, véase ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, Susana. La Valoración del Derecho a guardar silencio en el Proceso Penal según la jurisprudencia nacional y Europea, *Revista de Estudios Europeos* Nº extraordinario monográfico-1-2017- 46-64 ISSN: 2530-9854. <http://www.ree-uva.es>.

68. Artículo 7

Derecho a guardar silencio y derecho a no declarar contra sí mismo

1. Los Estados miembros garantizarán que los sospechosos y acusados tengan derecho a guardar silencio en relación con la infracción penal de que sean sospechosos o se les acuse.

2. Los Estados miembros garantizarán que los sospechosos y acusados tengan derecho a no declarar contra sí mismos.

3. El ejercicio del derecho a no declarar contra sí mismo no impedirá a las autoridades competentes recabar las pruebas que puedan obtenerse legalmente mediante el ejercicio legítimo de poderes coercitivos y que tengan una existencia independiente de la voluntad de los sospechosos o acusados.

4. *Los Estados miembros podrán permitir a sus autoridades judiciales que, al dictar sentencia, tomen en consideración un comportamiento cooperador por parte de los sospechosos y acusados.*

5. El ejercicio por parte de los sospechosos y acusados del derecho a guardar silencio y a no declarar contra sí mismos no se utilizará en su contra ni se considerará prueba de haber cometido la infracción penal de que se trate.

6. Lo dispuesto en el presente artículo no limitará la facultad de los Estados miembros de decidir que, para infracciones leves, la tramitación del procedimiento, o de ciertas fases de este, pueda desarrollarse por escrito o sin interrogatorio del sospechoso o acusado por parte de las autoridades competentes en relación con la infracción penal de que se trate, siempre que se respete el derecho a un juicio justo.

la Convención (CADH). Sin embargo de la ausencia de tal decisión, acá se puede comprobar esa inconvencionalidad por un método de doble paralelismo: la comparación de los derechos internos de los países del continente y, enseguida, de la interpretación de la Corte en algunos casos que le guarden comprobada analogía con casos de delación. Es lo que desarrollamos a continuación.

5.3. Las políticas criminales internas frente al nemo tenetur. Algunas diferencias

Los países que firmaron la Convención Americana de Derechos Humanos no siempre suelen seguir de modo irrestricto su texto, bien sea por sus tribunales, bien sea en su producción legislativa interna. Lo que no es de sorprender, incluso porque en ciertos momentos las garantías convencionales, muy ampliadas, chocan con otros propósitos, como el interés general de persecución a los delitos.[69].

En el caso de la delación premiada, ninguno de los países de Latinoamérica ha llevado a control judicial directamente la constitucionalidad o convencionalidad de las leyes de delación[70], en el punto específico del derecho a no recopilar pruebas contra uno mismo. Sin embargo, aquí se proponen algunos baremos, capaces de permitir un paralelismo entre las posiciones de los países frente al *nemo tenetur*. Se trata de tres temas tan próximos como controvertidos, a saber: (1) la obligatoriedad de sumisión a exámenes que tienen el individuo como objeto de prueba inculpatoria (alcoholímetro, DNA, pruebas grafotécnicas); (2) la criminalización del alejamiento del local del delito en accidentes de tráfico; (3) la existencia del tipo penal específico del delito de fuga, como negativa del individuo a buscar su propia libertad. Como punto adicional, se comenta un criterio hermenéutico distintivo de América Latina, que incrementa las posibilidades de que la región tome en cuenta su realidad en el momento de tomar decisiones judiciales.

(1) En Brasil, la Constitución no es expresa en el derecho de autoincriminación. Su texto, de 1988, hace referencia expresa solamente a la garantía de

69. Véase el art. 36 de la Constitución de Costa Rica.

70. Para una visión general de las leyes de delación en Latinoamérica, véase nuestro RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. Tres modelos legislativos de delación premiada: las soluciones de Colombia, Brasil y Argentina y la conformidad con los principios fundamentales de los derechos internos, in: RAMÍREZ BARBOSA, Paula Andrea (org), *Nuevas Fronteras del Derecho Penal Global: Libro Homenaje a Juan Ferré Olivé*, Bogotá: Temis, 2019, p. 233 y ss.

que el reo pueda permanecer en silencio[71]. Empero, la Suprema Corte reconoce ampliamente que el Pacto de Costa Rica ya es directamente aplicable[72], y, en consecuencia, el derecho de no autoinculparse[73]. De ahí viene la categórica prohibición de que el reo sea compelido a proporcionar cualquier prueba en que haya su participación, "activa o pasiva"[74], por ejemplo, colectar material

71. Art. 5º, inc. LXII, de la Constitución de Brasil: "LXIII – o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;

72. "Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, a, pelo menos, as seguintes garantias:" (...) "g) de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada" (art. 14, 3, *g*, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos). Esse efetivo direito a não se autoincriminar constitui uma das mais eminentes formas de densificação da garantia do processo acusatório e do direito à presunção de não culpabilidade. A revelar que o processo é o meio de plena demonstração da materialidade do delito e da autoria [STF, HC 91.654, Rel. Min. Ayres Britto, j. 8-4-2008, 1ª T, *DJE* de 7-11-2008].

73. CF assegura aos presos o direito ao silêncio (inciso LXIII do art. 5º). Nessa mesma linha de orientação, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Pacto de São José da Costa Rica) institucionaliza o princípio da "não autoincriminação" (*nemo tenetur se detegere*). Esse direito subjetivo de não se autoincriminar constitui uma das mais eminentes formas de densificação da garantia do devido processo penal e do direito à presunção de não culpabilidade (inciso LVII do art. 5º da CF). A revelar, primeiro, que o processo penal é o espaço de atuação apropriada para o órgão de acusação demonstrar por modo robusto a autoria e a materialidade do delito. Órgão que não pode se esquivar da incumbência de fazer da instrução criminal a sua estratégia oportunidade de produzir material probatório substancialmente sólido em termos de comprovação da existência de fato típico e ilícito, além da culpabilidade do acusado [STF, HC 101.909, Rel. Min. Ayres Britto, j. 28-2-2012, 2ª T, *DJE* de 19-6-2012].

74. Véase fragmento de Sentencia del Supremo Tribunal Federal de Brasil, que remite a algunos de sus precedentes: "O Estado – que não tem o direito de tratar suspeitos, indiciados ou réus, como se culpados fossem, antes do trânsito em julgado de eventual sentença penal condenatória (*RTJ* 176/805-806) – também não pode constrangê-los a produzir provas contra si próprios (*RTJ* 141/512), em face da cláusula que lhes garante, constitucionalmente, a prerrogativa contra a autoincriminação. Aquele que sofre persecução penal instaurada pelo Estado tem, entre outras prerrogativas básicas, (a) o direito de permanecer em silêncio, (b) o direito de não ser compelido a produzir elementos de incriminação contra si próprio nem de ser constrangido a apresentar provas que lhe comprometam a defesa e (c) o direito de se recusar a participar, ativa ou passivamente, de procedimentos probatórios que lhe possam afetar a esfera jurídica, tais como a reprodução simulada (reconstituição) do evento delituoso e o fornecimento de padrões gráficos ou de padrões vocais para efeito de perícia criminal (STF- HC 96.219 MC/SP, rel. min. Celso de Mello, *v.g.*(..) A invocação da prerrogativa contra a autoincriminação,

grafotécnico[75], participar en la reconstitución de delitos, suministrar patrones de voz para prueba pericial[76], o soplar el alcoholímetro[77] en caso de posible delito embriaguez al conducir. Sin embargo, las interpretaciones de todos esos derechos del principio *nemo tenetur se detegere* desde luego no son homogéneas en el Continente. En Argentina, los tribunales constitucionales no ven como inconstitucional la constricción a que el acusado participe de producción probatoria, si no tiene en ella una "posición activa". En ese país, cuya Constitución prevé expresamente el derecho que comentamos[78], se adoptó la doctrina que ofrece la disyuntiva entre ser "objeto de prueba" y ser "sujeto de prueba". En siendo así, los tribunales han fijado el entendimiento de que "el individuo estará en la primera de las categorías reseñadas – órgano o sujeto de prueba –, cuando para

além de inteiramente oponível a qualquer autoridade ou agente do Estado, não legitima, por efeito de sua natureza eminentemente constitucional, a adoção de medidas que afetem ou que restrinjam a esfera jurídica daquele contra quem se instaurou a *persecutio criminis* nem justifica, por igual motivo, a decretação de sua prisão cautelar. O exercício do direito ao silêncio, que se revela insuscetível de qualquer censura policial e/ou judicial, não pode ser desrespeitado nem desconsiderado pelos órgãos e agentes da persecução penal, porque a prática concreta dessa prerrogativa constitucional – além de não importar em confissão – jamais poderá ser interpretada em prejuízo da defesa." [STF, HC 99.289, Rel. Min. Celso de Mello, j. 23-6-2009, 2ª T, *DJE* de 4-8-2011.]

75. Cuanto a suministrar material grafotécnico, también del Supremo Tribunal Federal de Brasil: "Diante do princípio *nemo tenetur se detegere*, que informa o nosso direito de punir, é fora de dúvida que o dispositivo do inciso IV do art. 174 do CPP há de ser interpretado no sentido de não poder ser o indiciado compelido a fornecer padrões gráficos do próprio punho, para os exames periciais, cabendo apenas ser intimado para fazê-lo a seu alvedrio." [STF, HC 77.135, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 8-9-1998, 1ª T, *DJ* de 6-11-1998.]

76. Sobre patrones de voz, el STF de Brasil: "O privilégio contra a autoincriminação, garantia constitucional, permite ao paciente o exercício do direito de silêncio, não estando, por essa razão, obrigado a fornecer os padrões vocais necessários a subsidiar prova pericial que entende lhe ser desfavorável" [STF, HC 83.096, rel. min. Ellen Gracie, j. 18-11-2003, 2ª T, *DJ* de 12-12-2003].

77. Sobre soplar el alcoholímetro, Sentencia del Superior Tribunal de Justicia de Brasil. "O entendimento adotado pelo Excelso Pretório, e encampado pela doutrina, reconhece que o indivíduo não pode ser compelido a colaborar com os referidos testes do '*bafômetro*' ou do exame de sangue, em respeito ao princípio segundo o qual ninguém é obrigado a se autoincriminar (*nemo tenetur* se detegere)" STJ, REsp 1111566, DJe 04/09/2012.

78. Art. 18 de la Constitución Argentina, art. 36 de la Constitución de Costa Rica, o art. 24.2, adelante comentado, de la Constitución de España.

la obtención de la evidencia, deba tener participación activa en su producción, siendo que, en virtud de la garantía objeto de estudio, no tiene deber de colaboración activa en la referida producción de la prueba. En cambio, será objeto probatorio, cuando sobre su persona, otro realice la medida (posición pasiva). Solamente en este último supuesto el sujeto puede ser obligado coactivamente a practicar la intervención"[79]. Tal postura sirve para autorizar todas las pruebas en que, como dice De Lucca, esté ausente una "participación intelectual" del individuo[80]. En ese sentido, recabar materiales del propio cuerpo o soplar el alcoholímetro no estarían protegidos por el derecho a no autoincriminarse. Sería una prueba más bien análoga al constreñimiento probatorio distinto del individuo, a

79. Pronunciamiento del Juez Kohan, en la Audiencia Nacional, en los casos Blanco, Emiliano Eduardo s/Recurso de Queja (art. 433 C.P.P.)" Sala VI, 08/04/2014; "Marzzelino o Marcelino, Leandro Edgardo s/recurso de queja (art. 433 CPP)" Sala I, 02/06/2015; *"Peyrano, Julio Alberto s/Recurso de Queja (art. 433 C.P.P.)" Sala IV, 11/06/2015*. Estos casos están analizados en el texto de *Extracción compulsiva de prueba sobre el cuerpo humano*, de *Yazmín Rocío de los Santos, Melanie Ayelén Solimano y Yamila Yael Luzza.*

80. Por tales razones se sostiene que la cláusula contra la autoincriminación compulsiva ampara solamente "declaraciones", es decir, expresiones de la voluntad del ser humano, que son un producto del pensamiento de las personas, elaboraciones mentales, que se reflejan en una conducta activa u omisiva, con sentido intelectual. Se incluyen los cuerpos de escritura, los gestos, etcétera, toda prueba que requiera su colaboración intelectual con significado expresivo. En cambio, un registro domiciliario, que también se hace en contra del imputado (supongamos que él se pone en la puerta para impedir el ingreso del juez y la autoridad pública que lo asiste), no tiene el mismo tratamiento. La acción de correrlo compulsivamente de la puerta también va contra el cuerpo y el significado del acto, el secuestro de elementos dentro de su domicilio también es en su contra. Pero no es válido analizar este proceder conforme la cláusula contra la autoincriminación, porque el individuo no realiza una declaración o un aporte contra sí mismo. No se le pide el consentimiento para allanar el domicilio, ni se hace jugar en contra su negativa. En materia de extracción compulsiva de sangre, pelos, droga transportada en el cuerpo, etc., ocurre lo mismo, porque no existe aporte intelectual del imputado, ni se le pide que preste su cuerpo. Directamente se lo ocupa. No existe "declaración" y, por ende, no se verifica una violación a la cláusula contra la autoincriminación, ni de ningún otro principio que proteja las declaraciones y el silencio, basado en otros intereses (ej. secretos profesionales, protección de la familia o de las relaciones afectivas) que puedan ser invocados por una persona en calidad de testigo (ej. incriminar a determinados parientes o amigos, revelar secretos, etc.). DE LUCA, Javier Augusto. El cuerpo y la prueba, publicado *Revista de Derecho Procesal Penal de Rubinzal Culzoni*, Buenos Aires, 2007, número dedicado a La injerencia en los Derechos Fundamentales del Imputado, III, p. 41. Ahí se cita específicamente Corte Suprema en la causa V.356, XXXVI, "Vázquez Ferrá, Evelin Karina s/incidente de apelación", el 30 de septiembre de 2003 (Fallos: 326:3758).

ejemplo de la orden de allanamiento de morada o de comparecencia a juicio. De la misma forma, Colombia ha, por más de una vez, declarado, por su Corte Constitucional, la "exequibilidad" del artículo 249 de su Código de Procedimiento Penal[81], por el cual el juez de garantías puede ordenar, pese a la oposición del imputado, "la obtención de muestras para examen grafotécnico, cotejo de fluidos corporales, identificación de voz, impresión dental y de pisadas"[82]. Es una posición muy próxima, como se verá, a la predominante en España, que también diferencia entre participación activa y pasiva del individuo a no proporcionar prueba en contra de uno mismo.

(2) También, en el patrón del derecho a no autoincriminarse, está el delito de fuga, que en España asume el *nombre juris* de "quebrantamiento de condena". El Código Penal brasileño no lo prevé, reconociéndose que, aunque la fuga pueda tener consecuencias a nivel penitenciario, no se puede imputar como delito autónomo el hecho de que el ciudadano busque su propia libertad. En este sentido, se unen a la misma posición países como Perú, que criminaliza solamente el hecho del tercero[83] que favorece la libertad del encarcelado, o Argentina, que añade a la figura del favorecimiento[84] el tipo penal de evasión, con la condicionante de que ocurra "por medio de violencia en las personas o fuerza en las cosas"[85]. Es decir, la fuga no violenta es también, en el país austral, atípica. La posición es distinta en Colombia[86] o incluso Costa Rica, que todavía prefieren sacrificar ese derecho, en nombre de un bien jurídico general como "la eficaz y recta impartición de justicia"[87].

81. Ley 906/2004. Así la cabeza del artículo 249, "Cuando a juicio del fiscal resulte necesario a los fines de la investigación, y previa la realización de audiencia de revisión de legalidad ante el juez de control de garantías en el evento de no existir consentimiento del afectado, podrá ordenar a la policía judicial la obtención de muestras para examen grafotécnico, cotejo de fluidos corporales, identificación de voz, impresión dental y de pisadas, de conformidad con las reglas siguientes":
82. La sentencia *C-822 de 2005*, de la Corte Constitucional, consideró exequible el mentado art. 249 del Código de Proceso Penal colombiano, con pequeña resalva a fragmento del art. 250, que cuida de pruebas en víctimas de delitos sexuales. Posteriormente, la Sentencia *C-1191/05* confirmó el entendimiento de la anterior, considerándola cosa juzgada.
83. Art. 414 del Código Penal Peruano.
84. Artículo 281 del Código Penal Argentino.
85. Art. 280 del Código Penal Argentino.
86. Artículo 448 del Código Penal Colombiano.
87. Es el título XVI del Código Penal de Colombia, en cuyo capítulo VII está el delito de fuga de presos.

La posición de Costa Rica es bastante enmarcada, además, en el último criterio de comparación que hemos seleccionado, el delito de fuga del local del accidente. La Constitución de ese país, de 1949, es reconocidamente avanzada, trayendo, ya en aquella lejana década, disposiciones como el fin del Ejército, la libertad de cátedra y, en lo que nos interesa especialmente, una muy detallada disposición del derecho a no autoincriminarse, rara en un texto escueto de Carta Magna. Es así como su artículo 36 prohíbe que en materia penal uno sea forzado a declarar contra sí mismo, su cónyuge, ascendiente, descendiente o parientes hasta el tercer grado. También, en artículo posterior, hace registrar que cualquier declaración habida mediante violencia es nula[88]. Bajo esos baremos, ya se cumplen casi dos décadas que la Corte Constitucional costarricense ha puesto de manifiesto la inconstitucionalidad del mentado delito de fuga del local del accidente de tránsito, con fundamentos muy convincentes[89], todos alrededor del derecho a no autoincriminarse. Sobre el derecho de ese país mucho[90] se puede comentar, sobre todo, en nuestro tema, sobre los estrictos límites éticos al utilitarismo que aparece en su marco legal de delación premiada, al decir, en su legislación adjetiva, que el principio de oportunidad no se puede utilizar cuando "la conducta del colaborador sea menos reprochable que los hechos punibles cuya persecución facilita o cuya continuación evita[91]". En otros países, bajo la excusa de la protección de un bien jurídico de solidaridad, la constitucionalidad del delito no ha

88. Art. 41 de la Constitución vigente de Costa Rica, de 1949.

89. "En efecto, se tipifica aquí la falta de colaboración del imputado en la averiguación de la verdad, lo que es incompatible con un proceso penal acusatorio, en perjuicio de la "necesaria demostración de culpabilidad" exigida por el artículo 39 de la Constitución Política; por otro lado, hay falta de razonabilidad legislativa pues esa colaboración no se le exige al autor de toda una serie de delitos contra la vida, contra la libertad sexual, contra la libertad(...)conductas aún más graves por la naturaleza del bien jurídico tutelado. Lleva razón la Procuraduría General de la República al estimar infringido el principio de inocencia: es tarea del Ministerio Público el ejercicio de la acción penal pública, y de los órganos jurisdiccionales el fallar conforme a derecho al cabo de un debido proceso sin que el encartado deba colaborar en el descubrimiento de la verdad de los hechos". Resolución 525/93, de 07 de febrero de 1993. Véase también Resolución 5747/93, de 09 de noviembre de 1993.

90. La delación premiada, en este País, está prevista únicamente en el art. 22 de su Código Procesal Penal, con la interesantísima observación de que la fiscalía puede pedir la rebaja de pena "siempre que la conducta del colaborador sea menos reprochable que los hechos punibles cuya persecución facilita o cuya continuación evita" (art. 22.b CPP de Costa Rica).

91. Artículo 22 del Código Procesal Penal, Ley 7594, de 1996.

sido controvertida, a excepción de Brasil, donde hay alguna expectativa de que la Suprema Corte pueda venir a declararlo inconstitucional[92], aunque esa futura toma de posición no parezca de todo factible[93].

Si, en términos de autoinculpación esos tres criterios ya nos dan una idea de que no hay consenso en la adopción de una hermenéutica estricta para su cumplimiento, un punto novedoso hay que añadir como rasgo interpretativo latinoamericano, en términos de reconocer sus diferencias con arreglo a las condiciones europeas de aplicación del derecho. Se trata de la doctrina del "estado de cosas inconstitucional", que tuvo origen en Colombia, con una Sentencia de Unificación (SU 559/1997), la cual cuidaba de derechos previdenciarios de profesores. Pero no tardó que, en sentencias posteriores, el precepto se trasladase al derecho penal[94], notadamente a las cuestiones penitenciarias. Básicamente, la doctrina da cuenta de que, cuando la realidad general de las cosas no cumple los derechos básicos de la Constitución, hay que ser transigente en exigir la criminalización de otros delitos. En Brasil, la doctrina colombiana se ha aplicado por primera vez en 2015[95] en un fallo del Supremo Tribunal Federal (ADPF 347/STF), que cuidaba de la omisión del Estado en la situación carcelaria, y ya se ha reiterado en 2020, cuando la misma corte brasileña prohibió, en tiempos de pandemia, las acciones organizadas de la policía en las "favelas" (ADPF 635), incluso haciendo

92. "Possui repercussão geral a alegação de inconstitucionalidade do artigo 305 do Código de Trânsito Brasileiro (fuga do local do acidente), tendo 2 como parâmetro o artigo 5º, XLIII, da Constituição Federal. Necessário avaliar se obrigar o condutor a permanecer no local do fato, e com isso fazer prova contra si, afrontaria ainda o disposto no artigo 8º, inciso II, alínea "g", do Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos), do qual o Brasil é signatário. [STF, RE 971959 RG, Rel. Min. Luiz Fux, P, j. 05-08-2016, DJE de 10-11-2016, Tema 907].

93. Se afirma esa condición porque otros precedentes de la Corte, aunque en casos aislados, ya se hayan rechazado a reconocer la inconstitucionalidad del delito de fuga del local del accidente.

94. Véanse otras Sentencias de la Corte Colombiana sobre el Estado de Cosas Inconstitucional: S. T-388/13, T-195/15, T-762/15, T-182/17, T-193/17, T-162/18, T-267/18, T-260/19, T-374/19.

95. En la ADPF 635 del STF. En la medida cautelar que la otorgó, Min. Fachin, recordando la decisión de la CoIDH en el caso Favela Nova Brasília, señala: "Não é esse, infelizmente, o quadro trazido pelo Partido requerente. Muito embora os atos narrados devam ser investigados cabalmente, nada justifica que uma criança de 14 anos de idade seja alvejada mais de 70 vezes. O fato é indicativo, por si só, que, mantido o atual quadro normativo, nada será feito para diminuir a letalidade policial, um estado de coisas que em nada respeita a Constituição".

referencia directa a un importante fallo de la Corte IDH en contra de la letalidad policial de Brasil (Caso Favela Nova Brasilia[96]).

En conclusión, la jurisprudencia interna latinoamericana discrepa en algunos términos sobre la extensión del derecho a no recabar prueba contra uno mismo, pero se inclina, en sus Cortes más altas, a una interpretación más garantista y auténtica, comparada con Europa y Estados Unidos. Eso permite suponer que, si mantenida su inclinación proclive a los Derechos Humanos, como acá se postula, alguna respuesta sobre la constitucionalidad o convencionalidad de la delación premiada pueda logra éxito, teniendo presentes, desde luego, las discrepancias locales.

5.4. El nemo tenetur se detegere en la CoIDH: el caso análogo de las torturas

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH) tiene por misión garantizar el Pacto de San José (CADH), lo cual, como se ha puesto de manifiesto, impulsa a un nivel superior el derecho a no compilar pruebas contra uno mismo. Tal como los tribunales nacionales, no ha llegado a la jurisdicción de la CoIDH la respuesta sobre la conformidad de las leyes de delación premiada, con lo cual, para alcanzar nuestro tema, hay que definir criterios de analogía. Estos no pueden coincidir exactamente con aquellos elegidos para el paralelo entre las jurisdicciones nacionales, a causa de la especialización material de la Corte, es decir, únicamente la salvaguarda de derechos humanos.

No por ello faltan sentencias, bastante detalladas, que condenan a los Estados por violación del derecho ciudadano a no declarar contra sí mismo. Lo peculiar, sin embargo, es que esas condenas dictaminen que es la *tortura* la causa más común de violación a esa garantía. O, dicho de otro modo, al analizar algunos de los tantos casos de tortura que a la CoIDH se someten, ésta afirma ser el *nemo tenetur* el principal derecho violado. Tal jurisprudencia nos aproxima mucho a la tesis que acá se pondrá de manifiesto[97]: la de que, en la delación premiada, una

96. La decisión está disponible en <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_333_esp.pdf>, acceso en 08 abr. 2021.

97. Esto trae una cuestión mucho más interesante. Si el derecho penal no acepta el pacto de silencio que existe en la criminalidad organizada, también hace él un pacto injusto con el delincuente. Es decir, un juego de win-win que no permite siquiera a la Fiscalía cuestionar, mucho menos al beneficiado. En ello, aparecen dos problemas: (1) el beneficiado no es libre en su participación; (2) no es irrelevante que la Fiscalía pierda su papel principal, no de no cuidar de la acusación, sino de cuidar de los principios de la ley en sí misma. Entonces, *no existe* parte interessada para anular la delación premiada.

de las partes no es exactamente libre en el ejercicio de su elección por 'colaborar'. El paralelismo nos permite afirmar que, si la CoIDH fuera demandada a manifestarse sobre las diversas leyes de delación premiada que existen en los países de Latinoamérica, las consideraría inconvencionales, pero esto todavía está, en este texto, por demostrarse más cabalmente.

Describimos rápidamente tres fallos del tribunal que, aunque sobre casos en países distintos, conllevan la misma conclusión: el cuidado que tiene la Corte con la libertad del individuo de rechazar la producción probatoria autoincriminatoria, cuando habida bajo coacción.

El caso *Pollo Rivera x Perú*[98], da cuenta de que el señor L. W. Pollo Rivera fue encarcelado, en 1992, bajo acusación de delitos contra la patria y terrorismo, y, en las instalaciones de la Dirección Nacional contra el Terrorismo (DINCOTE) habría sido sometido a tortura. La CoIDH, en ese fallo, entiende que la transgresión de la proscripción la tortura y de los evidentes malos tratos, como la negativa de servicio médico, tiene como efecto *más* directo la violación al "nemo tenetur se detegere". En sus palabras exactas:

> "En este caso, los actos de tortura fueron cometidos con la intención de obligar a la presunta víctima a declarar en su contra o a dar alguna otra información, a pesar de lo cual no llegó a hacerlo. Sin perjuicio de ello, el artículo 8.2.g) de la Convención, que implica el derecho de participación activa del imputado en los medios probatorios, reconoce el derecho a no declarar contra sí mismo y, más específicamente, el derecho de abstenerse a declarar en una investigación o proceso penal en que la persona es señalada como autor probable o

98. *Pollo Rivera x Perú* En este caso, los actos de tortura fueron cometidos con la intención de obligar a la presunta víctima a declarar en su contra o a dar alguna otra información, a pesar de lo cual no llegó a hacerlo. Sin perjuicio de ello, el artículo 8.2.g) de la Convención, que implica el derecho de participación activa del imputado en los medios probatorios, reconoce el derecho a no declarar contra sí mismo y, más específicamente, el derecho de abstenerse a declarar en una investigación o proceso penal en que la persona es señalada como autor probable o sospechosa de la comisión de un hecho ilícito. Puesto que la administración de justicia penal debe partir del análisis de pruebas legalmente obtenidas, un medio de investigación que implique el uso de coacción para doblegar la voluntad del imputado deja de ser válido, pues implica una instrumentalización de la persona y una violación per se de aquel derecho, independientemente del grado de coacción (ya fuere desde una amenaza, otros tratos, crueles inhumanos o degradantes o tortura) y del resultado (es decir, de que se obtenga efetivamente una confesión o información). En consecuencia, no cabe duda que en el presente caso el Estado es responsable por la violación del derecho reconocido en el artículo 8.2.g) de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio del señor Pollo Rivera, p. 177.

> sospechosa de la comisión de un hecho ilícito. Puesto que la administración de justicia penal debe partir del análisis de pruebas legalmente obtenidas, un medio de investigación que implique el uso de coacción para doblegar la voluntad del imputado deja de ser válido, pues implica una instrumentalización de la persona y una violación per se de aquel derecho, independientemente del grado de coacción (ya fuere desde una amenaza, otros tratos, crueles inhumanos o degradantes o tortura) y del resultado (es decir, de que se obtenga efetivamente una confesión o información)".

Nótese como el texto del fallo realza la afirmación de que se viola "per se" el derecho del art. 8.2.g de la CADH (Pacto de San José), "independientemente del grado de coacción", incluyendo no solamente la tortura, sino las "amenazas". Igualmente, en el caso *Valenzuela Álvarez x Guatemala*[99], la CoIDH ha entendido, a partir del propio dictamen de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que las torturas sufridas por el señor Valenzuela, posteriormente condenado a muerte, tienen como principio más mermado "el derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo y a no ser coaccionado a confesar, por lo que se concluyó que el Estado vulneró los artículos 8.2.g) y 8.3 de la Convención." En el mismo sentido el caso *García Cruz y Sánchez Silvestre x México*[100], en que ambos

99. Caso Valenzuela Álvarez x Guatemala: 105. La *Comisión* concluyó que dentro del proceso penal en contra del señor Valenzuela que culminó con sentencia condenatoria a pena de muerte, se violó el principio de presunción de inocencia y no fueron observadas las garantías del debido proceso, toda vez que se aplicó el artículo 132 del Código Penal de acuerdo con el elemento de la peligrosidad social. Por otro lado, alegó que su declaración fue obtenida mediante tortura física y psicológica, en tanto que se violó el derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo y a no ser coaccionado a confesar, por lo que se concluyó que el Estado vulneró los artículos 8.2.g) y 8.3 de la Convención el derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo y a no ser coaccionado a confesar, por lo que se concluyó que el Estado vulneró los artículos 8.2.g) y 8.3 de la Convención. Asimismo, alegó que el señor Valenzuela no contó con la posibilidad de recurrir el fallo condenatorio, toda vez que conforme a los estándares de la Convención, tampoco contó con un recurso efectivo, ni en apelación ni en casación para impugnar la condena a muerte, por ende, constituyó una violación al artículo 8.2.h) de la Convención. Finalmente, adujo que el Estado no inició la investigación sobre los hechos de tortura, lo que violó el derecho a las garantías judiciales y protección judicial, establecidos en los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención.

100. Véase el caso de García Cruz y Sánchez Silvestre x Mexico, ambos los señores declararon que "habían sufrido tortura física y psicológica en las instalaciones del Ministerio Público y que los obligaron a firmar hojas en blanco", y aún así fueron condenados por delito de tenencia de armas excluisvas de las fuerzas armadas. De ahí, la Corte IDH condenó el Estado Mexicano, por "la violación al principio de presunción de inocencia

ciudadanos sufren tortura dentro de las propias instalaciones del Ministerio Público mexicano, lo que resultó en la condena de ese país del Norte latino frente al Tribunal supranacional. Los tres casos ilustran que, en la jurisprudencia de la CADH, la tortura es reprochada como forma de intervención en la dignidad de la persona humana, por motivos evidentes, pero no solamente esto: cuando de ella adviene cualquier tipo de prueba penal, el Tribunal pone hincapié a la idea de que, para allá del dolor físico y de la dignidad, una cuestión igualmente fundamental está en la vulneración de la paridad de armas. No puede haber amenaza "en cualquier grado", porque esa viola la libertad del individuo, obligándolo a declarar "contra sí mismo y contra otros".

Tal posición nos permite avanzar a consideraciones más rotundas sobre ese derecho violado.

5.5. Sigue: la delación premiada como tortura. De Estados Unidos a América Latina

La afirmación de que la delación premiada puede ser una vía de compeler al individuo a declarar en contra de sí mismo no es un planteamiento del todo novedoso. La originalidad, aquí, reposa bien en poner el tema en contraste directo con la garantía convencional del *nemo tenetur*, bien en considerar experiencia más amplia que otros países han aportado para demostrar la situación de vulnerabilidad en que se encuentra el delator. En este subtítulo, se evidenciará que, en especial en el contexto latinoamericano, la falta de acceso a la justicia y al amplo derecho de defensa transforma la opción de delación en una forma de tortura positiva: bajo la nueva posibilidad de que la amenaza de pena no se convierta en castigo, el individuo confiesa su participación y, peor, delata[101] a sus presuntos excompañeros.

protegido en el artículo 8.2 de la Convención y a las garantías protegidas en el artículo 8.2.g63 y 8.364 de la misma, así como al artículo 10 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura". La sentencia está disponible en <https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_273_esp.pdf>.

101. El Estado inconstitucional de cosas también pone de manifiesto que existe una gran teoría a que el delator venga a mentir. Primero, porque al individuo da igual decir un sí que un no. Segundo, que la necesidad de que el individuo aporte pruebas no está tan arraigada como se pretende decir. Tercero, que el delito por mentir a la Fiscalía es el sacrificio de la tesis de la propia fiscalía. Es una afirmación que el ya citado Langbein, en su artículo, ponía de manifiesto: "We expect the prosecutor to make the charging decision, the judge and specially the jury to adjudicate, and the judge to set the sentence. Plea bargaining merges this accusatory determinative, and sanctional phases of the

Un texto clásico, aunque olvidado por la corriente predominante de defensa de la justicia negociada, sirve como ruta de las consideraciones generales. En Estados Unidos, cuna de la versión contemporánea de la delación premiada, en 1978, en su artículo *Torture and plea bargain*, John Langbein dibujó un contundente paralelo entre la tortura medieval y el *plea bargain*. El autor pone de manifiesto que el ocaso del "jury trial", del jurado popular, en el sistema jurídico angloamericano daba causa a un acorte rotundo de recabación probatoria, lo que, a su vez, trae el riesgo de que las garantías procesales fuesen mermadas. Hace hincapié en que el histórico desprecio estadunidense de las fases de producción probatoria pasaría su factura, en aras de sacrificar el derecho constitucional, incondicionado, de que a cualquier pena debe anteceder un juicio justo. Y, tras hacer un repaso a las razones que llevaron Europa medieval a aceptar la tortura como prueba – exactamente la dificultad de recabar otras más fiables, como los testimonios – nos trae su cotejo más incisivo: que el *plea bargain* es una forma del Estado, vía amenaza de pena, constreñir el acusado a confesar, tal y como hacía la tortura medieval europea. Para el autor, el contraste en el procedimiento de *plea bargain*, entre la amenaza de condena ordinaria y la sentencia indulgente ofertada es lo que hace coercitivo el proceso de delación, y, en sus propias palabras, "existe, sin duda, una diferencia entre tener sus piernas estrujadas si rehúsas a confesar, y sufrir algunos años más de cárcel por no colaborar, pero esa diferencia es cuantitativa, no cualitativa[102]". Las afirmaciones de Langbein no son un simple ensayo, porque demuestran, aunque sin las estadísticas que a día de hoy el nivel de investigación criminológico podría poner de manifiesto, que existía una percepción, por los propios magistrados[103], de que el sistema de *plea bargaining* conducía a confesiones forzadas.

---

procedure in the hands of the prosecutor. Students of the history of law of the torture are reminded that the great psychological fallacy of the European inquisitorial procedure of the time was that it concentrated in the investigating magistrate the Powers of accusation, investigation, torture and condemnation". LANGBEIN, John H. (1978) "Torture and Plea Bargaining," *University of Chicago Law Review*: Vol. 46: Iss. 1, Article 3.

102. "There is, or course, a difference between have your limbs crushed if you refuse to confess, and suffering some extra years of imprisonment if you refuse to confess, but the difference is of degree, not kind. Plea bargain, like torture, is coercive", p. 18.

103. Langbein recurre al fallo People v. Byrd, 12 Mich. App. 186, 206-07, 162 N.W.2d 777, 787 (1968) (Levin, J., concurring), para decir que "Judge Levin of Michigan was speaking of the negotiated guilty plea, but he could as well have been describing the tortured confession when he said, "there is no way of knowing whether a particular guilty plea was given because the accused believed he was guilty, or because of the promised concession."' LANGBEIN John H. (1978) "Torture and Plea Bargaining," *University of Chicago Law Review*: Vol. 46 : Iss. 1 , Article 3, p. 16.

Avanzar, a partir de esas consideraciones del autor estadunidense, no es difícil, pero hay que constatar que el sistema de *plea bargain* en aquel país ha triunfado, a pesar de las críticas. Eso se debe a la cultura más proclive al utilitarismo, sobre la cual acá no hay espacio para reseñar[104], pese a que no sea unánime en su doctrina.

En el contexto latinoamericano, empero, hay muchas razones para hacer más rotunda la proximidad entre la tortura y la delación premiada, con el grado de constreñimiento mucho más elevado que el *plea* bargain latino alcanza.

Primeramente, la ostensible razón de que una amenaza de cárcel en América Latina tiene un impacto muy distinto a semejante intimidación en Europa o Estados Unidos, y acá tenemos que regresar a las premisas de las teorías decoloniales, que traen los tintes hiperrealistas de la comprensión del contexto regional. Hay que asumir que, por las causas que sean, las cárceles latinoamericanas imponen un sufrimiento que va mucho más allá que la ya tan criticada privación de la libertad. Sometimiento al hambre, a la tortura[105], a las sevicias de los grupos

104. Los textos seminales del utilitarismo claramente demuestran la cabida de la delación premiada. Algunos fragmentos específicos de los "*Principles of moral and legislation*", de Bentham, más bien parecen una hoda al premio al delator. Véase, por ejemplo, el fragmento sobre los servicios del delincuente: "2. The extraordinary value of the services of someone delinquent; in the case where the effect of the punishment would be to deprive the community of the benefit of those services". (XIII, XVI.2) BENTHAM, Jeremy. *An introduction to the principles of moral and legislation*. New York, Burns and Hart-Oxford, 2005. p. 164. Sin embargo, la pregunta más importante es saber por qué Estados Unidos incorporó la ética utilitarista tan de lleno, y en ese sentido la conocida explicación de Weber, aunque no exhaustiva en nuestros límites, ayuda muchísimo: el protestantismo puritano incorporó la lógica productivista de Adam Smith a una obligación del buen cristiano. Así Weber, por ejemplo, explica como Baxter incorporó al fundamentalismo pós luterano el discurso utilitarista: "Según la ética cuáquera, la vida profesional del hombre tiene que ser un ejercicio coherente de las virtudes ascéticas, una acreditación de su estado de gracia en un carácter concienzudo, el cual se traduce en el cuidado y en el método con los que desempeña su profesión. Lo que Dios exige no es el trabajo en sí mismo, sino el trabajo racional. Es en ese carácter metódico del ascetismo en el trabajo donde pone, el énfasis la idea puritana de la profesión, no como en LUTERO, quien lo ponía en la resignación con la suerte asignada por Dios". WEBER, Max. *La ética protestante y el espíritu del capitalism*. Traducción J. Abellán. Madrid, Alianza Editorial, 2012, p. 244.

105. Con datos generales de prisión en América Latina, véase "Situación penitenciaria en América Latina y el Caribe ¿Qué hacer?", CARRANZA, Elías. Ilanud, *Anuario de Derechos Humanos*, 2012. Los muertos en prisiones en cada rebelión Latinomericana se cuentas a decenas. En mayo del 2020, la agencia IPS noticiaba, sobre rebeliones a causa de la Covid, denunciadas en la ONU, en Genebra: "El más reciente "sucedió el 1 de

organizados que dominan los presidios y a todas las formas inhumanas de subsistencia, o incluso al riesgo de ser victimizado en alguno de los tantos asesinatos masivos que ocurren en las prisiones[106] de este castigado continente hacen que la propuesta de sentencia indulgente no se configure como una simple opción entre convertirse en un nuevo "amigo del Estado" o recibir la pena justamente prevista por el delito cometido. El castigo de la cárcel latinoamericana, salvo rarísimas excepciones, está lejos de ser pura privación de libertad. Ese hecho ya se reconoce, como se ha puesto de manifiesto, por la doctrina del "estado de cosas inconstitucional".

Además de ello, las relativamente recientes leyes que incriminan actividades secundarias a delitos como los de corrupción facilitan que la fiscalía juegue, como monedas de su regateo, con una franja de cargos muy larga, y no por ello inverosímil o poco factible. Basta con el ejemplo de que la ley de lavado de capitales en Brasil prevé una pena máxima de diez años, y el delito aislado de asociación criminal sugiere una pena de ocho años, a ser aumentada de dos tercias partes si involucra a funcionarios públicos o tiene indicios de transnacionalidad[107]. Todo eso puede ser agregado, al arbitrio del fiscal, a un único delito-base, como la corrupción o el narcotráfico, que no excepcionalmente tendrán penas más bajas que los delitos circundantes.

Ese fenómeno de inseguridad jurídica es catalizado por el hecho de que el acusado ya no encuentre en el Poder Judicial, en estos tiempos de enaltecimiento a la justicia negociada, el garante de sus propios intereses ciudadanos. Reducido

---

mayo, en la penitenciaría de Los Llanos en Venezuela, donde, según los informes, una revuelta de prisioneros causó la pérdida de la vida de 47 reclusos", dijo el portavoz de la oficina, Rupert Colville, en su sede en Ginebra. Cuatro días antes, el 27 de abril, una revuelta estalló en la prisión Miguel Castro Castro en Perú, dejando nueve reclusos muertos, y el 21 de marzo 23 internos murieron después de que las fuerzas de seguridad reprimieron disturbios en la prisión La Modelo de Colombia". <http://www.ipsnoticias.net/2020/05/onu-denuncia-escalada-violencia-carceles-america-latina/>. Acceso en 24 mar 2021.

106. Como se puede ver en las recientes masacres en las penitenciarías brasileñas: en mayo de 2019, un masacre con más de 30 muertos en Manaus: <https://g1.globo.com/am/amazonas/noticia/2019/05/27/mais-presos-sao-achados-mortos-dentro-de-cadeias--em-manaus-15-morreram-neste-domingo.ghtml> y <https://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,detentos-sao-mortos-durante-rebeliao-em-presidio-de-altamira-no-para,70002945259> Y, con la pandemia de Covid-19, muchas rebeliones y la crisis penitenciaria se agrava.

107. Esas leyes se repiten en toda Latinoamérica. Como ejemplo, véase la ley 30077 de 2013, en Perú, el decreto 21-2006 de Guatemala, o la draconiana ley 1908/2018 de Colombia.

a un ente que *homologa* un acuerdo inter pares, ninguna de las legislaciones latinoamericanas[108] prevé un filtro judicial efectivo[109], a los cargos presumidos de la Fiscalía, precedente al inicio de las negociaciones. Si esa tutela alguna vez excepcionalmente se efectiva, ello se da en las altas cortes solamente. Acceder a ellas, no obstante, puede tardar años, implicando un coste financiero que pocos ciudadanos logran afrontar.

A todo ese contexto se puede añadir la cuestión del reo que frente a un Estado con debilidades en garantías ciudadanas. Distinto del argumento por el cual la delación sería la cúspide del acoplamiento democrático, en que el individuo se pone delante del propio Estado para con él negociar la aplicación de su propio castigo, el hecho es que el acusado experimenta frente a las autoridades, salvo excepciones que también significarían una distorsión[110], una coyuntura de evidente vulnerabilidad[111]. El simple ejemplo de que, en el mentado caso García Cruz y

108. Fue intentando, como voto divergente, garantizar el papel del Poder Judicial en los preacuerdos que el magistrado del STF de Brasil, Ricardo Lewandowski, rechazó la homologación de un importante acuerdo de colaboración, al decir que la ley no permitía que el Ministerio Público dejase garantizada la pena final del reo. Se trata de la PET STF 7265, disponible en:<www.stf.jus.br>.

109. Nótese que aun en Estados Unidos, de la reserva judicial aparece en los casos de *plea agreement*, para salvaguardar el tratamiento isonómico. En el inicio de los tópicos de las de las Sentencing Guidelines, del United States Sentencing Comission Manual, 2016, está la advertencia: "These policy statements make clear that sentencing is a judicial function and that the appropriate sentence in a guilty plea case is to be determined by the judge." United States Sentencing Comission Manual, 2016, p. 56.

110. Nos referimos, evidentemente, a los casos en que los reos son parte de los aparatos de poder del Estado. Como referencia tradicional, véase, por todos: "Os reis de Portugal é evidente que não protegeram aos judeus pelos seus belos olhos orientais mas interesseiramente, fazendo-os concorrer com largas taxas e impostos para a opulência real e do Estado. É digno de nota o seguinte: que a marinha mercante portuguesa desenvolveu-se em grande parte graças a impostos especiais pagos pelos judeus por todo navio construído e lançado no mar. De modo que da prosperidade israelita aproveitaram-se os reis e o Estado para enriquecerem. Na prosperidade dos judeus baseou-se o imperialismo português para expandir-se." FREYRE, Gilberto. *Casa-grande & senzala*. Formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal. 48 ed. São Paulo: Global, 2003, p. 306.

111. Incluso, hay que decirse, los intereses del propio defensor en no prolongar la causa vulneran al ciudadano común. Eso ya era notado por muchos autores, en contextos capitalistas más extremados como los de los Estados Unidos, pero que en Lationamérica se reproducen igualmente. Véase: "Plea bargaining leads lawyers to view themselves as judges and administrators rather than as advocates; it subjects them to serious financial

Sánchez Silvestre x México, de la CoIDH, los reos declararon que sufrir tortura física y psicológica dentro de las instalaciones de Ministerio Público[112] nos sirve, por metonimia, como prueba de que la interacción entre ciudadano y Estado se plasma en un diálogo entre desiguales. La constatación de esa coyuntura vulnerable es lo que pone la cultura jurídica latinoamericana, como contrapunto, a tender a ser mucho más enfática en, cuando decide en pro de los derechos humanos, observar las garantías de no autoincriminación.

Por estos motivos, en que nos podríamos alargar, hay que poner de manifiesto que la situación latinoamericana dictamina razones adicionales para que se considere que la decisión del individuo por enfrentar sus principios de no-traición no existen bajo una situación efectiva de libertad. En Latinoamérica, con más razón, regresando a Langbein, se afirma que "Plea bargain, like torture, is coercive"[113].

Desde ese punto de vista pragmático, hay concretas disparidades con el sistema español.

6. Breve consideración sobre España

Aunque es cierto que algunas de las observaciones anteriores se aplican a España, se pueden señalar diferencias. En términos metodológicos, sin embargo,

and other temptations to disregard their clients' interests; and it diminishes the confidence in attorney-client relationships that can give dignity and purpose to the legal profession and that is essential to the defendant's sense of fair treatment" ALSCHULER, Albert. Implementing the criminal defendant's right to trial: alternatives to plea bargaining system, in: *University of Chicago Law Review*, v. 30, n. 03. 1983. P. 933. De modo semelhante, Alsehuler, *The Trial Judge's Role in Plea Bargaining* (pt. 1), 76 COLUM. L. Rpv. 1059 (1976) Alschuler, *The Prosecutor's Role in Plea Bargaining,* 36 U. Cm. L. Rev. 50 (1968).

112. CoIDH, caso García Cruz y Sánchez Silvestre x Mexico. En los autos, ambos los señores declararon que "habían sufrido tortura física y psicológica en las instalaciones del Ministerio Público y que los obligaron a firmar hojas en blanco", y aún así fueron condenados por delito de tenencia de armas excluisvas de las fuerzas armadas. Es más un caso en que la CoIDH condenó el Estado Mexicano por enfrentar el *nemo tenetur.* En palabras de la Corte, por "la violación al principio de presunción de inocencia protegido en el artículo 8.2 de la Convención y a las garantías protegidas en el artículo 8.2.g y 8.3 de la misma, así como al artículo 10 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura". La sentencia está disponible en <https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_273_esp.pdf>.

113. LANGBEIN, John H. (1978) "Torture and Plea Bargaining," *University of Chicago Law Review*: Vol. 46: Iss. 1, Article 3, p. 13.

eso significa un proceso de disertación más escueto, una vez que nos concentramos en describir los puntos de empalme, sin tener que rehacer el recorrido primario.

La primera de ellas será la que la delación premiada no está completamente adoptada en el país[114]. Los mecanismos de sentencia indulgente (*lenient sentence*) que se inscriben en el ordenamiento jurídico prevén algunas ventajas a los delatores en casos específicos, o incluso la justa disminución o anulación de pena al *whistleblower*, pero están alejados de la negociación y el principio de oportunidad implementados en Latinoamérica. Los límites españoles son mucho más estrictos, de momento no poniendo en riesgo las equilibradas estructuras dogmáticas de la Parte General del Código. Estos cauces permiten la preservación de la tradicional válvula de escape de la disminución del castigo, dentro del rango la punibilidad, de aquellos que evitan el resultado del delito o que se revelan colaboradores. Por otra parte, la parca adopción mecanismos de delación no puede implicar descaso por parte de la doctrina: caso logre sembrar una cultura de negociación con delincuentes, que de momento existe en España, sus límites tendrán que ser más discutidos.

Como resumen, el Código penal prevé dos tipos de beneficios relativos a la delación. Los primeros tienen que ver con el *whistleblowing* en sentido estricto, es decir, con la alerta a las autoridades sobre la *existencia* de un delito, o, al menos, su reconocimiento. Ésa es una forma ya clásica de incentivar el ciudadano a revelar o reconocer sus propias faltas y a reparar los daños[115], algunas veces casi ejerciendo más el papel de víctima[116] que de criminal, a depender de las

114. Sobre el estado actual de los preceptos de colaboración con la Justicia, especialmente la confesión del delito en la legislación española, véase POZUELO PÉREZ, Laura. La elasticidad interpretativa de las circunstancias modificativas: el cambiante efecto atenuante de la colaboración con la justicia, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, RECPC* 22-17 (2020) –<http://criminet.ugr.es/recpc> – ISSN 1695-0194. La autora, en asertiva con la cual estamos plenamente de acuerdo, concluye, entre tantas otras asertivas importantes, que "La necesidad de dejar claros los límites no es una cuestión caprichosa, pues la aplicación de la ley *tal y como la ha establecido el legislador*, constituye una garantía para el ciudadano, la establecida por el principio de legalidad. Y el legislador ha dejado claros los requisitos necesarios para que concurra la atenuante" (p. 22). De hecho, la seguridad jurídica es lo más relevante que se hay que exigir en términos de previsibilidad, para que la lenidad punitiva a causa de la colaboración cuente con alguna legitimidad social, como acá se ha insistido.

115. Véase 163.2, 214 y 225, 340, 354.1 y 376 del Código Penal.

116. Véase art. 426 del Código Penal.

circunstancias en que se desarrolla la acción denunciada. En otros momentos, el controvertido concepto de que es más interesante que el Estado logre recaudar sus tributos[117] que necesariamente imponer puniciones que conllevan el perdón, en cuestión tampoco libre de polémica.

También aparece la lenidad para aquél que "haya colaborado activamente con las autoridades", pero sólo en relación con beneficios penitenciarios, más concretamente la libertad condicional[118], lo que no significa la renuncia a la aplicación de pena. El hecho de que el legislador haya incluido, en ese apartado 8 del artículo 91 del CP, la "petición expresa de perdón a las víctimas del delito", cuando fuera su decisión expresa abolir del Código toda mención al arrepentimiento, responde a demandas históricas en las que acá tampoco cabe profundizar. Es derecho de cualquier ciudadano que cumpla condena poder progresar a grados menos draconianos, bajo su buen comportamiento, y no está mal que el propio Código Penal establezca sus baremos, además de lo que determinen las leyes específicas de ejecución penal.

Relativos al tema de este texto, sin embargo, está la previsión de "lenient sentence" en algunos pocos delitos específicos, que tienen la característica general de involucrar la criminalidad organizada. De esa forma, las figuras de excusas absolutorias, que ya estuvieron en la legislación desde 1973[119], de momento aparecen en el artículo 376[120], para delitos conexos con las drogas, en el 570 quáter, 4, para delitos de organización criminal, y el 579, bis, 3, para delitos de terrorismo. Pero las diminuciones ponen de relieve al menos tres diferencias, comparadas con la delación premiada existente en Latinoamérica: (1) la lenidad es posible en pocos delitos; (2) la disminución de la pena es solo en grado, lo que anula la posibilidad de no aplicación de la sanción; (3) no hay una negociación previa con la fiscalía, como en un principio casi absoluto de oportunidad, sino una disminución *posterior* a la instrucción criminal. En este último aspecto, se añaden dos observaciones, en pro de la seguridad jurídica. En primer lugar, el hecho de que

117. Véanse los artículos 305.4, 305.6, 307.3, 307.5, 307 ter 3, del Código Penal.

118. Acá hay que considerarse que la libertad condicional significa cumplimiento de pena y está dentro de lo natural que se puede esperar en términos de comportamiento del individuo después de castigado. Es un derecho más que consagrado que el individuo pueda progresar a grados más leves de la ejecución.

119. Se cuida del artículo 57, bis, de aquel Código de 1973, para supuestos de terrorismo.

120. El 376 del CP fue alterado, por la LO 15/2003, para eliminar la obligación de presentación espontánea del delator a autoridades. La LO 1/2005 ha ampliado su aplicación a los arts. 361 a 367 CP (delitos relacionados a drogas).

la ley penal material disponga que, en el momento de reducir la pena al delator, el juez tenga que razonar la sentencia, explicando los motivos de su condescendencia. Eso refuerza que es el juez quien controla los límites de la rebaja de la pena, y que *toda la sociedad* merece conocer por qué se aplica a un individuo culpable una pena más baja de la inicialmente prevista en el tipo. En segundo lugar, recurriendo al derecho adjetivo, la cuestión de que la legislación procesal, en España, impone que se tome la declaración del reo como primer acto de la instrucción criminal[121], lo que le impide calcular con exactitud los indicios en su contra. Eso aproxima mucho más sus actos de colaboración a la espontaneidad, como expresión de su personalidad, más que pura bargaña. Aunque en legislación adjetiva, en términos valorativos es una cuestión importante.

Esos límites para los beneficios al delator son lo que permite que el Supremo Tribunal de España haya, con mucha razón, caracterizado la delación del Código como figura intermedia entre el arrepentimiento y el desistimiento[122], que autoriza – sin obligar – el juez a disminuir la pena en grados, presentes los requisitos legales.

En siendo así, la delación en España no involucra el preacuerdo procesal que caracteriza el *plea bargain*, lo cual permite que el instituto siga dentro de los estándares de clasificación, dentro de los comportamientos posdelictivos positivos, en el tradicional poder, limitado, del Estado para introducir mínimos baremos de compensación a acciones que transformen el castigo en menos necesario o su disminución más interesante cara al resultado[123] persecutorio general.

121. Esa observación está muy bien explicada en NEYRA KAPPLER, Susana I. Álvarez de. La valoración del derecho a guardar silencio en el proceso penal según la jurisprudencia nacional y europea, in *Revista de Estudios Europeos*, Nº Extra 1, 2017, p. 46-54.

122. Sentencia del Tribunal Supremo núm. 115/2014 de 25 de febrero: "Como ya dijimos al analizar el motivo tercero del recurso del anterior acusado, el art. 376 del CP dogmáticamente –se configura como una figura intermedia entre el 'arrepentimiento' y el 'desistimiento'–, que tiene una finalidad esencialmente practica o utilitaria consistente en la colaboración-delación de quienes por dedicarse a determinado genero de delincuencia, pueden contribuir a su debilitamiento (STS 851/2004 de 2 de junio 6), cuya aplicación quede al libre arbitrio del tribunal, en cuanto se emplea la palabra 'podrán', sin perjuicio de que cuando lo apliquen habrán de motivarlo debidamente (SSTS 953/2006, 10 de octubre, 1050/1999, 18 de octubre)."

123. Hace décadas, BACIGALUPO alertaba para la inexistencia de estudios profundizados sobre la punibilidad. "Es notable que las excusas abolutorias sean tan reconocidas por la teoría como poco fundamentadas. En realidade se trata de casos en los que su inclusión en la categoría de la punibilidad se decide, fundamentalmente, en razón de los efectos

Esos matices, sin embargo, no eluden a la cuestión planteada sobre el *nemo tenetur*: ¿el derecho penal español puede considerarlo como atentatorio al derecho de no recabar prueba contra sí mismo? La respuesta nos permitirá concretar el paralelismo acá pretendido.

6.1. La posición española sobre el nemo tenetur se detegere

A fin de exponer la posición española sobre el derecho a no proporcionar pruebas contra sí mismo, se siguen los mismos criterios los países de Latinoamérica, lo que permite rigor metodológico en el presente cotejo. Por lo tanto, la venidera exposición estará dividida en términos culturales, derecho comunitario y derecho interno.

Los contrastes éticos en relación con la cultura del traidor se ralentizan un poco dentro del contexto europeo. Aunque la cultura judaico-cristiana predomine (y en gran parte se haya originado en) el contexto peninsular, la consolidación institucional del Estado accede a niveles muy diferenciados. Eso permite la más moderna concepción de la *speak up culture*, que pone de manifiesto la necesidad de medidas protectoras de los *whistleblowers*, cuando sedimentado que ellos no se confunden con los delatores.

Más bien, la cultura española rechaza con mucho más énfasis la idea de negociar con los terroristas[124]. Ejemplo sonante de ello es la diferencia que existe entre la amplia negociación habida en Colombia con las Farc-EP y las medidas no consensuales que hizo que España, y otros movimientos de Europa, superasen sus conflictos con las bandas terroristas, hasta el punto en que la deposición de las armas alcanzara su realidad. En términos muy genéricos, la estabilización del Estado hace mucho más rotundo el argumento de que la delación, cuando

que de ellos se derivan, o sea, por in método que, en principio, carecería de toda legitimidad". BACIGALUPO, Enrique. *Delito y Punibilidad*, Madrid: Civitas, 1983, p. 40 Aún así, la literatura española progresó en el tema, y ya hay clasificaciones bien propuestas, como de MORENO TORRES HERRERA, María Rosa. *El error sobre la punibilidad en el Derecho Penal Español*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, o, discutiendo la clasificación de Octavio García Pérez, el trabajo de DÍEZ RIPOLLÉS, José Luíz. La categoría de la punibilidad en el Derecho Penal Español, in *Estudios de derecho penal: homenaje al profesor Santiago Mir Puig*/coord. por Jesús María Silva Sánchez, Joan J. Queralt Jiménez, Mirentxu Corcoy Bidasolo, María Teresa Castiñeira Palou; Santiago Mir Puig (hom.), 2017, ISBN 978-9974-745-33-9, p. 523-537.

124. REINARES NESTARES, Fernando. ¿Negociar con terroristas? *Claves de razón práctica*, ISSN 1130-3689, Nº 71, 1997, p. 38-43.

exista, sea una actitud de colaboración ciudadana, de "conversión" del imputado al abandono de su actividad criminal.

En cuanto a la posición española dentro del derecho comunitario europeo, hay que poner de relieve que este tiene rasgos bastante distintos, en comparación con los documentos de Latinoamérica y Caribe. Basta notar, de principio, que la Carta Fundamental de los Derechos de la Unión Europea es silente, en su Título VI (arts. 47 a 50), sobre el tema. Su explicación oficial se limita a una repetición asumida, de que "El artículo 48 coincide con los apartados 2 y 3 del artículo 6 del CEDH". La remisión, de hecho, explica referida omisión legislativa, porque el Convenio Europeo de Derechos Humanos, en el mentado artículo 06, es también silente sobre el derecho a no autoinculparse.

Sin embargo, dos recientes normas europeas tocan los derechos del acusado en el proceso penal. La primera de ellas es la Directiva 2012/13/UE, relativa al derecho a la información en los procesos penales, y, de modo más específico, la Directiva 2016/343/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016. Esta última, actual y de gran especificidad al tema que aquí se aborda, elucida una inequívoca toma de posición del legislador europeo. En resumen, prevé el derecho de no autoinculparse, pero inmediatamente abre excepción a las cuestiones de colaboración y a las más controvertidas formas de producción probatoria en al ámbito comunitario.

Para seguir el orden del documento, sus consideraciones iniciales ya indician que los derechos que la Directiva, nominalmente, pretende garantizar se encontrarán muy matizados. El considerando 29 roza la doctrina de diferencia entre sujeto de prueba y objeto de prueba, exceptuando que pruebas como la suministración de material de ADN no se enfrentan al *nemo tenetur*[125]; por otra parte, el considerando 30 admite expresamente que se puede matizar la defensa del sospechoso, condenándole, en delitos más leves, sin que se garantice su derecho a ser escuchado[126].

125. (29) El ejercicio del derecho a no declarar contra sí mismo no debe impedir a las autoridades competentes recabar las pruebas que puedan obtenerse legalmente del sospechoso o acusado mediante el ejercicio legítimo de poderes coercitivos, y que tengan una existencia independiente de la voluntad del sospechoso o acusado, como por ejemplo el material obtenido con arreglo a una orden judicial, el material respecto del que exista una obligación legal de retención o entrega a petición de la autoridad, como las muestras de aliento, sangre, orina y tejidos corporales para el análisis del ADN.

126. (30) El derecho a guardar silencio y el derecho a no declarar contra sí mismo no debe limitar la facultad de los Estados miembros de disponer que, para infracciones leves como las de tráfico de menor gravedad, la tramitación del procedimiento, o de ciertas

Los artículos de la Directiva positivan parcialmente las herramientas utilitaristas. Así, en el mismo peldaño en que está la garantía al silencio del acusado y al derecho de no recopilar pruebas contra sí mismo, se ubican las excepciones a la justicia premial y a la recabación compulsoria de pruebas contra el reo, si ausente una manifestación de voluntad expresa. Se destaca el extracto del art. 7 de la Directiva, para poner de manifiesto el contraste entre sus apartados, de un lado 1 y 2 y, como larga excepción, 3 y 4:

> Artículo 7
>
> Derecho a guardar silencio y derecho a no declarar contra sí mismo
>
> 1. Los Estados miembros garantizarán que los sospechosos y acusados tengan derecho a guardar silencio en relación con la infracción penal de que sean sospechosos o se les acuse.
>
> 2. Los Estados miembros garantizarán que los sospechosos y acusados tengan derecho a no declarar contra sí mismos.
>
> 3. El ejercicio del derecho a no declarar contra sí mismo no impedirá a las autoridades competentes recabar las pruebas que puedan obtenerse legalmente mediante el ejercicio legítimo de poderes coercitivos y que tengan una existencia independiente de la voluntad de los sospechosos o acusados.
>
> 4. Los Estados miembros podrán permitir a sus autoridades judiciales que, al dictar sentencia, tomen en consideración un comportamiento cooperador por parte de los sospechosos y acusados.

Sobre esos artículos, para no desbordar el tema, se trazan apenas dos comentarios. Primero, en términos prácticos, la Directiva funciona más con carácter constrictor que garantizador del principio del *nemo tenetur se detegere*, al menos desde el punto de vista del ordenamiento interno español. Eso ocurre notoriamente porque el derecho general de callarse y no proporcionar pruebas contra sí mismo ya estaba estabilizado desde la Constitución, con lo cual lo único que el texto aporta son claves hermenéuticas, en este caso que constriñen la amplitud de esa garantía. En otras palabras, propone la interpretación de que bien la rebaja de la pena por colaboración, bien la recabación de pruebas pasivas no pugnan directamente con la proscripción del *nemo tenetur*, ya reconocido en el artículo 24.2 de la Carta Magna, o si, se así se prefiere, representan una aceptable contracción, bajo criterios de proporcionalidad. Sin embargo – y acá está el segundo

etapas de este, pueda tener lugar por escrito o sin interrogatorio del sospechoso o acusado por parte de las autoridades competentes en relación con la infracción penal de que se trate, siempre que se respete el derecho a un juicio justo.

comentario – el texto autoriza que esta reducción de pena exista solamente "al dictar sentencia", lo que, en nuestra opinión, aparta la posibilidad de justicia negociada, por el motivo evidente de que se la debe considerar una pena sin proceso. Sin lugar a duda, se trata de un texto que va en camino muy distinto a la rigidez de los derechos supranacionales latinoamericanos.

En el derecho interno, en la sistemática del Código penal, también las diferencias se acotan. Para seguir paralelismo con el que ya se ha escrito sobre el continente americano, en España no se entiende siquiera controvertida la tipificación del delito de fuga del local del accidente, ahora inscrito en el art. 382 bis del Código Penal. Muy al revés, fue en la última reforma legislativa del Código Penal que se introdujo ese tipo penal, en el reciente año de 2019. Más que ello, como apunta Mercedes Alonso[127], con rara nota del propio legislador, de que se trata de un delito que persigue la "maldad intrínseca del abandono", algo que, para la autora, hace "más que cuestionable" la previsión[128], pero ello, de momento, solo en los límites de alguna doctrina muy garantista. También muy incontrovertible está el delito de fuga, denominado en el Código como "quebrantamiento de condena" (art. 468 CP), que impone castigo a aquellos individuos que burlen su propia condición de condenados, cercenándoles el derecho, por tipo penal autónomo, a buscar su libertad individual. La incriminación, nótese, aunque sea tradicional en el ordenamiento, no permanece en el Código por inercia del legislador, sino por su voluntad renovada. Para confirmarlo, basta advertir que la reforma del 2015 (Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo) añadió el apartado 3 a la norma primaria, para castigar "inutilicen o perturben el funcionamiento normal de los dispositivos técnicos que hubieran sido dispuestos para controlar el cumplimiento de penas"[129]. Desde luego, bajo la actualidad de los dos artículos, se puede identificar una tendencia a no ser estricto en la interpretación del *nemo tenetur*. En la Parte Especial del Código Penal, como se ha dicho, está un sistema

127. ALONSO ÁLAMO, Mercedes, Manifestaciones del mal y el derecho penal: el mal de la pena y la maldal del autor, In: *Estudios en Homenaje a Luís Arroyo*, Ed. Tirant lo Blanch, a publicarse prontamente.

128. Preámbulo de la L. O. 2/2019, de 1 de marzo, que introduce el delito de fuga en el código penal español.

129. Así el texto completo, añadido por en el art. 229 de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo "3. Los que inutilicen o perturben el funcionamiento normal de los dispositivos técnicos que hubieran sido dispuestos para controlar el cumplimiento de penas, medidas de seguridad o medidas cautelares, no los lleven consigo u omitan las medidas exigibles para mantener su correcto estado de funcionamiento, serán castigados con una pena de multa de seis a doce meses".

de valores que se plasma, o se debe plasmar, a la hermenéutica de las demás leyes, principalmente las de naturaleza adjetiva.

Como último baremo, la jurisprudencia mayor española adopta semejante tendencia. El derecho a no proporcionar prueba contra sí mismo se ha visto acortado por la sentencia 161/1997, de 02 de octubre (ECLI:ES:TC:1997:161) del Tribunal Constitucional de España. En ella se pone de manifiesto que la sumisión a un examen de control de alcoholemia no enfrenta al artículo 24.2 de la Constitución, porque se trata de un derecho de policía del Estado, además de que el hecho no representa un acto comunicación por parte del investigado[130]. Lo que, bajo la mirada garantista latinoamericana supone una hermenéutica muy controvertida, para la cultura peninsular parece una decisión coherente.

En siendo así, al analizar la realidad española bajos los mismos criterios de aquella de Latinoamérica (aspectos culturales, legislación internacional, ordenamiento y jurisprudencia), está la conclusión que el contexto español no consideraría la delación premiada como forma de ofensa al derecho a no declarar contra sí mismo[131]. De otra parte, como se ha puesto de manifiesto, tampoco se

130. En estos términos, la verificación de la prueba que se considera supone, para el afectado, un sometimiento, no ilegítimo desde la perspectiva constitucional, a las normas de policía, sometimiento al que, incluso, puede verse obligado sin la previa existencia de indicios de infracción, en el curso de controles preventivos realizados por los encargados de velar por la regularidad y seguridad del tránsito" (fundamento jurídico 3º; también, SSTC 22/1988, fundamento jurídico, 1º, y 252/1994, fundamento jurídico 4º). Esta doctrina ha sido recordada en otras ocasiones con estás u otras palabras. Así, la STC 195/1987 afirmaba rotundamente que "la determinación del grado de alcohol en sangre a través del correspondiente test de alcoholemia no es contraria a las garantías constitucionales" (fundamento jurídico 2º); el ATC 61/1983 establecía que "sin perjuicio, naturalmente, del derecho del ciudadano a rehusar la sujeción a tal prueba y de soportar las consecuencias que del rechazo se puedan derivar" (fundamento jurídico 2º) y la STC 252/1984 reiteraba la caracterización de la prueba de alcoholemia como "una pericia técnica en que la participación del detenido con declaraciones autoinculpadoras está ausente" (fundamento jurídico 4º). Más recientemente, la STC 197/1995 volvía a negar la catalogación de dicha prueba como declaración (fundamento jurídico 8º).

131. GÓMEZ TOMILLO realiza un estudio profundizado sobre el derecho a no declarar contra sí mismo y a no declararse culpable, con una exposición detallada de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que los considera garantías genéricas del derecho de defensa (p. 93). Aunque matice mucho el reconocimiento de la aplicación de esa garantía en los supuestos de investigación administrativa que puedan traer consecuencias penales, reconoce que "en nuestro caso, la amenaza de sanciones a fin de obtener por parte del poder público información lesiona de lleno el derecho cuando se pretende emplear los datos así conseguidos en procedimientos punitivos. La información

encuentra proclive a la adopción de un sistema de justicia negociada ampliado, con lo cual los pocos artículos que la admiten en aras de controlar el crimen organizado suponen una reducción de la pena en lindes bastante estrechos, que encuentran legitimación en términos dogmáticos tradicionales, en el marco de la punibilidad

La divergencia entre necesidad de armas de combate a la criminalidad organizada y las garantías es, como se verá a continuación, la síntesis que explica las diferencias que acá se pusieron de manifiesto.

7. La síntesis: derecho penal negociado como derecho de guerra

Las necesidades específicas de Latinoamérica, para hacer frente a problemas de criminalidad organizada como corrupción genérica y sus violentas bandas armadas obligan que acepte las herramientas utilitarias que las fuerzas internacionales pretenden imponer. Así, especialmente en busca de romper el círculo de silencio de la corrupción[132], los sacrificios a la seguridad jurídica, y a la propia soberanía, que la delación premiada conlleva. El tema de que se disfracen sus consecuencias, a partir luego de la no adopción de su nombre más técnico, se explica de algún modo por una política de reducción de daños.

Todo ello puede caracterizar la justicia negociada, especialmente los casos de delación, como un matizado derecho de guerra: la reducción de los derechos y

obtenida por medio de expresa amenaza de sanción penal o administrativa, sólo puede emplearse en procedimientos de naturaleza no punitiva" (p. 109). Al analizar, empero, la hipótesis de que "sugerir un efecto beneficioso como consecuencia de la confesión" amenazaría este derecho, se manifiesta contrariamente. Observando la jurisprudencia (STC 75/1987, de 25 de mayo), se alinea con el Tribunal Constitucional en que "ligar un efecto beneficioso a la confesión voluntariamante prestada, no es privar del derecho fundamental a no confesar si no quiere" GÓMEZ TOMILLO, Manuel. *Instrumentos jurídicos de tutela y ejecución de las potestades de inspección y supervisión administrativa de las sociedades que operan en los mercados: Art. 294 CP. Entrada y registro domiciliario con ocasión de investigación de infracciones administrativas*. Navarra: Aranzadi, 2019, p. 110. De nuestra parte, comprendemos la postura del autor, pero no se la puede exportar directamente al contexto latinoamericano. Por las razones presentadas en el cuerpo de nuestro texto, si el "efecto beneficioso" es exagerado y, además, si no se garantiza el derecho ordinario de defensa de modo amplio, la "voluntariedad" de la confesión, que es premisa de todo el excelente razonamiento del autor castellano y del Tribunal español, se hace muy controvertida.

132. Como se ha comentado, la delación premiada, salvo con el sacrificio de la soberanía como en Colombia, no tiene eficacia contra los grupos armados terroristas.

las garantías a partir de la urgencia de que la punición llegue a donde los medios de investigación ordinarios del Estado no alcanzaron. Como, en un tratado sobre ese tan antiguo tema, el *ius in bello*, ha asertado Ginés de Sepúlveda, "mientras no hagas desaparecer a los lobos y a las alimañas, no podrás convencer a un pastor para que deje de recurrir a los perros" [133].

De otra parte, esa misma debilidad del Estado ha sido justificante para flexibilizaciones del derecho, repitiéndose el discurso legitimante, como acá se ha demostrado, de afrontas éticas análogas, como las dictaduras y, aun en tiempos de democracia electoral, las torturas. Por dialéctica, esos defectos resultaron en una práctica penal más garantista y el desarrollo de un sistema de protección internacional de Derechos Humanos, aplicado por una Tribunal, la CoIDH, conforme a las necesidades locales. Exactamente por comprender ese contexto, su jurisprudencia rechaza el utilitarismo y hace hincapié en el derecho de no ser forzado a declarar contra sí mismo.

Todo ello propone la cuestión de cuánto se puede desestabilizar los valores del derecho, a fin de plantar cara a la inestabilidad del propio entorno, el ya reconocido "Estado de Cosas Inconstitucional". Como corolario, ha de preguntarse si las concesiones al delincuente pueden funcionar, de modo contrafáctico, como causa de debilidad del sistema e incremento de la impunidad[134], la cual la justicia negociada en teoría quiere combatir.

La solución para el problema estará en dos frentes: el realismo y la excepcionalidad. Realismo porque, si se acepta que la delación premiada es un instrumento que impone altos sacrificios a la legitimidad de la pena y se contrapone directamente a valores éticos y de equidad entre ciudadanos, su adopción será siempre revisada. Para que ello ocurra, hay que alejarse del discurso eufémico

133. GINÉS DE SEPÚLVEDA, Juan. Demócrates o Diálogo sobre la dignidad del oficio de las armas, in: *Obras Completas XV, Pozoblanco*, Ed. del Ayuntamiento de Pozoblanco, 2010. p. 105. Para un análisis más profundizado sobre la relevancia del trabajo de Ginés de Sepúlveda para el derecho penal contemporáneo, véase nuestro RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. *Livre arbítrio e direito penal: revisão frente aos aportes da neurociência e à evolução dogmática*. São Paulo, Marcial Pons, 2018, especialmente p. 69 a 85.

134. Como ejemplo para confirmar la regla, se puede hacer referencia, en Latinoamérica, del caso chileno. El sistema jurídico no contempla la delación. Lo que existe es una despenalización del *whistleblower* en materia de competencia (arts. 39 y 63 del Decreto Ley 211). En el Código Penal, la colaboración en casos de corrupción es una atenuante (art. 260, *quater*, del Codigo Penal Chileno) asimismo en la Trata de Personas (art. 411, *sexies*, del Codigo Penal Chileno). Semejantemente, el artículo 22 de la Ley de Drogas (Ley 20.000).

que matiza la delación como un reconocimiento de nueva amistad del delator con el derecho y reconocer como una concesión idealmente no deseada, una medicina dañina pero imprescindible mientras el Estado tenga de lidiar con fuerzas que están mucho más allá de sus poderes investigativos. Un remedio que, por lo tanto, dejará de usarse cuando el Estado pueda, por sus propios medios, acceder a la información que, de momento, compra, a alto precio, del delator. Si así se admite, se ve un horizonte de estabilidad, ya que, como clásicamente se afirma en el *ius in bello*, la guerra solo es legítima cuando anhela la paz.

Derivación de ese realismo es la utilización racional del instituto. En otras palabras, hay que reconocer que, como un desequilibrio de valores no deseado, en especial por afrontar la libertad del reo-delator, la herramienta debe ser reservada para situaciones extremas. De momento, por las facilidades evidentes que aporta, en Latinoamérica la delación no alcanzó su autodominio, revelándose como un instrumento de careo a los derechos individuales. Es lo que autoriza la conclusión de que, si existiera alguna demanda a la CoIDH como denuncia a la delación premiada, y si la Corte sigue una perfecta analogía con sus propios precedentes, declararía la inconvencionalidad de la delación. Es su función de proteger la estabilidad del sistema jurídico, proclive a abusos utilitarista y antidemocráticos.

En España, de otra parte, su experiencia histórica autoriza afirmar que se asume la tendencia a no negociar con los delincuentes, sea por respeto a los derechos de las víctimas, sea por notar que el derecho penal sale fortalecido cada vez que se aplica con equidad a todos los que enfrentan las normas jurídicas, lo que implica minimizar premios a comportamientos posdelictivos no altruistas. Aunque su ley y su jurisprudencia tomen posiciones cuestionables sobre la extensión del derecho de no proporcionar pruebas contra uno mismo, en lo que toca a la negociación de ventajas por las delaciones, sus instituciones de momento mantienen el equilibro aceptable, en los límites dogmáticos de la punibilidad. Eso permite concluir que hay fuertes indicios de que España resistirá a las investidas internacionales de fortalecer la persecución penal internacional, con el sacrificio de las garantías ciudadanas que el Estado debe promocionar internamente. En otras palabras, por no encontrarse en un estado de guerra contra la delincuencia organizada, su sistema penal se puede mantener más garantista, dispensando una intervención internacional específica en materia de Derechos Humanos.

8. Conclusiones

1. Hay un interés casi general en eludir el término "delación premiada" para sustituirlo por la locución "colaboración premiada". El simple hecho de que ésta

sea adoptada como *nomen iuris*, empero, no justifica su utilización en términos científicos, ya que su carga semántica es bastante diversa. La "colaboración" es el género de que la "delación" es la especie, en una relación continente-contenido. El rechazo social que el vocablo "delación" trae consigo no puede ser causa suficiente para que se lo elimine de los textos técnicos, en sacrificio de la precisión terminológica.

2. El "whistleblower" o, sin la misma precisión, el "denunciante", es aquél que lleva por primera vez a las autoridades el conocimiento de un delito o infracción ética, con lo cual tampoco se puede confundir con la figura del delator. Éste, en general, actúa cuando ya existe una imputación contra él mismo.

3. Entre las diferentes antinomias causada por la introducción de la delación premiada en los ordenamientos jurídicos, como la recompensa a la personalidad menos noble, la ventaja a los que ejercen posiciones de mando o la valoración al quiebre de secretos, en Latinoamérica se realza la agudización de la disparidad entre derecho penal de clase alta y de clase baja. La reducción de pena por colaboración es un derecho inalcanzable a los que quieran denunciar a los grupos organizados violentos que se esparcen por el continente americano.

4. Aunque el Estado no lo tome en cuenta, la resolución del delator por entregar a sus presuntos excómplices implica un enfrentamiento a sus convicciones morales. Eso conduce a cuestionar cuál es el grado de libertad psíquica que existe para esa toma de decisión.

5. El histórico reciente de negación, en Latinoamérica, a los Derechos Humanos y libertades democráticas, hace que la Corte Interamericana sea más rígida en la preservación de las garantías del individuo frente al Estado. Los estudios decoloniales son relevantes para dar consistencia a esa necesidad dialéctica, sin tener que copiar la jurisprudencia de países económicamente más desarrollados.

6. La observación realista de Latinoamérica demuestra que el ciudadano común se pone en situación de pronunciada vulnerabilidad frente al Estado.

7. A causa de la experiencia de violaciones constantes y recientes a los DD-HH en Latinoamérica, la Convención Interamericana de Derechos Humanos (CADH) garantiza el *nemo tenetur* en doble vertiente: el derecho a no declarar contra sí mismo y no declararse culpable. Por su parte, el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y el Pacto de Lisboa (CDFUE) no mencionan esa garantía.

8. En los derechos internos, se pueden establecer baremos de comparación para conocer el nivel de garantía del derecho a no autoinculparse: (a) el carácter electivo o compulsorio de sumisión del reo a pruebas en que no hay su participación

activa (alcoholimetría, pruebas grafotécnicas, participación en la reconstitución del delito etc.); (b) la inclusión en el ordenamiento penal del delito de fuga o quebrantamiento de condena; (c) la declaración de inconstitucionalidad, bajo el principio del *nemo tenetur*, del delito de fuga del local del accidente. La asunción de la doctrina del "Estado de Cosas Inconstitucional" funciona también como clave hermenéutica identitaria de la realidad jurídica latinoamericana.

9. Las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH) condenan a la violación de la libertad del individuo de no proporcionar pruebas contra sí mismo o de no declararse culpable (art. 8.2.g de la CADH). Pero lo hacen en precedentes que condenan los – infelizmente comunes – casos de tortura de los agentes de los Estados en contra de los ciudadanos. En otras palabras, la jurisprudencia da la CoIDH destaca que la tortura, más allá de la afrenta a la dignidad del individuo, ataja el *nemo tenetur*, como derecho fundamental de las democracias.

10. En la realidad en que ocurre la justicia negociada, ausentes límites bien fijados, la elección entre ser condenado a una pena integral o recibir la lenidad ampliada del Estado no ocurre bajo los límites materiales de libertad. La diferencia entre confesar bajo tortura o confesar bajo la amenaza de una prolongada estancia carcelaria latinoamericana es una diferencia cuantitativa, no cualitativa.

11. Bajo estos argumentos y teniendo en cuenta su materia de análisis y sus precedentes, se permite el pronóstico de que, si la CoIDH tuviera que juzgar la convencionalidad de la delación premiada, la consideraría un agravio al artículo 8.2.g de la Convención, como reconocimiento a la teleología del texto convencional y el estado de cosas en los países latinoamericanos.

12. La negociación con el Estado demanda una situación de igualdad de armas entre ciudadano y autoridades, que no existe en Latinoamérica. La vulnerabilidad del ciudadano común frente al acusador es palmaria, mientras que, justo al revés, la capacidad de control que tiene el ciudadano poderoso sobre las acciones de los acusadores amplía las distancias democráticas. Todo ello se agrava al notarse que las leyes de delación premiada de Latinoamérica, muy al revés de la española, no permiten la intervención del Poder Judicial en esa negociación, a fin de intentar garantizar la deseada paridad de armas.

13. El caso español es bastante distinto. La cultura peninsular, por razones históricas, rechaza con más énfasis la negociación con criminales, como forma de mantener la institucionalidad del Estado. A causa de ello, las leyes que traen beneficios a los delatores no facultan un acuerdo previo, sino una aplicación, al fin del proceso, de una sentencia indulgente razonada, a partir de una

apreciación *a posteriori* de la colaboración del delator. Eso posibilita, en el estado actual de la ley, considerar el beneficio como una figura intermedia entre el arrepentimiento posterior y el desistimiento, adaptable a la dogmática de la punibilidad, como circunstancia posdelictiva positiva.

14. La comparación entre el derecho latinoamericano y el derecho español permite reforzar la tesis de que la delación premiada se aproxima a un derecho de guerra, el *ius in bello*, que solamente se puede utilizar de forma excepcional, comedida y mirando hacia su revocación cuando hayan cesado los conflictos que el Estado no puede resolver sin recurrir al mercadeo de la pena. Ese reconocimiento, por su parte, aunque útil, debe ser rechazado desde el punto de vista de los Derechos Humanos exclusivamente, cuya función es preservar núcleos de libertades individuales e igualdad de los ciudadanos en su acceso a la justicia.

9. Bibliografía

ALONSO ÁLAMO, Mercedes. *El sistema de circunstancias del delito: Estudio General*. Valladolid: Ediciones UVa, 1982.

ALONSO ÁLAMO, Mercedes, Manifestaciones del mal y el derecho penal: el mal de la pena y la maldal del autor, In: *Estudios en Homenaje a Luís Arroyo*, Ed. Tirant lo Blanch, a publicarse prontamente.

ALSCHULER, Albert. Implementing the criminal defendant's right to trial: alternatives to plea bargaining system, in: *University of Chicago Law Review*, v. 30, n. 03. 1983.

ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, Susana. La Valoración del Derecho a guardar silencio en el Proceso Penal según la jurisprudencia nacional y Europea, *Revista de Estudios Europeos* Nº extraordinario monográfico-1-2017- 46-64 ISSN: 2530-9854. <http://www.ree-uva.es>.

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

BATAILLON, Marcel. *Estudios sobre Bartolomé de las Casas*. Barcelona: Ediciones Península, 1976.

BECK, P., MARHER, M. W. (1986). A comparison of bribery and bidding in thin markets. *Economic Letters* 20, 1-5.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE. Ignacio "Garantizar que el delito no resulte provechoso" el decomiso ampliado como medio de la política criminal frente a la corrupción. In SILVA SÁNCHEZ, Jesús María; QUERALT JIMÉNEZ, Joan J.; CORCOV BIDOSOLO, Mirentxu; CASTIÑEIRA PALOU, María Teresa; (coord.). *Estudios de derecho penal: homenaje al profesor Santiago Mir Puig*. Montevideo: Editorial B de f, 2017, p. 903-914.

BÍBLIA SAGRADA. 51 ed. Petropólis: Editora Vozes, 2012, p. 1184.

BJORVARN, K., SOREIDE, T. (2005). Corruption and privatization. *European Journal of Political Economy* 21, 903-914.

BOLÍVAR, Símon. Carta de Jamaica, 1815, in: *Carta de Jamaica 1815-2015*, Comisión Presidencial para la Conmemoración del Bicentenario de la Carta de Jamaica, Caracas: Ed. Gobierno de Venezuela, 2015.

BORGES, Jorge Luís. "Tres versiones de Judas", in *Obras completas*. Buenos Aires, Emecé, 2004.

BRAITHWAITE, John. "Enforced Self-Regulation: A New Strategy for Corporate Crime Control." *Michigan Law Review*, vol. 80, no. 7, 1982, pp. 1466–1507., <www.jstor.org/stable/1288556>. Acceso 27 mar. 2021.

BRASIL CPI 2019 (Corruption Perception Index) como 106º entre 198, Perú como 94 o Bolivia como 124, está disponible en la página <https://www.transparency.org/en/cpi#>, acceso en 07 abr 2021.

CARDOSO, Fernando Henrique. Dependência e Desenvolvimento na América Latina, in: *Cinquenta anos de Pensamento na CEPAL*, Rio de Janeiro: Editora Record, 2000.

CARRANZA, Elías. Situación penitenciaria en América Latina y el Caribe ¿Qué hacer?. Ilanud, *Anuario de Derechos Humanos*, 2012.

CLALS WORKING PAPER SERIES. Nº 30, By InSight Crime and American University's Center for Latin American & Latino Studies, Washington, D.C, December 2020.

CÓDIGO de Derecho Canónico. Disponible <https://www.vatican.va/archive/ESL0020/__P3E.HTM> Acceso 22 mayo 2021.

COLOMBIA. *La Modelo de Colombia*. <http://www.ipsnoticias.net/2020/05/onu-denuncia-escalada-violencia-carceles-america-latina/>, Acceso en 24 mar 2021.

CORRALES ZUMBADO. Cristóbal, *Sinonimia y Diccionario*, in: Revista de Filología Románica, n 14, vol. 1, Universidad Complutense de Madrid, 1997.

DE LUCA, Javier Augusto. El cuerpo y la prueba, publicado *Revista de Derecho Procesal Penal de Rubinzal Culzoni*, Buenos Aires, 2007, número dedicado a La injerencia en los Derechos Fundamentales del Imputado, III.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luíz. La categoría de la punibilidad en el Derecho Penal Español. In SILVA SÁNCHEZ, Jesús María; QUERALT JIMÉNEZ, Joan J.; CORCOV BIDOSOLO, Mirentxu; CASTIÑEIRA PALOU, María Teresa; (coord.). *Estudios de derecho penal: homenaje al profesor Santiago Mir Puig*. Montevideo: Editorial B de f, 2017, p. 523-537.

DRUZHINIKOV, Yuri. *Informer 001*: *the myth of Pavlik Morozov*, New Brunswick, Transaction Publishers.

FACHRUTDINOV, Rail; KHISAMOVA, Venera; KHISMATULLINA, Lyutsiya. Comparative Analysis of Semantic Distinctions between Synonymous Adjectives in Tatar and English. In *European Research Studies Journal,* Volume XX, Special Issue, 2017, p. 450.

FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. RJ: Globo, 2001.

FINANCIAL ACTION TASK FORCE, FTAF/Onu, *National Money Laundering and Terrorist Financing Risk Assessment FATF guidance*, 2013, disponible en <https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/content/images/National_ML_TF_Risk_Assessment. pdf>.

FREYRE, Gilberto. *Casa-grande & senzala*. Formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal. 48 ed. São Paulo: Global, 2003.

GINÉS DE SEPÚLVEDA, Juan. Demócrates o Diálogo sobre la dignidad del oficio de las armas, in: *Obras Completas XV, Pozoblanco*, Ed. del Ayuntamiento de Pozoblanco, 2010.

GOMEZ TOMILLO, Manuel. *Compliance y Política Legislativa: el deber personal y empresarial de evitar la comisión de delitos en el seno de las personas jurídicas*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2016.

GÓMEZ TOMILLO, Manuel. *Instrumentos jurídicos de tutela y ejecución de las potestades de inspección y supervisión administrativa de las sociedades que operan en los mercados: Art. 294 CP. Entrada y registro domiciliario con ocasión de investigación de infracciones administrativas*. Navarra: Aranzadi, 2019.

HAGAN, Frank. El, *Introduction to Criminal Justice Research Methods: Theory and Method*. Edinburgh: Pearson House.

HOLMES, Richard, The THES University Rankings: Are They Really World Class?, *Asian Journal of University Education*, Vol. 2 No. 1, 1-14, 2006.

HURTADO POZO, José. *La ley importada: recepción del Derecho Penal en el Perú*. Lima: Centro de Estudios en Derecho y Sociedad, 1979.

KURT BAYERTZ. *Warum überhaupt moralisch sein*? Berlin; C. H. Beck, 2004.

LANGBEIN, John H. (1978) "Torture and Plea Bargaining," *University of Chicago Law Review*: Vol. 46: Iss. 1, Article 3.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. La proporcionalidad de la norma penal, en *Cuadernos de Derecho Público*, Nº. 5, septiembre-diciembre de 1998.

LUI, F. T. (1985). An equilibrium queuing model of bribery. *Journal of Political Economy* 93, 760-81.

MAAS, Peter. *The Valachi Papers*, New York, Harper Collins Publisher, 2003 [orig. 1968].

MENÉNDEZ PIDAL. Ramón. *El Padre Las Casas. Su doble personalidad*. Madrid: Espasa Calpe (Grandes Biografías), 1963.

MESA, Roberto. *La Idea Colonial en España*. Valencia: Fernando Torres Editor, 1936.

MEZGER, Edmund. *Strafrecht*: *ein Lehrbuch*. München. Duncker & Humbolt, 1949.

MINGERS, John; LEYDESDORFF, Nalimov. A review of theory and practice in scientometrics. *European Journal of Operational Researc*h, Volume 246, Issue 1, 2015, Pages 1-19, ISSN 0377-2217.

MIR PUIG, Santiago. Principio de proporcionalidad y fines del derecho penal, in: *Estudios en memoria de José María Lidón*. Bilbao: Universidad de Deusto, 2002, p. 349-366.

MORENO TORRES HERRERA, María Rosa. *El error sobre la punibilidad en el Derecho Penal Español*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

NEYRA KAPPLER, Susana I. Álvarez de. La valoración del derecho a guardar silencio en el proceso penal según la jurisprudencia nacional y europea, in *Revista de Estudios Europeos*, Nº Extra 1, 2017, p. 46-54.

ORTIZ PRADILLO, Juan Carlos. *Los delatores en el proceso penal*: recompensas, anonimato, protección y otras medidas para incentivar una colaboración eficaz con la justicia. Madrid: Wolters Kluwer, 2018.

PERELLO DOMENECH, Isabel. El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional, in *Jueces para la Democracia*, 28, 1997.

PIETH, Mark. International cooperation to combat corruption. In: ELLIOTT, Kimberly Ann (Org.). *Corruption and Global Economy*. Washington DC: Institut for International Economics, 1997.

POZUELO PÉREZ, Laura. La elasticidad interpretativa de las circunstancias modificativas: el cambiante efecto atenuante de la colaboración con la justicia, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, RECPC* 22-17 (2020) –<http://criminet.ugr.es/recpc> – ISSN 1695-0194.

PREBISCH, Raúl. *Capitalismo periférico: crisis y transformación*. México: Fondo de Cultura Económica, 1981.

PRESSLY, Linda. *The largest foreign bribery case in history* in 22 abril de 2018, Disponible <https://www.bbc.com/news/business-43825294>, acceso 02 abr 2021.

QUIJANO, Aníbal. *Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina, Cuestiones y horizontes: de la dependencia histórico-estructural a la colonialidad/descolonialidad del poder*. Buenos Aires: CLACSO, 2014.

REINARES NESTARES, Fernando. ¿Negociar con terroristas? Claves de razón práctica, ISSN 1130-3689, Nº 71, 1997.

RODGERS, David; BAIRD, Adam. "Understanding gangs in contemporary Latin America", en Scott H. Decker y David C. Pyrooz (comp.), The Handbook of Gangs, Oxford: Wiley, 2015, p. 478-502.

RODRIGUES, Raymundo Nina. *As raças humanas e a responsabilidade penal no Brazil*. Rio de Janeiro: Ed. Guanabara, 1932 (primera edición de 1894).

RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. *Livre arbítrio e direito penal: revisão frente aos aportes da neurociência e à evolução dogmática*. São Paulo, Marcial Pons, 2018.

RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. *Delación Premiada: límites éticos al Estado*, Bogotá: Temis, 2019.

RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. *Tres modelos legislativos de Delación Premiada en Latinoamérica: las soluciones de Colombia, Brasil y Argentina y la conformidad con los principios fundamentales de los derechos internos, in:* Nuevas Fronteras del Derecho Penal Global: libro homenaje a Ferré Olivé, Bogotá: Temis, 2019.

RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás, *El decomiso de activos ilícitos*. Navarra: Aranzadi, 2017.

SANTOS, Boaventura Sousa. *Justicia entre saberes: epistemologias del Sur contra el Epistemicidio*. Madrid: Ediciones Morata, 2014.

SCHÜNEMANN, Bernd. *Temas actuales de Derecho Penal después del Milenio*. Madrid: Tecnos, 2002.

ULATE CHACÓN, Enrique. La competencia de los Tribunales Internacionales y tutela de derechos humanos en los procesos de integración regional*, in: Derecho Penal y Constitución: Libro Homenaje a Paulino Mora*, San José: Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, 2014.

UNITED STATES SENTENCING COMISSION MANUAL, 2016.

VALENCIA GRAJALES, José Fernando; MARÍN GALEANO, Mayda Soraya, Elementos que describen una dictadura en América Latina. V8 Nº 1 l ene-jun 2016 l p. 43-56 l ISSN: 2027-2391 l DVD: 2344-7125 l Med – Col.

VIEIRA, Antonio. *Arte de furtar*. Amsterdam: 1744. Disponible <http://www.bibliotecadigital.unicamp.br/document/?code=000409029>. Acceso 22 mayo 2021.

VV.AA, Grupo de Estudios de Política Criminal: jueces para la democracia, *Una alternativa a algunas previsiones penales utilitarias*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.

WEBER, Max. *La ética protestante y el espíritu del capitalism.* Traducción J. Abellán. Madrid, Alianza Editorial, 2012.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. Dogmática Funcionalista y política criminal: una propuesta fundada en los derechos humanos*,* in: *Revista de la Facultad de Derecho PUCP*, nº 81, 2018.



PESQUISA DO EDITORIAL



Áreas do Direito: Processual; Penal

Veja também Doutrina relacionada ao tema

- O instituto da colaboração premiada no sistema legal brasileiro e sua receptividade como meio de defesa: necessidades de reforma, de Rodrigo Sánchez Rios e Renata Amaral Farias – *RBCCrim* 148/319-347.

Rodríguez, Víctor Gabriel; Gomes, Ana Cristina. La delación premiada frente a la prohibición de proporcionar prueba contra sí mismo: comparación entre América Latina y España. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 188. ano 30. p. 337-397. São Paulo: Ed. RT, fevereiro 2022. DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v188i188.89].

Criminologia

A compreensão do ecocídio a partir de saberes indígenas: por uma virada ontológica no Sistema de Justiça Criminal Internacional

Understanding ecocide from the indigenous knowledge: for an ontological turn in the International Criminal Justice System

André Augusto Salvador Bezerra

Doutor pelo programa Humanidade, Direitos e Outras Legitimidades da Universidade de São Paulo (USP). Pesquisador em Pós-Doutorado no Co-laboratório de Desenvolvimento e Participação da USP. Professor Doutor do Curso de Mestrado Profissional da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (Enfam). Juiz de Direito em São Paulo.
ORCID: [orcid.org/0000-0002-3546-2016].
Lattes: [lattes.cnpq.br/7267921096963104].
DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v188i188.90].
andreaugusto@usp.br

Recebido em: 23.06.2021
Aprovado em: 08.12.2021
Última versão do autor: 09.12.2021

Áreas do Direito: Processual; Penal; Internacional; Ambiental

Resumo: Este artigo objetiva apontar a importância da consideração de ontologias de populações indígenas brasileiras no debate acerca da ampliação da competência do Tribunal Penal Internacional (TPI) para julgamento do crime de ecocídio. Sustenta-se que tal consideração leva o Sistema de Justiça Criminal Internacional a uma verdadeira virada ontológica, expressão extraída da Antropologia para indicar a igualdade de saberes na construção das instituições globais, tradicionalmente constituídas sob padrões eurocêntricos. Em termos metodológicos, o texto baseia-se em levantamento bibliográfico interdisciplinar envolvendo estudos jurídicos e

Abstract: This article aims to point out the importance of the consideration of ontologies of Brazilian indigenous peoples in the debate about the expansion of the International Criminal Court (ICC) to judge the crime of ecocide. It is argued that this consideration leads the International Criminal Justice System to a ontological turn, an expression extracted from anthropology to indicate the equality of knowledge in the construction of global institutions, traditionally constituted under Eurocentric standards. n methodological terms, the text is based on an interdisciplinary bibliographic researchs involving legal and anthropological studies that

antropológicos que se somam à Sociologia Decolonial. Além disso, descrevem-se formas pelas quais determinadas comunidades indígenas brasileiras relacionam-se com a natureza. Para proporcionar concretude ao debate, há também referência a matérias jornalísticas acerca dos temas discutidos e realiza-se breve exame de caso do desastre ambiental de Mariana de 2015. Ao final, o estudo conclui que a adoção de saberes indígenas para uma definição de ecocídio fortalece o TPI, conferindo-lhe maior eficácia na proteção ambiental de todo o planeta.

Palavras-chave: Ecocídio – Tribunal Penal Internacional – Povos Indígenas – Saberes – Ontologias.

add to Decolonial Sociology. In addition, ways are described in which certain Brazilian indigenous communities relate to nature. To provide concreteity to the debate, there are also reference to journalistic articles about the topics discussed and a brief examination of the 2015 Mariana environmental disaster. In the end, the study concludes that the adoption of indigenous knowledge for a definition of ecocide strengthens the ICC, giving it greater effectiveness in environmental protection of the entire planet.

Keywords: Ecocide – International Criminal Court – Indigenous Peoples – Knowledge – Ontologies.

Sumário: 1. Introdução. 2. A virada ontológica. 3. Colonialismo, eurocentrismo e internacionalização de direitos. 4. Colonialismo e antropocentrismo: reflexo na TPI. 5. A resistência ontológica: os casos de indígenas no Brasil. 6. O caso do ecocídio em Minas Gerais. 7. Troca de saberes na pauta constitucional. 8. A virada ontológica no reconhecimento do ecocídio. 9. Considerações finais. 10. Referências bibliográficas. Documentário.

1. Introdução

As tragédias ambientais que sucedem em todo o planeta decorrentes de projetos empresariais têm colocado no centro dos debates públicos a necessidade de aperfeiçoamento do Sistema de Justiça Criminal Internacional para eventual responsabilização de gestores das empresas causadoras dos danos. Em tal contexto é que se situam as discussões para que o Tribunal Penal Internacional – conhecido pela sigla TPI – torne-se competente também para julgar o crime de ecocídio, "[...] termo que significa, grosso modo, destruição em larga escala do meio ambiente" (BROCHADO NETO; MONT´ALVERNE, 2018, p. 211).

Criado pelo Estatuto de Roma de 1998, o TPI consiste em corte sediada em Haia, dotada da atribuição de julgar os crimes de genocídio, crimes de guerra, crimes contra a humanidade e crimes de agressão. O seu caráter permanente representou uma nova fase da História do Sistema de Justiça Criminal Internacional, superando-se os tribunais *ad hoc*, uma tradição, até então vigente, que remontava à opção adotada pelas potências vencedoras da Segunda Guerra Mundial quando da instituição do Tribunal de Nuremberg e do Tribunal de Tóquio (ambos de 1945) para o julgamento de crimes nazistas.

A reivindicação para a criminalização e julgamento internacional pela prática de ecocídio decorre da ineficácia da vigente competência do TPI para assegurar a integridade do planeta contra atividades empresariais ambientalmente destrutivas, realizadas em tempo de paz. Os delitos atualmente previstos no Estatuto de Roma têm em comum o fator limitador da exigência de serem praticáveis apenas "[...] por pessoas físicas partícipes de cenário de guerra (interestatal ou intestina)" (FONSECA, 1999, p. 282). Com a ampliação do TPI para o ecocídio, passaria também a ser passível de responsabilização aquele que, em uma empresa causadora de dano ambiental, "[...] carrega o fardo do que é conhecido na lei como responsabilidade superior" (HIGGINS, 2019, online).

O problema é que considerável parcela do debate em torno de aperfeiçoamento do Sistema de Justiça Criminal Internacional dá-se sob uma perspectiva exclusiva eurocêntrica[1], baseada na centralidade do homem europeu ou de ascendência europeia como o único dotado de conhecimento válido na construção dos arcabouços jurídicos. Para agravar, as tragédias ambientais, que se pretende evitar com a responsabilização criminal internacional do ecocídio, são fundadas em modos de proceder antropocêntricos, estreitamente relacionados com a forma de vida do mesmo homem europeu ou de ascendência europeia.

O presente artigo tem por objetivo apontar a importância da consideração de perspectivas não eurocêntricas no debate em torno do reconhecimento do ecocídio como delito de competência do TPI. São centradas, especificamente, as cosmologias[2] de povos indígenas brasileiros, também referidos no decorrer do texto como populações originárias, o que se faz para sublinhar sua anterioridade na ocupação do território do país. Por se basearem em relações igualitárias entre humanidade e natureza, as cosmologias de tais estratos populacionais podem indicar caminhos aptos a proporcionar maior eficácia na proteção jurídica ambiental do planeta, levando o Sistema de Justiça Criminal Internacional ao que,

1. Eurocentrismo não configura "[...] uma categoria que implica toda a história cognoscitiva em toda a Europa, nem na Europa Ocidental em particular. Em outras palavras, não se refere a todos os modos de conhecer de todos os europeus e em todas as épocas, mas a uma específica racionalidade ou perspectiva de conhecimento que se torna mundialmente hegemônica colonizando e sobrepondo-se a todas as demais, prévias ou diferentes, e a seus respectivos saberes concretos, tanto na Europa como no resto do mundo" (QUIJANO, 2005, p. 126).
2. "Cosmologias são formas teóricas que cada povo, que cada etnia, que cada coletivo tem sobre o mundo, sobre o cosmos. As suas percepções culturais, filosóficas, sociológicas, políticas das suas relações entre si" (SILVA, 2011, p. 183).

na Antropologia, é conhecido por *virada ontológica*, termo que indica o processo de descolonização epistemológica pelo qual estudos etnográficos atravessam na atualidade[3].

Em termos metodológicos, trata-se de pesquisa que se situa entre o Direito e a Antropologia, fazendo-se uso, como ponto de ligação entre ambos, da Sociologia Decolonial. Sob o liame proposto, parte-se de pesquisa bibliográfica interdisciplinar, priorizando autores do próprio campo jurídico e das Ciências Sociais. Para proporcionar concretude ao debate, as formulações teóricas são complementadas por descrições realizadas por indígenas acerca de suas próprias existências e por citações de matérias jornalísticas, disponíveis na *internet*, relativas aos temas debatidos. Sob o mesmo escopo, procede-se à breve análise de caso relativo aos impactos decorrentes de desastre ambiental, sobre população indígena, ocorrido no Estado de Minas Gerais em 2015.

Em seu desenvolvimento, o artigo encontra-se dividido em nove seções, contando-se esta primeira introdutória. Na segunda seção, procede-se à explicação do que consiste a virada ontológica e como ela deve ser extraída da Antropologia para que múltiplos saberes possam influir no Sistema de Justiça Criminal Internacional. Nas duas seções seguintes, o texto faz uso do conceito sociológico de colonialismo para a compreensão da desconsideração de saberes não europeus no sistema internacional de direitos e no estabelecimento das competências do TPI. Na quinta seção, analisam-se formas de resistência ao colonialismo deste século XXI a partir de descrições das cosmologias de três etnias indígenas brasileiras. Na sexta seção, realiza-se breve estudo de caso para explicar os impactos sentidos por uma dessas populações, a Krenak, quando da ocorrência da tragédia ambiental ocorrida no Município de Mariana em 2015. Nas seções sétima e oitava, descrevem-se como os desastres ao meio ambiente, percebidos primordialmente por populações originárias, têm ensejado mobilizações destas para que normas constitucionais passem a adotar seus saberes, indicando, ao final, caminhos para que o Sistema de Justiça Criminal Internacional também assim o faça quando da definição do ecocídio. Na décima seção, o artigo apresenta suas conclusões relacionando a criminalização do ecocídio à virada ontológica na sistemática jurídica internacional.

3. Não se trata, portanto, de estudo baseado em autores que se utilizam de uma matriz *ontológica* na Teoria do Crime, tal como o faz Hans Welzel (2004) quando sustenta a inviabilidade da tipificação do *ser* (o *ser judeu*, por exemplo), por invadir a individualidade humana e, assim, enfraquecer a obediência pessoal aos preceitos normativos. Não é este o recorte do presente trabalho.

2. A virada ontológica

É preciso, de pronto, explicar no que consiste a virada ontológica a ser obtida a partir da tipificação do ecocídio. Tal expressão, como supra adiantado, é retirada da Antropologia, ramo das Ciências Sociais que nasceu do olhar europeu colonizador em relação às populações originárias dos territórios colonizados, baseando-se, para isso, no pensamento evolucionista do século XIX: as sociedades exploradas vistas como etapas não evoluídas da humanidade.

Embora a superação do evolucionismo configure consenso acadêmico desde o século passado, reconhecem-se ainda alguns de seus resquícios em trabalhos antropológicos. A própria inserção de determinadas populações na forma de objetos de estudo, tal como coisas inanimadas examinadas pelas ciências naturais, não deixa de revelar-se como uma tomada de posição de superioridade do pesquisador em relação ao pesquisado.

A virada ontológica consiste em alternativa para a superação de qualquer elemento que coloque o pesquisador em posição superior àquele que é referido nas investigações científicas, tal como tradicionalmente o são as populações originárias examinadas pelos colonizadores. Adotando parâmetros simétricos entre ambos, "pretende conferir aos nativos tradicionalmente assim designados, notadamente os indígenas americanos, a capacidade de elaborar teorias acerca de suas próprias sociedades e a de seus visitantes" (SÁ JUNIOR, 2014, p. 30).

Reconhece-se, pois, que a realidade não é apenas aquela edificada pelos europeus. Há, no planeta, múltiplas realidades, constituídas a partir das perspectivas das mais diversas formas de vida das populações espalhadas pelos continentes: cada uma dessas populações com sua própria *ontologia*, isto é, sua maneira de "[...] ser e estar no mundo" (SILVA, 2011, p. 183), considerável em plano de igualdade com qualquer outra.

Conforme complementa Iara Souza (2012), a utilização nos trabalhos antropológicos do termo ontologia decorre do reconhecimento da insuficiência da palavra *cultura* para a consideração da alteridade. Ao legitimar a multiplicidade de realidades – e não a existência de uma única realidade a ser interpretada sob diversas visões de mundo, tal como o faz o multiculturalismo –, o emprego da expressão ontologia configura "uma tentativa de levar a sério os outros em sua diferença" (SOUZA, 2012, p. 5).

A sustentada virada ontológica no Sistema de Justiça Criminal Internacional, baseada na discussão acerca do ecocídio como crime de competência do TPI, objetiva justamente levar as diferenças a sério. Considera-se que não há como se compreender as exatas dimensões de destruições ambientais em larga escala,

fazendo-se uso exclusivo dos saberes originados nas grandes potências militares e econômicas europeias ou de ascendência europeia. São esses principais países que, como analisado ao longo deste texto, têm causado, sob um fundamento de ordem ontológica, os danos ao meio ambiente que se objetiva evitar. Por outro lado, são as populações que detêm saberes ignorados – caso dos indígenas brasileiros – que podem ontologicamente assegurar a preservação da natureza e, consequentemente, a sobrevivência de todo o planeta.

Levar, então, o sistema de garantias instituído e propagado pelos organismos internacionais à virada ontológica significa transpô-los à outra "[...] compreensão das formas de vida e de suas condições de existência" (TADDEI; GAMBOGGI, 2016, p. 35). As pluralidades de teorias, que ao longo dos anos pautam as instituições jurídicas, devem ser somadas ao reconhecimento da multiplicidade de formas de viver o mundo, especialmente, para os fins deste estudo, no tocante a relações entre a humanidade e a natureza.

3. Colonialismo, eurocentrismo e internacionalização de direitos

Quando se sustenta que é o proceder das grandes potências que tem ensejado as catástrofes ambientais que ameaçam o planeta é porque se reconhece que desastres ocorridos têm por fundamento experiências de vida cotidianas desses mesmos países hegemônicos. Tais experiências, por sua vez, encontram fundamento sociológico em fenômeno que atende ao nome de colonialismo.

Conforme Boaventura Santos (2002, p. 81), colonialismo consiste em um conjunto de práticas históricas caracterizadas pela "ignorância da reciprocidade e na incapacidade de conceber o outro a não ser como objeto". Trata-se de termo que se opõe à solidariedade, por desconsiderar a reciprocidade enquanto possibilidade da construção e do reconhecimento da intersubjetividade.

A origem do fenômeno situa-se na paulatina chegada dos europeus ao continente americano a partir do final do século XV. Tratou-se de processo que significou a vinda de um modo próprio de existência – a ontologia eurocêntrica –, que, como forma de justificar a colonização levada a efeito, colocou-se em posição racialmente superior às sociedades indígenas locais, enxergando-as, consequentemente, sob o olhar do etnocentrismo: "[...] a convicção complementar de que a história tem um sentido único, de que toda sociedade está condenada a inscrever-se nessa história e a percorrer as suas etapas que, a partir da selvageria, conduzem à civilização" (CLAUSTRES, s.d., posição 2532).

Por serem definidas como inferiores, as comunidades indígenas passam a ser consideradas raças destituídas de saber e, portanto, de instituições válidas,

Bezerra, André Augusto Salvador. A compreensão do ecocídio a partir de saberes indígenas: por uma virada ontológica no Sistema de Justiça Criminal Internacional. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 188. ano 30. p. 401-421. São Paulo: Ed. RT, fevereiro 2022. DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v188i188.90].

inclusive jurídicas. Tal desconsideração fornece uma explicação à imposição do monismo jurídico às colônias americanas, o qual perdurou após a independência política dos países que então se formavam. A multiplicidade de ontologias existentes nas diversas comunidades indígenas que viviam no continente não impediu, dessa forma, a imposição de um único Direito válido, o Direito estatal.

No século XX, especialmente no pós-Segunda Guerra Mundial, o fenômeno colonialista da desconsideração dos saberes não europeus refletiu-se no âmbito da internacionalização dos direitos e do Sistema de Justiça.

Nesse aspecto, é frequente lembrar-se que tal processo surgiu "[...] como resposta às atrocidades e aos horrores cometidos pelo regime nazista" (PIOVESAN, 2004, p. 21). O que nem sempre se lembra, contudo, é que a intensidade do sentimento de repulsa adveio, principalmente, do fato de o regime nazista ter atingido o centro da Europa: além da própria Alemanha, os países por esta ocupados ou bombardeados.

Tanto é assim que, algumas décadas anteriores à tragédia nazista, entre 1880 e 1908, as tropas do Rei Belga Leopoldo II foram responsáveis pelo assassinato de aproximadamente 13 milhões de pessoas no Congo (MUNANGA, 2009). Tal atrocidade, todavia, não ensejou uma comoção apta a modificar a sistemática jurídica então prevalente, em que pesem suas semelhanças com as práticas do governo totalitário alemão.

Justamente por configurar uma resposta a horror sofrido pela população europeia, a internacionalização dos direitos foi levada a efeito sob a perspectiva eurocêntrica. Documentos fundamentais que originaram tal processo, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, não vedaram expressamente práticas globalizadas colonialistas pelas potências da Europa: países africanos permaneceram, por mais algumas décadas, oficialmente dominados por europeus. Também não vedaram a permanência de "um verdadeiro direito de exceção erigido em regra [...]" (CLAVERO, 2017, posição 1382)" contra populações historicamente colonizadas por parte das elites, de ascendência europeia, das antigas colônias americanas, como o próprio Brasil, subscritor da Convenção 107 de 1957, da Organização Internacional do Trabalho (OIT), documento que prescrevia a integração das populações indígenas à ontologia oficialmente determinada pelo Estado, como se vivessem em estágios não evoluídos da humanidade.

É certo que documentos ulteriores superaram, normativamente, tais concepções integracionistas, tal como fez a Convenção 169 de 1989 da OIT, que vedou políticas de assimilação forçada destinadas a populações originárias, revogando a retromencionada norma de 1957. Entretanto, a prevalência do viver colonialista perdura na política interna de antigas colônias, fato também simbolizado

na América Latina, onde, atualmente, as sociedades indígenas ocupam o estrato econômico e social mais pobre de grande parcela dos países da região (GARAVITO; ARENAS, 2005). O mesmo modo de vida prevalece também no cotidiano da geopolítica, circunstância evidenciada por incursões militares sucedidas contra países exportadores de petróleo, entre o final do século XX e o início deste século XXI, a pretexto da defesa dos direitos internacionalizados: segundo um dos defensores de tais ações, "nessas circunstâncias, as potências externas, agindo em nome dos direitos humanos e da legitimidade democrática, tinham não apenas o direito, mas a obrigação de intervir" (FUKUYAMA, 2006, p. 129).

4. Colonialismo e antropocentrismo: reflexo na TPI

O colonialismo que explica a divisão racial binária do mundo entre estrato populacional europeu ou de ascendência europeia não colonizado e estratos populacionais colonizados também fornece uma explicação para as tragédias ambientais no presente início de século XXI. No caso, o etnocentrismo é complementado pelo pensamento antropocêntrico que, dividindo o mundo, novamente de modo binário, entre humanidade e natureza, considera que "o homem, ou melhor, o indivíduo está na origem de tudo o que tem valor e, portanto, de tudo que é digno de respeito" (PERINE, 2014, p. 175). A natureza, por sua vez, não passa de um objeto para servir ao ser humano. Não é sujeita de nada. Nem sujeita de direitos.

Importante ressalvar que a humanidade inserida pelo pensamento eurocêntrico como centro do universo é a humanidade europeia ou de ascendência europeia. Como se extrai das observações de Silvio Almeida (2020, p. 25), é da essência do colonialismo a transformação do "[...] europeu no *homem universal* (atentar ao gênero aqui é importante) e todos os povos e culturas não condizentes com os sistemas culturais europeus em variações menos evoluídas".

Ao final, insere-se a natureza no mesmo lugar das populações colonizadas, como os indígenas ou o africano tornado escravo. Não europeu e natureza são tidos igualmente como coisas a serem exploradas.

Na prática política – econômica, a degradação ambiental tem sido a consequência mais visível dessa perspectiva antropocêntrica. A atual importância do agronegócio no Produto Interno Bruto (PIB) do Brasil é simbólica: representa 21% da atividade econômica (TOOGE, 2020) do país, às custas da exploração de amplas extensões de terra a ensejar "[...] impactos negativos para o meio ambiente, tais como a erosão e contaminação dos solos, do ar e das águas" (GOMES, 2019, p. 75). De modo semelhante, é a atividade de mineração, cujos danos

Bezerra, André Augusto Salvador. A compreensão do ecocídio a partir de saberes indígenas: por uma virada ontológica no Sistema de Justiça Criminal Internacional. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 188. ano 30. p. 401-421. São Paulo: Ed. RT, fevereiro 2022. DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v188i188.90].

> "[...] não são simples, nem espacialmente limitados, muito menos temporalmente restritos. Na verdade, muitos deles são ecologicamente complexos, espacialmente amplos e, por serem irreversíveis, temporalmente permanentes" (MILANEZ, 2017, p. 94).

A despeito dessas consequências, o colonialismo ambiental é ainda justificado para perdurar neste início de século. Afinal, conforme se observa da sociologia weberiana (WEBER, 2015), toda forma de dominação soberana requer um fundamento de legitimidade a justificá-la, a variar de acordo com as forças políticas e econômicas de cada período histórico. Do contrário, não encontra ressonância social.

A prevalente aplicação do modelo de atividade ambientalmente predatória, semelhante aos séculos do Brasil politicamente colonizado por Portugal, encontra justificativa em mais uma ideia, fortemente arraigada nas práticas políticas cotidianas, vinda dos países centrais. Trata-se da ideia de desenvolvimento, propagada desde os anos imediatamente posteriores à Segunda Guerra Mundial, o mesmo período que deu início ao processo de internacionalização dos direitos e do Sistema de Justiça. A partir de então, sob a liderança dos Estados Unidos da América, desenvolvimento

> "[...] transformou-se em uma meta a ser alcançada por toda a Humanidade. Converteu-se em uma exigência global que implicava a difusão do modelo de sociedade norte-americana, herdeiro de muitos valores europeus" (ACOSTA, 2016, p. 45).

Na disseminação do padrão de vida da potência da América do Norte, a promessa de homogeneização em termos globais. Todos os países teriam condições materiais para consumir de modo semelhante ao consumido pela sociedade estadunidense. Para isso, a necessidade de acumulação de capital, o que, nas antigas colônias de metrópoles europeias na América Latina, como o Brasil, sucedeu coerentemente à posição periférica ocupada pela divisão do trabalho do capitalismo globalizado desde os primeiros tempos do colonialismo (QUIJANO, 2005, p. 119): a atividade extrativista.

O quadro político e econômico, retrodescrito, refletiu-se no plano jurídico mediante a adoção internacional da doutrina do desenvolvimento sustentável, definido no Relatório Nosso Futuro Comum, publicado pelas Organizações das Nações Unidas em 1987. O direito ambiental passa a preocupar-se em garantir às gerações futuras da humanidade – e tão somente da humanidade – de que continuará havendo natureza explorável na busca do desenvolvimento. Embora não negue a existência de ecocídios – até porque catástrofes efetivamente ocorrem

em todo o planeta –, trata-os na forma de acidentes administráveis por uma melhor gestão ambiental de empresas: não se enxerga gravidade apta a elevá-los à condição de delito submetido à competência do TPI.

5. A resistência ontológica: os casos de indígenas no Brasil

O caráter ambientalmente colonialista adotado pelos países que pautam a construção dos direitos e dos sistemas de justiça internacionais agrava, ainda mais, o colonialismo racial sobre populações historicamente dominadas. É o caso dos indígenas que vivem em território brasileiro, cujos modos de vida são ainda hoje tratados como obstáculos ao desenvolvimento prometido. Trata-se de drama numericamente traduzido nos cerca de oito mil mortos pela ditadura instituída em 1964, consoante dados pesquisados pela Comissão Nacional da Verdade (BRASIL, 2014). Tal situação não se encerrou por completo após a promulgação da Constituição de 1988, na forma mostrada por dados noticiados em 2019, quando o número de assassinatos contra lideranças foi o maior em pelo menos 11 anos (FIGUEIREDO, 2019).

Essas graves circunstâncias, contudo, não eliminaram a diversidade de formas de vida. As resistências indígenas fizeram perdurar, no território brasileiro, outras ontologias, que apresentam concepções diversas do papel da natureza e da humanidade.

É tal circunstância que pode levar o Sistema de Justiça Criminal Internacional a superar a adoção exclusiva da perspectiva eurocêntrica. Isso significa atribuir-se à natureza a mesma posição da humanidade de sujeita de direito, enxergando-se, consequentemente, o ecocídio como conduta de semelhante gravidade às ações que caracterizam os crimes atualmente de competência do TPI.

A fim de tornar compreensível o afirmado, passa-se a descrever, ainda que brevemente, formas de relacionamento com a natureza por parte de três populações indígenas, ora escolhidas em razão de duas circunstâncias específicas. Primeiramente, por se situarem em regiões distintas do Brasil (Norte, Nordeste e Sudeste), evidenciando que a forma não eurocêntrica de tratamento do meio ambiente encontra-se espalhada pelo país. E, em segundo lugar, porque envolvem comunidades cujos modos de existência estão, neste início de século XXI, gravemente ameaçadas por projetos coloniais extrativistas, conforme exposto a seguir.

Menciona-se, inicialmente, os Yanomami[4], população indígena que se situa no norte da Amazônia, em ambos os lados da fronteira entre Brasil (Estado de

4. No presente texto, as referências às etnias indígenas estão escritas no singular. Adota-se a Convenção para a Grafia de Nomes Tribais da Associação Brasileira de Antropologia,

Roraima) e Venezuela. Trata-se de estrato populacional cuja vivência vem sendo combatida desde os primeiros contatos com o governo brasileiro no trabalho de definição dos limites entre os dois citados países na primeira metade do século XX, tendo os ataques sido intensificados pela construção de estradas pela ditadura pós-1964. No atual início de século XXI, as ameaças originam-se principalmente no avanço da pecuária do centro sul para o norte brasileiro e no garimpo ilegal, responsáveis por conflitos diretos envolvendo indígenas e não indígenas e pela devastação de largas áreas de floresta, que, conforme noticiado, ampliou-se no local em 216% no ano de 2019 (COSTA, 2019).

Para um não indígena que vive sob a ontologia antropocêntrica trazida pelos colonizadores, a devastação apresenta-se como um sintoma de mau gerenciamento ambiental a violar a garantia jurídica do desenvolvimento sustentável. Para os Yanomami, porém, é uma questão mais ampla, relativa à sua própria existência, eis que, em sua cosmologia, a floresta é uma entidade viva formada sob relações de intercâmbio e de continuidade entre os que lá habitam: quando um indígena morre, por exemplo, transforma-se em animal de alma dotada de forma corporal humana.

Dessa maneira, é difícil enxergar um aparte Yanomami entre animais da floresta e seres humanos. Seres humanos vivos, seres humanos mortos e animais parecem imbricados na grande selva. Esta, por sua vez, é a verdadeira fonte de vida dos indígenas, conforme descrição do xamã Davi Kopenawa: "suas árvores são belas e sua terra é fértil. O vento e a chuva conservam seu frescor. Nós comemos seus animais, seus peixes, os frutos de suas árvores e seu mel. Bebemos a água de seus rios. [...] É nossa terra [...]" (KOPENAWA; ALBERT, 2015, p. 331).

Geograficamente distante dos Yanomami da Amazônia, encontram-se os Tupinambá, etnia indígena que luta pela demarcação de pedaço de terra nas proximidades de Ilhéus, Estado de Bahia. Trata-se de região atualmente conhecida pela exploração do cacau e pela indústria do turismo, tendo, porém, sido objeto de pronta colonização portuguesa no século XVII, sob presença jesuíta após constituição de aldeamento no século seguinte. Todo esse processo levou a um forte contato interétnico entre diversas comunidades indígenas, escravos de origem africana e europeus que trabalhavam na localidade (PARAÍSO, 2009, p. 2). Os Tupinambá atuais consistem em produto de uma mistura entre múltiplas formas de existência que os afasta da visão eurocêntrica estereotipada do indígena

que vigora desde 1953, tendo por fundamento o caráter de coletividade única de um dado povo, para além do somatório de pessoas (MELATTI, 1979, p. 9-15).

como ser não evoluído e inserido em uma sociedade estática[5], fato que vem dificultando o processo de demarcação na Fundação Nacional do Índio (FUNAI), iniciado em 2004 e até hoje não encerrado.

A importância da conclusão do processo demarcatório vai muito além da garantia de emprego econômico de um pedaço de terra, tal como sucede em qualquer fazenda em que se planta cacau naquela região. Segundo a cosmologia tupinambá, a área demarcável pertence aos Encantados, seres espirituais ou extra-humanos que coabitam o local com os indígenas, "[...] associando-se às pedras (como no caso dos caboclos Laje Grande e Lasca de Pedra), à mata (Sultão das Matas), aos ventos (os Ventanias), às águas (Mãe D'água) [...]" (ALARCON, 2014, p. 18). A demarcação demandada aparece, assim, como uma forma de devolver, aos verdadeiros donos, uma terra cansada da exploração pelo branco de ascendência europeia.

Repare-se que há todo um mundo, internamente na área tupinambá, onde não cabem o agronegócio e nem o turismo empresarial. "Terra não se vende. Terra não se troca. Não se faz comércio com terra. Terra é para viver", conforme sintetiza Dona Maria da Glória de Jesus, mãe da mais conhecida liderança Tupinambá, o cacique Babau, em fala constante no início de documentário que trata da luta de seu povo (ALARCON, 2015).

Finalmente, pouco mais ao sul e distante do litoral, encontram-se os Krenak. Situados à margem esquerda do Rio Doce, em Minas Gerais, são conhecidos como os "[...] últimos Botocudos do Leste, nome atribuído pelos portugueses no final do século XVIII aos grupos que usavam botoques auriculares e labiais" (PARAÍSO, 1998, online).

Os contatos – e conflitos – remotos com os colonizadores decorrem da posição estratégica ocupada por Minas Gerais no extrativismo ocorrente desde a época do domínio metropolitano português, perdurando, no presente século XXI, essencial para o país ter alcançado a posição de segundo maior produtor de minérios de ferro de todo o planeta, consoante noticiado pela imprensa (LUNA,

5. Nesse sentido, matéria da *Revista Veja*, publicada em 2010, que, estranhando o fato de os Tupinambá não se parecerem com o indígena estereotipado e ignorando o processo de mudança social por que atravessa qualquer sociedade, assim descreveu um indígena da região cacaueira baiana: "Reapareceu tupinambá, povo antropófago extinto no século XVII. Ele é irmão do também autodeclarado cacique Babau, que vive em uma área que nunca foi habitada pelos tupinambás. Sua 'tribo' é composta de uma maioria de negros e mulatos, mas também tem brancos de cabelos louros" (COUTINHO; PAULIN; MEDEIROS, 2010, p. 155).

2008). A específica região do Rio Doce é ainda central no processo exploratório, contrastando radicalmente com a visão dos indígenas em relação ao mesmo curso de água, conforme narrado por Ailton Krenak (2019, p. 40):

> "O Rio Doce, que nós, os Krenak, chamamos de Watu, nosso avô, é uma pessoa, não um recurso como dizem os economistas. Ele não é algo que alguém possa se apropriar; é uma parte da nossa construção como coletivo que habita um lugar específico, onde fomos gradualmente confinados pelo governo para podermos viver e reproduzir as nossas formas de organização (com toda essa pressão externa)."

Note-se que, para os indígenas, segundo a descrição supra, o Rio Doce não é um objeto de expropriação e enriquecimento. Não é o local rico de minérios. É um ente que, semelhantemente a um humano, mantém estreita relação de ancestralidade com os membros do povo. É o avô de cada um.

6. O caso do ecocídio em Minas Gerais

É possível imaginar, então, os impactos da tragédia de 5 de novembro do ano de 2015, ocorrida no subdistrito de Bento Rodrigues, Município de Mariana, Estado de Minas Gerais. Daí o evento merecer um breve estudo.

Foram em referidas data e local que 19 pessoas morreram após o rompimento da barragem de rejeitos de mineração, conhecida como "Fundão", controlada pela Samarco Mineração. Trata-se de empreendimento que reúne as maiores empresas mineradoras do mundo, entre as quais a brasileira Vale S/A, antiga companhia estatal privatizada no âmbito das políticas neoliberais efetivadas pelo governo federal brasileiro na década de 1990.

A lama formada pela destruição da barragem alcançou o Rio Doce. Na perspectiva antropocêntrica do homem branco, teve-se um prejuízo aos 230 municípios abrangidos pelo rio e que utilizam seu leito para a subsistência. Para os Krenak, contudo, houve um grave dano pessoal para cada um de seus membros. O atingido foi um avô.

O trecho a seguir de matéria jornalística, publicado quase um ano após o ocorrido, fornece alguns elementos para a compreensão do significado da tragédia de Mariana para os indígenas das proximidades:

> "Para o povo Krenak que vive em Resplendor, Minas Gerais, o Rio Doce é muito mais do que água e peixes. Até antes do rompimento da barragem da Samarco em Mariana, em novembro do ano passado, era nas margens do rio que eles realizavam seus rituais e festas, batizavam as crianças e tiravam ervas

> para remédios e material para o artesanato. Depois de ter sido manchado pela lama, eles consideram que o Doce morreu.
>
> 'Agora o rio acabou, e a gente tem que fazer nossa cultura nas cabanas, debaixo das árvores. Uma coisa importante que nós perdemos, não tem mais volta, não tem mesmo. Acabou tudo', diz Dejanira Krenak, que velou o Doce quando a lama passou pela terra dos indígenas, que tem o rio até no nome. Eles são conhecidos também como Borun do Watu. Watu é Rio Doce, na língua krenak. Dejanira afirma que, para seu povo, a água do rio é sagrada e tem poder de purificação. Nele eram realizados rituais para chamar a chuva, além de ser onde ensinavam as crianças da tribo a nadar e levar uma canoa. 'A gente ia lá na beira do rio, dormia lá, acendia nossa fogueira lá, agora a gente não pode mais. A vida toda que a gente tinha na beira do rio acabou'" (ALVES; SANTOS, 2016).

Percebe-se que a Krenak entrevistada não menciona a atividade econômica atingida pela quebra da barragem. O foco na percepção do desastre é a privação da convivência com o ancestral nas festas, nos batizados e na colheita de ervas para remédios.

Ante as dimensões da tragédia, não há como não considerar o fato ocorrido em Mariana como desastre ambiental de grandes proporções: um ecocídio. Além disso, diante da proximidade temporal com o ocorrido em Brumadinho, que, em 2019, levou à morte de centenas de pessoas também em Minas Gerais, envolvendo a mesma companhia estatal privatizada retromencionada, verifica-se que não se trata de uma falha isolada de gerenciamento ambiental. As coincidências temporal, espacial e empresarial das tragédias conduzem à conclusão, extraída a partir de observações de Bruno Milanez (2017), de que se trata de fato inerente à mineração, situado na ordem normal do extrativismo, o qual, como visto supra, é o lugar reservado à ideia de desenvolvimento ao Brasil e aos países vizinhos latino-americanos.

7. Troca de saberes na pauta constitucional

Essa última circunstância fornece uma explicação para o fato de a América Latina mostrar-se, neste início de século XXI, como um lócus de produção de alternativas ao colonialismo ambiental.

No plano institucional, tem-se o caso do Equador, onde a mobilização das populações indígenas contra as descumpridas promessas de desenvolvimento levou, no ano de 2008, à promulgação de nova Constituição. Trata-se de documento inovador, por instituir uma nova forma de realidade estatal, sujeita aos *direitos* (expressão que está no plural), de modo a superar, no plano normativo, o monismo jurídico eurocêntrico do Estado de Direito.

Conforme anota Marco Wilhelmi (2009), coerentemente com a legitimação dos sistemas normativos das diversas comunidades indígenas que resistem ao colonialismo, a mesma Constituição ainda reconheceu:

a) a ampliação da noção de titularidade de direitos para além do ser humano, dedicando-se também aos direitos da natureza;

b) base de existência, reprodução e desenvolvimento dos povos originários pela recuperação e domínio sobre territórios e recursos, bem como pelas formas próprias de organização; e

c) mecanismos de participação das populações indígenas, enquanto sujeitos coletivos, nas instituições e nos processos de tomadas de decisões.

Como se vê, em conformidade às múltiplas formas de existência dos povos originários que vivem naquele país, o documento constitucional equatoriano inseriu a natureza no mesmo patamar jurídico da humanidade. O rompimento com o monismo jurídico eurocêntrico sucedeu paralelamente, portanto, ao rompimento com o antropocentrismo jurídico (ACOSTA, 2016, p. 72).

Em 2009, foi a vez da Bolívia superar o constitucionalismo colonial eurocêntrico. Também como produto da mobilização de suas populações originárias, foi promulgada nova Constituição que reconheceu a multiplicidade de modos de existência, a partir da promessa de quatro cenários políticos, conforme síntese conclusiva de Idón Vargas (2009):

a) o cenário *plurinacional*, mediante a legitimação de formas de governos e sistemas econômicos, jurídicos, medicinais, educacionais e culturais peculiares dos povos indígenas;

b) o cenário *comunitário*, por intermédio da promessa da distribuição de riqueza, objetivando a construção de uma sociedade igualitária e com justiça social;

c) o cenário da *descolonização* como objetivo do Estado boliviano; e

d) finalmente, o cenário da *democracia igualitária*.

8. A virada ontológica no reconhecimento do ecocídio

Experiências constitucionais, como as do Equador e da Bolívia, devem ser realçadas, não em razão de visão idílica das populações originárias do continente americano enquanto seres dotados da pureza, inocência e bondade de um estado de natureza imaginado na obra de Rousseau, no século XVIII. Não é o caso de fazer ressuscitar o mito do bom selvagem.

A importância de práticas oficiais baseadas nos saberes de povos indígenas reside no fato de, como explica Alcida Rita Ramos (2018), tais estratos populacionais terem o "privilégio" de testemunhar de perto os efeitos da ideia de desenvolvimento baseada na pilhagem dos recursos ambientais. Testemunharam com perdas: lesões e mortes de entes próximos, humanos ou não humanos, tal como sofrem os Krenak desde o desastre ambiental de Mariana.

A mobilização em torno do reconhecimento do ecocídio, como ilícito apurável pelo TPI, pode, por isso, partir dessas experiências historicamente colonizadas para:

a) reconhecer que o mundo não é o ser humano: é também, a depender da perspectiva, o Rio Doce dos Krenak, as pedras encantadas dos Tupinambá ou os animais de alma humana dos Yanomami;

b) promover uma outra pauta acerca do futuro do planeta, superando-se a visão de desenvolvimento predatório como meta ilimitada da humanidade; e

c) legitimar um novo lugar à natureza, considerando-a sujeita de direito e não mero objeto a ser dominado.

Inserem-se, como se vê, novos paradigmas na sistemática jurídica global, por vezes acusada de ser instrumento de colonialismo das grandes potências. Trata-se, por isso, de oportunidade para a virada ontológica do Sistema de Justiça Criminal Internacional. A diversidade levada a sério.

Importante ressalvar que tais observações não negam a importância da internacionalização dos direitos como instrumentos de garantias perante violações cada vez mais internacionalizadas. Também não desacreditam na eficácia da internacionalização do Sistema de Justiça Criminal para apuração das mesmas violações. O problema, a merecer a crítica acadêmica, é a deturpação dessa sistemática para fins coloniais.

Da mesma forma, as observações efetuadas não sinalizam em favor de uma superação do viver eurocêntrico. Sustentam, na realidade, a troca igualitária de saberes na constituição dos direitos e dos sistemas de justiça em um planeta em que convivem múltiplas formas de vivência, muitas das quais em constante intercâmbio entre elas. Consoante aponta Philippe Descola (2015, p. 22), as ontologias, "[...] não são mutuamente excludentes. Cada humano pode ativar qualquer um deles de acordo com as circunstâncias [...]".

9. Considerações finais

Inserir o ecocídio como crime de competência do TPI, a partir da elevação da natureza à condição de sujeita autônoma de direitos, é concretizar o

retromencionado intercâmbio de ontologias. Trata-se, de um lado, de utilizar uma corte criada sob a exclusiva perspectiva eurocêntrica de conhecimento para, de outro lado, fazer valer formas de conhecimento, como a dos indígenas brasileiros, que mantêm com elementos da natureza relação harmônica de convivência, independentemente de hierarquias e objetificações de índole colonialista.

Eis a essência da sustentada virada ontológica do Sistema de Justiça Criminal Internacional. Não há exclusão, mas somatório de garantias. A reserva legal, a excepcionalidade das condutas tipificadas como crime, o devido processo legal como um todo, entre outros mecanismos iluministas europeus de asseguramento das liberdades públicas, devem ser considerados no processo de troca de saberes ora sustentado. Da mesma maneira como devem ser consideradas as perspectivas indígenas na relação do ser humano com elementos da natureza, apta a tornar esta última sujeita de direitos e eventual vítima quando da prática de ecocídio.

Como recorda Luigi Ferrajoli (2001), as normas jurídicas que proporcionam formato às instituições e definem sujeitos de direito são históricas, podendo ser modificadas, em consonância às necessidades e demandas de cada período. Nada impede, pois, que as normas que regram o TPI sejam alteradas para que os conhecimentos de populações, como os indígenas brasileiros, sejam validados e, assim, indiquem caminhos a serem seguidos para um tratamento jurídico eficaz na preservação ambiental: ou se aprende com tais estratos da população ou se destrói o planeta.

10. Referências bibliográficas

ACOSTA, Alberto. *O bem viver*. São Paulo: Autonomia literária; Elefante, 2016.

ALARCON, Daniela. "A luta está no sangue e, além disso, os caboclos empurram": participação de seres não humanos nas retomadas de terras na aldeia Tupinambá de Serra do Padeiro, Bahia. *Revista brasiliense de Pós-Graduação em Ciências Sociais*, Brasília, v. 13, n. 2, p. 212- 246, 2014.

ALMEIDA, Silvio. *Racismo estrutural*. São Paulo: Sueli Carneiro; Editora Jandaíra, 2020.

ALVES, Cida; SANTOS, Wagner. Após a lama, tribo Krenak deixou de fazer rituais e festas no Rio Doce. *G1*, Rio de Janeiro, 28.10.2016. Disponível em: [g1.globo.com/espirito-santo/desastre-ambiental-no-rio-doce/noticia/2016/10/apos-lama-tribo-krenak-deixou-de-fazer-rituais-e-festas-no-rio-doce.html]. Acesso em: 31.10.2020.

BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. *Textos Temáticos*: violações de direitos humanos dos povos indígenas. Brasília, 2014. v. II.

BROCHARDO NETO; Djalma Alvarez; MONT'ALVERNE, Tarin Cristino Frota. Ecocídio: proposta de uma política criminalizadora de delitos ambientais internacionais ou tipo penal propriamente dito? *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 8 n. 1, p. 210-226, abr. 2018.

COSTA, Emily. Desmatamento bate recorde em Roraima e cresce 216% em um ano, aponta INPE. *G1*, Rio de Janeiro, 18.11.2019. Disponível em: [g1.globo.com/rr/roraima/noticia/2019/11/18/desmatamento-bate-recorde-em-roraima-e-cresce-216percent-em-um-ano-aponta-inpe.ghtml]. Acesso em: 18.11.2019.

COUTINHO; Leonardo; PAULIN, Igor; MEDEIROS, Julia. A farra da antropologia oportunista. *Revista Veja*, São Paulo, n. 2163, p. 154-161, 05.05.2010.

CLAUTRES, Pierre. *A sociedade contra o Estado*: pesquisas de antropologia política. {recurso eletrônico}. S.l.: Ubu, s.d.

CLAVERO, Bartolomé. *Colonialismo global*: por uma história verossímil dos direitos humanos. [recurso eletrônico]. Goiânia: Editora Palavrear, 2017.

DESCOLA, Phillippe. Além da natureza e cultura. *Revista Tessituras*, Pelotas, v. 3, n. 1, p. 7-33, jan.-jun. 2015.

FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2001.

FIGUEIREDO, Patrícia. Número de mores de lideranças indígenas em 2019 é o maior em pelo menos 11 anos, diz Pastoral da Terra. *G1*, Rio de Janeiro, 10.12.2019. Disponível em: [g1.globo.com/natureza/noticia/2019/12/10/mortes-de-liderancas-indigenas-batem-recorde-em-2019-diz-pastoral-da-terra.ghtml]. Acesso em: 10.12.2019.

FONSECA, José Roberto Franco da. O tribunal penal permanente. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, n. 94, p. 281-293, 1999. Disponível em: [www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67443]. Acesso em: 20.12.2020.

FUKUYAMA, Francis. *A construção de Estados*: governação e ordem mundial no século XXI. Lisboa: Gradiva, 2006.

GOMES, Cecília Siman. Impactos da expansão do agronegócio brasileiro na conservação dos recursos naturais. *Cadernos do leste*, Belo Horizonte, v. 19, n. 19, p. 63-78, jan.-dez. 2019. Disponível em: [periodicos.ufmg.br/index.php/caderleste/article/view/13160/10396]. Acesso em: 27.10.2020.

HIGGINS, Polly. "Os desastres da mineração do Brasil podem ser julgados como crimes contra a humanidade". Entrevista concedida a Regiane Oliveira. *El Pais Brasil*, São Paulo, 26.02.2019. Disponível em: [brasil.elpais.com/brasil/2019/02/22/politica/1550859857_043414.html]. Acesso em: 14.12.2020.

KOPENAWA, Davi; ALBERT, Bruce. *A queda do céu*: palavras de um xamã yanomami. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

KRENAK, Ailton. *Ideias para adiar o fim do mundo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

LUNA, Denise. Brasil prepara novas regras para setor de mineração. *G1*, Rio de Janeiro, 28.07.2008. Disponível em: [g1.globo.com/Noticias/Economia_Negocios/0,,MUL703650-9356,00-SAIBA+MAISBRASIL+PREPARA+NOVAS+REGRAS+PARA+SETOR+DE+MINERACAO.html]. Acesso em: 30.10.2020.

MELATTI, Julio Cezar. Como Escrever Palavras Indígenas? *Revista de Atualidade Indígena*, Brasília, n. 16, p. 9-15, 1979.

MILANEZ, Bruno. Mineração, ambiente e sociedade: impactos complexos e simplificação da legislação. *Boletim regional, urbano e ambiental*: IPEA, p. 93-101, jan.-jun. 2017. Disponível em: [www.ufjf.br/poemas/files/2014/07/Milanez-2017-Minera%c3%a7%c3%a3o-ambiente-e-sociedade.pdf]. Acesso em: 28.10.2020.

MUNANGA, Kabengele. *República Democrática do Congo*. S.l., s.d. Disponível em: [docplayer.com.br/6289773-A-republica-democratica-do-congo-rdc.html]. Acesso em: 04.11.2020.

PARAÍSO, Maria Hilda Baqueiro. *Povos indígenas no Brasil*: Krenak. Brasília: Instituto Socioambiental, 1998. Disponível em: [pib.socioambiental.org/pt/Povo:Krenak]. Acesso em: 30.10.2020.

PARAÍSO, Maria Hilda Baqueiro. Marcellino José Alves: de índio a caboclo, de 'Lampião Mirim" a comunista, uma trajetória de resistência e luta no sul da Bahia. *XXV Simpósio Nacional de História*, Fortaleza, n. 25, 2009. 11p. Disponível em: [anpuh.org/anais/wp-content/uploads/mp/pdf/ANPUH.S25.0575.pdf]. Acesso em: 05.07.2015.

PEREIRA, Flávio de Leão Bastos. Desenvolvimentismo e ecocídio: causa e (possível) consequência no contexto de ruptura das bases existenciais dos povos originários no Brasil. *Boletim Científico ESMPU*, Brasília, n. 51, p. 257-81, jan.-jun. 2018. Disponível em: [escola.mpu.mp.br/publicacoes/boletim-cientifico/edicoes-do-boletim/boletim-cientifico-n-51-janeiro-junho-2018/desenvolvimentismo-e-ecocidio-causa-e-possivel-consequencia-no-contexto-de-ruptura-das-bases-existenciais-dos-povos-originarios-no-brasil]. Acesso em: 11.12.2020.

PERINE, Marcelo. A questão do sentido e do sagrado na modernidade. *Veritas*: Revista de Filosofia da PUC/RS, Porto Alegre, v. 59, n. 1, p. 174-193, jan.-abril 2014. Disponível em: [revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/veritas/article/view/17072/11351]. Acesso em: 27.10.2020.

PIOVESAN, Flavia. Direitos sociais, econômicos e culturais e direitos civis e políticos. *Sur*: Revista Internacional de Direitos Humanos, ano 1, n. 1, 2004. Disponível em: [www.scielo.br/pdf/sur/v1n1/a03v1n1.pdf]. Acesso em: 04.11.2020.

QUIJANO, Aníbal. *A colonialidade do saber*: eurocentrismo e ciências sociais; Perspectivas latino-americanas. Buenos Aires: CLACSO, 2005.

RODRÍGUEZ-GARAVITO, César; ARENA, Luis Carlos. Indigenous Rights, Transnational Activism, and Legal Mobilization: the Struggle of the U´wa People in Colombia. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; RODRÍGUEZ-GARAVITO,

César. *Law and Globalization from Below*: Towards a Cosmopolitan Legality. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. p. 241-265.

SÁ JÚNIOR, Luiz César. Philippe Descola e a virada ontológica na antropologia. *Revista Ilha*, v. 16, n. 2, p. 7-36, ago./dez. 2014. Disponível em: < https://periodicos.ufsc.br/index.php/ilha/article/view/2175-8034.2014v16n2p7>. Acesso em: 03.11.2020.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente*: contra o desperdício da experiência. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2002.

SILVA, Sergio Baptista da. Cosmologias e ontologias ameríndias no Sul do Brasil: algumas reflexões sobre o papel dos cientistas sociais face ao Estado. *Espaço Ameríndio*, Porto Alegre, v. 5, n. 1, p. 182-192, jan./jun. 2011. Disponível em: [www.scribd.com/document/215745278/Cosmologias-e-ontologias-amerindias-no-Sul-do-Brasil]. Acesso em: 31.03.2018.

SMITH, Linda Tuhiwai. *Decolonizing methodologies*. London; New York: Zed Books Ltd; University of Otago Press, 2008.

SOUZA, Iara Maria de Almeida. A noção de ontologia múltipla e suas consequências políticas. *36º Encontro Anual da ANPOCS*. Águas de Lindoia, 2012.

TADDEI, Renzo; GAMBOGGI, Ana Laura. Educação, antropologia, ontologias. *Educação e pesquisa*, São Paulo, v. 42, n. 1, p. 37-38, jan./mar. 2016.

TOOGE, Ricardy. Agronegócio cresce 3,8% e representa 21% do PIB brasileiro em 2019, diz CNA. *G1*, Rio de Janeiro, 09.03.2020. Disponível em: [g1.globo.com/economia/agronegocios/noticia/2020/03/09/agronegocio-cresce-38percent-e-representa-21percent-do-pib-brasileiro-em-2019-diz-cna.ghtml]. Acesso em: 09.03.2020.

VARGAS, Idón Moisés Chivi Vargas. Os caminhos da descolonização da América Latina: os povos indígenas e o igualitarismo jurisdicional na Bolívia. In: VERDUM, Ricardo. *Povos indígenas*: constituições e reformas políticas na América Latina. Brasília: Instituto de Estudos Socioeconômicos, 2009. p. 151-166.

WEBER, Max. *Ciência e política*: duas vocações. São Paulo: Martin Claret, 2015.

WELZEL, Hans. *Estudios de filosofia del derecho e derecho penal*. Buenos Aires: B de F, 2004.

WILHELMI, Marco Aparício. Possibilidades e limites do constitucionalismo pluralista. Direitos e sujeitos na Constituição equatoriana de 2008. In: VERDUM, Ricardo. *Povos indígenas*: constituições e reformas políticas na América Latina. Brasília: Instituto de Estudos Socioeconômicos, 2009. p. 135-150.

Documentário

ALARCON, Daniela. *O Retorno da Terra* [s.l.]: Repórter Brasil, 2015 (24min54). Disponível em: [vimeo.com/126566470]. Acesso em: 12.08.2016.



PESQUISAS DO EDITORIAL



ÁREAS DO DIREITO: Processual; Penal; Internacional; Ambiental

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- Ecocídio cultural e a evolução da jurisprudência para o reconhecimento de um modelo de direito penal internacional do ambiente: uma análise a partir do caso AL-FAQI, de Orlindo Francisco Borges – *RDA* 88/463-489; e
- Ecocídio e responsabilidade empresarial nos crimes ambientais, de Raphael Boldt – *RBCCrim* 175/91-111.

BEZERRA, André Augusto Salvador. A compreensão do ecocídio a partir de saberes indígenas: por uma virada ontológica no Sistema de Justiça Criminal Internacional. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 188. ano 30. p. 401-421. São Paulo: Ed. RT, fevereiro 2022. DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v188i188.90].

Seletividade penal no estado de exceção permanente: um estudo sobre a exclusão dos dados sobre violência policial do relatório de direitos humanos

Penal selectivity and permanent state of exception in the context of the exclusion of data about police violence from the human rights report

Nelson Camatta Moreira

Pós-doutoramento em Direito pela *Universidad de Sevilla*. Pós-doutoramento em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos). Doutor em Direito (UNISINOS-RS), com estágio de pesquisa anual na Universidade de Coimbra. Líder do Grupo de Pesquisa CNPq Teoria Crítica do Constitucionalismo, da FDV-ES. Professor do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* (Doutorado e Mestrado) da FDV e da graduação em Direito da FDV-ES. Presidente da Rede Brasileira Direito e Literatura (RDL) – biênios: 2019-2020 e 2021-2022. Colíder do Grupo de Estudos Direito e Psicanálise, com a Escola Lacaniana de Psicanálise de Vitória-ES. Advogado.
Lattes: [lattes.cnpq.br/2535094687665916].
ORCID: [ID orcid.org/0000-0002-8295-4275].
nelsoncmoreira@hotmail.com

Ronaldo Félix Moreira Júnior

Doutorando em direitos e garantias fundamentais e mestre em direitos e garantias fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV, 2016), com bolsa concedida pela FAPES. Especialista em Direito Digital pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (2021). Pesquisador no Grupo de Pesquisa CNPQ Direito, Sociedade e Cultura. Professor do curso de graduação em Direito da FAACZ (Faculdades Integradas de Aracruz).
Lattes: [lattes.cnpq.br/8013862767359384].
ORCID: [ID 0000-0002-6816-8358].
DOI: [10.54415/rbccrim.v188i188.94].
ronaldo.fr32@gmail.com

Recebido em: 27.08.2021
Aprovado em: 01.12.2021
Última versão dos autores em: 03.12.2021

Moreira, Nelson Camatta; Moreira Júnior, Ronaldo Félix. Seletividade penal no estado de exceção permanente: um estudo sobre a exclusão dos dados sobre violência policial do relatório de direitos humanos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 188. ano 30. p. 423-445. São Paulo: Ed. RT, fevereiro 2022.
DOI: [10.54415/rbccrim.v188i188.94].

Área do Direito: Penal

Resumo: O presente trabalho busca demonstrar, em conformidade com o método histórico-dialético, a existência de um nexo entre a violência praticada por agentes estatais contra a categoria de subcidadãos e a exclusão de dados a respeito da violência policial do relatório de direitos humanos. Demonstrar-se-á como tal relação está ligada aos conceitos da filosofia política de Giorgio Agamben. Por meio de uma análise criteriosa de casos, pretende-se ilustrar que a retirada dos dados relacionados à violência policial do relatório de direitos humanos (conforme relatado pelo Ministério da Mulher, da Família e Direitos Humanos em 2020) fomenta a continuidade da violência institucional na periferia (vista como campo de exceção permanente) contra seus moradores (analisados dentro da categoria de *homo sacer*), conduzindo também à irresponsabilidade penal de seus agentes.

Palavras-chave: Estado de exceção permanente – *Homo sacer* – Violência policial – Subcidadania – Direitos fundamentais.

Abstract: The present work seeks to demonstrate, in accordance with the historical-dialectical method, the existence of a link between the violence practiced by state agents against the category of sub-citizens and the exclusion of data about police violence from the human rights report. It will be demonstrated how the relationship is linked to the concepts of Giorgio Agamben's political philosophy. Through a careful analysis of cases, it is intended to illustrate that the removal of data related to police violence from the human rights report (as reported by the Ministry of Women, Family and Human Rights in 2020) fosters the continuity of institutional violence in the periphery (seen as a permanent field of exception) against its residents (within the category of homo sacer), also leading to the criminal irresponsibility of its agents.

Keywords: State of permanent exception – *Homo sacer* – Police violence – Sub-citizenship – Fundamental rights.

Sumário: 1. Introdução. 2. A filosofia política de Agamben e sua contribuição para a análise do cenário político-criminal brasileiro. 2.1. A relação entre o estado de exceção e o *homo sacer*. 3. O Brasil como palco de violências estatais e a ocultação de dados no relatório de direitos humanos. 3.1. Casos explícitos de manifestação da violência estatal e sua consequente impunidade. 3.2. O relatório da violência policial, a exclusão de seus dados e as consequências para a naturalização da violência em relação ao *homo sacer* da realidade criminal brasileira. 4. Há relação entre a supressão dos dados do relatório de direitos humanos e a naturalização da subcidadania no Brasil?. 5. Conclusão. 6. Referências. Legislação.

1. Introdução

A discussão relacionada às finalidades da pena (como a manifestação por excelência do poder punitivo) não nasceu nesse século ou mesmo no século passado. De Kant a Hegel, com as teorias absolutas da pena, ou mesmo com as teorias relativas da prevenção geral ou especial, muito se discutiu a respeito da necessidade de endurecimento das leis penais como forma de mitigar a prática criminosa na sociedade.

Moreira, Nelson Camatta; Moreira Júnior, Ronaldo Félix. Seletividade penal no estado de exceção permanente: um estudo sobre a exclusão dos dados sobre violência policial do relatório de direitos humanos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 188. ano 30. p. 423-445. São Paulo: Ed. RT, fevereiro 2022. DOI: [10.54415/rbccrim.v188i188.94].

Ocorre que dentro das teorias abolicionistas nasceram severas críticas ao poder punitivo, de uma forma que foi possível apontar a existência de uma latente seletividade na atuação estatal de repressão ao crime. No Brasil, por exemplo, esse endurecimento das leis como forma de coibição de práticas criminosas pode ser analisado em toda sua história. No século XX, esse endurecimento das penas foi notável, ainda que na exposição de motivos do Código de Processo Penal de 1941 tenha sido colocada como uma de suas inovações a busca por medidas alternativas à prisão – em consonância com as recomendações feitas pela Organização das Nações Unidas durante o Congresso sobre a Prevenção do Crime e Tratamento do Delinquente em 1980, na cidade de Caracas (BRASIL, 1941).

Fala-se em uma luta por um garantismo corroborado pela existência de um discurso (meramente dogmático) de um direito penal e processual penal pautados na análise do fato (e não do autor) e nos princípios da presunção de inocência, ampla defesa, contraditório e devido processo legal. Contudo, a realidade legislativa (com legislações como a Lei de Crimes Hediondos; Lei de Drogas; ou mesmo a mais recente Lei Anticrime) aponta para um poder punitivo direcionado às camadas periféricas da sociedade com um número elevado de prisões, mas sem qualquer redução efetiva nas práticas criminais.

Além da legislação, os fatos e a atuação prática dos agentes de segurança pública demonstram muito além do processo de encarceramento e prisionalização. Não obstante a seletividade existente no que diz respeito ao processamento e aplicação da pena, o país também sofre com altos índices de execuções e práticas violentas perpetradas por agentes públicos. Trata-se de um número cada vez mais crescente e que se alia ao atual discurso de insegurança e violência fomentado por figuras pertencentes ao quadro público.

O que vem sendo denunciado, como justificativa do endurecimento da atuação estatal, é a existência de uma constante violação de direitos dos cidadãos sob um discurso de uma sociedade "cansada da criminalidade". Esse discurso atual exige mais dureza no tratamento processual, o que está alinhado também a uma atuação mais dura das polícias no confronto direto com o crime.

É relevante ressaltar que o trabalho apresentado não tem como objetivo discutir questões puramente dogmáticas relacionadas ao campo das ciências criminais. Busca-se apontar determinadas situações relacionadas à violência estatal que podem ser estudadas dentro de determinados conceitos da Filosofia política de Giorgio Agamben. Nesse sentido, utiliza-se o método histórico-dialético[1]

1. Pelo método histórico-dialético, conforme Marconi e Lakatos (2018), busca-se penetrar o mundo dos fenômenos por meio de uma ação recíproca: da contradição que é

para apontar as contradições da realidade e explicar a noção de estado de exceção e a figura contemporânea do *homo sacer*. Diversos dados estatísticos em relação à segurança pública e violência serão analisados no intuito de saber se a realidade brasileira contemporânea realmente condiz com as premissas mencionadas da filosofia política do autor italiano.

Dessa forma, é imperativo que tais conceitos filosóficos sejam preliminarmente apresentados, discutindo-se o uso de tais noções nos Estados contemporâneos e realizando uma crítica necessária à existência de uma aproximação entre políticas públicas (principalmente as de cunho criminal) e medidas de caráter totalitário presentes em sociedades autoproclamadas democráticas. Assim, o primeiro capítulo do trabalho busca demonstrar a contribuição de Giorgio Agamben para a filosofia política, de modo a ser possível relacionar tal teoria com o cenário de violação de direitos no Brasil. O capítulo ainda aborda os estudos de autores como Michel Foucault e Achille Mbembe.

Em seguida, procura-se abordar questões relativas à existência de um Estado de exceção permanente por meio da análise de casos concretos. Dessa maneira, o segundo capítulo traz informações e análises a respeito de casos graves de violências praticadas pelo Estado, além de dados a respeito do aumento desse tipo de violência.

Nesse sentido, os pontos analisados são: 1) os dados fornecidos pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública a respeito das mortes decorrentes de intervenções policiais; 2) a própria exclusão (pelo Governo Federal) dos dados de violência policial do relatório anual de direitos humanos; e 3) notícias publicadas em jornais de grande circulação (como BBC e Folha de São Paulo), utilizadas para informar a respeito dos casos concretos de violência estatal.

O estudo se encerra no terceiro capítulo com necessários apontamentos ligados à relação entre os elementos mencionados e os conceitos trazidos por Agamben, de modo que também será necessário demonstrar como a figura do "espetáculo público" da violência corrobora para a disseminação de um discurso do medo e insegurança social que serve de combustível para a própria existência dessa atuação violenta realizada por agentes do Estado.

---

inerente ao fenômeno e da mudança de forma dialética que acontece na natureza e na sociedade.

Moreira, Nelson Camatta; Moreira Júnior, Ronaldo Félix. Seletividade penal no estado de exceção permanente: um estudo sobre a exclusão dos dados sobre violência policial do relatório de direitos humanos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 188. ano 30. p. 423-445. São Paulo: Ed. RT, fevereiro 2022. DOI: [10.54415/rbccrim.v188i188.94].

2. A filosofia política de Agamben e sua contribuição para a análise do cenário político-criminal brasileiro

O presente estudo considera que as investigações de Giorgio Agamben sobre as noções de estado de exceção e *homo sacer* são fundamentais para que se possa construir uma visão crítica sobre as políticas criminais contemporâneas, sobretudo em países que ainda possuem "déficits democráticos" na formação de suas instituições e em sua sociedade. Assim, para que essa ideia possa ser bem compreendida, é preciso que se tenha um entendimento prévio dos conceitos e da relação existente entre estado de exceção permanente e biopolítica (tal qual a noção trazida por Michel Foucault).

O termo biopolítica, que surgiu pela primeira vez com Foucault em uma palestra no Rio de Janeiro (DANNER, 2010, p. 153), caracteriza-se por uma mudança drástica no poder de soberania (que antes marcado pela possibilidade tanto de "causar a morte" quanto de "deixar viver") que passou a ser uma apropriação de processos biológicos para seu controle e modificação. Pode-se dizer que uma de suas formas de manifestação ocorre por meio da instauração da norma e a da constante necessidade de mecanismos reguladores e corretivos.

É importante ressaltar que biopolítica não é algo que se confunde com disciplina. Essa última diz respeito ao indivíduo, já a primeira expressão tem caráter massivo. Conforme explica Foucault (2010, p. 204), a biopolítica se dirige à multiplicidade dos indivíduos, à população como uma espécie de problema político e implanta mecanismos diferentes em relação aos mecanismos disciplinares (como previsões e estatísticas). Isso faz com que seja assegurado em relação a essa população uma espécie de regulamentação capaz de fazer viver e deixar morrer.

O autor francês, a respeito dessa relação entre poder e vida da população, atesta (FOUCAULT, 1988, p. 134):

> "Se pudéssemos chamar de 'bio-história' as pressões por meio das quais os movimentos da vida e os processos da história interferem entre si, deveríamos falar de 'biopolítica' para designar o que faz com que a vida e seus mecanismos entrem no domínio dos cálculos explícitos, e faz do poder-saber um agente de transformação da vida humana."

Esse conceito pode ser, portanto, resumido como uma forma pelo qual o poder disciplinar acabou por ser modificado nos últimos séculos, não mais simplesmente se baseando em uma possibilidade (ou ameaça) de morte, mas tornando-se um instrumento voltado à população para o controle de sua vida (inclusive em relação à sua eventual matabilidade).

Partindo dos pressupostos estabelecidos por Foucault, Achille Mbembe trata em seus estudos da soberania predominantemente como o direito de matar. O autor camaronês relaciona a mencionada noção de biopoder de Foucault a outro importante conceito que será aqui tratado: o estado de exceção (MBEMBE, 2016, p. 128), visto como um momento em um determinado local em que há suspensão de certas garantias do ordenamento jurídico consoante à vontade do poder soberano. Vale dizer que essa categoria não se confunde com o instituto do estado de defesa ou de sítio previstos na Constituição Federal. Esses dois últimos conceitos se referem a medidas extraordinárias previstas pela Carta Magna em um intuito de garantir a normalidade constitucional ameaçada e devem ser decretados oficialmente pelo Presidente da República nos termos do art. 84, IX (BRASIL, 1988).

Essa exceção apela para a produção da emergência e da noção ficcional de um inimigo. Esse uso do biopoder tem como base uma divisão entre os vivos e os mortos e a distribuição da espécie humana em grupos, o que Foucault (citado por MBEMBE, 2016, p. 128) define como racismo.

O autor camaronês compreende, assim, que na economia do biopoder a função do racismo é a de regulamentar a distribuição da morte e tornar possível as funções assassinas do Estado (MBEMBE, 2016, p. 128).

O Estado de exceção, conforme também trabalhado por Giorgio Agamben (2010, p. 25), não se confunde com essa ideia de sítio ou mesmo com o estado emergencial (conforme já mencionado), tendo em vista que não se trata de uma hipótese prevista legitimamente, mas um momento em que os limites entre a normalidade e a exceção não mais existem, tornando-se a exceção a verdadeira regra.

É importante ressaltar que a noção de estado de exceção de Agamben e Mbembe se baseia nos estudos inaugurados por Walter Benjamin. Conforme o autor alemão, a exceção se torna a regra geral para todo um conjunto de indivíduos inseridos nesse campo. Aponta, em sua obra, que a afronta a esse estado é um ponto essencial na luta contra o fascismo (BENJAMIN, 2005, p. 226).

Agamben, portanto, com base em Benjamin, percebe que o estado de exceção moderno não mais é um instrumento jurídico ou político, mas uma verdadeira técnica de governo. O autor lembra (AGAMBEN, 2010, p. 32) que o estado de exceção parte de uma prévia decisão soberana que possui como escopo suspender a norma institucional para que a normatização da vida possa efetivamente ocorrer (pode-se dizer que se trata de uma suspensão de direitos para garantir o exercício pleno da biopolítica).

Moreira, Nelson Camatta; Moreira Júnior, Ronaldo Félix. Seletividade penal no estado de exceção permanente: um estudo sobre a exclusão dos dados sobre violência policial do relatório de direitos humanos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 188. ano 30. p. 423-445. São Paulo: Ed. RT, fevereiro 2022. DOI: [10.54415/rbccrim.v188i188.94].

Dentro desse contexto, o autor italiano explica a existência de uma relação entre a norma garantidora e a exceção (na forma de suspensão), uma vez que a norma garantidora não seria executada no campo de exceção, permitindo que o soberano decida a respeito das estruturas das relações da vida sem se preocupar com a observância a garantias fundamentais. Surge, então, o campo, ou seja, o estado de exceção desejado de forma absoluta (AGAMBEN, 2010, p. 24).

Pode-se dizer, com tal afirmação, que o poder soberano almeja a transformação da situação de exceção em uma verdadeira regra (ou situação normal). Esse fato distingue, conforme já explicitado, completamente a ideia trazida pelo filósofo político das hipóteses de estado de "exceção" consagradas em dispositivos constitucionais. Não se pode, assim, dizer que prospera o argumento de que "não existe um estado de exceção" devido ao mero fato de que este (seja na forma de um estado de defesa ou de sítio) não foi decretado oficialmente. A exceção, para a filosofia política, depende de uma vontade soberana, não de um instrumento legítimo e solene.

Conforme o entendimento do autor (AGAMBEN, 2010, p. 26), conclui-se que o estado de exceção possui uma localização normal (ou constante), não apenas de maneira excepcional, como no caso da suspensão temporária prevista nas constituições que se proclamam democráticas. A exceção permanente é, para o autor, condição para o exercício da biopolítica.

2.1. A relação entre o estado de exceção e o homo sacer

Em Agamben (2010, p. 108), é possível compreender o termo "vida nua" como aquela vida exposta às frequentes violências soberanas e às técnicas de administração dos corpos que consagram a biopolítica. Essa ideia está vinculada à noção de *homo sacer*, extraída do direito romano.

Nos termos do autor mencionado, o homicídio de um homem livre (no direito romano) era um delito punível, mas quando não se tratava de um cidadão livre (como um escravo ou estrangeiro), este seria matável. Fala-se, portanto, de uma possível matabilidade dessas categorias indesejáveis. Isso significa que o perpetrador de tal assassínio não sofreria qualquer tipo de sanção, já que não havia a caracterização de crime com aquela morte. Para Agamben (2010, p. 14), o *homo sacer* vem de "homem sacro", de modo que tal sacralidade estava ligada ao fato de que a vida do indivíduo estava sob a posse dos deuses. Assim, o indivíduo "sacro" pertenceria aos deuses na forma de sua matabilidade.

Thiago Fabres de Carvalho (2006, p. 212) explica o sentido do termo pretendido pelo autor italiano como uma vida completamente matável, capaz de ser o

alvo de uma violência passível de exceder a esfera do direito e até mesmo a esfera do sacrifício religioso. Em resumo, sua vida pertenceria aos deuses enquanto figura insacrificável, de modo que se encontrava inserido na sociedade em que vivia apenas na forma de sua possível matabilidade. Para o autor capixaba, a sociedade contemporânea (em especial a sociedade brasileira) acaba por reproduzir de forma sistemática os fenômenos políticos da exclusão (invisibilidade) e do processo de vitimização (ou humilhação social) de diversos grupos sociais, considerados as figuras atuais do *homo sacer* (CARVALHO, 2006, p. 213).

Essa noção se aproxima do que foi visto como "exceção permanente" na medida em que é esse indivíduo aquele que habita a zona de suspensão de normas e direitos (no intuito de garantia do exercício da biopolítica). A vida dessa pessoa (ou grupo de pessoas) se encontra em um campo de completa matabilidade, ainda que não haja a estipulação de qualquer pena de morte oficial no país.

Carvalho (2006, p. 214) cita como exemplo os indivíduos nas regiões de periferia do estado do Rio de Janeiro, vítimas constantes em operações policiais, de um modo que tais mortes não ensejam até mesmo hipóteses do crime de homicídio. O senso comum muitas vezes trata essas hipóteses como "danos colaterais" em uma suposta guerra contra o crime organizado.

No campo teórico, Agamben ainda retoma ao conceito de vida trazido pelos gregos, distinguido completamente nos termos *zoé* e *bíos*. Enquanto *zoé* está relacionado ao ato de viver, que é comum a todos os seres vivos (animais, vegetais e até mesmo seres divinos), a ideia de *bíos* está ligada a formas de viver. É possível afirmar que esse segundo termo se vincula à maneira de cada pessoa ou grupo de pessoas viver. Nesse sentido, o *homo sacer*, no que tange à ideia de *bíos*, incorreria no campo de inclusão na esfera da *pólis* apenas por sua matabilidade (AGAMBEN, 2010, p. 108).

Isso pode ser explicado contemporaneamente por meio da politização da vida em sociedade e, conforme Pedrinha (2015, p. 251), pelas técnicas políticas, como o próprio policiamento, no qual o Estado passa a ser um gestor da vida humana, exercendo o poder de controle. Pode-se dizer, portanto, que o poder soberano poderá levar determinado indivíduo (ou grupos) à morte por meio dessa gestão (biopolítica) exercida nessas zonas de "não direito", onde as garantias fundamentais são afastadas (um estado de exceção permanente).

É importante destacar que, apesar de haver uma suspensão (ou eliminação) de direitos e garantias nessas regiões (tem-se como exemplo as favelas brasileiras), impera um discurso soberano de combate a um inimigo declarado (como o crime organizado e o tráfico de drogas) e muitas das mortes ocorridas nesses locais são associadas a esses inimigos de alguma forma.

Moreira, Nelson Camatta; Moreira Júnior, Ronaldo Félix. Seletividade penal no estado de exceção permanente: um estudo sobre a exclusão dos dados sobre violência policial do relatório de direitos humanos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 188. ano 30. p. 423-445. São Paulo: Ed. RT, fevereiro 2022. DOI: [10.54415/rbccrim.v188i188.94].

Para Taiguara Líbano (2010), as políticas de segurança pública que são inseridas dentro desse contexto de um "combate permanente contra inimigos públicos" acabam por se valer de dispositivos de poder contrários à legalidade constitucional genérica. São exemplos: mandados de busca e apreensão genéricos; a utilização das Forças Armadas em comunidades periféricas com a finalidade de policiamento; tortura sistemática etc.

A biopolítica, manifestada pelas políticas de segurança pública (por exemplo), está respaldada por instrumentos jurídicos que exprimem uma verdadeira seletividade penal, de modo que o mesmo instrumento é capaz de afetar de maneira distinta os diferentes grupos de indivíduos existentes em uma sociedade. A Lei 11.343/06, principalmente no que diz respeito aos critérios para determinação do suposto uso pessoal da droga, é um claro exemplo.

Estabelece o § 2º do art. 28 da referida lei (BRASIL, 2006) que, para determinar se a droga apreendida se destinava ou não a consumo pessoal, deverá o juiz atender a certos critérios, tais como a natureza e a quantidade da substância, bem como o local em que a ação policial foi desenvolvida, além das circunstâncias sociais e pessoais do infrator. Não são poucas as críticas criminológicas ao dispositivo mencionado, uma vez que é facilmente possível evidenciar diferentes desfechos para diferentes grupos. Enquanto um indivíduo de classe média ou alta, morador de bairros nobres, poderá ser enquadrado na modalidade "uso" (art. 28), outro indivíduo, de periferia, negro e baixa renda, poderá ser rotulado como traficante (art. 33), ainda que a quantidade de droga seja similar ou inferior àquela do primeiro exemplo.

Dessa maneira, o indivíduo que vive nesse contexto de marginalidade social, inserido nesse campo da exceção permanente, não será tratado como um cidadão (que provavelmente seria rotulado como usuário). Por outro lado, poderá sofrer todos os rigores e consequências que um rótulo de subcidadania é capaz de impor, o que certamente inclui a própria possibilidade de sofrimento de atos violentos pelo Estado ou até mesmo sua eliminação.

É importante ressaltar que a expressão subcidadania – desenvolvida por Jessé Souza (SOUZA, 2004, p. 86) – está vinculada à marginalização histórica de grupos sociais e amparada nos estudos sobre reconhecimento de autores como Charles Taylor e Axel Honneth (MOREIRA, 2010, p. 34). Dessa forma, também se torna um importante conceito a ser trazido para a presente pesquisa.

Souza também busca em Bourdieu (1984) a discussão quanto à naturalização da desigualdade e de processos de dominação:

> "É esse aparato também que permite a Bourdieu perceber dominação e desigualdade onde outros percebem harmonia e pacificação social. É isso que o faz fundamental para qualquer análise, seja das sociedades centrais ou

> periféricas, interessada em desvelar e reconstruir realidades petrificadas e naturalizadas" (SOUZA, 2006, p. 47).

Portanto, conforme menciona o autor brasileiro (SOUZA, 2006, p. 17), a naturalização da desigualdade social em países de periferia pode ser melhor compreendida como uma consequência de um processo de modernização de grande proporção. A desigualdade, assim, vincula a eficácia de valores e instituições modernas com base em uma importação "de fora para dentro".

Após a breve abordagem desses elementos supra, serão analisadas, no próximo tópico, algumas situações que exemplificam ainda mais o assunto até aqui tratado, além de alguns números que corroboram a existência de um cenário de exceção permanente no contexto brasileiro.

3. O Brasil como palco de violências estatais e a ocultação de dados no relatório de direitos humanos

As chamadas políticas de "Lei e Ordem", amplamente adotadas por países como os Estados Unidos, guardam uma estreita relação com a ocorrência de um giro neoliberal na economia. Essas políticas, conforme menciona Carvalho (2019, p. 162), foram responsáveis pelo que foi chamado de "era do grande encarceramento", além de um fortalecimento do direito penal; das políticas criminais violentas; e de uma severa mitigação aos direitos fundamentais dos cidadãos.

A importação desse tipo de política apenas intensificou a situação dos indivíduos pertencentes às camadas marginalizadas no Brasil. Contudo, o cenário brasileiro guarda uma peculiar característica, uma vez que o fenômeno da violência e do encarceramento em massa no país é algo estrutural e não está ligado apenas à gestão de governos de cunho liberal.

Para justificar tal assertiva, Carvalho (2019, p. 164) menciona que o número de pessoas mortas pela política sofreu um crescimento exponencial (bem como o número de encarcerados) não apenas durante os governos com pautas declaradamente próximas ao neoliberalismo[2], mas também nos governos com pautas ligadas ao espectro da esquerda política[3].

2. Nesse caso, trata-se do governo de Fernando Collor (de 1990 a 1992); Itamar Franco (de 1992 a 1994); Fernando Henrique Cardoso (de 1995 a 2002); e o governo relativamente recente de Michel Temer (2016 a 2018).

3. O que ocorreu no governo de Luiz Inácio Lula da Silva (de 2003 a 2010) e de Dilma Rousseff (de 2011 a 2016).

Moreira, Nelson Camatta; Moreira Júnior, Ronaldo Félix. Seletividade penal no estado de exceção permanente: um estudo sobre a exclusão dos dados sobre violência policial do relatório de direitos humanos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 188. ano 30. p. 423-445. São Paulo: Ed. RT, fevereiro 2022. DOI: [10.54415/rbccrim.v188i188.94].

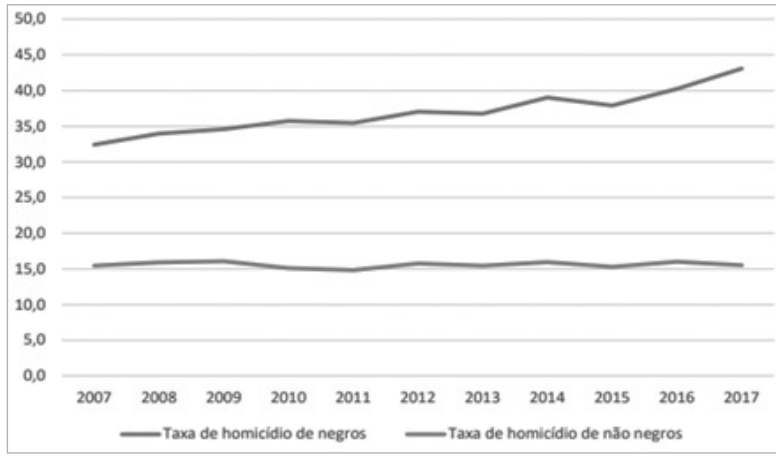
O mencionado autor (CARVALHO, 2019, p. 165) traz dados do Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP) e informa que há um crescimento da letalidade das forças policiais, que foram responsáveis por 5.159 mortes em confrontos no ano de 2017.

Uma análise posterior no próprio FBSP demonstrou o aumento desse índice. No ano de 2018, o número de mortes decorrentes de intervenções policiais subiu para 6.220. Um crescimento de 19.6% em relação ao ano anterior (FBSP, 2020). Trata-se do equivalente a 17 mortes por dia, de forma que de cada 100 mortes violentas, 11 foram provocadas por agentes públicos. É importante ressaltar, contudo, que os dados apresentados tratam apenas das mortes intencionais.

Destaca-se, para colaborar ainda mais com os dados apresentados e com as informações analisadas no tópico anterior, que o campo da exceção permanente no Brasil afeta, em maior intensidade, a população negra. Esse grupo populacional tem sofrido, recorrentemente, não apenas um maior número de atos violentos praticados por policiais, mas também atos de violência em geral.

O Atlas da violência (2019), publicado pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública e pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, apurou que, no ano de 2017, 75,5% das vítimas de homicídios foram pessoas negras (indivíduos pretos ou pardos). A diferença da taxa de homicídios a cada 100 mil pessoas (negros e não negros) é de 43,1, no caso de pessoas negras, e de 16,0, no caso de pessoas não negras. Essa taxa de homicídios tem se elevado, conforme demonstra o gráfico seguinte:

Gráfico 1
Taxas de homicídios de negros e de não negros a cada 100 mil habitantes dentro destes grupos populacionais – Brasil (2007-2017)



Fonte: INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA; FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA (2019).

Conforme pode ser visto na imagem, houve um aumento do número de pessoas negras vítimas de homicídios. Esse número subiu em 33,1% no período de 10 anos (entre 2007 e 2017). A taxa de mortes de pessoas não negras, nesse mesmo período, foi reduzida em 0,3%.

Conforme será a seguir apontado, não foram poucos os casos nos últimos anos que chamaram a atenção da mídia em razão de uma atuação desproporcional e violenta por parte do Estado.

3.1. Casos explícitos de manifestação da violência estatal e sua consequente impunidade

Muito embora os dados trazidos pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública sejam fundamentais para a análise dos conceitos filosóficos já abordados, é importante que se ilustre alguns desses casos que tomaram a atenção da mídia na última década, de modo a abordar a existência de certa similaridade entre eles, principalmente no que toca às características das vítimas envolvidas e quanto à impunidade dos agentes públicos denunciados. Consoante salienta Zaffaroni (2012, p. 371), há uma prática constante de eliminação por parte dos Estados, de modo que – caso sejam descontados os casos de guerra e negligência – os Estados cometeram mais homicídios na modalidade dolosa (seja por dolo direto ou eventual) do que todos os demais homicidas no mundo.

Conforme apontado, não foram poucos os casos que se somaram aos dados apresentados. A morte de Ágatha Vitória Sales Félix, de oito anos, ocorreu em 2019. A garota foi morta no momento em que retornava à sua casa com sua mãe, no Complexo do Alemão, zona Norte do Rio de Janeiro. Conforme foi relatado pela família e por moradores (G1, 2019), membros da Polícia Militar atiraram contra uma moto que passava pelo local e o tiro atingiu a criança. A polícia, por outro lado, alegou a ocorrência de confronto com "marginais daquela localidade". Em 2021, a mãe da vítima ainda aguarda julgamento do Policial Militar Rodrigo José de Matos Soares, que foi denunciado por homicídio doloso. A audiência ainda não foi realizada e já foi desmarcada seguidas vezes (LUCCHESE, 2021).

Uma reportagem da BBC News Brasil (GRAGNANI, 2020) apurou o desfecho de mortes violentas praticadas por policiais no país desde o ano de 2013, como o caso do adolescente Douglas Martins Rodrigues (em 2013); de Cláudia Silva Ferreira (em 2014); Eduardo de Jesus Ferreira (2015); e o estarrecedor caso de Evaldo Rosa dos Santos e Luciano Macedo (em 2019).

O primeiro desses casos mencionados (Douglas Martins Rodrigues) trata do assassinato de um adolescente de 17 anos. O jovem, que trabalhava em uma

Moreira, Nelson Camatta; Moreira Júnior, Ronaldo Félix. Seletividade penal no estado de exceção permanente: um estudo sobre a exclusão dos dados sobre violência policial do relatório de direitos humanos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 188. ano 30. p. 423-445. São Paulo: Ed. RT, fevereiro 2022. DOI: [10.54415/rbccrim.v188i188.94].

lanchonete, encontrava-se com um irmão de 12 anos ao domingo próximo a sua própria casa quando uma viatura passou pelos dois. Apesar de a viatura ter ido ao local atender a uma ocorrência de perturbação de sossego, as testemunhas disseram que um policial, sem nada dizer, desceu atirando, atingindo o irmão mais velho (GRAGNANI, 2020).

A defesa do policial alegou que o disparo havia sido acidental e no ano de 2016 ele foi absolvido pelo Tribunal da Justiça Militar do Estado de São Paulo. A alegação do magistrado foi no sentido de que não havia provas suficientes para a determinação do caráter intencional ou não do disparo (GRAGNANI, 2020).

O segundo caso trata da morte de Cláudia Silva Ferreira. O corpo da mulher foi arrastado por uma viatura da polícia militar e a cena foi gravada por um carro que estava atrás da viatura e divulgada na mídia no ano da ocorrência (2014). A mulher tinha quatro filhos, uma irmã e trabalhava como auxiliar de serviços em um hospital (GRAGNANI, 2020).

Os dois policiais militares acusados da morte de Cláudia foram absolvidos por falta de provas suficientes. Não obstante, outros quatro policiais ainda respondem pelo crime de fraude processual por realizarem alterações na cena do crime. Todos eles respondem o processo em questão em liberdade (GRAGNANI, 2020).

Enquanto ia comprar alimento para seus filhos, ela acabou sendo baleada no Morro da Congonha, em Madureira, no Rio de Janeiro. Conforme os dados da própria polícia militar, a corporação estava realizando uma operação no morro em questão, onde ocorreu uma troca de tiros no momento da chegada dos policiais. Um desses disparos atingiu o pulmão da mulher, que foi colocada dentro da viatura, mas durante o trajeto a porta traseira do carro se abriu e a mulher ficou pendurada, sendo arrastada por aproximadamente 350 metros. A auxiliar já estava morta quando chegou ao hospital (GRAGNANI, 2020).

Após mais de sete anos depois do incidente, apenas uma audiência foi realizada e todos os envolvidos continuam trabalhando na Polícia Militar (SARACENI, 2021).

A situação que culminou na morte de Eduardo de Jesus Ferreira (de 10 anos) ocorreu no complexo de favelas do Alemão. A criança foi morta por tiro efetuado por um policial. A própria corporação divulgou uma nota à época admitindo a autoria do ocorrido, alegando que o disparo havia sido dado durante um confronto entre policiais e criminosos (GRANANI, 2020).

Conforme foi estabelecido em inquérito realizado pela polícia civil, os dois militares responsáveis haviam agido em legítima defesa, mas com grave erro durante a execução. O processo contra tais policiais foi arquivado pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro no ano de 2016 (GRAGNANI, 2020).

O último caso foi praticado por membros do próprio exército, que efetuaram mais de 200 disparos em um veículo.

Evaldo Rosa levava sua família a um chá de bebê. Ele se encontrava com seu sogro, sua mulher, uma amiga da família e seu filho de sete anos. O carro foi atingido por 257 tiros de fuzil e pistola. Não havia quaisquer armas ou objetos de crimes com a vítima. Conforme a versão do exército, o carro foi confundido com o carro de um bandido. Também foi morto Luciano Macedo, um catador de material reciclável que tentou socorrer a família e foi atingido por tiros nas costas, cena que foi testemunhada por sua viúva grávida de cinco meses (GRAGNANI, 2020).

Os 12 militares foram denunciados pelos delitos de homicídio qualificado e tentativa de homicídio. Em 2021, a Justiça Militar da União condenou oito militares do Exército pela morte do músico e do catador. Enquanto o tenente foi condenado a 31 anos e seis meses de reclusão em regime fechado, os demais militares foram condenados a 28 anos de reclusão (MARTINS, 2021).

Os casos mencionados têm diversos aspectos em comum, como a ocorrência da impunidade dos realizadores de tais atos, excetuando o último caso mencionado, em que houve a denúncia dos militares pelo Ministério Público. O processo, contudo, ainda está em andamento.

Não obstante, as vítimas se relacionam entre si no sentido de serem todas pessoas negras e moradoras de regiões de periferia. Conforme apontado, essas mortes muitas vezes são vistas como "efeitos colaterais" ou, como no caso de Evaldo e Luciano, um "incidente", como afirmado pelo próprio Presidente da República (GRAGNANI, 2020).

Os casos em questão reforçam ainda mais a existência de um espaço de exceção, de caráter permanente, além da efetiva caracterização dos indivíduos que se encontram nesse espaço como exemplos de *homo sacer*, pois estão inseridos em um campo de negação de direitos e passíveis de uma matabilidade incapaz de ensejar quaisquer tipos de sanção a seus perpetradores.

3.2. O relatório da violência policial, a exclusão de seus dados e as consequências para a naturalização da violência em relação ao homo sacer *da realidade criminal brasileira*

Tal como foi exposto no tópico anterior, uma das características do fenômeno contemporâneo do *homo sacer* é a dificultosa ocorrência de sanções para os responsáveis por sua morte. Os casos, conforme explicitado, normalmente são passíveis de arquivamento devido a uma suposta "inexistência" de provas

suficientes para condenação (fazendo com que ocorra uma verdadeira subversão ao princípio do *in dubio pro reo*); ou a um erro na execução de alguma excludente de ilicitude (como estrito cumprimento do dever legal ou mesmo legítima defesa). Merecem destaque as alegações de confronto com bandidos nos locais mencionados, ainda quando diferentes testemunhas alegaram a não ocorrência de tal confronto ou a própria iniciativa por parte das forças de segurança.

Além dessa constante impunidade para os delitos estudados (em especial aqueles mencionados no tópico anterior), há um fato que pode agravar ainda mais essa situação.

O governo federal, em 2020, excluiu do relatório anual dos direitos humanos (chamado Disque Direitos Humanos) os indicadores da prática de violência policial durante o ano de 2019 (que coincide com o primeiro ano da gestão do governo em questão). A informação foi divulgada pelo Ministério da Mulher, da Família e Direitos Humanos (PAGNAN, 2020).

O relatório em questão é produzido conforme são realizadas denúncias no Disque 100. Trata-se de uma das formas mais eficazes de análise de violação dos direitos humanos no país. Os números são elementos imprescindíveis para a averiguação do comportamento das forças de segurança.

O relatório trata de qualquer forma de violência (como a violência praticada contra crianças e adolescentes) e atende também situações que acabaram de acontecer ou que ainda estão em curso, o que possibilidade a ocorrência do flagrante. Conforme foi veiculado na reportagem (PAGNAN, 2020), houve ainda um crescimento das denúncias de abusos policiais. No ano de 2016 essas denúncias chegaram a 1.009 casos; em 2017 a 1.319 casos; e em 2018 foram 1.637 casos.

A exclusão das informações mencionadas aponta para o que parece ser uma tentativa de mitigar a existência de violações a direitos humanos praticadas por agentes de segurança, o que guarda uma importante relação com o tema da filosofia política objeto desse trabalho. Tal exclusão pode, nitidamente, colaborar com a impunidade dos agentes estatais, dificultando ainda mais a responsabilização pelo extermínio do *homo sacer* contemporâneo, conforme se depreende no tópico a seguir.

Vale destacar que o MPF (Ministério Público Federal) solicitou ao Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos informações sobre a exclusão de tais indicadores de violência. Em um ofício enviado à Ministra Damares Alves, o subprocurador-geral da República indaga quais seriam as razões que resultaram na não divulgação de tais informações. Conforme a resposta do Ministério, publicada pelo jornal Folha de São Paulo (ROCHA, 2020), os dados teriam sido

omitidos porque foram encontradas algumas inconstâncias e contradições em seus registros.

Ainda em 2020, em razão da inconformidade do Ministério Público Federal, a 1ª Vara Federal de Nova Iguaçu (RJ) ordenou que a União divulgasse os dados mencionados, o que foi realizado em 23 de junho daquele ano (RODAS, 2020). Os dados estão disponíveis na página do Governo Federal, junto com nota técnica relacionada ao tema (GOVERNO FEDERAL, 2020).

4. Há relação entre a supressão dos dados do relatório de direitos humanos e a naturalização da subcidadania no Brasil?

Ante o exposto, duas conclusões podem ser retiradas a partir da ocorrência da exclusão dos dados de violência policial do relatório estudado. A primeira diz respeito ao fato de que se trata de uma verdadeira ilustração de um campo da exceção permanente, na medida em que esses dados se tornam invisíveis e, assim, a violência se estabelece com caráter duradouro. A segunda trata dos indivíduos vítimas de tais atos. Como foi possível notar, a violência recai sobre um certo tipo de segmento social. A ocultação dos dados estudados, portanto, é um verdadeiro ingrediente da violência penal a certos grupos sociais – ou o *homo sacer*, expressão embrionariamente ligada ao contexto de subcidadania.

A análise dos dados mencionados corrobora com o que explicita Agamben (2004, p. 13), ao afirmar que o totalitarismo moderno tem como uma de suas características marcantes a criação (pelo já estudado estado de exceção) de uma espécie de conflito institucional que seja capaz de permitir não apenas a eliminação de adversários políticos, mas de qualquer categoria de indivíduos que sejam vistos como uma ameaça ao sistema político em si. O estado de exceção permanente se torna, assim, um verdadeiro paradigma da política contemporânea.

Essa atuação seletiva estatal é uma marca presente no Estado brasileiro. Enquanto em diversos Estados há um imaginário simbólico de igualdade que surge como um verdadeiro alicerce da ordem social, política e jurídica, Moreira (2015) aponta a formação do Estado brasileiro como uma formação capaz de manter aspectos sociais, políticos, econômicos e jurídicos de forma diversa, por meio de uma naturalização da desigualdade.

No mesmo sentido explica Jessé Souza (2006) ao salientar que no contexto das sociedades periféricas a desigualdade social toma grandes proporções e no cenário da sociedade brasileira ela também se traduz em fenômenos como a condenação de um terço de uma população a uma vida marginal em três diferentes campos: existencial, econômico e político. Essa marginalização, nos termos de

Moreira, Nelson Camatta; Moreira Júnior, Ronaldo Félix. Seletividade penal no estado de exceção permanente: um estudo sobre a exclusão dos dados sobre violência policial do relatório de direitos humanos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 188. ano 30. p. 423-445. São Paulo: Ed. RT, fevereiro 2022. DOI: [10.54415/rbccrim.v188i188.94].

Souza (2006), traz como resultado a formação de uma espécie de subcidadania. Tal característica é destinada especificamente a determinados grupos de pessoas incapazes de atender aos anseios da classe dominante (aquela favorecida pelas atuações e escolhas estatais no campo econômico e jurídico).

É com base nesses elementos que se pode explicar a ocorrência da disseminação de ferramentas legitimadoras de práticas estatais não somente mantenedoras, mas também difusoras de uma invisibilidade pública e de uma humilhação social, capaz de aprofundar ainda mais o ranço histórico de tratamentos desiguais promovidos pelo pretenso Estado de Direito brasileiro. É possível afirmar que essas práticas também são responsáveis por regar uma indiferença (social e política) da classe mais favorecida em relação a esses grupos sociais que são sistematicamente desumanizados (MOREIRA, 2015).

É possível afirmar que a retirada dos dados de abusos por agentes de segurança pelo governo federal é algo que fomenta ainda mais essa naturalização da desigualdade, haja vista que a parcela de pessoas vítimas de tais abusos é a mesma que vive sob a égide da marginalidade nos campos existencial, econômico e político.

É necessário ressaltar que, enquanto ainda se mantiver tal desigualdade, esses indivíduos marginalizados permanecerão dentro de um campo de negação de direitos, sendo inferiorizados e com sérios prejuízos à honra e dignidade. Dessa maneira, essa degradação da autonomia pessoal de tais indivíduos culmina na patologia social da morte social, que é alimentada pelo constante discurso da violência e medo vinculados a certas categorias sociais (MOREIRA, 2019, p. 418).

Percebe-se que esse discurso da violência e do medo são incapazes de reduzir o fenômeno da criminalidade, possuindo como efeito apenas a exclusão social de grupos estigmatizados e marginalizados por uma degradação cultural de suas formas de vida (MOREIRA; MOREIRA JÚNIOR, 2017, p. 287).

A exclusão, por sua vez, tem como uma de suas consequências a criação de uma democracia disjuntiva na sociedade contemporânea, marcada tanto por uma violência no seu sentido mais estrito (praticada tanto pelo lado civil quanto estatal), mas também em seu sentido mais amplo e simbólico, manifestado nas formas *honnethianas* de desrespeito e recusa de reconhecimento (MOREIRA, 2019, p. 416).

Conforme foi apontado, a formação desses grupos desumanizados encontra perfeita sintonia com os preceitos da filosofia de Giorgio Agamben e com o conceito já estudado de *homo sacer*. Trata-se, portanto, da existência de um grupo inteiro cuja condição de pessoa ou ser humano é desqualificada de uma forma que a vida de cada um deles é segregada de qualquer efetivação de direitos. Conforme demonstrado, a vida do *homo sacer* é governada pelas decisões ou arbítrio de um

poder soberano. Percebe-se uma efetiva prevalência de duas características: exclusão e matabilidade, vinculadas de maneira evidente à realidade social brasileira e à violência perpetrada pelo Estado contra os grupos periféricos.

Quanto a essa violência, é imperativo também lembrar que a sua primeira forma antecede à violência física e acontece no próprio processo de criminalização de condutas. Pode-se afirmar que o ordenamento jurídico opera com o direcionamento de seu arcabouço punitivo a um setor específico da sociedade. Certamente, no contexto de uma sociedade capitalista, o aparato punitivo incide sobre os grupos incapazes de agir sob a lógica do acúmulo patrimonial e do consumo.

Para Baratta (2002), essa forma de criminalização primária, realizada pelo direito penal abstrato, define a criminalidade como um verdadeiro *status* social que é atribuído pelos órgãos de poder. O indivíduo, portanto, reveste-se da condição de violador de uma norma. É certo que essa forma de violência está ligada a uma hipertrofia legislativa penal existente que, conforme Carvalho (2014), segue os ditames de uma lógica econômica voltada à aniquilação dos chamados "grupos de risco" por meio de ações como vigilância; segregação urbana e contenção carcerária.

Não obstante, ressalta-se ainda a existência de uma criminalização secundária (BARATTA, 2002), voltada ao agir estatal e à efetiva violência direcionada a grupos marginalizados. A exclusão mencionada das informações de denúncias confere uma maior impunidade aos agentes estatais perpetradores de tais atos violentos.

Essa violência direcionada a grupos periféricos se encontra em total acordo com o que menciona Zaffaroni (2012, p. 372) a respeito do massacre estatal, que possui como requisito um Estado policial no território neocolonizado. É interessante mencionar que o autor argentino entende que historicamente esses massacres não são praticados por "Estados fortes", mas por "Estados frágeis" que enxergam como única saída de uma crise a reafirmação de seu poder mediante a violência e ao apelo a um "bode expiatório" (ZAFFARONI, 2012, p. 373).

5. Conclusão

Diante do texto aqui apresentado, é possível afirmar que o estado de exceção contemporâneo não é um mero instrumento jurídico ou político, mas uma técnica de governo, na medida em que tal exceção parte de uma prévia decisão soberana que tem como objetivo a suspensão da norma institucional e de direitos para garantir o exercício pleno da biopolítica sobre os considerados subcidadãos.

Nesse sentido, as regiões periféricas brasileiras funcionam como verdadeiros campos de exceção, que desvelam a "vida nua" de seus habitantes, vista essa

Moreira, Nelson Camatta; Moreira Júnior, Ronaldo Félix. Seletividade penal no estado de exceção permanente: um estudo sobre a exclusão dos dados sobre violência policial do relatório de direitos humanos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 188. ano 30. p. 423-445. São Paulo: Ed. RT, fevereiro 2022. DOI: [10.54415/rbccrim.v188i188.94].

como a vida constantemente a exposição de violências e às técnicas de administração dos corpos. Neste ponto, pode-se observar a clara relação com o conceito estudado de *homo sacer*.

Com aporte no texto exposto até aqui, verifica-se a possibilidade de a ausência de um relatório, que (em tese) seria capaz de apontar a violência institucional, poderá tornar mais comum as ocorrências como as demonstradas alhures, sem que, entretanto, elas venham a se tornar públicas. Numa espécie de naturalização das mortes das "vidas matáveis".

A ausência desse relatório corrobora ainda para que mencionada exceção mantenha seu caráter permanente, tendo em vista as demonstradas altas ocorrências de morte e violência, acompanhadas da quase ausência de responsabilização por esses atos. Os indivíduos que habitam essas regiões se encontram em um campo extremo de matabilidade. Conforme ressaltado, Carvalho (2006, p. 214) menciona as regiões de periferia do estado do Rio de Janeiro, onde ocorrem inúmeras operações policiais que não raramente deixam uma grande quantidade de mortes sem, contudo, responsabilizar seus agentes.

Em resumo, pode-se perceber, por meio da bibliografia estudada, corroborada pelos dados apontados, a permanência de um estado de exceção na sociedade brasileira, no qual a condição de matabilidade (*homo sacer*) recai sobre uma camada de indivíduos (o *homo sacer* da baixada, conforme construção teórica de Thiago Fabres de Carvalho, que trabalhou o conceito na obra *Criminologia, (in)visibilidade, reconhecimento*, publicada em 2014). Essa camada da sociedade não é vítima apenas dessa violência em sentido estrito, praticada pelo próprio Estado, mas também de uma violência simbólica que os insere dentro de um contexto de subcidadania no qual seus direitos são sistematicamente violados. Não apenas isso, a exclusão do relatório anual em relação às práticas da violência policial apenas reforça essa invisibilidade, naturalizando ainda mais a condição já existente de desigualdade.

6. Referências

AGAMBEM, Giorgio. *Estado de exceção.* Trad. Iraci D. Poleti. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2004.

AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer*: o poder soberano e a vida nua I. 2. ed. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2010.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*: introdução à sociologia do direito penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BENJAMIN, Walter. Crítica da Violência – Crítica do poder. *In:* BENJAMIN, Walter. *Documentos de cultura, documentos de barbárie*. São Paulo: Cultrix-Edusp, 1986.

BOURDIEU, Pierre. *Distinction*: a social critique of the judgement of taste. Cambridge: Harvard University Press, 1984.

CARVALHO, Salo de. A estrutura lógica e os fundamentos ideológicos do sistema de penas no Projeto de Lei Anticrime. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, PR, Brasil, v. 64, n. 3, p. 161-192, set./dez. 2019. ISSN 2236-7284. Disponível em: [revistas.ufpr.br/direito/article/view/66656]. DOI: [dx.doi.org/10.5380/rfdufpr.v64i3.66656]. Acesso em: 11.03.2020.

CARVALHO, Thiago Fabres de. *Criminologia, (in)visibilidade, reconhecimento*: o controle penal da subcidadania no Brasil. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

CARVALHO, Thiago Fabres de. O "direito penal do inimigo" e o "direito penal do homo sacer da baixada": exclusão e vitimação no campo penal brasileiro. *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo*, Vitória, v. 5, n. 5, p. 209-257, 1º/2º sem. 2006.

DANNER, Fernando. O Sentido da Biopolítica em Michel Foucault. *Revista Estudos Filosóficos*, nº 4, p. 143-157, 2010.

FORUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Estatísticas*, 2020. Disponível em: [forumseguranca.org.br/estatisticas/]. Acesso em: 03.07.2020.

FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade I*: a vontade de saber. Rio de Janeiro: Graal, 1988.

G1 RIO. *Entenda como foi a morte da menina Ágatha no Complexo do Alemão, segundo a família e a PM*, 2019. Disponível em: [g1.globo.com/rj/rio-de- janeiro/noticia/2019/09/23/entenda-como-foi-a-morte-da-menina-agatha-no-complexo-do-alemao-zona-norte-do-rio.ghtml]. Acesso em: 03.07.2020.

G1 RIO. *Dois anos após a morte de Ágatha Felix, mãe ainda aguarda julgamento de PM*: "Muita dor", 2021. Disponível em: [g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2021/09/21/dois-anos-apos-a-morte-de-agatha-felix-mae-ainda-aguarda-julgamento-de-pm-muita-dor.ghtml]. Acesso em: 06.12.2021.

GOVERNO FEDERAL. *Disque 100 divulga balanço de denúncias de violência policial*, 2020. Disponível em: [www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2020-2/junho/disque-100-divulga-balanco-de-denuncias-de-violencia-policial]. Acesso em: 06.12.2020.

GRAGNANI, Juliana. O desfecho de cinco casso emblemáticos de mortos pela polícia no Brasil. *BBC NEWS BRASIL*, 2020. Disponível em: [www.bbc.com/portuguese/brasil-52985308]. Acesso em: 03.07.2020.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA; FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Atlas da violência 2019*. Brasília, Rio de Janeiro, São Paulo: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada; Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2019.

Moreira, Nelson Camatta; Moreira Júnior, Ronaldo Félix. Seletividade penal no estado de exceção permanente: um estudo sobre a exclusão dos dados sobre violência policial do relatório de direitos humanos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 188. ano 30. p. 423-445. São Paulo: Ed. RT, fevereiro 2022. DOI: [10.54415/rbccrim.v188i188.94].

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. *Metodologia do Trabalho Científico*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

MARTINS, Lucas Moraes. Estado de Exceção Permanente: o campo e a experiência biopolítica. *Sequência* (Florianópolis), n. 71, p. 177-196, dez. 2015.

MARTINS, Thays. Caso Evaldo: militares são condenados por mortes de músico e catador. *Correio Braziliense*, 2021. Disponível em: [www.correiobraziliense.com.br/brasil/2021/10/4955321-caso-evaldo-militares-sao-condenados-por-mortes-de-musico-e-catador.html]. Acesso em: 06.12.2021.

MBEMBE, Achille. Necropolítica. In: *Arte & Ensaios*: Revista do PPGAV/EBA/UFRJ, n. 32, dez. 2016. Disponível em: [www.procomum.org/wp-content/uploads/2019/04/necropolitica.pdf]. Acesso em: 03.12.2021.

MOREIRA, Nelson Camatta. *Fundamentos de uma Teoria da Constituição Dirigente*. Santa Catarina: Conceito, 2010.

MOREIRA, Nelson Camatta. Modernidade periférica, direitos fundamentais, subcidadania e constitucionalismo (dirigente) adequado à realidade brasileira: Um Ensaio Preliminar. In: MOREIRA, Nelson Camatta (Org.). *Teoria da Constituição*: Modernidade, Identidade e (Lutas por) Reconhecimento. Ijuí: Unijuí, 2015.

MOREIRA, Nelson Camatta; MOREIRA JÚNIOR, Ronaldo Felix. Os replicantes de nosso tempo: a violência estatal e a negação da igualdade e dignidade humana a partir da perspectiva da teoria crítica e da distopia na ficção científica. *Revista Brasileira de Direito,* Passo Fundo, v. 13, n. 3, p. 277-294, dez. 2017. ISSN 2238-0604. Disponível em: [https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/2033]. Acesso em: 07.09.20

MOREIRA, Nelson Camatta; VIANNA, Cássio Becacici Esteves. Violência, segregação e cidadania: etiopatogênese de uma democracia disjuntiva no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: RT, v. 162, ano 27, p. 409-434, dez. 2019. Acesso em: 07.09.2020 (RT Online).

PEDRINHA, Roberta Duboc. Análise da gestão da segurança pública no Rio de Janeiro à luz de Agamben. *Revista Justiça e Sistema Criminal*, v. 7, n. 12, p. 243-274, jan./jun. 2015.

PAGNAN, Rodrigo. Governo Bolsonaro exclui violência policial de relatório sobre violações de direitos humanos. *Folha de São Paulo*, 2020. Disponível em: [www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2020/06/governo-bolsonaro-exclui-violencia-policial-de-relatorio-sobre-violacoes-de-direitos-humanos.shtml]. Acesso em: 08.07.2020.

ROCHA, Marcelo. Ministério Público quer explicações do governo sobre exclusão de dados sobre violência policial. *Folha de São Paulo*, 2020. Disponívelem:[www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2020/06/ministerio-publico-quer-explicacoes-do-governo-sobre-exclusao-de-dados-sobre-violencia-policial.shtml]. Acesso em: 06.12.2020.

RODAS, Sérgio. União deve apresentar dados sobre violência policial em 5 dias, diz juíza. *Conjur*, 2020. Disponível em: [www.conjur.com.br/2020-jun-23/uniao-apresentar-dados-violencia-policial-dias]. Acesso em: 06.12.2020.

SARACENI, Marcella Tavares. 7 anos da morte de Claudia Silva Ferreira. *Agência de Notícias das Favelas*. Disponível em: [www.anf.org.br/7-anos-da-morte-de-claudia-silva-ferreira/]. Acesso em: 06.12.2021.

SOARES, Rafael. Mortes pela polícia no primeiro trimestre de 2019 batem recorde histórico no Rio. *Extra*. Disponível em: [extra.globo.com/casos-de-policia/mortes-pela-policia-no-primeiro-trimestre-de-2019-batem-recorde-historico-no-rio-23626541.html]. Acesso em: 09.09.2019.

SOARES E SOUZA, Taiguara Libano. *Constituição, segurança pública e estado de exceção permanente*: a biopolítica dos autos de resistência. Dissertação de mestrado. Pontifícia Universidade Católica Do Rio De Janeiro, 2010. Disponível em: [www.maxwell.vrac.puc-rio.br/colecao.php?strSecao=resultado&nrSeq=18771@2]. Acesso em: 06.12.2020.

SOUZA, Jessé. *A construção social da subcidadania*: para uma sociologia política da modernidade periférica. Belo Horizonte: Editora UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ, 2006.

SOUZA, Jessé. A gramática social da desigualdade brasileira. *Revista brasileira de ciências sociais*, v. 19, n. 54, p. 79-97, 2004.

TAYLOR, Charles. *Sources of the self*: the making of the modern identity. Cambridge: Harvard University Press, 1989.

VELASCO, Clara [et. al.]. Superlotação aumenta e número de presos provisórios volta a crescer no Brasil. *G1*. Disponível em: [g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2019/04/26/superlotacao-aumenta-e-numero-de-presos-provisorios-volta-a-crescer-no-brasil.ghtml]. Acesso em: 09.09.2019.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *A palavra dos mortos*: conferências da criminologia cautelar. São Paulo: Saraiva, 2012.

Legislação

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm]. Acesso em: 11.06.2019.

BRASIL. *Exposição de motivos do Código de Processo Penal brasileiro de 1941*. Disponível em: [www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-3689-3-outubro-1941-322206-exposicaodemotivos-149193-pe.html]. Acesso em: 11.06.2019.

BRASIL. *Lei 11.343, de 16 23 de agosto de 2006*. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm]. Acesso em: 07.07.2019.

Moreira, Nelson Camatta; Moreira Júnior, Ronaldo Félix. Seletividade penal no estado de exceção permanente: um estudo sobre a exclusão dos dados sobre violência policial do relatório de direitos humanos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 188. ano 30. p. 423-445. São Paulo: Ed. RT, fevereiro 2022. DOI: [10.54415/rbccrim.v188i188.94].



PESQUISAS DO EDITORIAL



Área do Direito: Penal

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- Polícia violenta: natural ou inverossímil?, de Eduardo Augusto Paglione – *RBCCrim* 149/377-417; e
- Violência policial, racismo institucional e o papel do poder judiciário: infelizes semelhanças entre Brasil e EUA, de Marllon Sousa – *RT* 1022/361-374.

Moreira, Nelson Camatta; Moreira Júnior, Ronaldo Félix. Seletividade penal no estado de exceção permanente: um estudo sobre a exclusão dos dados sobre violência policial do relatório de direitos humanos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 188. ano 30. p. 423-445. São Paulo: Ed. RT, fevereiro 2022. DOI: [10.54415/rbccrim.v188i188.94].

Algoritmização da justiça criminal: uma análise do aplicativo Compas e seus vieses

Algorithmization of criminal justice: an analysis of the software Compas and its biases

Acesse o QR Code para ler este artigo em Visual Law



Victor Sampaio Gondim

Mestre em Direito Constitucional (2021) pela Universidade de Fortaleza. Especialista (LLM) em Direito Empresarial (2014) pela Fundação Getúlio Vargas-RJ. Graduado em Direito (2011) pela Universidade Federal do Ceará. Advogado e membro da Comissão de Direito da Tecnologia da Informação da OAB-CE.
Lattes: [lattes.cnpq.br/5137636318659623].
ORCID: [orcid.org/0000-0002-8393-4962].
vsgondim@gmail.com

Gustavo Raposo Pereira Feitosa

Doutor em Ciências Sociais (2005) pela Universidade Estadual de Campinas. Mestre em Sociologia (2000) e graduado em Direito (1997) pela Universidade Federal do Ceará. Professor Titular do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional e do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade de Fortaleza. Professor adjunto de Direito Processual Civil na UFC. Coordenador do Mestrado Profissional em Direito e Gestão de Conflitos da Universidade de Fortaleza.
Lattes: [lattes.cnpq.br/4608410457474387].
ORCID: [orcid.org/0000-0002-3766-0112].

DOI: [doi.org/10.54415/rbccrim.v188i188.93].

gfeitosa@terra.com.br

Recebido em: 19.07.2021
Aprovado em: 23.11.2021
Última versão dos autores: 06.12.2021

Áreas do Direito: Processual; Penal

Resumo: O presente estudo analisa o funcionamento do *software* COMPAS, aplicativo que concede notas a infratores penais para subsidiar decisão judicial sobre a prisão ou liberdade provisória, referência a partir da qual se busca descrever como se dá atualmente a relação entre a

Abstract: The present study analyzes the functioning of COMPAS, an application that awards notes to criminal offenders to support the judicial decision on arrest or provisional release, a reference from which it seeks to describe the relationship between artificial intelligence and law,

Gondim, Victor Sampaio; Feitosa, Gustavo Raposo Pereira. Algoritmização da justiça criminal: uma análise do aplicativo Compas e seus vieses.
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 188. ano 30. p. 447-470. São Paulo: Ed. RT, fevereiro 2022.
DOI: [doi.org/10.54415/rbccrim.v188i188.93].

inteligência artificial e o Direito, explicar o que é a justiça algorítmica e avaliar a existência de vieses, mesmo em sistemas supostamente objetivos e neutros. Utiliza-se metodologia de investigação do tipo bibliográfica-documental, com pesquisa pura de abordagem qualitativa e quantitativa, descritiva e exploratória quanto aos objetivos. Conclui-se que o uso de algoritmos exigirá familiaridade com conceitos da lógica, da matemática e da estatística para fundamentar ou se contrapor às decisões, que é possível observar vieses nos softwares ainda que respeitem os parâmetros da justiça algorítmica, e que a reprodução desses vieses em diferentes cenários indica que essas distorções estão fora dos algoritmos, podendo representar uma manifestação de racismo estrutural.

Palavras-chave: Decisão judicial – Inteligência artificial – Justiça algorítmica – Viés racial.

explain what is algorithmic justice and evaluate the existence of biases, even in supposedly objective and neutral systems. The methodology used was bibliographic-documentary investigation, with qualitative, quantitative, descriptive, and exploratory approach regarding the objectives. The conclusion is that the use of algorithms will require familiarity with concepts of logic, mathematics and statistics to substantiate or oppose decisions, that can be observed bias in software even if they respect the parameters of algorithmic justice, and that the reproduction of these biases in different scenarios indicates that these distortions are outside the algorithms and may represent a manifestation of structural racism.

Keywords: Judicial decision – Artificial intelligence – Algorithmic justice – Algorithmic fairness – Racial bias.

Sumário: 1. Introdução. 2. Inteligência artificial e aprendizado de máquina. 3. O aplicativo COMPAS. 4. Os vieses do algoritmo. 5. A justiça algorítmica. 6. Precisão e vieses para além dos algoritmos. 7. Considerações finais. 8. Referências.

1. Introdução

A rotina de juízes, promotores e policiais nos Estados Unidos envolve avaliação diária sobre relaxamento ou não de prisões em flagrante, fixação de condições para a soltura de réus que aguardam julgamento e concessão de fiança. Comumente, os parâmetros utilizados nessas análises sofrem críticas por serem subjetivos ou anti-isonômicos, como no caso da libertação mediante fiança em dinheiro, o chamado *cash bail*, cujo valor sobrecarrega especialmente acusados pobres e negros.

De maneira inovadora e polêmica, um condado norte-americano buscou superar esses aspectos e passou a classificar a periculosidade de um indivíduo e a sua "propensão" à delinquência e à reincidência por meio de algoritmos de análise de risco. Em tese, o sistema permitiria a aplicação de fatores mais claros e isentos nas decisões que tratassem de liberdade de locomoção e estabelecimento de fiança. Este cenário, que poderia ornamentar um filme de ficção científica,

há quase duas décadas é realidade no estado de Nova Iorque, por intermédio de um projeto piloto que foi estendido para todo o seu território (exceto a cidade de mesmo nome) em 2010 (ANGWIN et al., 2016; LANSING, 2012).

Trata-se de apenas um dos exemplos que demonstram as rápidas transformações pelas quais o Poder Judiciário tem passado decorrentes da adoção de inovações tecnológicas. Consolidaram-se ao longo da última década, sob a promessa de maior eficiência e comodidade, a implantação maciça do processo eletrônico, a utilização de *softwares* de inteligência artificial e a tomada de decisões estratégicas a partir da análise de grandes massas de dados (o *big data*). Nasce aí um novo paradigma digital que se apresenta para os profissionais do Direito e para os usuários da Justiça.

Tais mudanças implicam melhorias, mas também perdas. Questões sobre privacidade, transparência, acessibilidade, justiça, custos, equidade, discriminação, entre outras, surgem e suscitam dúvidas, sem que se tenham soluções ou respostas apropriadas para os desafios que se apresentam. A cultura do *fail fast*, oriunda do Vale do Silício, que sugere colocar em prática as inovações de modo rápido e corrigir suas falhas durante o uso, parece influenciar até a tradicional administração judiciária, que não deixa de compartilhar com toda a sociedade a avidez por se inserir no atual movimento de modernização tecnológica.

Os novos impasses resultantes da tentativa de solução de antigos problemas exigem, muitas vezes, conhecimentos e competências que extrapolam o Direito. É o caso da inteligência artificial, cujo funcionamento envolve lógica, matemática e estatística, disciplinas sobre as quais o profissional do Direito não costuma sequer ter noções básicas. Na América Latina, tais *softwares* vêm sendo utilizados essencialmente em atividades burocráticas e administrativas, como triagem de processos e indicação de possíveis precedentes aplicáveis, aplicações ainda introdutórias se considerado o potencial desse tipo de ferramenta.

No entanto, propagam-se pelos Estados Unidos experiências com aplicativos cujo emprego se dá no momento da prestação jurisdicional, como o COMPAS. O programa, desenvolvido por uma empresa privada, concede notas para o risco de recidiva dos infratores detidos e seus resultados podem ser utilizados para fundamentar prisões preventivas. Recentemente, o algoritmo foi acusado de ter um viés racista, sendo mais rigoroso com negros e leniente com brancos (ANGWIN et al., 2016).

A iminência da disseminação de programas do tipo nos sistemas judiciários e as muitas incertezas que eles provocam tornam relevante e premente o debate acerca da inteligência artificial no âmbito do Judiciário. O presente artigo utiliza o modelo de funcionamento do *software* COMPAS como pano de fundo para

a descrição da relação entre a inteligência artificial e o Direito. Pretende-se assim explicar o que é a "justiça algorítmica" e avaliar a existência de vieses na aplicação da lei penal, mesmo em sistemas supostamente objetivos e neutros. Questiona-se como se dá a abordagem técnica da justiça em aplicativos como o COMPAS, sob a hipótese de que os procedimentos adotados não são suficientes para evitar a introdução de preconceitos e vieses nos resultados.

A pesquisa engloba a revisão da literatura sobre o tema e adota fontes bibliográficas e documentais, a exemplo de livros, artigos em periódicos, teses e dissertações disponíveis nas bases BDTD, SciELO, EBSCO, SSRN, JSTOR, ResearchGate, Google Scholar e Portal Periódicos CAPES, entre outras, somadas a dados e informações disponibilizados em sites jornalísticos e de instituições públicas e privadas da área jurídica. O estudo tem caráter descritivo e exploratório, por meio de abordagem qualitativa e quantitativa e de natureza teórica e empírica. Foram utilizadas como palavras-chave para buscas as expressões "COMPAS", "algorithmic justice", "algorithmic fairness", "artificial intelligence" e afins, agregadas aos termos "law" e "justice", além de seus correspondentes em português, para, em seguida, selecionar os resultados conforme a adequação ao escopo da pesquisa.

2. Inteligência artificial e aprendizado de máquina

A inteligência artificial e o aprendizado de máquina, assim como uma internet onipresente e sensores cada vez menores, mais potentes e mais baratos, caracterizam a denominada Quarta Revolução Industrial, iniciada na virada para o século XXI, segundo Klaus Schwab (2016). O autor compreende que o mundo passará por uma transformação sistêmica e profunda, a partir de uma revolução integral promovida pela tecnologia e pela digitalização.

Richard Susskind (2013) assenta que é ao mesmo tempo excitante e desconcertante vislumbrar que não há limites para a tecnologia digital e notar que ela não apenas automatiza, mas também inova, permitindo a realização de tarefas que antes eram impossíveis ou mesmo inimagináveis. Em paralelo, aponta que juristas precisam ter a mente aberta para vivenciar esta época de mudança tecnológica sem precedentes e inovar na prática jurídica de modo irreproduzível no passado, como por meio do uso da inteligência artificial. Um relevante ponto colocado para o profissional do Direito seria o de adotar cedo novos sistemas, além de identificar e aproveitar as oportunidades surgidas a partir das tecnologias emergentes. Cabe, portanto, compreender melhor no que consistem essas tecnologias.

As definições de inteligência artificial (*artificial intelligence* ou AI), para Stuart Russell e Peter Norvig (2010), historicamente variam entre duas dimensões, raciocínio (emulação de pensamento) e comportamento (emulação de conduta), e duas medidas de resultado, o desempenho humano (averiguado mediante comparação empírica) e o desempenho ideal (obtido conforme a lógica racional). A combinação desses fatores resultaria em quatro abordagens diversas: máquinas que pensam como humanos, agem como humanos, pensam racionalmente e/ou agem racionalmente.

Osonde Osoba e William Welser IV (2017) descrevem que a noção de inteligência artificial começa a partir dos algoritmos – uma sequência finita de instruções precisas implementável em sistemas computacionais. Os pioneiros da inteligência artificial teriam buscado empoderar os sistemas computacionais com o dom do intelecto, formulando algoritmos que pudessem aprender ou adaptar-se conforme a experiência (isto é, a sua exposição a dados). Os esforços seguiram no sentido de produzir algoritmos que atualizassem seu comportamento iterativamente, com base nos dados analisados pelos próprios sistemas e nas suas métricas de performance, permanecendo como grande desafio a capacidade de rivalizar com ou exceder a inteligência humana (OSOBA; WELSER IV, 2017).

Denota-se que o conceito da inteligência artificial está ligado à aprendizagem de máquina ou *machine learning*, definida por Peter Flach (2012) como o estudo sistemático de algoritmos e sistemas que melhoram seu conhecimento ou performance por meio da experiência. De acordo com Dan McQuillan (2018), esse "aprendizado" significa que, ao ser alimentado com uma grande massa de dados (*input*) e seus respectivos resultados esperados (*output*), o sistema pode encontrar padrões reproduzíveis e, com isso, passar a predizer resultados para um dado novo e desconhecido. Ressalta-se que o conhecimento gerado pela máquina estaria intrinsecamente ligado aos mecanismos computacionais específicos e aos dados utilizados no treinamento.

Com essas técnicas, David Vladeck (2014) acredita que, de certa forma, começa a existir uma parceria entre humanos e máquinas extremamente inteligentes em prol da realização de tarefas extraordinárias. No campo do Direito, destacam-se o ROSS, sistema de inteligência artificial voltado para advogados baseado no Watson da IBM (ELEMENTARY, 2015)[1]; o Projeto Victor, derivado de

1. A plataforma ROSS teve suas atividades encerradas em janeiro de 2021 em virtude de um litígio judicial (ARRUDA; OVBIAGELE; DALL'OGLIO, 2020).

uma parceria entre o Supremo Tribunal Federal (2018) e a Universidade de Brasília; o Prometea, na Argentina (CORVALÁN, 2018); e o COMPAS, nos Estados Unidos. Este último será analisado mais detidamente na seção seguinte.

3. O aplicativo COMPAS

O aplicativo COMPAS é um instrumento de avaliação de riscos, desenvolvido pela empresa Northpointe Institute for Public Management (hoje denominada Equivant) e baseado em sistemas utilizados no mercado de seguros. Seu nome é um acrônimo formado a partir do termo *Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions*[2]. O programa funciona atribuindo pontuação aos infratores numa escala de possibilidade de reincidência e serve para auxiliar decisões de autoridades judiciárias, tornando-se conhecido a partir de seu emprego em algumas localidades nos Estados Unidos (NORTHPOINTE, 2015).

A adoção desse *software* vincula-se ao contexto da aplicação do modelo *Risk-Need-Responsivity* ou Risco-Necessidade-Responsividade (RNR) em países anglófonos como Reino Unido, Estados Unidos, Canadá e Nova Zelândia (ANDREWS; BONTA; WORMITH, 2006; NORTHPOINTE, 2015; POLASCHEK, 2012). Trata-se de um modelo de reabilitação baseado num arcabouço teórico que descreve tanto as causas principais de comportamento delituoso persistente como princípios amplos de combate ao envolvimento na criminalidade (POLASCHEK, 2012). Um destes princípios é o do risco, segundo o qual o comportamento criminoso poderia ser previsto e o nível de tratamento dado ao infrator deveria ser compatível com o seu grau de risco, ou seja, pessoas mais "perigosas" demandariam um tratamento mais intenso para que não reincidissem, enquanto pessoas que oferecem "risco mais baixo" requereriam intervenção mínima ou mesmo nenhuma (ANDREWS; BONTA, 2010).

O sistema já avaliou mais de um milhão de infratores desde sua criação em 1998 até 2018 (DRESSEL; FARID, 2018) e considera fatores mediadores, de risco e de necessidade estabelecidos por pesquisas científicas como causas de reiteração penal. Ele calcula quatro diferentes modelos de equação de risco que sopesam quatro dimensões de risco: a violência, a recidiva, o não comparecimento (perante as cortes judiciais) e as falhas sociais (BRENNAN; DIETERICH; EHRET, 2007).

2. Perfil de gestão penitenciária de infratores para sanções alternativas, em tradução livre.

O aplicativo faz uso de escalas[3] divididas em duas categorias: as de necessidade, que buscam descrever o infrator, e as de risco, que tentam prever os infratores que reincidirão no crime. Tais escalas são desmembradas em 10 etapas, cada uma contemplando cerca de 10% dos resultados, do menor para o maior, e posteriormente convertidas em uma nota de um (mais baixo risco de reincidência) a 10 (mais alto risco). Uma nota 1 indica que a pontuação está na primeira etapa (10% mais baixos) de todas as pontuações do grupo normativo; uma nota 2 indica que a pontuação está na segunda etapa (acima dos 10% e abaixo dos 20%) do grupo normativo; e assim por diante.

Em geral, as notas são divididas em baixo risco (1-4), médio risco (5-7) e alto risco (8-10) em relação a outros infratores do grupo normativo. O grupo normativo resulta de aproximadamente 30.000 avaliações realizadas entre janeiro de 2004 e novembro de 2005 acerca de casos de detenção, reclusão, liberdade provisória e livramento condicional nos Estados Unidos, contemplando 7.381 infratores (NORTHPOINTE, 2015). Por questões comerciais, a empresa não revela os detalhes do seu algoritmo de avaliação (CORBETT-DAVIES et al., 2016; DRESSEL; FARID, 2018).

4. Os vieses do algoritmo

A emissão da nota por um *software*, sem intervenção humana aparente, pode trazer a sensação de isenção e impessoalidade num primeiro momento. Percepções desse tipo são estimuladas pelas grandes plataformas de tecnologia, que costumam propagandear uma suposta neutralidade, segundo Anupam Chander e Vivek Krishnamurthy (2018), colaborando para formar um senso comum equivocado sobre o tema. Essa visão superficial tem sido confrontada sob aspectos diversos, entre os quais a atuação carregada de subjetivismo na elaboração dos *softwares* e na produção e exame dos dados que alimentam as máquinas, de acordo com Lyria Moses e Janet Chan (2014).

Para o primeiro caso, Frank Pasquale (2015) registra que os parâmetros de mineração de dados, os métodos de tomada de decisão e os modelos de predição

3. O sistema utiliza as 21 escalas a seguir: Risco de reincidência violenta, risco de reincidência em geral, risco de soltura pré-julgamento, envolvimento criminal, histórico de inadequação, histórico de violência, violência atual, parceiros no crime, abuso de substâncias, pobreza/problemas financeiros, problemas educacionais/vocacionais, pensamento criminal, criminalidade na família, problemas sociais, lazer e recreação, instabilidade residencial, problemas de ajuste social, falhas de socialização, oportunidade criminal, personalidade criminal e isolamento social.

são definidos por engenheiros de *software*. Logo, cada passo do desenvolvimento de programas estaria impregnado de vieses e valores humanos – o que poderia servir para impulsionar discriminação preexistente. No segundo, Osonde Osoba e William Welser IV (2017) assentam que a qualidade de um algoritmo depende essencialmente dos dados que lhe serviram de apoio para o aprendizado. A geração de tais dados, por sua vez, decorreria de manifestações sociais imbuídas de tendências e preconceitos. Logo, uma análise algorítmica procedimentalmente correta de informações com essas características levaria a inteligência artificial a reproduzir os mesmos preconceitos encontrados nos dados processados (OSOBA; WELSER IV, 2017).

O fenômeno é denominado pelos autores como o paradoxo da atuação artificial (*the paradox of artificial agency*). O conceito resulta da observação empírica de que os sistemas artificiais, ao aprender autonomamente por dados derivados da atuação humana, tendem a replicar os vieses humanos, sejam eles bons ou ruins (OSOBA; WELSER IV, 2017). Sob tal paradigma, informações obtidas de uma comunidade machista podem originar uma inteligência artificial que marginalize mulheres, enquanto dados oriundos da atividade de uma força policial racista podem levar a um aprendizado de máquina que valoriza excessivamente os riscos de criminalidade e reincidência quanto a pessoas negras. Como atenta Frank Pasquale (2015), a análise da ação policial não é capaz de fornecer dados objetivos de comportamento apartados do contexto social ou dos vieses dos observadores e ignorar esse fato conduziria à perseguição de minorias.

Questões do gênero foram levadas ao debate público de modo mais amplo a partir de matéria da agência de jornalismo investigativo ProPublica, que analisou o funcionamento do *software* COMPAS observando a pontuação conferida a cerca de 7.000 pessoas no condado de Broward, Flórida (EUA). Julia Angwin et al. (2016), ao confrontar as previsões algorítmicas e a pesquisa empírica a respeito da conduta posterior dos infratores, com uso dos mesmos parâmetros adotados pela desenvolvedora Equivant, identificaram uma taxa de acerto de apenas 20% em relação à previsão de cometimento de crimes violentos. A imprecisão constatada também possuía uma grave tendência racial. A classificação equivocada de alto risco de reincidência ocorria em uma taxa duas vezes maior para indivíduos negros em comparação aos brancos; ao mesmo tempo, brancos recebiam indevidamente notas baixas (significando menor propensão à reincidência) de modo mais frequente do que negros (ANGWIN et al., 2016). Por conta da série de reportagens envolvendo jornalismo de dados e algoritmos, os autores foram finalistas do Prêmio Pulitzer na categoria Reportagem Explicativa no ano de 2017 (THE PULITZER PRIZES, 2017).

Um dos casos citados refere-se a Brisha Borden, uma jovem de 18 anos que foi presa com uma amiga por furtar uma bicicleta e um patinete infantis quando corria para buscar a filha de seu padrinho na escola, os quais foram abandonados tão logo a mãe da criança reagiu correndo atrás delas. Os itens custavam 80 dólares. Em paralelo, Vernon Prater, de 41 anos, foi detido por furtar 86 dólares em ferramentas de uma loja. Prater já havia sido condenado por roubo e tentativa de roubo, pelo que passou cinco anos preso, além de ter contra si uma outra acusação de roubo. Borden possuía registro de quatro delitos que cometera na adolescência (ANGWIN et al., 2016).

Ao avaliar o risco de reincidência de ambos, o *software* atribuiu nota oito a Borden, o que corresponde a um alto risco, e nota três a Prater, um risco baixo. Dois anos depois, o algoritmo seria desmentido: Borden não havia sido acusada de nenhum outro crime, enquanto Prater estava cumprindo oito anos de prisão por invadir um depósito e roubar milhares de dólares em eletrônicos. Os pesquisadores atribuem o erro ao fato de que Brisha Borden é negra, enquanto Vernon Prater é branco, de forma que o algoritmo teria um viés racista. Foi percebido que, entre os que não reincidiram, 23,5% dos brancos foram classificados como de alto risco, enquanto a mesma coisa ocorreu com 44,9% dos negros, o que representa os falsos positivos. Entre os que foram classificados como de baixo risco, mas vieram a reincidir no crime (falsos negativos), 47,7% eram brancos e 28% eram negros (ANGWIN et al., 2016).

A matéria foi tecnicamente refutada pela Northpointe, em artigo científico publicado por William Dieterich, Christina Mendoza e Tim Brennan (2016), em nome do Departamento de Pesquisa da empresa. Os pesquisadores sustentaram que a agência ProPublica concentrou-se em classificações estatísticas que não levavam em conta as diferentes taxas básicas de reincidência para negros e brancos; quando utilizadas as classificações corretas, os dados não corroborariam as acusações de viés racista. A interpretação adequada dos resultados das amostras utilizadas pela agência demonstraria que as escalas utilizadas pelo *software* são igualmente precisas para negros e brancos, ou seja, que uma determinada nota implica chances idênticas de recidiva, independentemente da raça do infrator.

Avaliando os resultados de ambos os estudos, Sam Corbett-Davies et al. (2016) explicam que as distorções observadas pela agência ProPublica são decorrências matemáticas do modelo adotado pela Northpointe e que qualquer modelo adotado implicaria algum tipo de distorção. Considerando que, em cada categoria de risco (baixo, médio ou alto), por definição, a proporção de infratores reincidentes é aproximadamente a mesma independentemente de raça e que a taxa de reincidência para infratores negros é maior do que a de brancos (52%

contra 39%), então haverá mais propensão para classificar negros como de médio ou alto risco e, consequentemente, negros que não reincidirem estarão sujeitos a receber notas mais altas do que brancos na mesma situação. Diga-se que o sistema não utiliza classificação por raça; contudo, na prática, muitos dos fatores utilizados pelo algoritmo têm correlação racial, a exemplo da antecedência criminal, que é maior entre os negros (CORBETT-DAVIES et al., 2016).

5. A justiça algorítmica

O debate travado entre ProPublica e Northpointe suscitou questões sobre como definir justiça no tocante a aprendizado de máquina, o que tem recebido a denominação de *algorithmic justice*, *algorithmic fairness* ou "justiça algorítmica" (DOLMAN; SEMENOVICH, 2018; WOLFE, 1990; ZAVRSNIK, 2019). Ben Green e Lily Hu (2018) indicam que as duas principais abordagens técnicas em relação à justiça quando se trata de aprendizado de máquina contemplam a categoria procedimental e a categoria estatística. Na primeira, considera-se justa a tarefa de aprendizado de máquina quando ela é aderente a uma máxima procedimental, como a de que "semelhantes devem ser tratados de maneira semelhante". Nesse caso, o procedimento busca resolver o conflito entre os princípios gerais de justiça no campo da ética e o modo particular de operacionalização da justiça usado na engenharia para substituir a "máxima da semelhança" por uma "métrica de semelhança" (GREEN; HU, 2018).

Por sua vez, na categoria estatística, admite-se justa a tarefa que satisfaça vários tipos de "equilíbrio", assim entendido como uma igualdade aproximada nas estatísticas baseadas em resultado. Cada um desses tipos de equilíbrio recebe um rótulo: a "igualdade de oportunidades" (*equal opportunity*), por exemplo, descreve uma ferramenta de aprendizado de máquina que equaliza taxas de verdadeiro positivo[4] entre os grupos, enquanto "discriminação desproporcional" (*disparate mistreatment*) refere-se à igualdade nas probabilidades de erro (GREEN; HU, 2018; ZAFAR et al., 2017).

4. O conceito traz um paralelo entre a previsão/classificação prévia (correta ou errada, verdadeira ou falsa) e a ocorrência ou não (positiva ou negativa) do respectivo evento/condição. "Verdadeiro positivo" remete a uma previsão correta e à efetiva ocorrência do evento. Em paralelo, "falso positivo" retrata prognóstico equivocado de ocorrência do evento; "verdadeiro negativo" reflete a precisa identificação da não ocorrência do evento; e "falso negativo" implica previsão errada de não ocorrência do evento (DEAN, 2014). Para o caso do COMPAS, "verdadeiro positivo" significa um criminoso corretamente classificado como futuro reincidente; "falso positivo" indica um criminoso

Em ambas as categorias, repara-se que são considerados importantes fatores, como a imparcialidade do procedimento no primeiro caso e a proteção contra efeitos adversos no segundo. Contudo, nenhuma delas mostra-se suficiente, pois, ainda que consideradas em conjunto, limitam-se a satisfazer requisitos técnicos, mas não contemplam uma análise mais ampla acerca do contexto social e moral que envolve a justiça. São desprezados aspectos como o propósito da ferramenta, a sorte ou o mérito do indivíduo, o respeito ao devido processo legal, entre outros (GREEN; HU, 2018).

Richard Berk et al. (2018) descrevem seis tipos de justiça algorítmica: equalização de precisão geral (*overall accuracy equality*), paridade estatística (*statistical parity*), equalização de precisão de procedimento condicional (*conditional procedure accuracy equality*), equalização de precisão de uso condicional (*conditional use accuracy equality*), equalização de tratamento (*treatment equality*) e justiça total (*total fairness*). Para melhor compreendê-los, transcreve-se a denominada "matriz de confusão" (*confusion matrix*), utilizada para a avaliação da precisão de algoritmos:

Tabela 1 – Matriz de confusão para avaliação dos resultados empíricos em comparação com as previsões de algoritmos

Verdade	Previsão de falha	Previsão de sucesso	Erro de procedimento condicional
	a	*b*	*b / (a + b)*
Falha - positivo	Verdadeiros positivos	Falsos negativos	Taxa de falso negativo
	c	*d*	*c / (c + d)*
Sucesso - negativo	Falsos positivos	Verdadeiros negativos	Taxa de falso positivo
	c / (a + c)	*b / (b + d)*	*(c + b) / (a + b + c + d)*
Erro de uso condicional	Erro de previsão de falha	Erro de previsão de sucesso	Erro de procedimento geral

Fonte: Richard Berk et al. (2018).

A matriz compara as previsões algorítmicas (resultados previstos, *predicted outcome*) com os dados de fato observados (resultados reais, *actual outcome*), sendo cada variável representativa da contagem da célula respectiva. A letra *a*, por ilustração, indica a quantidade de verdadeiros positivos, isto é, o número de casos em que o algoritmo previu um resultado "falha" e obteve um resultado real "falha" (BERK et al., 2018). Os autores explicitam que, em sua notação, uma falha é denominada "positivo" porque ela incrementa o risco, a exemplo de uma prisão por crime violento. Por sua vez, o sucesso é descrito como "negativo", pois

erroneamente classificado como futuro reincidente; "verdadeiro negativo" representa um criminoso justamente identificado como não reincidente; e "falso negativo" descreve um criminoso falsamente identificado como não reincidente.

ele implica menor risco, como na ausência de novas infrações durante o livramento condicional.

A partir das variáveis estabelecidas, Richard Berk et al. (2018) expõem as características, resumidas na tabela a seguir, de cada tipo de justiça algorítmica, que é obtido por meio da equalização de certas variáveis das previsões e dos resultados para cada classe (como negros e brancos) de um determinado grupo (infratores, no caso do COMPAS).

Tabela 2 – Tipos de justiça algorítmica e representação das respectivas condições conforme a matriz de confusão

Tipo de justiça algorítmica	Variáveis idênticas para cada uma das classes
equalização de precisão geral *(overall accuracy equality)*	$(a + d) / (a + b + c + d)$
paridade estatística *(statistical parity)*	$(a + c) / (a + b + c + d)$ e $(b + d) / (a + b + c + d)$
equalização de precisão de procedimento condicional *(conditional procedure accuracy equality)*	$a / (a + b)$ e $d / (c + d)$
equalização de precisão de uso condicional *(conditional use accuracy equality)*	$a / (a + c)$ e $d / (b + d)$
equalização de tratamento *(treatment equality)*	c / b ou b / c
justiça total *(total fairness)*	todas as anteriores

Fonte: adaptado de Richard Berk et al. (2018).

Na primeira hipótese, o resultado de $(a+d) / (a+b+c+d)$, definido como precisão geral (*overall accuracy*) por representar a taxa de resultados previstos corretamente, deveria ser o mesmo para o grupo de negros e para o grupo de brancos, e assim por diante. No entanto, Richard Berk et al. (2018) esclarecem que a pertinência da aplicação de cada tipo de justiça algorítmica deve ser avaliada no caso concreto, sendo impróprio acreditar que a justiça total é possível na prática ou que ela significa um algoritmo perfeito. Adotar a equalização de precisão geral, por exemplo, implicaria a assunção de que a ocorrência de verdadeiros positivos (a) é tão desejável quanto a de verdadeiros negativos (d), eis que essas duas variáveis são tratadas com o mesmo peso. Isso, porém, não seria correto em análises como a do COMPAS, uma vez que se ambiciona uma taxa maior de verdadeiros negativos, os não reincidentes, em relação aos verdadeiros positivos, reincidentes (BERK et al., 2018). Reflexões semelhantes, dizem os autores, poderiam ser feitas acerca de cada tipo de justiça, resultando na conclusão de que, exceto em casos triviais, seria impossível maximizar ao mesmo tempo a precisão e a justiça dos algoritmos, como também atender simultaneamente todos os tipos de justiça, pois alguns deles são incompatíveis uns com os outros e com a precisão. Na

prática, tornar-se-ia necessário privilegiar alguns fatores em detrimento de outros, numa escolha desafiadora (BERK et al., 2018).

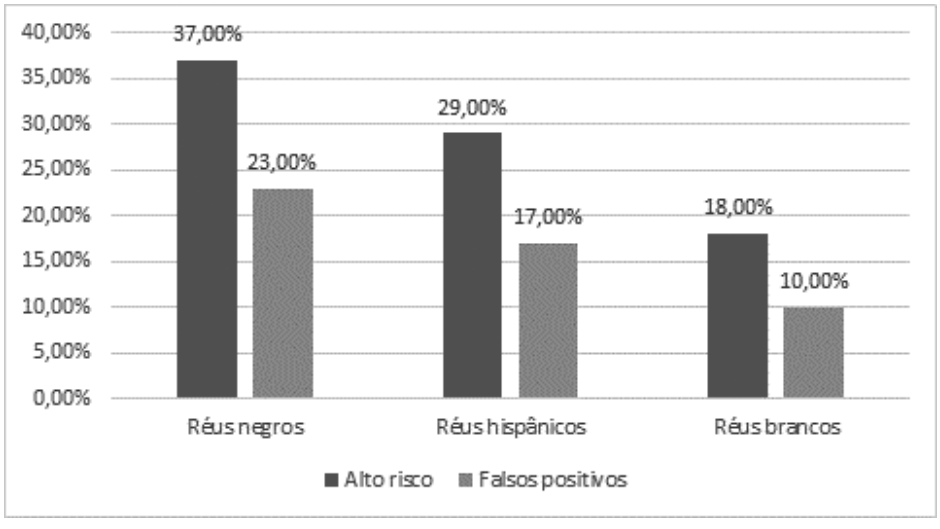
A respeito do COMPAS, Chris Dolman e Dimitri Semenovich (2018) observam a argumentação da empresa Northpointe no sentido de que o resultado fornecido (a nota na escala de risco) pelo algoritmo deve significar o mesmo em valores absolutos, independentemente da raça do infrator. O algoritmo, portanto, não faz calibração referente a grupos raciais e, se o fizesse, poderia ser acusado de possuir um viés racista do mesmo modo. Já a matéria de ProPublica defende que os falsos positivos (notas altas para não reincidentes) e falsos negativos (notas baixas para reincidentes) são desigualmente distribuídos entre os grupos raciais. Ambos os argumentos são considerados observáveis e de difícil contestação pelos autores, que sustentam a impossibilidade de que um algoritmo como esse contemple simultaneamente todas as definições de justiça.

Para testar a hipótese de que as distorções constatadas não se restringiriam a um determinado programa, Sarah Picard et al. (2019), do *Center for Court Innovation*[5] (CCI), desenvolveram um algoritmo preditivo apenas para fins de pesquisa, utilizando uma amostra anônima de 175 mil réus originária da cidade de Nova Iorque. Neste caso, obtiveram-se vieses similares aos observados em relação ao COMPAS, pois o novo *software* manteve um nível de precisão equivalente entre grupos étnicos e raciais, mas, em relação aos tipos de erros cometidos, houve uma tendência maior de classificar incorretamente infratores negros como de alto risco[6] quando comparados com réus hispânicos ou brancos. Os dados foram consolidados no gráfico a seguir:

5. O *Center for Court Innovation* (2019) é um *think tank* novaiorquino, oriundo de uma parceria público-privada entre o Sistema Unificado de Tribunais do Estado de Nova Iorque e o Fundo para a Cidade de Nova Iorque, com o objetivo de realizar pesquisas, implantar programas e prestar assessoria no âmbito de reformas judiciárias.

6. A pesquisa inicialmente dividiu as categorias de risco em cinco (mínimo, baixo, moderado, moderado-alto e alto). Porém, para fins de análise dos resultados, as categorias moderado-alto e alto foram condensadas em uma única categoria de alto risco, pois presumiu-se que, na prática, as duas categorias mais altas implicariam um dado contra o réu no momento do julgamento.

Gráfico 1 – Classificação de alto risco e falsos positivos por raça



Fonte: Sarah Picard et al. (2019).

Registra-se ainda a crítica de Ales Zavrsnik (2019), para quem a automatização de decisões judiciais pelo uso de inteligência artificial com a finalidade de incrementar a eficiência do Poder Judiciário tem lugar em um contexto neoliberal de "fazer mais com menos", o que tornaria *softwares* como o COMPAS um avatar algorítmico do neoliberalismo. O autor ressalta que a concepção de um método científico puro para a justiça criminal remonta a Cesare Beccaria, cujas ideias permitiram uma humanização do procedimento criminal e ajudaram a legitimar as classes então emergentes e o estado moderno. O mesmo estaria ocorrendo agora, segundo ele, com a introdução da inteligência artificial na justiça criminal, colaborando para reforçar o poder social de uma elite digital, que capitaliza a ideologia de imparcialidade dos algoritmos e do *big data*.

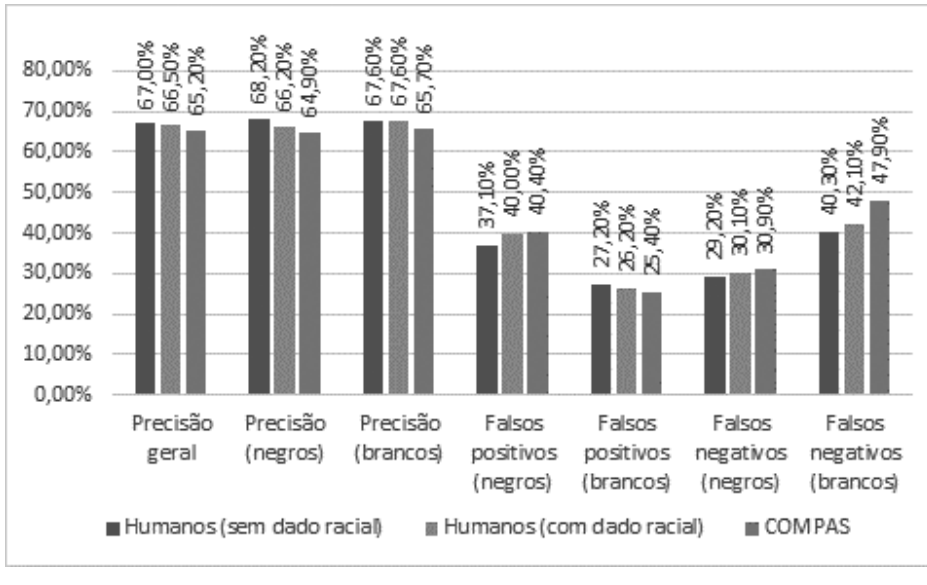
6. Precisão e vieses para além dos algoritmos

Dos estudos citados, percebe-se que é possível demonstrar tecnicamente tanto a neutralidade do programa COMPAS como o seu viés racial. Isso porque a sua implementação envolve escolhas que não podem ser classificadas como certas ou erradas, e tais escolhas implicam melhorias em algum aspecto dos resultados, em detrimento de outros elementos, mantendo-se, em qualquer caso, a integridade técnica do algoritmo.

Pesquisa empírica realizada por Julia Dressel e Hany Farid (2018), por outro lado, demonstrou que um grupo de indivíduos com acesso a apenas sete dados

sobre os infratores (contra 137 fatores utilizados pelo COMPAS) chegou a resultados com precisão análoga e até ligeiramente melhor do que a oferecida pelo *software* estadunidense. A pesquisa foi repetida informando aos avaliadores a raça dos infratores, que havia sido omitida na experiência anterior, e não houve impacto relevante nos resultados obtidos. Os pesquisadores concluem que a complexa avaliação realizada pelo COMPAS não obtém resultados melhores do que um grupo de pessoas sem orientação prévia nem experiência com a justiça criminal respondendo um questionário *online*. Além disso, viu-se que um classificador linear simples[7] com apenas dois fatores (idade e número de condenações prévias) é suficiente para obter a mesma precisão do COMPAS, sugerindo que regras mais básicas, transparentes e inteligíveis de previsão seriam tão eficientes quanto o algoritmo privado. Alguns dos dados do estudo foram resumidos no gráfico seguinte e atestam a manutenção do viés racial em quaisquer dos casos:

Gráfico 2 – Prognósticos humanos x COMPAS por raça



Fonte: Julia Dressel e Hany Farid (2018).

7. Um classificador linear simples é uma ferramenta cujo objetivo é encontrar uma função linear – função de primeiro grau $f(x) = ax + b$, com $a \in \mathbb{R}$, $a \neq 0$ e $b = 0$ – capaz de separar as amostras em suas respectivas classes. No caso, o intuito é separar de maneira matematicamente trivial os infratores em grupos de reincidentes e não reincidentes, de acordo com suas características (DRESSEL; FARID, 2018; SOUZA, 2018).

Deste modo, a análise de risco oferecida por programas como o COMPAS mostra-se válida, mas não pode ser considerada isoladamente, muito menos quando se trata de valores como a liberdade e a dignidade humana. Faz-se necessária uma avaliação crítica permanente dos resultados do algoritmo, bem como a sua ponderação com outros aspectos objetivos e subjetivos capazes de subsidiar decisões judiciais. Nesse mesmo sentido, a Suprema Corte do Estado de Wisconsin, EUA, em recente decisão, sustentou que, se utilizada com as devidas cautelas, a avaliação de risco do programa COMPAS não fere o devido processo legal (WISCONSIN, 2016).

Também vale destacar que o algoritmo e a tecnologia não são necessariamente neutros nem imparciais (STRATE, 2012; ZAVRSNIK, 2019), e, por isso, introduzem vieses na análise jurídica. Nesse sentido, para um uso apropriado do *software*, exige-se que o julgador tenha em mente as possíveis distorções presentes nos dados obtidos, sob pena de tratar os resultados como verdades absolutas e reproduzir inadvertidamente os vieses ali contidos. Matheus Fornasier e Norberto Knebel (2020, p. 213) sugerem até mesmo que sejam incorporados vieses e valores de forma proposital em sistemas de inteligência artificial, investindo-se em debate público que possa direcionar e, assim, democratizar a tomada de decisões por meio de algoritmos.

Eduardo Magrani (2019, p. 162) ressalta a necessidade de melhor compreensão do tema para fins de regulação. O autor considera que os algoritmos dotados de algum grau de inteligência artificial, entre outros elementos não humanos, estão influenciando profundamente a sociedade, notadamente na tomada de decisões e na interação comunicativa, e possuem capacidade para produzir efeitos materiais de cunho político-democrático significativos, algo corroborado pela análise do *software* COMPAS.

Por fim, um aspecto que não pode ser negligenciado está além da qualidade técnica dos algoritmos e das previsões. A validade estatística e a semelhança dos resultados oriundos de algoritmos comerciais, algoritmos acadêmicos, questionários *online* respondidos por leigos e classificadores lineares simples, com uso de base de dados diversas, no sentido de tratar negros com maior rigor, sugere que os eventuais vieses, distorções ou imprecisões verificados não decorreriam exatamente das máquinas, dos desenvolvedores, dos estatísticos ou das informações que alimentam as análises, mas sim do próprio contexto social que os envolve.

Sobrevém, portanto, a hipótese de que os vieses percebidos são manifestações de um racismo estrutural, assim entendido por Silvio Almeida (2019, p. 50) como "[...] uma decorrência da própria estrutura social, ou seja, do modo 'normal'

com que se constituem as relações políticas, econômicas, jurídicas e até familiares, não sendo uma patologia social e nem um desarranjo institucional."

O autor explica que, numa sociedade cujo racismo é regra e não exceção, surgem comportamentos individuais e processos institucionais que reproduzem o racismo. Nessa conjuntura, os vieses dos algoritmos poderiam configurar mera consequência da maior presença de policiais em bairros de predominância negra, ou da maior probabilidade de detenção de um negro quando comparada com a de um branco na mesma situação (CORBETT-DAVIES et al., 2016).

Ilustra essa possibilidade a reportagem de Ben Poston e Cindy Chang (2019), que identificou, na cidade de Los Angeles, um volume muito maior de abordagens da polícia contra negros ou latinos no trânsito em relação a brancos, ainda que estes últimos sejam mais comumente flagrados portando itens ilegais. Por intermédio de uma nova lei californiana sobre questões raciais, os jornalistas receberam dados indicando que um negro em um veículo tem quatro vezes mais chance de ser revistado pela polícia do que um branco. Para os latinos, essa chance é três vezes maior. Apesar disso, foram encontradas drogas, armas ou contrabando em 20% das buscas contra brancos, enquanto esse índice foi de 17% quanto aos negros e 16% para latinos.

A matéria afirma que os números não necessariamente permitem a conclusão de que há um viés racial nas taxas de abordagem. Contudo, o maior número de interpelações contra negros em termos absolutos pode se tornar um gatilho para o surgimento de dados desfavoráveis a esse grupo no sistema criminal, o que introduziria o viés racial nos algoritmos, conforme observado no presente artigo.

Ainda tratando dos Estados Unidos, Michelle Alexander (2010) cita a Guerra às Drogas como exemplo de adoção institucional de métodos e práticas contra inimigos racialmente definidos, empregados quase exclusivamente em comunidades pobres, resultando no encarceramento em massa de afro-americanos e latinos. A autora registra o argumento oficial de que se combate algo, as drogas, e não um grupo de pessoas, embora isso seja negado pelos fatos, na sua visão. Entre muitos outros casos concretos, ela menciona relatório da Human Rights Watch (2000), com dados do ano de 1996, atestando a alta proporção de negros entre presos por delitos relacionados às drogas (na média nacional, 63%, superando os 80% em sete estados) em contraste com a sua diminuta participação na população (12% da média nacional, com um máximo de 36% no estado do Mississippi).

No mesmo tema, David W. Koch, Jaewon Lee e Kyunghee Lee (2016), usando controle estatístico de dados de pesquisa nacional realizada em 1997, verificaram que os afro-americanos são mais comumente presos por uso ou tráfico de drogas do que os brancos, embora as evidências indicassem que estes últimos são

mais propensos ao comportamento delituoso referente ao consumo. O estudo apresenta prova empírica de que o combate às drogas é discriminatório, produzindo resultados contaminados por um viés racial sistêmico e reforçando a teoria do combate às drogas enviesado (*biased drug enforcement theory*), no sentido de que a discriminação racial atua nos níveis individual e estrutural, causando maior encarceramento de infratores negros (KOCH; LEE; LEE, 2016).

A tendência de policiais, promotores e juízes nos EUA por uma ação mais intensa sobre a população negra cria um mecanismo que fortalece o encarceramento e a reincidência. Logo, ao extrair seu aprendizado desses dados, os algoritmos acabam por produzir indicadores condicionados potencialmente por um racismo estrutural presente na dinâmica do sistema de justiça criminal norte-americano. A aparência de neutralidade e imparcialidade estatística esconde o risco do uso de dados resultantes de ações humanas sujeitas a uma ampla gama de condicionantes sociais, culturais, econômicas etc. As mesmas variáveis interferem não apenas nos algoritmos, mas na sociedade em geral, o que parece explicar a observação contínua de vieses discriminatórios, independentemente do sistema escolhido para a avaliação de risco.

De modo concomitante, a forma de uso dos dados também pode condicionar os resultados subsequentes e influenciar de maneira contínua um viés nesses algoritmos, retroalimentando a discriminação. Uma avaliação de riscos mais rigorosa contra acusados negros importa em maior encarceramento desta população e isso tende a produzir efeitos negativos severos sobre renda, empregabilidade, relações familiares, entre outros fatores aptos a auxiliar na saída do ciclo de crime e detenção. A aplicação do cálculo de risco para reforçar o aprisionamento pouco contribui para desenvolver soluções mais efetivas para o problema real da reincidência, em particular para os acusados negros.

A necessária cautela com a algoritmização da justiça encontra, assim, paralelo com a exigida reflexão diante da atuação policial e judicial cotidiana. Seja no campo analógico ou digital, percebem-se fatores que corroboram com a discriminação e mantêm a população negra marginalizada. Nesse sentido, o uso acrítico dos *softwares* poderia implicar a naturalização dos preconceitos ali contidos, diante de seu ocultamento nos códigos e dados que permitem o funcionamento dos programas.

A análise refere-se à realidade norte-americana, mas certamente encontra aplicabilidade em outros países. Inobstante não se conheçam experiências de justiça algorítmica no Brasil, as semelhanças entre as duas nações, notadamente quanto ao regime escravocrata, a replicação da política criminal antidrogas, relatada por Luís Carlos Valois (2017), e a maior proporção de negros na população

carcerária (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2016) permitem a compreensão de que, em tese, a adoção local de *softwares* como o COMPAS ensejaria ponderações análogas.

7. Considerações finais

As discussões apresentadas atestam que a revolução digital tem participação relevante nas mudanças e nos desafios que se apresentam para a justiça criminal e para os profissionais do Direito. O uso de novas tecnologias, como a inteligência artificial, para subsidiar os julgamentos exige familiaridade com conceitos da lógica, da matemática e da estatística para entender como se dá a avaliação promovida pelas máquinas e fundamentar as decisões e eventuais contraposições aos resultados.

A polêmica em torno do *software* COMPAS e seu suposto viés racial retrata essa nova realidade, irrespondível apenas com as ferramentas do Direito. Ainda que se admita a existência do viés, as notas dadas pelo algoritmo, em tese, permanecem tecnicamente fiáveis e aptas a embasar decisões judiciais, desde que se compreendam as nuances do aprendizado de máquina e os efeitos concretos do uso das informações produzidas. Isso porque os aplicativos desta natureza não conseguem implementar ao mesmo tempo todos os parâmetros de justiça algorítmica, sendo necessário privilegiar alguns em detrimento de outros, o que causa inevitáveis distorções nos resultados obtidos, sem necessariamente invalidá-los.

Por outro lado, é notável a reprodução dos mesmos vieses raciais percebidos no programa COMPAS por outros algoritmos, por classificações lineares simples, por questionários *online*, por compilações de dados de diferentes cidades, sugerindo que a origem da distorção se encontra não apenas nos *softwares* e nos dados, mas também fora deles. Abre-se a hipótese de que se trata de uma manifestação de racismo estrutural, que, por vários mecanismos naturalizados dentro do contexto social, produz dados indicativos da discriminação racial existente, posteriormente reeditada no momento do processamento e uso desses dados.

A atuação policial e judicial diante da população negra pode, de modo inadvertido e artificial, gerar dados que sobrevalorizam a participação de indivíduos negros na criminalidade. Tais informações, quando utilizadas no *machine learning*, incutem nos programas vieses preconceituosos, ocultados pela aparente neutralidade e imparcialidade das máquinas. Neste sentido, o uso incauto dos *softwares* poderia perpetuar a discriminação racial, retroalimentando-a de maneira subliminar e menos sujeita ao escrutínio público.

Embora a informação utilizada retrate regiões dos Estados Unidos, o estudo pode trazer importantes alertas para o Brasil, diante da similitude dos problemas enfrentados por ambos os países na questão racial. A pesquisa pode ter continuidade mediante o levantamento de dados no plano brasileiro e de uma avaliação acerca da efetiva caracterização ou não de racismo estrutural em virtude dos vieses raciais percebidos.

8. Referências

ALEXANDER, Michelle. *The New Jim Crow*: Mass Incarceration in the Age of Colorblindness. Nova Iorque: The New Press, 2010.

ALMEIDA, Silvio Luiz de. *Racismo estrutural*. São Paulo: Pólen, 2019.

ANDREWS, Donald Arthur; BONTA, James; WORMITH, J. Stephen. The Recent Past and Near Future of Risk and/or Need Assessment. *Crime & Delinquency*, v. 52, n. 1, p. 7-27, jan. 2006. DOI: [10.1177/0011128705281756]. Disponível em: [www.researchgate.net/profile/J_Wormith/publication/249718755_The_Recent_Past_and_Near_Future_of_Risk_andor_Need_Assessment/links/0c960530f834036e07000000/The-Recent-Past-and-Near-Future-of--Risk-and-or-Need-Assessment.pdf]. Acesso em: 04.12.2021.

ANDREWS, Donald Arthur; BONTA, James. *The psychology of criminal conduct*. 5. ed. New Providence: Anderson Publishing, 2010.

ANGWIN, Julia et al. Machine bias. *ProPublica*, 23 maio 2016. Disponível em: [www.propublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal--sentencing]. Acesso em: 04.12.2021.

ARRUDA, Andrew; OVBIAGELE, Jimoh; DALL'OGLIO, Pargles. Announcement. *ROSS Intelligence*, 11 dez. 2020. Disponível em: [blog.rossintelligence.com/post/announcement]. Acesso em: 04.12.2021.

BERK, Richard; HEIDARI, Hoda; JABBARI, Shahin; KEARNS, Michael; ROTH, Aaron. Fairness in Criminal Justice Risk Assessments: The State of the Art. *Sociological Methods & Research*, p. 1-42, jul. 2018. DOI: [10.1177/0049124118782533]. Disponível em: [arxiv.org/pdf/1703.09207.pdf]. Acesso em: 04.12.2021.

BRENNAN, Tim; DIETERICH, Bill; EHRET, Beate. *Research synthesis*: reliability and validity of COMPAS, set. 2007. Disponível em: [www.northpointeinc.com/files/research_documents/reliability_validity.pdf]. Acesso em: 04.12.2021.

CENTER FOR COURT INNOVATION. *About*. Nova Iorque: Center for Court Innovation, 2019. Disponível em: [www.courtinnovation.org/about]. Acesso em: 04.12.2021.

CHANDER, Anupam; KRISHNAMURTHY, Vivek. The myth of platform neutrality. *Georgetown Law Technology Review*, v. 2, n. 2, p. 400-416, 2018. Disponível

em: [georgetownlawtechreview.org/wp-content/uploads/2018/07/2.2-Chander-Krishnamurthy-pp-400-16.pdf]. Acesso em: 04.12.2021.

CORBETT-DAVIES, Sam; PIERSON, Emma; FELLER, Avi; GOEL, Sharad. A computer program used for bail and sentencing decisions was labeled biased against blacks. It's actually not that clear. *The Washington Post*, 17 out. 2016. Disponível em: [www.washingtonpost.com/news/monkey-cage/wp/2016/10/17/can-an-algorithm-be-racist-our-analysis-is-more-cautious-than-propublicas/]. Acesso em: 04.12.2021.

CORVALÁN, Juan Gustavo. Inteligencia artificial: retos, desafíos y oportunidades – Prometea: la primera inteligencia artificial de Latinoamérica al servicio de la Justicia. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 5, n. 1, p. 295-316, abr. 2018. Disponível em: [ref.scielo.org/g6pxrc]. Acesso em: 04.12.2021.

DEAN, James. *Big data, data mining, and machine learning*: value creation for business leaders and practitioners. Hoboken: Wiley, 2014.

DIETERICH, William; MENDOZA, Christina; BRENNAN, Tim. *COMPAS Risk Scales*: Demonstrating Accuracy Equity and Predictive Parity, 8 jul. 2016. Disponível em: [go.volarisgroup.com/rs/430-MBX-989/images/ProPublica_Commentary_Final_070616.pdf]. Acesso em: 04.12.2021.

DOLMAN, Chris; SEMENOVICH, Dimitri. Algorithmic Fairness: Contemporary Ideas in the Insurance Context. In: GIRO CONFERENCE, 23-26 out. 2018, Birmingham. *Proceedings* [...]. Birmingham: Institute and Faculty of Actuaries, 2018. p. 1-13. Disponível em: [www.actuaries.org.uk/documents/b9-algorithmic-fairness-contemporary-ideas-insurance-context-paper]. Acesso em: 04.12.2021.

DRESSEL, Julia; FARID, Hany. The accuracy, fairness, and limits of predicting recidivism. Science Advances, v. 4, n. 1, jan. 2018. DOI: [10.1126/sciadv.aao5580]. Disponível em: [advances.sciencemag.org/content/advances/4/1/eaao5580.full.pdf]. Acesso em: 04.12.2021.

ELEMENTARY. *The Economist*, São Francisco, 1 out. 2015. Science & technology. Disponível em: [www.economist.com/science-and-technology/2015/10/01/elementary]. Acesso em: 04.12.2021.

FLACH, Peter. *Machine learning*: the art and science of algorithms that make sense of data. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

FORNASIER, Matheus de Oliveira; KNEBEL, Norberto. Inteligência artificial: desafios e riscos ético-jurídicos. *Direito & Paz*, São Paulo, ano XIV, n. 43, p. 207-228, jul./dez. 2020. Disponível em: [www.revista.unisal.br/lo/index.php/direitoepaz/article/view/1279/546]. Acesso em: 04.12.2021.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Pesquisa e análise de dados vinculados ao Campo da segurança pública e sistema penitenciário*. Termo de Parceria nº 817052/2015. Meta 04 – Elaboração de relatórios semestrais

descritivos e analíticos, com base nos dados e informações do DEPEN. Etapa 01 – Relatório descritivo e analítico com base nos dados e informações do DEPEN, considerando a coleta referente à situação em dezembro de 2014. [São Paulo], 15 de abril de 2016. Disponível em: [dspace.mj.gov.br/handle/1/3045]. Acesso em: 04.12.2021.

GREEN, Ben; HU, Lily. The Myth in the Methodology: Towards a Recontextualization of Fairness in Machine Learning. In: INTERNATIONAL CONFERENCE ON MACHINE LEARNING, 35., 2018, Estocolmo. *Proceedings* [...]. Estocolmo: International Conference on Machine Learning, 2018. Disponível em: [econcs.seas.harvard.edu/files/econcs/files/green_icml18.pdf]. Acesso em: 04.12.2021.

HUMAN RIGHTS WATCH. Punishment and Prejudice: Racial Disparities in the War on Drugs. *HRW Reports*, v. 12, n. 2, maio 2000. Disponível em: [www.hrw.org/reports/2000/usa/]. Acesso em: 04.12.2021.

KOCH, David W.; LEE, Jaewon; LEE, Kyunghee. Coloring the War on Drugs: Arrest Disparities in Black, Brown, and White. *Race and Social Problems*, v. 8, n. 4, dez. 2016. Disponível em: [link.springer.com/article/10.1007/s12552-016-9185-6]. Acesso em: 04.12.2021.

LANSING, Sharon. *New York State COMPAS-Probation Risk and Need Assessment Study*: Examining the Recidivism Scale's Effectiveness and Predictive Accuracy. Set. 2012. Disponível em: [www.northpointeinc.com/downloads/research/DCJS_OPCA_COMPAS_Probation_Validity.pdf]. Acesso em: 04.12.2021.

MAGRANI, Eduardo. *Entre dados e robôs*: ética e privacidade na era da hiperconectividade. 2. ed. Porto Alegre: Arquipélago, 2019.

MCQUILLAN, Dan. People's Councils for Ethical Machine Learning. *Social Media + Society*, v. 4, n. 2, abr. 2018. DOI: [10.1177/2056305118768303]. Disponível em: [journals.sagepub.com/doi/10.1177/2056305118768303]. Acesso em: 04.12.2021.

MOSES, Lyria Bennett; CHAN, Janet. Using big data for legal and law enforcement decisions: Testing the new tools. *University of New South Wales Law Journal*, v. 37, n. 2, p. 643-678, 2014. Disponível em: [ssrn.com/abstract=2513564]. Acesso em: 04.12.2021.

NORTHPOINTE. *Practitioner's guide to COMPAS Core*, 2015. Disponível em: [www.northpointeinc.com/downloads/compas/Practitioners-Guide-COMPAS-Core-_031915.pdf]. Acesso em: 04.12.2021.

OSOBA, Osonde; WELSER IV, William. *An Intelligence in Our Image*: The Risks of Bias and Errors in Artificial Intelligence. Santa Monica: RAND, 2017.

PASQUALE, Frank. *The black box society*: the secret algorithms that control money and information. Cambridge: Harvard University Press, 2015.

PICARD, Sarah; WATKINS, Matt; REMPEL, Michael; KERODAL, Ashmini. *Beyond the Algorithm*: Pretrial Reform, Risk Assessment, and Racial Fairness. Nova Iorque: Center for Court Innovation, 2019.

POLASCHEK, Devon L. L. An appraisal of the risk–need–responsivity (RNR) model of offender rehabilitation and its application in correctional treatment. *Legal and Criminological Psychology*, v. 17, n. 1, p. 1-17, fev. 2012. DOI: [10.1111/j.2044-8333.2011.02038.x]. Disponível em: [onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/j.2044-8333.2011.02038.x]. Acesso em: 04.12.2021.

POSTON, Ben; CHANG, Cindy. LAPD searches blacks and Latinos more. But they're less likely to have contraband than whites. *Los Angeles Times*, 8 out. 2019. Disponível em: [www.latimes.com/local/lanow/la-me-lapd-searches--20190605-story.html]. Acesso em: 04.12.2021.

RUSSELL, Stuart J.; NORVIG, Peter. *Artificial intelligence*: a modern approach. 3. ed. Upper Saddle River: Prentice-Hall, 2010.

SCHWAB, Klaus. *The fourth industrial revolution*. Genebra: World Economic Forum, 2016.

SOUZA, Nahim Alves de. *Aumentando o poder preditivo de classificadores lineares através de particionamento por classe*. 2018. Dissertação (Mestrado em Ciência da Computação) – Centro de Ciências em Gestão e Tecnologia, Universidade Federal de São Carlos, Sorocaba, 2018. Disponível em: [repositorio.ufscar.br/bitstream/handle/ufscar/9530/SOUZA_NahimAlvesDe_dissertacao.pdf]. Acesso em: 04.12.2021.

STRATE, Lance. If It's Neutral, It's Not Technology. *Educational Technology*, v. 52, n. 1, p. 6-9, jan./fev. 2012. Disponível em: [www.jstor.org/stable/44429982]. Acesso em: 04.12.2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Inteligência artificial vai agilizar a tramitação de processos no STF*. 30 maio 2018. Disponível em: [portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=380038]. Acesso em: 04.12.2021.

SUSSKIND, Richard. *Tomorrow's lawyers*: An Introduction to Your Future. Oxford: Oxford University Press, 2013.

THE PULITZER PRIZES. *Finalist*: Julia Angwin, Jeff Larson, Surya Mattu, Lauren Kirchner and Terry Parris Jr. of ProPublica. Nova Iorque, [2017]. Disponível em: [www.pulitzer.org/finalists/julia-angwin-jeff-larson-surya-mattu-lauren--kirchner-and-terry-parris-jr-propublica]. Acesso em: 04.12.2021.

VALOIS, Luís Carlos. *O direito penal da guerra às drogas*. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

VLADECK, David C. Machines without principals: liability rules and Artificial Intelligence. *Washington Law Review*, n. 89, p. 117-150, 2014. Disponível em: [digitalcommons.law.uw.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4800&context=-wlr]. Acesso em: 04.12.2021.

WISCONSIN. Supreme Court of Wisconsin. *Case no. 2015AP157-CR*. Recorrente: Eric L. Loomis. Recorrido: Estado do Wisconsin. 13 de julho de 2016. Disponível em: [www.wicourts.gov/sc/opinion/DisplayDocument.pdf?content=pdf&seqNo=171690]. Acesso em: 04.12.2021.

WOLFE, Alan. Algorithmic Justice. *Cardozo Law Review*, Nova Iorque, v. 11, p. 1409-1434, 1990. Disponível em: [is.muni.cz/el/law/podzim2017/MV735K/um/virtualizace_autoritativni_aplikace_prava_-_6/AlanWolfeAlgorithmicJusti.pdf]. Acesso em: 04.12.2021.

ZAFAR, Muhammad Bilal; VALERA, Isabel; RODRIGUEZ, Manuel Gomez; GUMMADI, Krishna P. Fairness beyond disparate treatment & disparate impact: Learning classification without disparate mistreatment. In: INTERNATIONAL CONFERENCE ON WORLD WIDE WEB, 26., 2017, Genebra. *Proceedings* [...]. Genebra: International World Wide Web Conferences Steering Committee, 2017. p. 1171-1180. DOI: [doi.org/10.1145/3038912.3052660]. Disponível em: [arxiv.org/pdf/1610.08452.pdf]. Acesso em: 04.12.2021.

ZAVRSNIK, Ales. Algorithmic justice: Algorithms and big data in criminal justice settings. *European Journal of Criminology*, [*S. l.*], p. 1-20, set. 2019. DOI: [10.1177/1477370819876762]. Disponível em: [journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/1477370819876762]. Acesso em: 04.12.2021.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Áreas do Direito: Processual; Penal

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- Algoritmos de predição no sistema penal: as profecias tecnopolíticas que se autorrealizam no Século XXI, de Felipe da Veiga Dias – *RBCCrim* 183/99-124;
- Algoritmos e direitos fundamentais: riscos, transparência e *accountability* no uso de técnicas de automação decisória, de João Paulo Lordelo – *RBCCrim* 186/205-236;
- Compreendendo algoritmos aplicados ao sistema de justiça criminal – Ilegibilidade, acesso, compreensão, verdade e computabilidade no 'eu' identificado por algoritmos, de Rafael de Deus Garcia e Evandro Piza Duarte – *RBCCrim* 183/199-226; e
- O devido processo na era algorítmica digital: premissas iniciais necessárias para uma leitura constitucional adequada, de Georges Abboud e João Sérgio dos Santos Soares Pereira – *RT* 1026/125-145.

Índice Alfabético-remissivo

AUTORES

B

BEZERRA, André Augusto Salvador
– A compreensão do ecocídio a partir de saberes indígenas: por uma virada ontológica no Sistema de Justiça Criminal Internacional, p. 401

BORGES, Ademar
– O crime de terrorismo no Brasil: conteúdo do injusto penal e riscos de criminalização de movimentos sociais, p. 19

C

CARVALHO, Maria Paes Barreto de Araujo
– Intervenções corporais coercitivas, *nemo tenetur se detegere* e inovações tecnológicas: é o fim do direito de não produzir provas contra si mesmo?, p. 291

CASTILHOS, Tiago Oliveira de
– "Pode isso, Arnaldo?" Uma súmula não vinculante, mas que vincula e afasta o Código Penal, p. 223

F

FEITOSA, Gustavo Raposo Pereira
– Algoritmização da justiça criminal: uma análise do aplicativo Compas e seus vieses, p. 447

G

GONDIM, Victor Sampaio
– Algoritmização da justiça criminal: uma análise do aplicativo Compas e seus vieses, p. 447

GOMES, Ana Cristina
– La delación premiada frente a la prohibición de proporcionar prueba contra sí mismo: comparación entre América Latina y España, p. 337

GROKSKREUTZ, Hugo Rogério
– Os crimes cibernéticos e o princípio da legalidade: os tipos penais abertos, em branco e a indefinição de dispositivos informáticos, p. 105

M

MELLO, Sebastian Borges de Albuquerque
– Responsabilidade social como culpabilidade da pessoa jurídica? A busca de um conceito a partir da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, p. 195

MILANESE, Pablo
– Diferencia entre las leyes penales en blanco y los elementos normativos del tipo, p. 257

MOREIRA, Nelson Camatta
– Seletividade penal no estado de exceção permanente: um estudo sobre a exclusão dos dados sobre violência policial do relatório de direitos humanos, p. 423

MOREIRA JÚNIOR, Ronaldo Félix
– Seletividade penal no estado de exceção permanente: um estudo sobre a exclusão dos dados sobre violência policial do relatório de direitos humanos, p. 423

N

NUNES, Leandro Gornicki
– Os limites da jurisprudência na jurisdição penal, p. 163

R

RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel
– La delación premiada frente a la prohibición de proporcionar prueba contra sí mismo: comparación entre América Latina y España, p. 337

ROMAN, Ana Carolina Alves Araújo
– O Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde *vs*. Brasil: a aplicação da proibição da escravidão pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e seus reflexos na tutela de direitos pelo Supremo Tribunal Federal, p. 59

S

SÁNCHEZ, James Reátegui
– Las medidas de seguridad en el código penal peruano, p. 139

TEMAS

C

***Civil law* –** Os limites da jurisprudência na jurisdição penal, p. 163

Complementación – Diferencia entre las leyes penales en blanco y los elementos normativos del tipo, p. 257

Corte Europeia de Direitos Humanos – Intervenções corporais coercitivas, *nemo tenetur se detegere* e inovações tecnológicas: é o fim do direito de não produzir provas contra si mesmo?, p. 291

Corte Interamericana de Direitos Humanos – O Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde *vs*. Brasil: a aplicação da proibição da escravidão pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e seus reflexos na tutela de direitos pelo Supremo Tribunal Federal, p. 59

Crimes cibernéticos – Os crimes cibernéticos e o princípio da legalidade: os tipos penais abertos, em branco e a indefinição de dispositivos informáticos, p. 105

Criminalização de movimentos sociais – O crime de terrorismo no Brasil: conteúdo do injusto penal e riscos de criminalização de movimentos sociais, p. 19

Culpabilidade – Responsabilidade social como culpabilidade da pessoa jurídica? A busca de um conceito a partir da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, p. 195

D

Decisão judicial – Algoritmização da justiça criminal: uma análise do aplicativo Compas e seus vieses, p. 447

Delación premiada – La delación premiada frente a la prohibición de proporcionar prueba contra sí mismo: comparación entre América Latina y España, p. 337

Derecho penal negociado – La delación premiada frente a la prohibición de proporcionar prueba contra sí mismo: comparación entre América Latina y España, p. 337

Direitos fundamentais – Seletividade penal no estado de exceção permanente: um estudo sobre a exclusão dos dados sobre violência policial do relatório de direitos humanos, p. 423

Dispositivos informáticos – Os crimes cibernéticos e o princípio da legalidade: os tipos penais abertos, em branco e a indefinição de dispositivos informáticos, p. 105

E

Ecocídio – A compreensão do ecocídio a partir de saberes indígenas: por uma virada ontológica no Sistema de Justiça Criminal Internacional, p. 401

Elementos normativos del tipo – Diferencia entre las leyes penales en blanco y los elementos normativos del tipo, p. 257

Escravidão – O Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde *vs*. Brasil: a aplicação da proibição da escravidão pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e seus reflexos na tutela de direitos pelo Supremo Tribunal Federal, p. 59

Estado de exceção permanente – Seletividade penal no estado de exceção permanente: um estudo sobre a exclusão dos dados sobre violência policial do relatório de direitos humanos, p. 423

F

Fazenda Brasil Verde – O Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde *vs*. Brasil: a aplicação da proibição da escravidão pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e seus reflexos na tutela de direitos pelo Supremo Tribunal Federal, p. 59

G

Garantia contra autoincriminação – Intervenções corporais coercitivas, *nemo tenetur se detegere* e inovações tecnológicas: é o fim do direito de não produzir provas contra si mesmo?, p. 291

H

***Homo sacer* –** Seletividade penal no estado de exceção permanente: um estudo sobre a exclusão dos dados sobre violência policial do relatório de direitos humanos, p. 423

I

Imputabilidade – Las medidas de seguridad en el código penal peruano, p. 139

Inteligência artificial – Algoritmização da justiça criminal: uma análise do aplicativo Compas e seus vieses, p. 447

Internamento – Las medidas de seguridad en el código penal peruano, p. 139

Interpretação – Os limites da jurisprudência na jurisdição penal, p. 163

Intervenções corporais – Intervenções corporais coercitivas, *nemo tenetur se detegere* e inovações tecnológicas: é o fim do direito de não produzir provas contra si mesmo?, p. 291

Irrazoabilidade – "Pode isso, Arnaldo?" Uma súmula não vinculante, mas que vincula e afasta o Código Penal, p. 223

J

Jurisprudência – Os limites da jurisprudência na jurisdição penal, p. 163

Justiça algorítmica – Algoritmização da justiça criminal: uma análise do aplicativo Compas e seus vieses, p. 447

L

Legalidade – O crime de terrorismo no Brasil: conteúdo do injusto penal e riscos de criminalização de movimentos sociais, p. 19

Ley penal en blanco – Diferencia entre las leyes penales en blanco y los elementos normativos del tipo, p. 257

Liberdade de expressão – O crime de terrorismo no Brasil: conteúdo do injusto penal e riscos de criminalização de movimentos sociais, p. 19

Limites – Os limites da jurisprudência na jurisdição penal, p. 163

M

Medidas de segurança – Las medidas de seguridad en el código penal peruano, p. 139

N

***Nemo tenetur se detegere* –** Intervenções corporais coercitivas, *nemo tenetur se detegere* e inovações tecnológicas: é o fim do direito de não produzir provas contra si mesmo?, p. 291

Nemo tenetur se detegere – La delación premiada frente a la prohibición de proporcionar prueba contra sí mismo: comparación entre América Latina y España, p. 337

Normas penais em branco – Os crimes cibernéticos e o princípio da legalidade: os tipos penais abertos, em branco e a indefinição de dispositivos informáticos, p. 105

O

Ontologias – A compreensão do ecocídio a partir de saberes indígenas: por uma virada ontológica no Sistema de Justiça Criminal Internacional, p. 401

P

Pena – "Pode isso, Arnaldo?" Uma súmula não vinculante, mas que vincula e afasta o Código Penal, p. 223

Periculosidade – Las medidas de seguridad en el código penal peruano, p. 139

Pessoa Jurídica – Responsabilidade social como culpabilidade da pessoa jurídica? A busca de um conceito a partir da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, p. 195

Povos Indígenas – A compreensão do ecocídio a partir de saberes indígenas: por uma virada ontológica no Sistema de Justiça Criminal Internacional, p. 401

Princípio da legalidade – Os crimes cibernéticos e o princípio da legalidade: os tipos penais abertos, em branco e a indefinição de dispositivos informáticos, p. 105

Proporcionalidade – "Pode isso, Arnaldo?" Uma súmula não vinculante, mas que vincula e afasta o Código Penal, p. 223

R

Remisión – Diferencia entre las leyes penales en blanco y los elementos normativos del tipo, p. 257

Responsabilidade Social – Responsabilidade social como culpabilidade da pessoa jurídica? A busca de um conceito a partir da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, p. 195

S

Saberes – A compreensão do ecocídio a partir de saberes indígenas: por uma virada ontológica no Sistema de Justiça Criminal Internacional, p. 401

Sistema Penal – Os limites da jurisprudência na jurisdição penal, p. 163

STF – O Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde *vs*. Brasil: a aplicação da proibição da escravidão pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e seus reflexos na tutela de direitos pelo Supremo Tribunal Federal, p. 59

Subcidadania – Seletividade penal no estado de exceção permanente: um estudo sobre a exclusão dos dados sobre violência policial do relatório de direitos humanos, p. 423

Súmulas(não) vinculante – "Pode isso, Arnaldo?" Uma súmula não vinculante, mas que vincula e afasta o Código Penal, p. 223

T

Tecnologia – Intervenções corporais coercitivas, *nemo tenetur se detegere* e inovações tecnológicas: é o fim do direito de não produzir provas contra si mesmo?, p. 291

Terrorismo – O crime de terrorismo no Brasil: conteúdo do injusto penal e riscos de criminalização de movimentos sociais, p. 19

Tipos penais abertos – Os crimes cibernéticos e o princípio da legalidade: os tipos penais abertos, em branco e a indefinição de dispositivos informáticos, p. 105

Tratados internacionais – O crime de terrorismo no Brasil: conteúdo do injusto penal e riscos de criminalização de movimentos sociais, p. 19

Tratamento ambulatório – Las medidas de seguridad en el código penal peruano, p. 139

Tribunal Penal Internacional – A compreensão do ecocídio a partir de saberes indígenas: por uma virada ontológica no Sistema de Justiça Criminal Internacional, p. 401

V

Valoración – Diferencia entre las leyes penales en blanco y los elementos normativos del tipo, p. 257

Viés racial – Algoritmização da justiça criminal: uma análise do aplicativo Compas e seus vieses, p. 447

Violência policial – Seletividade penal no estado de exceção permanente: um estudo sobre a exclusão dos dados sobre violência policial do relatório de direitos humanos, p. 423

Normas de Publicação – Revista Brasileira de Ciências Criminais

Política editorial determinada pela equipe editorial em conformidade com o conselho editorial da RBCCRIM, sujeita à revisão periódica.

1. Dados gerais do periódico

- **Nome**: Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCRIM)
- **Responsável**: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM)
- **Formato**: impresso (Editora Thomson Reuters)
- **Ano de criação**: 1992 (sem interrupções)
- **Periodicidade**: mensal
- **Recebimento de manuscritos**: fluxo contínuo e editais especiais
- **ISSN**: 1415-5400
- ***Qualis***: A1

2. Linha editorial

A Revista Brasileira de Ciências Criminais visa à publicação de **trabalhos científicos** relacionados às **ciências criminais**, essencialmente compreendidas entre as áreas de Direito Penal, Direito Processual Penal e Criminologia, além de seus pontos de transdisciplinaridade com outras esferas do conhecimento, como a psicologia, a medicina, a antropologia, a sociologia etc.

Com o objetivo de abranger tal escopo editorial, o periódico é dividido nas seguintes **seções**:

a) *Direito Penal*: abrangendo Teoria Geral, Parte Especial, Legislação Penal Especial e Direito Penal Econômico;

b) *Processo Penal;*

c) *Crime e Sociedade;*

Ademais, a RBCCRIM, almejando a interlocução entre a estruturação de uma sólida doutrina nas ciências criminais e seu impacto na prática judicial, também publica **comentários críticos a decisões jurisprudenciais**, preferencialmente aquelas emanadas dos tribunais superiores e internacionais. Tais contribuições integram a seção *Direito em Ação* – Comentário Jurisprudencial. Além disso, também são publicados **Pareceres** acerca da aplicação prática de teorias relevantes às ciências criminais.

Por fim, visando à divulgação de importantes trabalhos científicos publicados em âmbito nacional e internacional, especialmente pesquisas acadêmicas, há a seção **Resenhas Críticas**, em que se apresentam breves comentários a tais publicações, ensejando críticas e incentivo ao debate científico. Ocasionalmente, também serão admitidas e publicadas **entrevistas** avaliadas pela coordenação como relevantes à promoção do debate científico concernente ao escopo do periódico.

3. REGRAS PARA SUBMISSÃO

O envio dos trabalhos deverá ser feito por correio eletrônico da RBCCrim, para o endereço revista@ibccrim.org.br e mediante o preenchimento do formulário http://bit.ly/30JjvSo. Recomenda-se a utilização de processador de texto Microsoft Word (formatos doc.). Caso seja usado outro processador de texto, os arquivos devem ser gravados no formato RTF (de leitura comum a todos os processadores de texto).

3.1. 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.

4. Elementos formais obrigatórios

a) Os artigos deverão ser precedidos de uma página de apresentação, na qual se fará constar obrigatoriamente: título do trabalho, nome do autor (ou autores), qualificação (situação acadêmica, títulos com ano de obtenção, instituições às quais pertença e a principal atividade exercida), endereço completo para correspondência, telefone, e-mail, link para o currículo LATTES e número do ORCID.

b) Os trabalhos devem ter entre 20 a 40 páginas, com tolerância de duas para mais ou duas para menos; e resenhas críticas (até 15 páginas). Os parágrafos devem ser justificados. Não devem ser usados recuos, deslocamentos, nem espaçamentos antes ou depois.

c) Como fonte, **usar a Times New Roman, corpo 12. Os parágrafos devem ter entrelinha 1,5; as margens superior e inferior 2,0 cm e as laterais 3,0 cm**. A formatação do tamanho do papel deve ser A4.

d) Os parágrafos devem ser justificados. Não devem ser usados deslocamentos, nem espaçamentos antes ou depois de cada tópico; devem ter entrelinha 1,5; as margens superior e inferior 2,0 cm e as laterais 2,5 cm. A formatação do tamanho do papel deve ser A4.

e) Os trabalhos podem ser escritos em português, espanhol, inglês, francês, alemão ou italiano. Em qualquer caso, **deverão ser indicados, no idioma do artigo e em inglês, o título do trabalho, o respectivo resumo (até 200 palavras) e cinco palavras-chave.**

f) Os artigos devem possuir os seguintes elementos em português e inglês: título/*title*; resumo/*abstract*; palavras-chave/*keywords*; sumário (apenas em português ou na língua original do artigo).

g) A numeração do sumário deverá obrigatoriamente ser feita em algarismos arábicos. É vedada a numeração dos itens em algarismos romanos. No sumário deverão constar os itens com até três dígitos. Exemplo:

> Sumário: 1. Introdução – 2. Responsabilidade civil ambiental: legislação: 2.1 Normas clássicas; 2.2 Inovações: 2.2.1 Dano ecológico; 2.2.2 Responsabilidade civil objetiva. Considerações finais. Referências.

h) Os artigos deverão conter itens específicos para introdução, considerações finais (conclusões) e referências.

i) A Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim) não se responsabilizará por realizar qualquer complemento nos trabalhos, tais como inserção de sumário, resumo ou palavras-chave, que ficam à elaboração exclusiva do autor do artigo.

j) O título do artigo não deverá ser excessivamente extenso, mas necessariamente precisa apresentar de modo claro a temática e a delimitação de seu objeto.

k) A qualificação/afiliação do(s) autor(es) deve obedecer ao seguinte critério: iniciar com a titulação acadêmica (da última para a primeira); caso exerça o magistério, inserir os dados pertinentes, logo após a titulação; em seguida, completar as informações adicionais (associações ou outras instituições de que seja integrante e seu respectivo estado da federação e a cidade); finalizar com a função ou profissão exercida (que não seja na área acadêmica). Deverá ser indicado e-mail para contato. Exemplo:

   Doutor em Direito Processual Penal pela PUC-SP. Professor em Direito Processual Penal na Faculdade de Direito da USP. Membro do IBDP. Juiz Federal em Londrina. ORCID. E-mail.

l) Solicita-se que o autor informe em nota de rodapé qualquer financiamento ou benefícios recebidos de fontes comerciais (por ex., se o artigo é fruto de parecer contratado), e que declare não haver conflito de interesses que comprometam a cientificidade do trabalho apresentado. Se o trabalho for resultante de pesquisas financiadas por órgãos de fomento (desconsiderar bolsas de iniciação científica, mestrado e doutorado ou de editais destinados aos programas como o PROEX, PROAP, PROSUP e versões semelhantes dos órgãos estaduais de fomento), deverá haver tal informação em nota de rodapé, especificando o edital de que resulta o financiamento.

m) As Referências deverão seguir o padrão da norma NBR 6023/2018 (da Associação Brasileira de Normas Técnicas - ABNT). <u>As referências bibliográficas completas</u> deverão constar <u>apenas</u> da lista de REFERÊNCIAS, ao final do texto. Exemplo: PEREIRA, Frederico V. *Delação premiada*: legitimidade e procedimento. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2016. p. 45. Em notas de rodapé <u>não se inclui</u> referência completa, podendo-se utilizar do modelo autor/data/página. Esse mesmo modelo deverá ser utilizado no corpo do texto, quando de citações de trechos de obras, devendo a informação vir entre parênteses. Exemplos: PEREIRA, 2016, p. 45, quando em notas de rodapé; e (PEREIRA, 2016, p. 45), quando no corpo do texto.

n) Palavras em língua estrangeira devem constar com uso de *itálico*. Jamais deve ser usado negrito ou sublinhado.

o) Citações diretas (transcrição textual de parte da obra de autor consultado) no corpo do texto devem seguir a norma NBR 1052 (ABNT/2002), ou seja:

   – Citações diretas de <u>até três linhas</u> devem estar contidas entre aspas duplas, no corpo do parágrafo a que se referem. Exemplo: Barbour (1971, p. 35) descreve: "O estudo da morfologia dos terrenos [...] ativos[...]". OU: "Não se mova, faça de conta que está morta." (CLARAC; BONNIN, 1985, p. 72)

– Citações diretas de 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.

5. Cientificidade

Os artigos deverão apresentar caráter científico, definindo e esclarecendo um (ou mais) problema específico, sumarizando os estudos prévios sobre a temática e informando aos leitores o estado em que se encontra uma determinada área de investigação. Além disso, o trabalho deve buscar identificar relações, contradições, lacunas e inconsistências na literatura e indicar sugestões para a resolução dos problemas identificados.

Preferencialmente, serão publicados artigos que apresentem contribuição inédita e efetiva às ciências criminais, a partir de referências sólidas e/ou pesquisa empírica inédita. Assim, o trabalho deverá ser uma fonte confiável para o leitor conhecer o estado atual de cada área acerca da temática abordada, é necessária a referência a todas as informações nele inseridas e, ainda, precisam ser identificados e justificados os métodos de correção estatística que eventualmente sejam utilizados.

5.1. Pressupostos de Integridade Ética em Pesquisa

a) Autoria: Todas as pessoas que contribuíram para a pesquisa devem ser indicadas. Cada autor deve ter participado suficientemente do trabalho para poder assumir publicamente a responsabilidade pelo seu conteúdo. Sua participação deve incluir: a) a concepção ou delineamento ou ainda análise e interpretação dos dados, ou ambos; b) redação do manuscrito ou sua revisão, quando inclua critica

intelectual importante de seu conteúdo; c) aprovação final da versão a ser publicada. A simples participação na coleta de dados não justifica autoria.[1]

b) Coautoria: Quando se tratar da publicação de resultados obtidos por meio de pesquisa coletiva, é preciso certificar-se da contribuição intelectual direta e efetiva e do consentimento de todos os colaboradores. A cessão de recursos financeiros e de infraestrutura não é indicação de coautoria.

c) Vedação de Plágio: Quando uma ideia ou uma formulação utilizada no trabalho não sejam evidentemente de domínio público na área de pesquisa em questão, presume-se que se trata de contribuição original. Se não for esse o caso, a ideia ou formulação devem ser expressamente creditadas, sob pena de plágio.

d) Vedação de Autoplágio: Quando trabalho idêntico ou substancialmente semelhante tiver sido publicado em outro veículo de comunicação, ainda que em outro idioma, esse fato deve ser declarado expressamente no texto e informado ao editor no momento da submissão. A falta de menção expressa a esse fato caracterizará o autoplágio.

e) Responsabilidade: O autor ou, quando for o caso, cada um dos autores é responsável pela qualidade do trabalho como um todo, a menos que os limites de sua contribuição sejam indicados de modo expresso e preciso.

f) Termo de consentimento livre e esclarecido (TCLE): Sempre que, em virtude do objeto ou outras circunstâncias de pesquisa, for possível a identificação dos entrevistados, será exigida a apresentação de TCLE dos entrevistados que puderem ser identificados.

g) Conflito de interesses: quando houver possível conflito de interesses, os autores devem informar a equipe editorial no ato da submissão do trabalho. Os editores decidirão sobre a configuração de conflito de interesses avaliando se a cientificidade da obra foi comprometida.

h) Responsabilidade com Dados

- Fontes: Sempre que se faz referência a dados é necessário que seja apontada a sua fonte.
- Termo de Confidencialidade: Sempre que um trabalho fizer uso de dados obtidos através de TC, é preciso que os autores enviem o termo no ato da submissão do trabalho para que se possa apurar sua observância.
- Manipulação: Sempre que se utilizarem métodos de correção estatística, os mesmos devem ser identificados e justificados.

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.

5.2. 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.

5.3. Política de Privacidade

a) Os nomes e endereços informados nesta revista serão usados exclusivamente para os serviços prestados por esta publicação, não sendo disponibilizados para outras finalidades ou a terceiros.

b) Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim) adota o sistema de controle duplo-cego por pares, de modo que há anonimato entre os avaliadores e autores, respeitando o sigilo sobre os dados do redator do parecer no momento do encaminhamento ao autor.

c) Com relação aos pareceres eventualmente emitidos pelos avaliadores da Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim), embora utilize-se o sistema de controle duplo-cego (em que autor e revisores não têm informações recíprocas no momento da avaliação), após a finalização do processo editorial, a partir do momento da tomada da decisão final pela equipe editorial, não há proibição de publicização do parecer pelo seu autor (parecerista). Por exemplo, autoriza-se (e sugere-se) a publicação do conteúdo das avaliações no sistema PUBLONS. Ou seja, os direitos autorais sobre os pareceres são dos seus respectivos autores (pareceristas). O direito de anonimato em relação à avaliação é disponível ao parecerista, que pode optar por publicar posteriormente o parecer emitido.

d) A partir dessa lógica, deve-se ressaltar que os autores dos artigos submetidos não podem dar publicidade a eventuais pareceres recebidos, salvo em caso de autorização expressa do parecerista.

e) Por fim, ao submeter o artigo para o processo editorial da Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim), o autor está ciente e autoriza eventual divulgação do parecer emitido por qualquer avaliador do periódico, por exemplo, no sistema PUBLONS.

6. 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.

7. Processo de avaliação e publicação

a) Controle preliminar formal *(desk review):* Recebido o manuscrito, inicialmente haverá um controle preliminar realizado pelos editores (chefe, assistentes, executivos ou editores associados) do periódico, o que condicionará seu envio para o controle por pares. Em tal momento, a avaliação se limitará aos aspectos formais essenciais do artigo, conforme as regras expostas anteriormente, analisando-se os seguintes aspectos:

1. O trabalho obedece às normas de publicação da Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim)?
2. O trabalho é compatível com a linha editorial do periódico?
3. O trabalho apresenta linguagem adequada e cientifica, sem erros excessivos? (considerar que haverá revisão gramatical e de ortografia se aprovado)
4. O trabalho é inédito?
5. A temática abordada é atual e/ou relevante?
6. O artigo utiliza referências atualizadas e de autores nacionais e estrangeiros representativos na temática abordada?

b) Em caso de rejeição preliminar, o autor será notificado, mediante o envio do parecer emitido com os motivos da recusa. Em tal situação, o artigo poderá ser submetido novamente à avaliação para volume posterior, se mantido o ineditismo e corrigidas as deficiências indicadas.

c) No curso da avalição 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.

8. 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.

9. 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.

10. 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.

10.1. 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.

10.2. 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 cadastra por meio do seguinte link: https://docs.google.com/forms/d/1q8yIS1jaoaNiYyEPjEhr_nJVOaMpnB3t7FLxGnH4dwo/viewform?edit_requested=true

Como contraprestação à contribuição realizada pelo parecerista, serão fornecidas, conforme solicitação, **declaração de sua participação no corpo permanente e individuais por parecer emitido** (para fins de preenchimento e comprovação em Lattes nos campos *Revisor de Periódico* e *Produção Técnica – Parecer,* sem divulgação do título do artigo avaliado). **As declarações serão emitidas uma vez ao ano (mês de dezembro)**, englobando todos os pareceres emitidos no período, salvo casos de urgência motivada.

Além disso, o parecerista que respeitar integralmente as regras contidas nestas Diretrizes e no documento de Política Editorial da RBCCRIM, especialmente com a atenção aos prazos para resposta, **receberá um código de acesso da versão digital do volume referente à avaliação realizada** (fornecido diretamente pela Editora RT e mediante requisição).

Por fim, a cada quatro (4) pareceres realizados adequadamente e com respeito ao prazo determinado, o avaliador terão direito a **um exemplar impresso da RBCCRIM**, conforme disponibilidade no estoque do IBCCRIM. O exemplar deverá ser retirado pessoalmente (ou por terceiro com autorização por escrito) na sede do IBCCRIM em São Paulo, pois não haverá pagamento de custas e disponibilidade para postagem nos correios.

Na versão impressa da revista será publicada a lista dos avaliadores que efetivamente emitiram pareceres referentes ao respectivo volume/mês.

Para fins de **determinação do volume (mês) em que houve a colaboração do parecerista**, por se tratar de periódico de fluxo contínuo (salvo em caso de dossiês temáticos), serão adotados os seguintes critérios:

a) se, na decisão editorial (após o recebimento de todos os pareceres) o artigo for aprovado, considerar-se-á o volume (mês) em que o artigo for publicado;

b) se, na decisão editorial (após o recebimento de todos os pareceres) o artigo for rejeitado, considerar-se-á o volume (mês) em que o artigo for rejeitado pela decisão final da equipe editorial.

Portanto, por exemplo, embora o parecerista tenha enviado a avaliação em um determinado mês (junho), se houver pareceres divergentes (sendo necessária a redistribuição a novo avaliador) e a rejeição ocorrer em agosto, considerar-se-á que todos os avaliadores contribuíram ao volume da RBCCRIM de agosto.

2. REQUISITOS PARA INGRESSO NO CORPO DE AVALIADORES

O pesquisador interessado em compor o corpo de pareceristas e contribuir com a RBCCRIM deverá:

a) possuir currículo LATTES atualizado (se brasileiro);

b) Possui número de registro ORCID

c) possuir a titulação de mestre ou estar cursando doutorado em Direito ou áreas afins;

d) possuir conhecimento específico acerca das ciências criminais, demonstrado a partir de titulação, experiência na pesquisa e docência ou sólida produção bibliográfica, relacionados à área das ciências criminais;

e) atestar disponibilidade para a realização de **dois pareceres por bimestre** com respeito aos prazos e regras da RBCCRIM.

Em razão das regras determinadas pela Qualis/CAPES, haverá preferência a pesquisadores com doutorado finalizado, professores de Programas de Pós-Graduação e não vinculados ao estado de São Paulo (regra de exogenia).

3. DIRETRIZES PARA REALIZAÇÃO DA AVALIAÇÃO

Em razão dos prazos exigidos para a publicação da Revista, e a fim de evitar atrasos na resposta aos autores e no próprio encaminhamento dos textos à Editora, o parecer deve ser enviado no **prazo máximo de 15 (quinze) dias**. Caso haja qualquer dificuldade no atendimento do mencionado prazo, deve-se notificar o periódico para que se busque a solução adequada. O envio do parecer deve ser **em formato DOC (WORD), e não em PDF**, pois posteriormente os dados do avaliador precisam ser suprimidos para o envio anônimo ao autor.

Se houver qualquer identificação do autor do artigo ou sua temática apresentar complexidade que deva ser analisada por avaliador específico, tal fato deve ser informado imediatamente, a fim de que se encaminhe o trabalho a outro parecerista. Contudo, deve-se considerar

que existem **limites para a quantidade de recusas à avaliação pelo parecerista**, o que pode resultar no afastamento do avaliador do corpo permanente.

Assim, após a leitura do trabalho encaminhado, deve-se **preencher o formulário constante no modelo de parecer**, manifestando a avaliação do artigo. Na confecção da justificativa do parecer, poder-se-á utilizar o espaço necessário. Além disso, também pode ser realizada a avaliação do texto por meio da **ferramenta de revisão do WORD**, com sugestões de alterações e comentários, desde que atente-se à exclusão de qualquer dado que possa identificar o parecerista. Isso não afasta a necessidade de preenchimento e justificação do parecer.

Para a realização da avaliação, impõe-se o conhecimento prévio das regras contidas no documento referente à Política Editorial da RBCCRIM, que pode ser acessado no link: https://www.ibccrim.org.br/rbccrim_normas_publicacao

Considerando tais diretrizes e os critérios elencados no modelo de parecer, deve-se iniciar a avaliação pelos "critérios de exclusão" (parte 1), que determinam aspectos formais indispensáveis ao artigo científico, sob pena de rejeição preliminar, o que, de qualquer modo, precisa ser motivado no campo de justificação (parte 3). Se considerado apto em tal análise, deve-se realizar a avaliação qualitativa conforme os "critérios de avaliação" (parte 2), determinando-se uma nota ao artigo, e, ao final, motivando-se tal decisão. Por fim, deve-se apontar o parecer final e os demais aspectos acessórios.

A ausência de justificativa ou sua inconsistência acarreta a invalidade do parecer! A mera marcação dos critérios e definição de nota é insuficiente, sendo necessária a motivação específica, onde deve-se descrever brevemente o conteúdo fundamental do trabalho analisado e sua adequação aos critérios determinados.

4. Regras sobre disponibilidade e prazos de resposta

Cada integrante do corpo permanente de avaliadores da RBCCRIM deverá estar disponível para emitir **até dois pareceres por bimestre** no **prazo de 15 dias a partir do recebimento da solicitação**.

Em caso de não realização do parecer em razão da temática específica do artigo enviado necessitar **avaliador** *ad hoc,* tal situação deverá ser motivada especificamente no formulário de avaliação.

A cada período de atividade de 12 meses, o avaliador poderá solicitar a **suspensão temporária** de encaminhamento de novos artigos para avaliação pelo prazo de até 3 meses, sem afastamento do corpo de avaliadores permanentes.

Em caso de inatividade por 2 meses (não resposta às solicitações) ou duas negativas injustificadas consecutivas, descumprimento das regras e desrespeito reiterado dos prazos, o avaliador será **imediatamente afastado** do corpo permanente de pareceristas da RBCCRIM, sem prejuízo de posterior reingresso quando atestada a necessária disponibilidade.

5. Pressupostos de integridade ética aos avaliadores

(Versão inspirada nas diretrizes adotadas e sugeridas pela Revista Teoria Jurídica Contemporânea, periódico do PPG em Direito da UFRJ. Disponível em: <https://revistas.ufrj.br/index.php/rjur/about/editorialPolicies>. Acesso em: 16 mar. 2016).

O parecer cego deve ser feito com rigor, objetividade, imparcialidade e presteza. A avaliação deve ser realizada com o objetivo de aprimorar a produção científica do Direito.

O parecerista não deve utilizar critérios distintos daqueles determinados no modelo de parecer da RBCCRIM. Um trabalho não deve ser rejeitado por discordâncias pessoais do avaliador (salvo se o trabalho sustentar posições avessas e incompatíveis às diretrizes regimentais e políticas do IBCCRIM) ou formalidades distintas das requeridas pelo periódico, mas **devem ser considerados somente critérios científicos para o aprimoramento das ciências criminais**.

O revisor deverá abster-se de sua função de avaliador, por potencial **conflito de interesse**, quando manter colaboração cientifica regular, em atividade de pesquisa, publicação, orientação ou tutoria, ou quando tiver relação familiar com algum dos pesquisadores responsáveis pela proposta submetida à sua avaliação. "Há conflito potencial de interesses nas situações em que a coexistência entre o interesse que deve ter o pesquisador de fazer avançar a ciência e interesses de outra natureza, ainda que legítimos, possa ser razoavelmente percebida, por ele próprio ou por outrem, como conflituosa e prejudicial à objetividade e imparcialidade de suas decisões científicas, mesmo independentemente de seu conhecimento e vontade"

6. Princípios para uma boa avaliação[1]

Confidencialidade: é essencial que a confidencialidade do processo de correção do artigo seja respeitada, durante a avaliação e mesmo após a divulgação dos resultados. Por isso, requer-se do(a) avaliador(a) que mantenha o sigilo a respeito dos trabalhos avaliados, evitando-se comentar ou divulgar, verbalmente ou por escrito, qualquer questão relacionada aos artigos avaliados. O anonimato, garantido pelo processo de avaliação cega (*double blind peer review*) deve ser protegido mesmo após a entrega do parecer. O respeito a esse princípio do processo de avaliação é considerado essencial.

Imparcialidade: a produção intelectual na área das ciências sociais aplicadas, como é o direito, é historicamente marcada pela tensão entre a cientificidade e os valores ou preferências, sejam eles políticos, religiosos ou éticos. É um grande desafio, portanto, avaliar um trabalho carregado por tais tensões. Por isso, recomenda-se uma "autovigilância" constante no processo de avaliação, para que preferências como convicções políticas ou outras convicções

1. Recomendações adaptadas do Guia de avaliação de TCC do programa de pós-graduação lato sensu da FGV Direito SP | GVlaw, disponível online.

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 avaliação.

Respeito aos prazos: o processo de avaliação deve obedecer a prazos para que sejam reunidas as condições mais céleres possíveis de resposta aos(às) autores(as). Atrasos podem gerar graves consequências para os(as) autores(as) e para a RBCCrim como um todo, tais como prejuízos ao cronograma de produtividade acadêmica exigida pelos programas de pós-graduação ou morosidade para a confecção antecipada dos próximos números da revista. Não há impedimento à comunicação de indisponibilidade ou afastamento temporário, sem prejuízo de posterior reingresso quando atestada a necessária disponibilidade.

Feedback Construtivo

A avaliação de um trabalho acadêmico implica em um importante exercício de empatia, colaboração e autoconhecimento. O feedback pode alcançar diferentes resultados, a depender da forma que foi emitido: pode ser encorajador e oferecer uma boa contribuição para o artigo, ou ser destrutivo e desestimular o destinatário, sem oferecer qualquer contribuição científica/acadêmica útil para o trabalho. Portanto sugerimos que, ao dar feedback sobre o trabalho sob sua avaliação, leve em consideração as seguintes sugestões:

(I) **Comece ressaltando os pontos positivos**: iniciar uma avaliação ressaltando os pontos fortes do artigo pode auxiliar o destinatário a receber melhor as críticas colocadas, com a segurança de que outros aspectos foram levados em conta. O feedback deve sempre ser equilibrado e levar em conta a integralidade do artigo. Muitas vezes, o ato de apenas enumerar o que está errado desestimula o receptor que se sente desprestigiado e não favorece uma avaliação justa, tendo em vista que é focada apenas nos erros.

(II) **Seja específico e ofereça alternativas:** é muito importante evitar comentários genéricos, que dificultam a compreensão do que pode ser desenvolvido pelo(a) autor(a). Comentários como "muito bom", "muito ruim", "terrível" etc., costumam não apontar nenhuma direção e não fornecem uma colaboração efetiva. Sugestões objetivas facilitam a compreensão e dão ao(à) autor(a) a oportunidade de corrigir seus erros e aprimorar suas habilidades para as próximas pesquisas. A especificidade também auxilia o receptor da informação a entender os critérios para a sua avaliação e a aceitar isso como uma colaboração, não como uma punição.

(III) **Seja mais descritivo e gentil:** assumir uma postura avaliativa muito assertiva pode prejudicar a forma com que essa informação será recebida pelo(a) autor(a). Não podemos esquecer que, para além da avaliação final, esse momento integra uma relação de troca e crescimento com um(a) autor(a) que não espera de uma instituição acadêmica uma contribuição pouco construtiva e hostil. O anonimato garantido pela "avaliação cega" não pode nos fazer esquecer de que, "do outro lado" do Formulário de Avaliação haverá um autor(a) que receberá os comentários.

(IV) **Evite adjetivos:** Normalmente, uma avaliação bem fundamentada e construtiva se caracteriza por trazer poucos adjetivos. Simplesmente dizer que um determinado argumento é "ruim" ou "frágil" é diferente de demonstrar, concretamente, a contradição lógica implicada por esse mesmo argumento. A adjetivação, com frequência, fala menos do artigo e mais das preferências do(a) avaliador(a), pouco contribuindo, portanto, para a compreensão, pelo(a) autor(a), sobre as forças e deficiências de seu artigo.

(V) **Ofereça uma contribuição:** cada pessoa possui uma forma de desenvolver seu raciocínio e uma maneira de escrever. Avaliar não significa impor sua forma de desenvolver a pesquisa, mas sim colocar ao(à) pesquisador(a) uma opção de como o estudo poderia ser melhor desenvolvido. Ainda que esse feedback implique apontar um erro, colocar isso como uma sugestão facilita a absorção da informação, pois muitas vezes a crítica direta desperta a resistência do receptor.

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

IBCCRIM

CONDIÇÕES PARA SUBMISSÃO (*CHECK LIST*)

(ou "como evitar uma rejeição preliminar")

* requisitos básicos que não excluem a necessidade de integral atenção às demais regras da Política Editorial da RBCCRIM (https://www.ibccrim.org.br/rbccrim_normas_publicacao)

- ✓ **O artigo é inédito e livre de plágio? Ele** não está sendo avaliado **para publicação por outra revista?** Quando um trabalho idêntico ou semelhante tiver sido publicado em meio distinto (ainda que em outro idioma), esse fato deve ser informado ao editor no momento da submissão.
- ✓ O formulário de submissão foi preenchido em sua integralidade? http://bit.ly/30JjvSo.
- ✓ O trabalho aborda temática relacionada às ciências criminais e é compatível com a linha editorial da RBCCRIM?
- ✓ O texto é precedido de título, **resumo (até 200 palavras) e cinco palavras-chave, todos no idioma do artigo e em inglês, além de sumário (no idioma do artigo)?**
- ✓ O artigo é divido em tópicos e apresenta **itens específicos para introdução, considerações finais (ou conclusões) e referências**?
- ✓ O trabalho tem entre 20 e 40 páginas sem espaçamentos entre os parágrafos, 1.5 de entrelinha, fonte Times New Roman (tamanho 12 no corpo) e margens superior e inferior 2,0 cm e as laterais 3,0 cm?
- ✓ A qualificação do(a)(s) autor(a)(es), número de ORCID e seu e-mail estão indicados?
- ✓ **Os autores e coautores possuem titulação mínima de mestrado?**
- ✓ Se houver financiamento, os dados do edital estão indicados em nota de rodapé?
- ✓ Se houver apresentação de resultados de pesquisa empírica inédita envolvendo seres humanos, há a indicação em nota de rodapé da aprovação por comitê de ética?
- ✓ O artigo utiliza **referências** atualizadas e de autores nacionais e estrangeiros representativos na temática abordada?
- ✓ O trabalho respeita integralmente as demais regras da Política Editorial da RBCCRIM?

Edital I – Chamada de Artigos Dossiês – 2022

Dossiê "Criminologia Cultural" – RBCCRIM nº (193)



Com o objetivo de adequar-se às melhores práticas de periódicos internacionais e incentivar a democratização do conhecimento aplicado aos artigos direcionados à **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, periódico científico **QUALIS A1**, a Equipe Editorial da RBCCRIM torna público que receberá, no período determinado abaixo, artigos científicos a serem publicados no volume **193**, sobre o tema: "**Criminologia Cultural**".

Editores(as)-Associados(as):

Prof. Dr. Salah H. Khaled Jr.

(Universidade Federal do Rio Grande – FURG)

Endereço para acessar este cv: http://lattes.cnpq.br/6155872393221444

Prof. Dr. José Antônio Gerzson Linck

(Universidade La Salle – UNILASALLE)

Endereço para acessar este cv: http://lattes.cnpq.br/6669388540100428

Prof. Dra. Michelle Brown

(Universidade do Tennessee, EUA)

- **Ementa:** Subculturas, resistência e reação social; Fenomenologia da violência, primeiro plano do crime e ação-limítrofe; Pânico moral, criminalização da cultura e movimentos sociais; Meios de comunicação e representação da criminalidade; Crime, modernidade tardia e capitalismo global; Criminologia Cultural, guerra e terrorismo; Crime, cultura de consumo e comodificação da transgressão; Criminologia Cultural e estudos urbanos; Metodologias da Criminologia Cultural; Criminologia Cultural e estudos étnico-raciais; Criminologia Cultural e feminismos; Criminologia cultural, teorias queer e estudos de gênero; Criminologia Cultural e Criminologia Verde; Intersecções entre a Criminologia Cultural e a justiça social; Criminologia Cultural e Política Criminal; Inserção da Criminologia Cultural no

campo teórico criminológico; Estudos psicanalíticos, violência urbana e psicologia social; Criminologia Cultural, transdisciplinaridade e arte; Criminologia Cultural e interdisciplinaridade.

- **Prazo submissão: 01 de abril de 2022**

Normas:

Os artigos deverão ser cadastrados e enviados pelo site do IBCCRIM (https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/pagina/7) contendo folha de rosto com informação sobre o Dossiê ao qual é submetido.

Os textos devem respeitar todas as regras determinadas na Política Editorial da RBCCRIM (https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/pagina/7), sob pena de ser rejeitado preliminarmente. A avaliação será feita por meio do sistema de *controle duplo-cego por pares*, de acordo com as diretrizes da Qualis/CAPES.

A equipe editorial da RBCCRIM poderá encaminhar artigos submetidos à chamada geral de fluxo contínuo, que abordem temática relacionada a algum dos dossiês, para a sua avaliação conjunta; os textos já aprovados e em fila para publicação que tratem do tema de algum dos dossiês poderão ser nele publicados.

Edital II – Chamada de Artigos Dossiês – 2022

Dossiê "Dossiê Justiça Restaurativa" – RBCCRIM nº (195)



Com o objetivo de adequar-se às melhores práticas de periódicos internacionais e incentivar a democratização do conhecimento aplicado aos artigos direcionados à **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, periódico científico **QUALIS A1**, a Equipe Editorial da RBCCRIM torna público que receberá, no período determinado abaixo, artigos científicos a serem publicados no volume **195**, sobre o tema: "**Dossiê Justiça Restaurativa**".

Editores(as)-Associados(as):

Prof. Dr. Daniel Achutti

(Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – Porto Alegre/RS)

Endereço para acessar este CV: http://lattes.cnpq.br/4216504259102555

Profa. Dra. Raffaella Pallamolla

(Universidade La Salle – Canoas/RS)

Endereço para acessar este CV: http://lattes.cnpq.br/9298767854135130

- **Ementa:** O dossiê pretende explorar o desenvolvimento da justiça restaurativa – em termos teóricos e práticos – no campo da justiça criminal e juvenil, com ênfase no Brasil e na América Latina. O intuito é observar se a justiça restaurativa tem sido capaz de incorporar as particularidades desses contextos periféricos, relacionados à justiça social. Especialmente em relação ao caso brasileiro, esta publicação pretende verificar se a justiça restaurativa se mostra um espaço adequado para discutir características da sociedade brasileira responsáveis pela manutenção de desigualdades sociais, refletidas na atuação do sistema penal, a exemplo do racismo estrutural, da violência de gênero e da violência institucional. Pretende, ainda, especificamente em relação à aplicação da justiça restaurativa aos conflitos criminais, discutir seu papel na redução do superencarceramento e da seletividade penal, suas possibilidades de impactar no desfecho do processo penal e sua relação com o acordo de não-persecução penal e outros institutos de natureza consensual existentes

no Brasil e na América Latina. Busca, também, analisar quais os movimentos e teorias influenciaram a introdução e o desenvolvimento da justiça restaurativa nos contextos mencionados.

- **Prazo submissão: 01 julho de 2022**

Normas:

Os artigos deverão ser cadastrados e enviados pelo site do IBCCRIM (https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/pagina/7) contendo folha de rosto com informação sobre o Dossiê ao qual é submetido.

Os textos devem respeitar todas as regras determinadas na Política Editorial da RBCCRIM (https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/pagina/7), sob pena de ser rejeitado preliminarmente. A avaliação será feita por meio do sistema de *controle duplo-cego por pares*, de acordo com as diretrizes da Qualis/CAPES.

A equipe editorial da RBCCRIM poderá encaminhar artigos submetidos à chamada geral de fluxo contínuo, que abordem temática relacionada a algum dos dossiês, para a sua avaliação conjunta; os textos já aprovados e em fila para publicação que tratem do tema de algum dos dossiês poderão ser nele publicados.

A garantia da motivação e o artigo 935 do Código Civil: a inconstitucionalidade da vinculação do juízo cível às sentenças do Tribunal do Júri

Reasoned decisions and the article 935 of the Brazilian Civil Code: unconstitutionality of the binding effects from the jury's decisions to the civil justice

Daniel de Oliveira Pontes
Mestrando em Direito Processual na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Advogado.
danielop@globo.com

Data de recebimento: 01.11.2017
Data de aprovação: 12.11.2017 e 16.11.2017

modelo

Áreas do Direito: Processual; Civil; Penal

Resumo: No presente artigo, destaca-se a problemática dos julgamentos do Tribunal do Júri, em que os jurados decidem por íntima convicção e em sigilo. Diante dessas peculiaridades, pretende-se analisar se as sentenças prolatadas nesse rito especial do processo penal podem repercutir no cível, em especial pela garantia da motivação das decisões jurisdicionais.

Palavras-chave: Motivação – Garantias – Júri – Vinculação – Inconstitucionalidade.

Abstract: The present work seeks to analyze this problem regarding Jury's decisions, because they are confidential and unjustified. Such characters could prevent the application of the article 935 to obey the right of the parts to reasoned decisions.

Keywords: Decisions – Rights – Jury – Binding – Unconstitutionality.

Sumário: 1. Introdução e delimitação do tema. 2. O conteúdo da garantia da motivação em um Direito Processual constitucionalizado. 2.1. O neoconstitucionalismo e seu impacto no Direito Processual. 2.2. O princípio da motivação como garantia estrutural da prestação jurisdicional. 3. O artigo 935 do Código Civil e a influência do juízo penal no cível. 4. Os julgamentos no Tribunal do Júri: a peculiaridade do sigilo do voto e da soberania dos veredictos. 5. A inconstitucionalidade da incidência do artigo 935 do CC nos casos de Tribunal do Júri frente à garantia da motivação. 6. Conclusões. 7. Referências.

1. Introdução e delimitação do tema

Ao longo do tempo, o exercício do poder jurisdicional já comportou relações diversas com a exigência da fundamentação de seus atos: a íntima convicção, a prova tarifada e o livre convencimento motivado. No Código de Processo Civil (CPC) atual, afloram críticas de que não haveria liberdade na formação do convencimento, de modo que nos encaminharíamos para um novo momento histórico, tendo em vista que o direito processual deve servir como mecanismo de controle às decisões judiciais.[1]

Seja como for, é induvidoso que, no atual estado de coisas, a motivação se tornou uma garantia estruturante do processo, que legitima o próprio exercício da jurisdição pelo agente público.

7. Referências

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista de Direito Administrativo*, v. 240, p. 1-42, abr.-jun. 2005.

CALAMANDREI, Piero. *Procedure and democracy*. Trad. John Clarke Adams e Helen Adams. New York: New York University Press, 1956.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

GALDINO, Flavio. A evolução das ideias de acesso à justiça. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flavio (Org.). *Direitos fundamentais*: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*. São Paulo: Ed. RT, 2015. v. 2.

PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. O novo Código de Processo Civil (CPC) e as inovações hermenêuticas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 52, n. 206, p. 33-51, abr.-jun. 2015.

TIMOTEO, Gabrielle. Normativos internacionais e escravidão. *Revista Hendu,* n. 4, p. 70-83, 2013. Disponível em: [www.periodicos.ufpa.br/index.php/hendu/article/view/1716/2137]. Acesso em: 27.10.2017.

1. STRECK, Lenio Luiz. O novo Código de Processo Civil (CPC) e as inovações hermenêuticas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 52, n. 206, p. 33-51, abr.-jun. 2015.

modelo