Revista Brasileira de
CIÊNCIAS CRIMINAIS

BRAZILIAN CRIMINAL SCIENCES REVIEW

Ano 31 • vol. 198 • set./out. 2023

REVISTA BRASILEIRA DE
CIÊNCIAS CRIMINAIS
Ano 31 • vol. 198 • set./out. 2023

Presidência
Renato Stanziola Vieira

Coordenação
André Nicolitt

EQUIPE EDITORIAL DA REVISTA – IBCCRIM

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

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

Editores-executivos:

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

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

CONSELHO EDITORIAL

Adolfo Ceretti (Università degli Studi di Milano-Bicocca – Itália)
Afranio da Silva Jardim (UERJ – Rio de Janeiro/RJ)
Alejandro Aponte (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 Francisco de Faria Costa (Universidade de Coimbra – Portugal)
Juan Felix Marteau (Universidad de Buenos Aires – Argentina)
Juan Pablo Montiel (Universidad de San Andrés – Argentina)
Juarez Cirino dos Santos (UFPR – Curitiba/PR)
Juarez Tavares (UERJ – Rio de Janeiro/RJ)
Kai Ambos (Georg-August-Universität Göttingen – Alemanha)
Leandro Ayres França (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS)
Luis Alberto Arroyo Zapatero (Universidad de Castilla-La Mancha – Espanha)
Luis Fernando Niño (Universidad de Buenos Aires – Argentina)
Luiz Regis Prado (UEM – Maringá/PR)
Maria Paz Arenas Rodrigañez (Universidade Complutense de Madrid – Espanha)
Manuel da Costa Andrade (Universidade de Coimbra – Portugal)
Maria João Antunes (Universidade de Coimbra – Portugal)
Mariângela Gama de Magalhães Gomes (Universidade de São Paulo – USP – São Paulo/SP)
Marina Pinhão Coelho Araujo (Insper Instituto de Ensino e Pesquisa – INSPER – São Paulo/SP)
Mauricio Martínez Sánchez (Universidad Libre – Colômbia)
Máximo Sozzo (Universidad Nacional del Litoral – Argentina)
Miguel Reale Júnior (USP – São Paulo/SP)
Nicolás Rodríguez García (Universidad de Salamanca – Espanha)
Nilo Batista (UERJ – Rio de Janeiro/RS)
Pedro Caeiro (Universidade de Coimbra – Portugal)
Olga Spinoza (Universidade do Chile – Chile)
Pilar Gomes Pavón (Universidade Complutense de Madrid – Espanha)
Raúl Cervini (Universidade da República do Uruguai – Uruguai)
Salo de Carvalho (Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ – Rio de Janeiro/RJ)
Sergio Moccia (Università di Napoli Federico II – Itália)
Sérgio Salomão Shecaira (Universidade de São Paulo - USP - São Paulo/SP)
Stella Maris Martinez (Universidad de Buenos Aires – Argentina)
Urs Kindhäuser (Universidad de Bonn – Alemanha)
Vicente Greco Filho (USP – São Paulo/SP)

CORPO DE PARECERISTAS (DESTE VOLUME)

Anamaria Prates Barroso (Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP – Brasília/DF),
André Rocha Sampaio (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS),
André Vaz Porto Silva (UERJ - Rio de Janeiro/RJ),
Bartira Macedo De Miranda (Universidade Federal de Goiás – Goiânia/GO),
Bruno Buonicore (Centro Universitário de Brasília – CEUB – Brasilia/DF),
Carlos Hélder Mendes (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS),
Clara Cardoso Machado Jaborandy (Universidade Tiradentes – Aracajú – SE),
Claudia Cristina Barrilari (Universidade de São Paulo - USP - São Paulo/SP), Claudia Da Silva Abreu (UFPR – Curitiba/PR),
Cristiane Brandão Augusto (Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ – Rio de Janeiro/RJ),
Darcy Ramos Da Silva Neto (Universidade de São Paulo - USP - São Paulo/SP),
Eduardo Matheus Ferreira Lopes (Faculdade de Direito de Franca – Franca/SP),
Emília Merlini Giuliani (Universität Osnabrück – Niedersachsen – Alemanha),
Felipe Da Costa De-Lorenzi (Universidade Federal do Rio Grande do Sul – Porto Alegre/RS), Felipe Da Veiga Dias (Faculdade Meridional – IMED – Passo Fundo – RS),
Flávia Sanna Leal De Meirelles (Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ – Rio de Janeiro/RJ),
Flávia Siqueira Cambraia (UFMG – Belo Horizonte/MG),
Gabriel Divan (Universidade de Passo Fundo - Passo Fundo/RS),
Gerson Faustino Rosa (Escola Superior da Polícia Civil do Estado do Paraná – ESPC – Curituba/PR),
Guilherme Michelotto Bões (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS),
Gustavo De Oliveira Quandt (Universidade Federal do Paraná – UFPR – Curitiba/PR),
Gustavo Junqueira (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUCSP – São Paulo/SP),
Hamilton Ferraz (Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro - PUCRJ – Rio de Janeiro/RJ),
Haroldo Caetano Da Silva (Universidade Federal de Goiás - UFG – Goiania /GO),
Jamilla Monteiro Sarkis (Universidade Federal de Minas Gerais - Belo Horizonte/MG),
Jardel Luís Da Silva (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS),
Jorge Trindade (Universidade Luterana do Brasil – Canoas/RS),
Júlia Silva Vidal (UFMG – Belo Horizonte/MG),
Juliane Sant'ana Bento (Universidade Federal do Rio Grande do Sul - Porto Alegre/RS),
Leonardo Costa De Paula (Universidade Federal do Paraná - UFPR – Curitiba/PR),
Leonardo Marcondes Machado (Centro Universitário Católica de Santa Catarina - Joinville/SC),
Luciana Caetano Da Silva (Pontifícia Universidade Católica do Paraná - Maringá/PR),
Ludmila Ribeiro (Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG – Belo Horizonte/MG),
Luiz Antônio Bogo Chies (Universidade Católica de Pelotas – UCPel – Pelotas/RS),
Luiz Eduardo Cani (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS),
Luiza Borges Terra (Universidad Pablo de Olavide - Espanha),
Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth (Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUÍ - Ijuí/RS),
Marcos Eberhardt (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS),
Mariana De Assis Brasil E Weigert (Universidade Estácio de Sá – Rio de Janiero/RJ),
Matheus Felipe De Castro (Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC – Florianópolis/SC),
Moysés Da Fontoura Pinto Neto (Universidade Luterana do Brasil - ULBRA - Torres/RS),
Neon Bruno Doering Morais (Universidade Católica de Pernambuco – UCP - Recife/PE),
Ney Fayet De Souza Júnior (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS),
Paula Brener (Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG – Belo Horizonte/MG),
Rafael Fecury (UNAMA - Belém-PA),
Ricardo Jacobsen Gloeckner (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS),
Rodrigo Duque Estrada Roig Soares (DPGERJ – Rio de Janeiro/RJ),
Tomás Grings Machado (UNISINOS - Vale do Rio dos Sinos/RS),
Vanessa Dorneles Schinke (Universidade Federal do Pampa - Santana do Livramento/RS),
Wagner Amorim Madoz (Centro Universitário de Brasília – UniCEUB – Brasilia/DF) e
Wagner Marteleto Filho (Universidade de Lisboa - Portugal).

AUTORES(AS) (DESTE VOLUME)

Alberto Carvalho Amaral (Universidade de Brasília – UnB - Brasília/DF),
Alejandro Cascio (Universidad Austral – Argentina),
Alessandro Hofmann Teixeira Mendes (Universidade Federal do Tocantins – Palmas/TO),
Andrés Harfuch (Universidade de Buenos Aires – Argentina),
Claudia Cristina Barrilari (Universidade de São Paulo - USP - São Paulo/SP),
Cristian Penna (Universidade de Buenos Aires – Argentina),
Eduardo Viana (Universidade Estadual de Santa Cruz - Santa Cruz/BA),
Eliomar da Silva Pereira (Universidade Autónoma de Lisboa – Portugal),
Fernando Andrade Fernandes (Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho – Franca/SP),
Giuseppe Cammilleri Falco (Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho – Franca/SP),
João Pedro Barione Ayrosa (Universidade Estadual de Londrina – Londrina/PR),
Luciano Góes (Universidade de Brasília – UnB - Brasília/DF),
Luis Ricardo de Oliveira Dantas (Faculdade de Direito da Universidade de Sevilha – Espanha),
Matías Deane (Universidade de Buenos Aires – Argentina),
Paulo Roberto Santos Romero (Universidade Federal de Minas Gerais – Belo Horizonte/MG),
Rafael Santos (Instituto de Direito Público – Brasília/DF),
Salah Hassan Khaled Junior (Universidade Federal do Rio Grande – FURG – Porto Alegre/RS),
Tarsis Barreto Oliveira (Universidade Federal do Tocantins – Palmas/TO),
Vera Malaguti Batista (UERJ – Rio de Janeiro/RJ),
Vinicius Pinheiro Marques (Universidade Federal do Tocantins – Palmas/TO),
Vitor Gabriel Carvalho (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUCMG – Belo Horizonte/MG) e
Wagner Marteleto Filho (Universidade de Lisboa - Portugal).

DIVULGADORES E 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
ISSN Digital 2965-3967

Revista Brasileira de
CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 31 • vol. 198 • set./out. 2023

Coordenação (editor-chefe)
André Nicolitt

Publicação oficial do
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

IBCCRIM

THOMSON REUTERS
REVISTA DOS TRIBUNAIS™

ISSN 1415-5400
ISSN Digital 2965-3967

Revista Brasileira de CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 31 • vol. 198 • set./out. 2023

Presidência
Renato Stanziola Vieira

Coordenação (editor-chefe)
André Nicolitt

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

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

Juliana Mayumi Ono
Diretora Responsável

Av. Dr. Cardoso de Melo, 1855 – 13º andar – Vila Olímpia

CEP 04548-005, São Paulo, SP, Brasil

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

Central de Relacionamento Thomson Reuters Selo Revista dos Tribunais

(atendimento, em dias úteis, das 09h às 18h)

Tel. 0800-702-2433

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

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

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

Acesse o nosso eComm

www.livrariart.com.br

Impresso no Brasil: [09-2023]

Profissional
Fechamento desta edição: [18.07.2023]

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

IBCCRIM

Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

Diretoria da Gestão 2023/2024

DIRETORIA EXECUTIVA

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

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

CONSELHO CONSULTIVO

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

CONSELHO DE DIVERSIDADE

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

DEPARTAMENTOS

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

COMISSÃO ORGANIZADORA

29º SEMINÁRIO INTERNACIONAL
DE CIÊNCIAS CRIMINAIS - PRESIDENTES
Marcela Diório
Saulo Mattos
Bartira Miranda

EQUIPE DO IBCCRIM – NÚCLEOS DE PUBLICAÇÕES

SUPERVISÃO
Willians Meneses

EQUIPE
Helen Christo

NÚCLEO DE ADMINISTRAÇÃO, EDUCAÇÃO E BIBLIOTECA

SUPERVISÃO
Fernanda Barreto

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

NÚCLEO FINANCEIRO

SUPERVISÃO
Roberto Seracinskis

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

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

Revista Brasileira de
CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 31 • vol. 198 • set./out. 2023

Diretora de Conteúdo e Operações Editoriais
Juliana Mayumi Ono

Gerente de Conteúdo
Andréia R. Schneider Nunes Carvalhaes

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

Assistente de Conteúdo Editorial: Juliana Menezes Drumond

Analista de Conteúdo Editorial Júnior: Ana Carolina Francisco

Estagiária: Aline Pavanelli

Produção Editorial
Gerente de Conteúdo
Milisa Cristine Romera

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

Analista de Projetos: Jéssica Viana Bezerra

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

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

Estagiárias: Michelle Kwan e Thabata Flausino de Almeida

Capa: Andréa Cristina Pinto Zanardi

Adaptação capa: Ariel Villalba e Cinthia Riveros

Líder de Inovações de Conteúdo para Print
Camilla Furegato da Silva

Gerente de Operações e Produção Gráfica
Mauricio Alves Monte

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

Sumário

Direito Penal

Interlocução entre o direito administrativo sancionador e o direito penal

Interlocution between sanctioning administrative law and criminal law

Claudia Cristina Barrilari 17

Acerca dos espaços de atipicidade entre os crimes de concussão e corrupção ativa: uma proposta de relação entre o princípio da lesividade e a necessidade de pena como critérios de punibilidade em sentido normativo

About the gap of atypicality between the crimes of bribery and extorsion practiced by public officer: a proposal for the relationship between the principle of damage and the necessity of punishment as criteria of punishment in the normative sense

M.e Giuseppe Cammilleri Falco e Prof. Dr. Fernando Andrade Fernandes 41

¿Qué protege el delito de organización criminal?

What does the crime of criminal organization protect?

Luis Ricardo de Oliveira Dantas 61

Exegese evolutiva dos limites da eficácia do crime de "escrito ou objeto obsceno" à luz da garantia da liberdade de expressão

Evolutive exegesis of the limits of the effectiveness of the crime of "writting or obscene object" in the light of the guarantee of free speech

Paulo Roberto Santos Romero 101

Sobre a suposta ligação entre a teoria penal de Hans Welzel e o nacional-socialismo: desfazendo equívocos e retomando o valor da dogmática finalista

On the alleged connection between Hans Welzel's penal theory and the national socialism: undoing mistakes and resuming the value of finalist dogmatics

Wagner Marteleto Filho e Eduardo Viana 145

Processo Penal

A garantia do *ne bis in idem* e a proibição de recurso pelo Ministério Público ou Assistente de Acusação contra a absolvição: o precedente "Alvarado/Sandoval"

The "Alvarado/Sandoval" precedent of the Supreme Court, double jeopardy and the prohibition of appeals against acquittal

Andrés Harfuch, Matías Deane, Alejandro Cascio, Cristian Penna e Lisandra Panzoldo 185

Verdade e prova: problemas de epistemologia jurídica no processo penal

Truth and proof: problems of legal epistemology in criminal procedure

Eliomar da Silva Pereira 211

A expressão "ordem pública" como fundamento da prisão preventiva: uma perigosa relativização da presunção de inocência

The expression "public order" as the basis for pre-trial detention: a dangerous relativisation of the presumption of innocence

Tarsis Barreto Oliveira, Vinicius Pinheiro Marques e Alessandro Hofmann Teixeira Mendes 241

Criminologia

Compreendendo o sistema de enfrentamento à violência de gênero contra a mulher no Distrito Federal a partir das representações sociais das vítimas

Understanding the gender-based violence judicial system in Brazilian Federal District from the social representations of the victims

Alberto Carvalho Amaral 265

Sobre alternativas à crise de direitos fundamentais no sistema prisional brasileiro: da legitimidade da apropriação de elementos jurisprudenciais pelo universo das políticas públicas

About alternatives to the fundamental rights crisis in the Brazilian correctional system: the legitimacy of jurisprudential elements appropriation by the public policies' universe

Rafael Seixas Santos..... 303

Denúncia criminológica do discurso de justificação do genocídio negro e indígena difundido pela historiografia brasileira do século XIX

Criminological denunciation of the discourse of justification of black and indigenous genocide spread by the Brazilian historiography of the 19th century

Salah Hassan Khaled Junior e Luciano Góes..... 323

Criminologia na periferia

Criminology in the periphery

Vera Malaguti Batista 349

Resenha Crítica

Resenha de "Exclusão da ilicitude e justificação putativa: uma redefinição de fronteiras"

Review of "Exclusion of wrongfulness and putative justification: a redefinition of boundaries"

João Pedro Barione Ayrosa e Vítor Gabriel Carvalho..... 369

Índice Alfabético-remissivo

Autores 389

Temas 393

Melhores Avaliadores Revista Brasileira de Ciências Criminais (1º Semestre – 2023) 397

Normas de Publicação – Revista Brasileira de Ciências Criminais 399

Diretrizes ao Corpo de Avaliadores – Revista Brasileira de Ciências Criminais 411

Condições para Submissão (*Check List*) 417

Direito Penal

Interlocução entre o direito administrativo sancionador e o direito penal

Interlocution between sanctioning administrative law and criminal law



Assista agora aos comentários da autora para este artigo

Claudia Cristina Barrilari

Doutora em Direito Penal pela USP. Mestre em Direito Penal pela PUC/SP. Advogada criminal e professora universitária.
Lattes: [http://lattes.cnpq.br/0499705858210402].
ORCID: [https://orcid.org/0000-0002-3224-9818].
claudiabarrilari@gmail.com

DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v198i198.599].

Autora convidada

Áreas do Direito: Administrativo; Penal

Resumo: As deficiências do direito administrativo sancionador no Brasil decorrem da ausência de uma adequada estrutura normativa, destacando a necessidade de se construir um sistema em que haja equilíbrio entre os distintos mecanismos sancionatórios, com a interação entre as diferentes formas de sanção: administrativa e penal, sujeitos ao mesmo feixe de garantias. Daí decorre o posicionamento em se sustentar o princípio da culpabilidade no direito administrativo sancionador para as pessoas jurídicas, como em se debater a aplicabilidade de garantias fundamentais nos processos de responsabilização. O tema, no direito espanhol, é apresentado para servir de paradigma aos processos de responsabilização da pessoa jurídica no ordenamento nacional, em especial, na Lei Anticorrupção.

Palavras-chave: Direito administrativo sancionador – Direito penal – Princípios – Responsabilidade penal da pessoa jurídica.

Abstract: The deficiencies of Administrative Sanctioning Law in Brazil result from the absence of an adequate normative structure, highlighting the need to build a system in which there is a balance between the different sanctioning mechanisms, with the interaction between the different forms of sanction: administrative and criminal, subject to the same set of guarantees. Hence the position of upholding the principle of culpability in sanctioning administrative law for legal entities, as well as debating the applicability of fundamental guarantees in accountability processes. The theme, in Spanish law, is presented to serve as a paradigm for the processes of accountability of the legal entity in the national order, in particular, in the Anti-Corruption Law.

Keywords: Sanctioning administrative law – Criminal law – Principles – Criminal liability of legal person.

Barrilari, Claudia Cristina. Interlocução entre o direito administrativo sancionador e o direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 198. ano 31. p. 17-39. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2023.
DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v198i198.599].

Sumário: 1. Introdução. 2. Poder punitivo estatal: penal e administrativo. 3. Autonomização do direito administrativo sancionador. 4. Princípios gerais do direito administrativo sancionador. 5. Nova lei espanhola de proteção ao denunciante e responsabilidade da pessoa jurídica. 6. A Lei Anticorrupção da pessoa jurídica e a crise nos mecanismos de responsabilidade da pessoa jurídica. 7. Conclusão. 8. Bibliografia.

1. Introdução

Um[1] traço marcante do direito administrativo sancionador entre nós é sua estrutura carente de autonomia e sistematização.[2] Não são poucas as dúvidas colocadas quanto à compreensão da possibilidade de que um mesmo fato seja objeto de tutela penal, civil e administrativa, sem uma racionalidade adequada que o compatibilize em face do princípio da independência de instâncias, do princípio da proporcionalidade e do *non bis in idem*, entre outros pontos sensíveis. Há um hiato na legislação nacional que implica a necessidade de se pensar na construção de um sistema em que haja equilíbrio entre os distintos mecanismos sancionatórios, com a interação entre as diferentes formas de sanção: administrativa e penal.

Faz-se nesse contexto uma análise comparativa com o sistema espanhol, com duplo objetivo: inicialmente demonstrar a necessidade de se compreender o direito administrativo sancionador debaixo de um mesmo feixe de garantias do direito penal, ou seja, como parte do poder sancionatório estatal. A consequência para o ordenamento brasileiro, especialmente em relação à tutela de dupla via, penal e administrativa, está em assegurar que o direito penal seja tomado como elemento integrador do direito administrativo. Nesse sentido, alcançam-se objetos específicos de tutela, como a prevista na Lei de Improbidade, em que a resposta sancionatória implica restrições pessoais de direito ao indivíduo. Outro objetivo é específico para o contexto da culpabilidade em relação às pessoas jurídicas e, nesse contexto, contrário à previsão de responsabilidade objetiva da pessoa jurídica na Lei 12.846/2013.

O sistema sancionatório brasileiro de combate à corrupção em relação aos ilícitos praticados pelas pessoas jurídicas carece de profunda análise e substancial modificação, o que enfatiza a responsabilidade do Poder Legislativo em revisar a normativa, quer nos aspectos regulatórios, quer nos aspectos penais, até agora ausentes. A não adoção, por parte

1. Pesquisa desenvolvida no âmbito dos convênios de mobilidade de professores estrangeiros na Universidade de Salamanca, em março de 2023, sob a tutoria do Senhor Professor Catedrático Ricardo Rivero Ortega.

2. Sobre o tema, acerca da deficiente regulação do direito administrativo sancionador brasileiro, v. BARRILARI, Claudia Cristina. *Crime empresarial, autorregulação e compliance*. 2. ed. São Paulo: ed. RT, 2021. p. 45; ver, também, BARRILARI, Claudia Cristina. Improbidade culposa e a retroatividade da norma mais benéfica – lógica penal para o ilícito administrativo sancionador. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 30, n. 361, dez. 2022.

Barrilari, Claudia Cristina. Interlocução entre o direito administrativo sancionador e o direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 198. ano 31. p. 17-39. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2023. DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v198i198.599].

do legislador brasileiro, da responsabilidade penal da pessoa jurídica para o combate da corrupção ou de outros delitos que configuram bens jurídicos dignos de tutela penal foi objeto de análise em outro contexto e está fora do objeto deste estudo.

Não obstante a necessidade de revisão apontada, de *lege ferenda*, a responsabilização da pessoa jurídica, em sede de responsabilidade administrativa, deve observar o devido processo legal, sobretudo a individualização e imposição da penalidade cabível, de modo a coibir juízos discricionários. A previsão da responsabilidade objetiva, nesse contexto, configura uma importante violação das bases principiológicas do direito administrativo sancionador, que, como tendência geral, caminha no sentido de incrementar garantias e não, ao contrário, de reduzi-las, como se vê na previsão da lei brasileira.

2. Poder punitivo estatal: penal e administrativo

A administração pública é dotada de poderes jurídicos para desempenhar as funções atribuídas pelo ordenamento jurídico para o cumprimento de suas finalidades. Entre os poderes que lhe são próprios está o poder de sancionar infrações praticadas em âmbito administrativo pelos administrados em geral. Na Espanha, a lei e a Constituição reconhecem o poder sancionador da administração como algo distinto do poder punitivo jurisdicional. O que significa, na precisa lição de Alejandro Nieto, que a "actividad es administrativa: quien sanciona es um órgano administrativo, que actúa conforme a un procedimento administrativo, aplica unas normas administrativas y es controlado por los Tribunales contencioso-administrativos".[3]

Em função da existência da potestade sancionadora do Estado, surge a necessidade de se falar em garantias do indivíduo. É preciso deixar claro que o Brasil, em relação à atribuição de potestade sancionatória para a Administração, se aproxima do sistema espanhol no poder que tem a Administração Pública de impor sanção ao cidadão, entretanto, difere no assento constitucional de tal poder repressivo.[4] Tampouco tem semelhança com o

3. NIETO, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. 4. ed. Madrid: Tecnos, 2015. p. 177. Sobre o direito administrativo sancionador brasileiro, ver por todos: OSORIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 7. ed. São Paulo: Ed. RT, 2020.

4. Convém destacar outro ponto de semelhança entre ambos os sistemas normativos, dada a origem do poder sancionatório da administração, cuja evolução, como bem pontua Alarcón Sotomayor, ocorreu de maneira distinta ao que se passou na Alemanha e na Itália. A autora se refere ao sistema espanhol, contudo, nota-se um denominador comum com nosso direito administrativo sancionador, talvez fruto do regime ditatorial brasileiro anterior à Constituição de 1988. Essa característica em muito explica por que não se pode transladar o exemplo do direito administrativo alemão e italiano para justificar a prevalência da tutela administrativa em face da mínima intervenção do direito penal. "El origen del actual Derecho administrativo sancionador – no ya del antiguo Derecho penal administrativo o de policía – en Alemania y en Italia es completamente distinto al del nuestro. Huergo lo explica con detalle. En aquellos países, la Administración no ha tenido nunca una potestad punitiva tan amplia y habitual como la de la Administración española. Es más, hasta la mitad del siglo pasado,

sistema francês a título de exemplo, no qual ocorreu a jurisdicionalização autônoma do ilícito administrativo.[5] Do sistema francês, apesar do monopólio jurisdicional do poder san-

---

en Alemania e Italia el Derecho penal y el administrativo sancionador actual – más conocido este último como Derecho de contravenciones – no estaban separados, es decir, formaban un cuerpo único, puesto que las actuales contravenciones administrativas estaban tipificadas como delitos o faltas en el Código Penal alemán y en el italiano, y eran impuestas o revisadas por los jueces penales. Fue a partir de la década de los cincuenta cuando en esos países surgió la necesidad de acometer grandes procesos de reforma legislativa para 'despenalizar' muchos de esos ilícitos y convertirlos en infracciones administrativas o contravenciones castigadas con sanciones en lugar de con penas. La hipertrofia a la que llegaron el Derecho penal alemán y el italiano a mediados del siglo pasado hizo necesaria esa despenalización en ambos países, pues en ellos no se conocía hasta el momento nada parecido a la prolija y tradicional potestad sancionadora de la Administración en España. […] Sin embargo, en España el fenómeno sancionador ha experimentado una evolución distinta, casi puede afirmarse que contraria; pues de una primera etapa en la que el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador – el *prebeccariano,* como decía García de Enterría – permanecieron separados e incomunicados – así, las sanciones se imponían de plano; los requisitos de tipicidad y antijuridicidad no se exigían para las infracciones administrativas; era posible sancionar en vía administrativa por responsabilidad objetiva – se pasó a una segunda fase, a partir de los años setenta, de acercamiento y permeabilidad entre ambos, hasta el punto de que el TC, tal y como refleja el artículo 25.1 CE, ha terminado por consagrar la misma naturaleza punitiva de penas y de sanciones administrativas y la igualdad de las garantías esenciales para la imposición de ambas. En consecuencia, no creo que puedan importarse los argumentos del Derecho alemán o el italiano para explicar las diferencias existentes entre penas y sanciones en el Derecho español. Y tampoco considero que esa distinción existiera realmente en esos países, en los que fue la desmesurada extensión del Derecho penal la que justificó la segregación de un buen número de ilícitos; y fue para hacerlo con la mayor legitimidad posible para lo que la doctrina alemana tuvo que esforzarse entonces en buscar a toda costa un fundamento razonable en unas supuestas diferencias cualitativas hasta la fecha inexistentes entre los ilícitos que seguirían siendo delitos y los que se iban a convertir en meras contravenciones administrativas" (Cf. ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucia. Los confines de las sanciones: en busca de la frontera entre derecho penal y derecho administrativo sancionador. *Revista de Administración Pública*, Madrid, n. 195, septiembre-diciembre 2014. p. 144-145).

5. "En présence de la gravité de ces conséquences, on doit scruter les raisons profondes de cette séparation de la juridiction administrative et de la juridiction ordinaire et se demander quelle est sa valeur. Il y a des raisons d'ordre politique et constitutionnel qui sont spéciales à la France et qui proviennent de l'indépendance vis-à-vis de l'autorité judiciaire, dans laquelle on a voulu établir l'administration, mais on y peut ajouter des raisons d'ordre juridique qui sont valables pour tous les pays. Les raisons juridiques qui militent en faveur de l'existence d'une juridiction administrative sont de deux ordres: 1º Il est assez natural qu'à un genre spécial d'affaires corresponde un juge spécial qui, par son origine, presente des garanties spéciales de compétence; 2º Ce n'est pas une chose tout à fait naturelle que l'Etat, puissance publique, soumette à un juge ceux de ses actes contre lesquels on réclame, qu'il consente à courir le risque d'une condamnation, et qu'il supporte ensuite d'exécuter cette condamnation; il y a là, de la part de l'Etat, un effort de bonne volonté qui será facilité si, au lieu du juge ordinaire, il s'agit d'un juge spécial, surtout si, par quelque attache, ce juge lui appartient. Il y a beaucoup de pays, même centralisés, qui se sont tenus à la solution du juge administratif spécialisé, mais non pas complètement séparé du juge de droit commun; en France, pour des raisons politiques, on es tallé plus loin, et il semble bien que la création d'une juridiction administrative autonome, indépendante des tribunaux ordinaires, ait donné chez nous, malgré quelques inconvénients, les meilleurs

cionatório, difere nosso sistema jurídico na medida em que esse monopólio jurisdicional entre nós implica a possibilidade de revisão judicial das decisões tomadas em sede administrativa, e não, como ocorre na França, na existência de jurisdição autônoma da Administração. De um lado a outro, nota-se a necessidade intrínseca de se atrelar a potestade da Administração a um sistema de garantias protetivas que sejam contrapostas às sanções.

Sobre a previsão constitucional do direito administrativo sancionador espanhol, a despeito de assegurar independência e autonomia, reafirma a oportuna matiz que recebe do direito penal, "el plus que añade lo de 'sancionador' significa que este Derecho está invadido, coloreado, por el Derecho Penal sin dejar de ser Administrativo".[6]

Pode se afirmar, nesse sentido, que a assunção de competências administrativas por parte do Estado social teve importante papel no desenvolvimento do direito administrativo sancionador, contribuindo para sua natureza jurisprudencial, uma vez estruturada muito mais em torno das decisões adotadas pelos tribunais do que por regulações específicas.[7] A doutrina espanhola em geral afirma a natureza jurisprudencial do direito administrativo sancionador, assim construída em face da ausência de uma lei geral reguladora. Nesse contexto, alude Nieto que a ausência dessa regulação geral levou a jurisprudência a se basear em princípios constitucionais, implícitos ou não, o que teve como consequência não apenas causar uma profunda confusão entre norma e princípio como gerar um sistema baseado em princípios gerais de direito em termos que "rozan com lo abusivo".[8]

Lora é bastante crítico ao fato de que o direito sancionador esteja muito mais aberto ao trabalho criativo da jurisprudência do que outros ramos do próprio direito administrativo. Situação que produz, segundo afirma, certa insegurança jurídica em face de se usarem referências sem os filtros necessários, permitindo-se, sem muita reflexão, utilizar as soluções assentes no direito penal. A insegurança deriva do fato de a teoria dominante sustentar que as garantias do direito penal também se aplicam à sanção administrativa, observadas as peculiaridades que lhe são próprias, embora justifique a razão dessa aplicação na inexistência de diferenças substantivas entre crimes e ilícitos administrativos, sem explicar o porquê

résultats" (HAURIOU, Maurice. *Précis de droit administratif et de droit public*. 12. ed. Paris: Dalloz, 2004. p. 463-465).

6. NIETO, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*…, cit., p. 177.

7. "La reacción contra este estado de cosas empezó a tener lugar, como era deseable y previsible, antes incluso del cambio de régimen político, por vía jurisprudencial: dos importantes Sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de 2 y 25 de marzo de 1972, sentaron la doctrina de la unidad sustancial de principios existente entre el Derecho penal y el Derecho sancionador administrativo, por ser ambos manifestación del único jus puniendi del Estado. La aceptación generalizada de esta doctrina, tan elemental como revolucionaria, permitió a la jurisprudencia emprender un proceso de traslación, lento y paulatino, de las técnicas y principios penales al campo de las sanciones administrativas; una evolución prometedora, pero que no había culminado en el momento de aprobación del texto constitucional vigente" (SANTAMARIA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios de derecho administrativo general* II. 4. ed. Madrid: Iustel, 2016. p. 428).

8. NIETO, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*…, cit., p. 177.

das qualificações na referida aplicação, pelo que a sua concretização acaba por ser casuística. Entretanto, apesar da crítica, o autor reconhece a indisponibilidade do núcleo mínimo dessas garantias para o legislador administrativo, que deveria respeitá-lo de qualquer maneira.[9]

A chamada proliferação do direito administrativo sancionador é fenômeno que se faz presente tanto lá quanto alhures, relacionado que está com o aumento de atribuições do Estado-Administração e com a imposição de sanção para efeitos de assegurar o cumprimento de suas normas. Matellanes Rodríguez destaca um crescimento muito importante na Espanha da regulação administrativa, responsável pela existência de uma hipertrofia do poder sancionador da administração, relacionado, entre outros fatores, ao fato de que o sistema penal conta com um tempo de resposta diferente. Há certa rigidez ou formalidade do sistema penal que impossibilita uma resposta rápida. Outro fator, de ordem política, está relacionado com o fortalecimento do Poder Executivo, beneficiado com o reforço do poder repressivo da administração.[10]

No entanto, ao contrário do que aconteceu na Espanha, o incremento das funções administrativas conduziu a um fenômeno inverso na Alemanha. O Estado alemão não renunciou ao uso de toda a força coercitiva prevista pelo direito penal para fazer cumprir as abundantes normas administrativas. Pretendeu-se eliminar toda a arbitrariedade a que se poderia atribuir uma excessiva atribuição de poder sancionador ao Executivo e, dessa forma, deixar a repartição de poderes totalmente segura. Por tudo isso, chega-se a uma "hipertrofia do direito penal" que conduziu à presença do chamado "Direito Penal Administrativo": condutas que consistem na violação de normas administrativas e que estão sujeitas à reação do direito penal.[11]

Uma importante observação feita pela doutrina espanhola em geral refere-se à prevalência, no âmbito do poder punitivo estatal, do direito penal em face do administrativo sancionador.[12] Nesse sentido, o direito penal é o modelo ideal de repressão, porque pensado

9. Cf. HUERGO LORA, Alejandro. La Europeización del derecho administrativo sancionador. In: ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, Paz (Coord.). *Una contribución a la europeización de la ciencia jurídica*: estudios sobre la Unión Europea. Homenaje de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo al Profesor Gil Carlos Rodríguez Iglesias. Navarra: Civitas; ed. RT, 2019.

10. MATELLANES RODRÍGUEZ, Nuria. *El médio ambiente*: algunos aspectos de la relación derecho penal-derecho administrativo. Tesis Doctoral – Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca, Salamanca, 1996. p. 45.

11. Ibidem, p. 46. Sobre o panorama histórico europeu do desenvolvimento do poder sancionatório do Estado, ver: LOZANO CUTANDA, Blanca. Panorámica general de la potestad sancionadora de la administración en Europa: "despenalización" y garantía. *Revista de Administración Pública*, [s.l.], n. 121, p. 393-414, enero-abril 1990.

12. No sentido de que o processo penal, em oposição ao administrativo sancionador, é manifestamente mais garantista devendo: "En verdad, la solución a si existen límites a la discrecionalidad del legislador, para aplicar normas penales o administrativas a efectos sancionadores, debería radicar en la identificación de alguna regla constitucional que imponga el monopolio judicial del poder punitivo" (MUÑOZ MACHADO, Santiago. Actos Administrativos y Sanciones Administrativas. In: *Tratado de*

exclusivamente para tal, reservando-se à Administração, em caráter excepcional, a utilização do *jus puniendi*.[13] Por certo, há que existir um critério que oriente o legislador para eleger tipificar um ilícito como crime ou como infração administrativa.

Segundo Alarcón Sotomayor,[14] de acordo com o princípio constitucional da divisão de poderes conforme a estrutura do Estado de Direito, a potestade do Estado, além de logicamente competir ao Poder Judiciário, depende de um processo no qual se assegurem máximas garantias para acusados e vítimas, destacando a garantia da imparcialidade e independência daqueles a quem compete a imposição de sanção. Como o direito penal não pode prescindir de tais características, seria natural considerar que, respeitando o princípio da proporcionalidade, o legislador teria mais liberdade para tipificar crimes, sendo que, por outro lado, o que deveria ser limitada é a possibilidade de prever infrações e impor sanções administrativas.

Sem embargo, concorda-se com Sotomayor quando destaca a aplicação do princípio da mínima intervenção também para o âmbito administrativo, "el principio de intervención penal mínima la pena no es sólo la última solución frente a la tolerância o las medidas jurídicas de reacción no punitivas, lo que sería facilmente aceptable, sino también frente a las penas si las imponen autoridades administrativas".[15]

Esse raciocínio também tem por consequência considerar que não existem diferenças substanciais entre o direito penal e o administrativo sancionador. De fato, sobre a distinção ontológica entre os ilícitos, parece ser possível afirmar estar superada a dicotomia existente entre a diferença quantitativa e qualitativa entre ilícito penal e administrativo, apesar da problemática enfrentada pela doutrina a esse respeito. Marco da distinção qualitativa, defendendo haver uma diferença substancial entre as infrações, a posição de Goldschmidt, para quem apenas o ilícito penal configuraria um comportamento antijurídico, no sentido de causar um ataque à ordem jurídica. O ilícito administrativo, por sua vez, corresponderia a um comportamento "antiadministrativo", cuja sanção teria a natureza de ato administrativo e não penal, configurando as infrações administrativas criações artificiais, utilitaristas e funcionais.[16]

A posição quantitativa se sustenta por um componente lógico inicial segundo o qual a administração pertence à ordem jurídica de tal modo que os interesses da administração não podem ser separados dos interesses dignos de tutela penal. Ambos compõem a ordem jurídica. Dessa forma, sustenta-se a necessidade de que as infrações administrativas

Derecho Administrativo y Derecho Público General. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 2017. t. XII. p. 288).

13. ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucia. *El procedimiento administrativo sancionador y los derechos fundamentales.* Navarra: Arazandi, 2007.

14. Ibidem, p. 41.

15. Idem.

16. MATELLANES RODRÍGUEZ, Nuria. *El médio ambiente:* algunos aspectos de la relación derecho penal-derecho administrativo, cit., p. 50.

precisem do elemento da antijuridicidade material e, com isso, da lesão ou colocação em perigo de um bem jurídico para serem sancionadas, apenas incidindo sobre bens jurídicos mais "leves" em comparação ao objeto de tutela penal.

A diferença mais relevante para os objetivos que defendemos é a assunção de que também a culpabilidade é exigida em via administrativa, como demarca Sotomayor "no hay duda de que actualmente también se precisa del dolo o la culpa para castigar en vía administrativa y que la responsabilidad objetiva no tiene cabida en el Derecho administrativo sancionador".[17]

3. Autonomização do direito administrativo sancionador

Algumas premissas, no entanto, se fazem necessárias. A escolha de uma forma ou outra de tutela deve ser orientada por política legislativa cujos critérios estejam atrelados a princípios gerais que justifiquem, de maneira racional, por que determinada conduta será sancionada com multa e outra com pena de prisão. Dito de outro modo, valorar o grau de restrição imposto pelo poder punitivo estatal.

> "Bien es verdade que a este propósito surge una duda inquietante: si la base de este mecanismo de comunicación o extensión normativa es la idea de que el Derecho Penal y el Derecho Administrativo Sancionador son manifestaciones iguales y paralelas de un Derecho punitivo común, por qué se da prevalencia a los principios del Derecho Penal, que se extienden a los del Derecho Administrativo Sancionador, y no a la inversa? A mi modo de ver, la transposición normativa habría de discurrir en las dos direcciones, como en un mecanismo de vasos comunicantes. Y creo que esta tesis es teórica y constitucionalmente defendible, si bien no se haya aplicado nunca en la práctica por una razón muy sencilla: hasta ahora, en el Ordenamiento jurídico español, el Derecho Administrativo Sancionador carecías de principios que pudiesen transpolarse al Derecho Penal. De aquí que la cuestión nunca haya llegado a plantearse ni en la doctrina ni en la práctica jurisprudencial; pero es inevitable que tarde o temprano haya de surgir, sobre todo cuando el Derecho Administrativo Sancionador logre desprenderse de su antiguo 'complejo de inferioridade', al que de ordinario se acumula también, y con no menos fuerza, otro de 'culpabilidade.'"[18]

Nesse sentido, o substrato normativo que dá prevalência para a utilização do direito penal sobre o direito administrativo sancionador se explica por três diferentes ordens de motivos: 1. por uma questão cronológica, dada a antecedência lógica da estruturação do direito penal em comparação com a doutrina do poder sancionador da administração;

17. ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucia. Los confines de las sanciones: en busca de la frontera entre derecho penal y derecho administrativo sancionador, cit., p. 143.

18. NIETO, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*, cit., p. 167-168.

2. por um aspecto constitucional, em face dos princípios penais relacionados à garantia dos direitos do indivíduo; e, por último, por um aspecto dogmático, em função da vinculação com o poder punitivo estatal.

A evolução do direito administrativo sancionador na Espanha está vinculada com a revisão geral que sofreu o direito administrativo a partir de meados do século passado e que, em relação à potestade sancionadora, leva a doutrina a dizer superada a fase de "direito repressivo prebeccariano", expressão popularizada por García de Enterria para significar uma administração que impunha sanções sem garantias, que, do ponto de vista penal, seriam inconcebíveis. Isso representava um regime sancionador administrativo com quebra do princípio da legalidade, com o *bis in idem*, na medida em que uma mesma conduta podia dar lugar a mais de uma sanção, sem a descrição estrita das infrações como exemplo. Tal ordem de coisas leva a uma reação por via jurisprudencial e, logo após, pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, tendo sido finalmente revisada pelo art. 25, I, da Constituição espanhola.[19]

Segundo a doutrina, a previsão constitucional da potestade sancionadora da Administração tem o mérito de assegurar que o *jus puniendi* do Estado englobe a potestade sancionadora do Estado e a potestade penal dos Tribunais; com isso, assegura-se uma série de limites relacionados com o *jus puniendi* superior do Estado.

Desse modo, o desenvolvimento do direito administrativo sancionador se deu em sentido objetivo e subjetivo, compreendendo o conjunto de normas jurídicas que disciplinam o exercício da potestade sancionadora da Administração pública.

Alejandro Nieto defende que a busca por maior autonomia do direito administrativo sancionador deveria conduzir a um descolamento dos princípios do direito penal, de modo a lhe garantir certa autonomia e a destacar as peculiaridades que lhe são intrínsecas em aspectos essenciais como o da culpabilidade, cujo grau de operatividade com o direito penal constitui uma importante dificuldade. [20]

Cabe salientar que a posição de Nieto e de outros doutrinadores espanhóis como Lora e Garcia Martín vai em sentido oposto ao que sustenta a identidade substancial entre o direito penal e o administrativo sancionador e, em consequência, à ideia de que ambos devem

19. BARDAJÍ, Joaquín de Fuentes (Dir.) *Manual de derecho administrativo sancionador*. Abocacía General del Estado. Navarra: ed. RT; Arazandi, 2005. p. 104-106. Segundo a previsão da Constituição espanhola, o direito administrativo sancionador deve observar o princípio da legalidade para as infrações e para as sanções. "Artículo 25 – 1. Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento". Sobre o direito administrativo sancionador espanhol, em especial sobre os princípios básicos a que deveria se submeter a potestade sancionatória da Administração, a previsão dos art. 127 e seguintes da Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Adminstrativo Común (LRJ-PAC), reformada pela Ley 57/2003 e revogada e substituída pela Ley 39/2015 del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

20. NIETO, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*, cit, p. 374.

estar albergados por uma mesma ordem principiológica. Primeiro, porque se defende a autonomia do direito administrativo sancionador e, como tal, construído a partir de uma base autônoma principiológica.[21] Outro fator é a incongruência em se defender a existência de identidade com a reserva de que os princípios do direito penal não sejam transladados em toda sua plenitude, em função das peculiaridades específicas do direito administrativo sancionador, de modo a se formularem conceitos de infração e de culpabilidade modulados ou adaptáveis a essas peculiaridades.[22]

Defende, assim, essa corrente, que sanções penais e administrativas são diferentes entre si e são dotadas de garantias diferentes. Nesse sentido, apesar de a teoria da assimilação de garantias constituir ao menos uma tendência, um objetivo exigido pela jurisprudência constitucional, que determina que a legitimidade do poder sancionador da administração seja dotada das garantias vinculadas ao chamado *ius puniendi* único, a verdade é que as garantias (e, em geral, as regras de aplicação) são inevitavelmente diferentes na esfera penal e na administrativa, a começar pelo escopo diferente da garantia judicial, pois a pena é aplicada por um juiz em um processo em que o réu não tem que provar sua inocência, enquanto no campo sancionatório administrativo o juiz só intervém para controlar a legalidade da sanção já imposta por resolução que também goza de presunção de validade.[23]

---

21. Nieto, com muita claridade, defende a pretensão de elaborar "un nuevo sistema, cuya coherencia se debe encontrar no en la uniformidad normativa sino, mucho más sutilmente, en la unidad sistémica, entendiendo por tal que todas las normas punitivas se encuentran integradas en un solo sistema, pero que dentro de él caben toda clase de peculiaridades. La singularidad de cada materia (e incluso de cada caso) permite – y aun exige – la correlativa peculiaridad de su regulación normativa; si bien la unidad del sistema garantiza una homogeneización mínima. […] Vistas así las cosas – y renunciando de antemano a las ficciones, igualmente cómodas, de varios ordenamientos separados estables o de un ordenamiento único de contenido fijo – parece dibujarse el siguiente sistema punitivo: En un primer nivel se encuentran los principios constitucionales inspiradores de toda actividad represiva del Estado, que se van bifurcando y concretando en los distintos sectores: el penal, por un lado, y el administrativo, por otro. Pero las precisiones no acaban aquí sino que hay que ir puntualizando con mucho mayor cuidado conforme se entra en subsectores como (dejando aparte los que corresponden al Derecho Penal), en lo que atañen al administrativo, el de las relaciones generales y especiales de sujeción, el disciplinario, el económico, y tantos otros. Los principios y criterios se comunican de arriba abajo sin restricción alguna; no así en sentido horizontal, puesto que nos encontramos con realidades afines pero no idénticas. La matización, en suma, no debe realizarse en la fase de aplicación del Derecho Penal al Derecho Administrativo sino en la fase de concreción del nivel constitucional al administrativo (y al penal). La aplicación que actualmente se viene realizando de principios y criterios del Derecho Penal es absolutamente incorrecta, aunque haya que aceptarla de manera transitoria mientras se van elaborando unos principios constitucionales punitivos, que todavía distan mucho de estar perfilados" (NIETO, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*, cit., p. 191).

22. GARCIA MARTÍN, Luis. La serie "infracción-culpabilidad-sanción" desencadenada por individuos libres como síntesis jurídica indisoluble derivada de la idea y del concepto a priori del Derecho. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, [s.l.], n. 18, 2016. p. 38.

23. HUERGO LORA, Alejandro. Diferencias de régimen jurídico entre las penas y las sanciones administrativas que pueden y deben orientar su utilización por el legislador, con especial referencia a los

As visões aparentemente conflitantes levam a admitir que, por muito que se afirme a identidade entre ilícitos penais e administrativos, é preciso reconhecer as abundantes diferenças de regime jurídico entre um e outro, ou a existência de limites ao Poder Legislativo para escolher entre uma categoria e outra quando se trata de punir um determinado comportamento (embora não se discutam as áreas atribuídas ao arbítrio do legislador). Esse pode ser um caminho mais razoável, segundo Lora, do ponto de vista dogmático, para enfrentar essas diferenças de regime e tentar dar um sentido, e não se procurar apresentar a temática a partir das peculiaridades que os individuam.[24]

Casares Marcos, de modo bem claro, deixa explícito quais são os dois posicionamentos que delimitam o tema no direito espanhol, sem, contudo, deixar de observar que o alcance do poder sancionador da Administração é um ponto polêmico e complexo, principalmente em face da multiplicação das instâncias administrativas detentoras desse poder. Sem embargo, a procura para modular e limitar as garantias originalmente importadas da esfera penal pelo Tribunal Constitucional com base em suposta igualdade com as sanções administrativas é apontada como um dos fatores a levar à expansão desenfreada do sistema de sanções administrativas em vigor. É também a vontade não só de moldar a rigidez mas de afastar as garantias penais do campo administrativo que tem permitido a dicotomia entre os que defendem a equiparação das sanções criminais e administrativas para todos os efeitos ou, por outro lado, dos que sustentam existir características que contribuem para diferenciá-las, sem, com isso, deixar de se procurar um regramento autônomo compatível com a previsão de direitos e garantias do agente realizador do ato ilícito.[25]

Sem embargo, do ponto de vista que defendemos, apesar das duas diferentes posições na doutrina espanhola, é preciso ponderar que mesmo os que sustentam a presença de diferenças substanciais entre as tutelas não olvidam em admitir, como o faz Huergo Lora, que as sanções administrativas nunca têm as mesmas garantias que as normas penais, devendo

instrumentos para la obtención de pruebas. In: LORA, Alejandro Huergo (Dir.). *Problemas actuales del derecho administrativo sancionador*. Madrid: Iustel, 2018. p. 18-19.

24. Ibidem, p. 22.

25. "Y así frente al reconocimiento taxativo, entre otros, de Garberí Llobregat y Buitrón Ramirez de la 'identidad sustancial del fenómeno sancionador penal y administrativo' y de la 'homogeneidad ontológica de las distintas vertientes del Derecho sancionador', para otros autores, sirva a modo de ejemplo la contribución al respecto de Huergo Lora, tal delimitación no es sólo posible sino 'imprescindible para coordinar los dos instrumentos punitivos del Estado y dar sentido a los distintos preceptos legales y aun constitucionales que les otorgan un tratamiento diferente'" (CASARES MARCOS, Anabelén. *Principio de legalidad y ejercicio de la potestad administrativa sancionadora*. Sevilla: Instituto Andaluz de Administración Pública, 2012. p. 39). Sobre a expansão do direito administrativo sancionador na Espanha: MEJÍA-PATIÑO, Omar. *Fundamentos de derecho administrativo sancionador*. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez, 2013. p. 119.

então, ser preocupação do direito administrativo sancionador assegurar que haja mais garantias aos cidadãos.[26]

4. Princípios gerais do direito administrativo sancionador

Conforme já exposto, apesar de certa divergência, existe uma comunicação modulada entre os princípios penais e as disposições do poder sancionatório administrativo na interpretação do direito administrativo sancionador espanhol. A Constituição da Espanha consagra sob o princípio da legalidade as sanções punitivas do Estado, penal ou administrativa. O princípio da tipicidade também encontra guarida na Constituição como decorrência da legalidade, e, assim, aplicando-se às infrações administrativas. O princípio da irretroatividade está previsto no art. 25 da Constituição espanhola com a seguinte disposição: "Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento".

Tais disposições acabaram por ser contempladas na Lei 40/2015 (Lei do Regime Jurídico do Setor Público, conhecida pela sigla LRJSP), que reformou o sistema administrativo espanhol, impulsionada pelas melhores práticas de direito comparado e pela necessidade de dotar o sistema jurídico de um direito administrativo sistemático, coerente e ordenado. Lora, em tom bastante crítico, aduz que:

> "La regulación del Derecho administrativo sancionador es insuficiente y se encuentra dividida en múltiples normas. Insuficiente porque los escasos preceptos que le dedican las Leyes 39 y 40/2015 no resisten la comparación con el Libro I del código penal y constituyen un catálogo de problemas más que un elenco de soluciones normativas. […] Da la impresión de que la legislación general (Leyes 3c) y 40/2015) sólo recoge el nivel mínimo de garantías que exige el TC, a fin de que la administración, sin vulnerar la Ley, pueda estirar al máximo las ',matizaciones' implícitamente admitidas por el TC, correspondiendo a éste concretar el alcance de tales matizaciones. La solución puede ser buena para la Administración pero no lo es para la seguridad jurídica.
>
> Ante esa inoperancia de la legislación administrativa general van apareciendo regímenes sancionadores más desarrollados, sobre todo en materia de tráfico, lucha contra el dopaje o defensa de la competencia, recogiéndose en ellos previsiones que podrían tener alcance general pero que sólo se van a aplicar sectorialmente, sin que en todos los casos exista razón alguna para ello. Una situación semejante seria inimaginable en Derecho penal, por múltiples razones. La dispersión sectorial del régimen sancionador en Derecho

26. HUERGO LORA, Alejandro. Diferencias de régimen jurídico entre las penas y las sanciones administrativas…, cit., p. 22. De fato, como aduz Rivero "no cabe al aplicar la potestad sancionadora un régimen carente de posibilidades de reacción, al menos en un Estado de Derecho" (RIVERO ORTEGA, Ricardo. *Derecho administrativo*. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2023. p. 215).

> administrativo obedece a causas muy variadas pero que no dejan en muy buen lugar su madurez."[27]

A citada lei destaca, em seu Capítulo III, os princípios do poder sancionatório da administração, em complemento à previsão constitucional. Segundo o art. 25, o poder sancionatório das Administrações Públicas será exercido quando expressamente reconhecido por norma com valor de lei, com aplicação do procedimento nela previsto para o seu exercício. O exercício do poder sancionatório compete aos órgãos administrativos que o tenham expressamente atribuído, por disposição legal ou regulamentar.

O art. 26 traz expressa previsão da não retroatividade no âmbito administrativo, ordenando que as disposições sancionatórias produzirão efeito retroativo desde que favoreçam o suposto infrator, tanto no que se refere à qualificação da infração quanto à sanção e aos seus prazos de prescrição.

O princípio da tipicidade, previsto no art. 27, diz só constituir infração administrativa aquelas previstas em lei. As sanções também são limitadas pela lei e impostas diante da prática de uma infração administrativa, sem que se admita a aplicação de analogia.

As disposições regulamentares do desenvolvimento podem introduzir especificações ou graduações ao quadro das infrações ou sanções legalmente estabelecidas, sem constituir novas infrações ou sanções nem alterar a natureza ou os limites daquelas que a lei contempla e que contribuam para a mais correta identificação das condutas ou à determinação mais precisa das sanções correspondentes.

O art. 28 da citada lei estabelece a responsabilidade de pessoas físicas e jurídicas pela prática de infrações administrativas que resultem responsáveis a título de dolo ou culpa.[28]

---

27. HUERGO LORA, Alejandro. Diferencias de régimen jurídico entre las penas y las sanciones administrativas, cit., p. 30-31. Com críticas à regulação mencionada, ver: CANO CAMPOS, Tómas. El autismo del legislador: la "nueva" regulación de la potestad sancionadora de la administración. *Revista de Administración Pública*, Madrid, n. 201, p. 25-68, septiembre-diciembre 2016; RIVERO ORTEGA, Ricardo. La administración electrónica en las leyes 39 y 40/2015. *Cuadernos de Derecho Local*, Fundación Democracia y Gobierno Local, n. 41, p. 72-85, jun. 2016.

28. Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público – Artículo 28. Responsabilidad. 1. Sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas, así como, cuando una Ley les reconozca capacidad de obrar, los grupos de afectados, las uniones y entidades sin personalidad jurídica y los patrimonios independientes o autónomos, que resulten responsables de los mismos a título de dolo o culpa. 2. Las responsabilidades administrativas que se deriven de la comisión de una infracción serán compatibles con la exigencia al infractor de la reposición de la situación alterada por el mismo a su estado originario, así como con la indemnización por los daños y perjuicios causados, que será determinada y exigida por el órgano al que corresponda el ejercicio de la potestad sancionadora. De no satisfacerse la indemnización en el plazo que al efecto se determine en función de su cuantía, se procederá en la forma prevista en el artículo 101 de la Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. 3. Cuando el cumplimiento de una obligación establecida por una norma con rango de Ley corresponda a varias personas conjuntamente, responderán de forma solidaria de las infracciones que, en su caso, se cometan y de las sanciones que se impongan. No obstante, cuando la sanción sea

A vinculação da responsabilidade da pessoa jurídica em âmbito administrativo com o princípio da culpabilidade já era reconhecida pelas decisões do Tribunal Constitucional espanhol desde os anos 1980, como destaca Lozano:

> "Así, pues, las personas jurídicas tienen derecho a que se presuma su inocencia por la sencilla razón de que el ordenamiento jurídico les ha reconocido la capacidad de ser culpables. Si no fuese así, es decir, si respondieran sin culpa, no les sería aplicable la presunción de inocencia, pues como el Tribunal Constitucional ha declarado en relación a la institución de la responsabilidad civil, 'la posibilidad de la responsabilidad sin culpa, responsabilidad por riesgo o responsabilidad objetiva debe llevar a considerar inaplicable el principio de presunción de inocencia' (ATC 204/1986). Precisamente porque las sanciones por infracciones administrativas son una manifestación del ius puniendi del Estado, el Tribunal Constitucional ha declarado que 'resulta inadmisible en nuestro ordenamiento un régimen de responsabilidad objetiva o sin culpa' (STC 76/1990, de 26 de abril). Por lo tanto, si hay culpa en la responsabilidad de las personas jurídicas como sujetos infractores tiene que haber necesariamente presunción de inocencia. Otro problema distinto será el de cómo se configura la culpa y, con ello, la imputabilidad de las personas jurídicas."[29]

---

pecuniaria y sea posible se individualizará en la resolución en función del grado de participación de cada responsable. 4. Las leyes reguladoras de los distintos regímenes sancionadores podrán tipificar como infracción el incumplimiento de la obligación de prevenir la comisión de infracciones administrativas por quienes se hallen sujetos a una relación de dependencia o vinculación. Asimismo, podrán prever los supuestos en que determinadas personas responderán del pago de las sanciones pecuniarias impuestas a quienes de ellas dependan o estén vinculadas.

29. LOZANO CUTANDA, Blanca. La responsabilidad de la persona jurídica en el ámbito sancionador administrativo (a propósito de la STC 246/1991, de 19 de diciembre). *Revista de Administración Pública*, [s.l.], n. 129, 1992. p. 222-223. No mesmo sentido: NAVARRO CARDOSO, Fernando. *Infracción administrativa y delito*: límites a la intervención del derecho penal. Las Palmas de Gran Canaria: Colex, 2001. p. 49 e segs. Lembrando que a Constituição espanhola não fazia expressa referência, na admissibilidade das garantias formais previstas no art. 24 de seu texto, aos procedimentos administrativos em geral: "[…] éstas se consagran en la CE en el art. 24.2, que lo hace sin ninguna alusión a las infracciones y sanciones administrativas. Más aún: los derechos que allí se proclaman están referidos inequívocamente a verdaderos procesos ante los órganos judiciales. En la literalidad del art. 24.2 no hay, pues, nada que permita su traslación a los procedimientos sancionadores de la Administración y sus expresas alusiones al 'Juez ordinario' y a un 'proceso público' podían favorecer, precisamente, la exclusión de las actuaciones administrativas de su ámbito. C.– Pese a ello, desde sus primeras sentencias, el TC consagró la aplicación de muchos de los derechos del art. 24.2 de la CE en el procedimiento administrativo sancionador. En concreto, en la STC 18/1981, de 8 de junio, aparecía ya formulada esta doctrina que luego se ha consolidado y desarrollado: 'La solución que se dé a la misma dependerá de la medida en que se entiendan o no aplicables a la Administración, en materia sancionadora, los principios establecidos en el artículo 24 de la Constitución [...]. Es necesario determinar su ámbito teniendo en cuenta que la Constitución incorpora un sistema de valores cuya observancia requiere una interpretación finalista de la Norma Fundamental. Para llevar a cabo dicha interpretación, ha de recordarse que los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al Derecho Administrativo sancionador, dado que ambos son

De se observar que o debate, na Espanha, encontra-se à frente do que se dá no ordenamento jurídico brasileiro, não só pelo posicionamento sólido em se sustentar o princípio da culpabilidade no direito administrativo sancionador para as pessoas jurídicas como em se debater a aplicabilidade de garantias fundamentais.

Um possível fator parece ser o enfrentamento da possibilidade de se responsabilizar em via direta a pessoa jurídica em momento anterior à admissibilidade da responsabilidade penal da pessoa jurídica. É de destacar que apenas com a reforma do Código Penal espanhol promovida em 2010 superou-se o tradicional princípio de que *societas delinquere non potest.* Nesse sentido, a jurisprudência do Tribunal Constitucional há muito admitia a responsabilidade direta das pessoas jurídicas no direito administrativo, desde que presentes os

manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado, tal y como refleja la propia Constitución (artículo 25, principio de legalidad)'" (ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucia. El procedimiento administrativo sancionador y los derechos fundamentales, cit., p. 31). No mesmo sentido Santamaria Pastor: "La LRJSP no contiene más previsiones acerca del régimen general de la culpabilidad, aparte de una fugaz mención de la 'existencia de intencionalidad' entre los factores que deben graduar la aplicación de la sanción [art. 29.3.a)]. Sin embargo, la transposición general de los principios del derecho penal al derecho administrativo sancionador que se deriva del tratamiento unitario de ambos en el artículo 25.1 CE debe llevar a la aplicación en este último de las reglas que el Código Penal establece sobre todas las cuestiones relativas a este régimen general, como son la existencia de diferentes grados en la autoría, edad mínima de imputación, circunstancias excluyentes de la imputabilidad, etc." (SANTAMARIA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios de derecho administrativo*, cit., p. 446). Em sentido aparentemente contrário, sem embargo, relacionando a responsabilidade da pessoa jurídica enquanto garante e, nesse contexto, dispensando-a do elemento autônomo da culpabilidade, é a posição de Rebolo Puig: "Así, por lo pronto, estos principios de ninguna forma se oponen a la responsabilidad sancionadora de las personas jurídicas, fenómeno que, en contra de lo que a veces se dice, no entraña en absoluto la admisión de una responsabilidad objetiva. En realidad, ni siquiera se oponen a la posible responsabilidad sancionadora de entes sin personalidad jurídica, corno a veces prevén las leyes. Tampoco, obviamente, niegan la posible responsabilidad por participar en la infracción de la que es autor otro, siempre que así esté previsto en la ley y se sancione al partícipe por su propia conducta y por su propia culpa. Asimismo, los principios expuestos no impiden que en ocasiones se pueda ser responsable por una infracción en la que se haya incurrido a consecuencia del hecho de otro (por ejemplo, de un empleado) siempre que se pueda detectar una acción u omisión propia y una culpa igualmente propia, porque en tales hipótesis, a fin de cuentas, se responderá por una infracción propia. Ello a veces ocurre porque el otro es un mero instrumento del verdadero autor; o porque, sin llegar a tanto, tiene el dominio del hecho un sujeto distinto del que materialmente realizó elementos del tipo. También porque la conducta del otro ha llevado a desatender un deber propio. En esta hipótesis cabe incluir, junto con otros, el supuesto de responsabilidad del garante. Todas estas posibles responsabilidades no sólo no son contrarias a los principios de legalidad, personalidad y culpabilidad sino que constituyen en puridad perfectas aplicaciones de ellos" (REBOLLO PUIG, Manuel. Los principios de legalidad, personalidad y culpabilidad en la determinación de los responsables de las infracciones. In: REBOLLO PUIG, Manuel et alii (Coord.). *Régimen jurídico básico de las Administraciones públicas. Libro Homenaje al profesor Luis Cosculluela.* Madrid: Iustel, 2015. p. 861; PÉREZ NIETO, Rafael; DÍEZ-PORTALES, Manuel José. *Principios del derecho administrativo sancionador.* Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2008. v. I. p. 168-172).

princípios próprios do direito administrativo sancionador, conforme aponta Lozano.[30] De fato, como sintetiza Montoro: "La persona jurídica es algo distinto de sus miembros y no se entiende por qué tal principio debería quebrar al operarse en el ámbito del Derecho Constitucional y, más en concreto, en el de los derechos fundamentales".[31] Em suma, não há dúvida de que as pessoas jurídicas podem ser acusadas e sancionadas sendo também titulares dos direitos fundamentais, quer em âmbito penal, quer em âmbito administrativo.[32]

5. Nova lei espanhola de proteção ao denunciante e responsabilidade da pessoa jurídica

A recente lei espanhola 2/2023 de proteção do denunciante integra um movimento supranacional que há algumas décadas estimula os Estados a adotar um *enforcement* direcionado ao combate à corrupção. Nesse contexto, a atuação proativa ou colaborativa do cidadão é essencial para a eficácia da lei. Tal colaboração não se manifesta apenas no correto cumprimento pessoal das obrigações de cada um, manifestação da sujeição de todos à lei, mas também se estende ao compromisso coletivo com o bom funcionamento de instituições públicas e privadas.

Em relação às empresas, a nova lei integra as estratégias de autorregulação, previstas na Espanha desde a regulação de 2010 acerca da responsabilidade penal das pessoas jurídicas. Entre as medidas de gestão internas vocacionadas para o cumprimento normativo, o canal de denúncias configura um dos pilares essenciais. Está direcionado para quem mantenha algum tipo de relação com a empresa, seja laboral, consumerista etc. Diferentemente do que ocorre no setor público, no qual o canal deve estar aberto para as denúncias de qualquer cidadão, o que, aliás, acabou por ser finalmente introduzido no ordenamento espanhol, dentro do contexto de *public compliance* na administração pública.

De acordo com o disposto na lei, todas as empresas que tenham mais de 50 trabalhadores serão obrigadas a criar um sistema interno de informação, os denominados canais de denúncia, sobre violações da legislação da União Europeia e infrações penais ou

30. LOZANO CUTANDA, Blanca. La responsabilidad de la persona jurídica…, cit., p. 214.

31. Cf. GÓMEZ MONTORO, Ángel J. La titularidad de derechos fundamentales por personas jurídicas: un intento de fundamentación. *Revista Española de Derecho Constitucional*, [s.l.], ano 22, n. 65, mayo-agosto 2002. p. 98. "No resulta suficiente, por ello, el simple reconocimiento de la genérica capacidad jurídica de las organizaciones, al tiempo que se entiende que los derechos fundamentales lo son sólo de sus miembros, o entender que la actividad de la persona jurídica es reconducible en última instancia a los comportamientos de las personas físicas que la integran, que ya están garantizados por los derechos fundamentales. Si precisamente alguna utilidad ha tenido la noción de persona jurídica ha sido la de permitir considerar como un único sujeto de imputación a un colectivo, la de reducir a la unidad una pluralidad, separando los actos de la entidad de los de sus miembros".

32. ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucia. El procedimiento administrativo sancionador y los derechos fundamentales, cit., p. 49.

administrativas graves ou muito graves, além de estabelecer qual será o procedimento de processamento dessas informações de modo a garantir a confidencialidade ou o anonimato da identidade dos denunciantes, em particular dos trabalhadores. Nos grupos de empresas, a empresa-mãe será aquela que poderá implementar os princípios e as políticas que inspiram a organização do sistema para a adequada organização e coordenação dos canais em cada uma das entidades que o integram.

Consciente do custo que esse novo encargo pode gerar nas empresas, a lei admite que aquelas que, embora ultrapassem a quantidade de 50 trabalhadores, tenham menos de 250 possam partilhar meios e recursos para a gestão da informação que recebem, permanecendo sempre a existência de canais próprios em cada empresa.

São obrigações que fazem parte de um contexto regulatório administrativo e penal da lavagem de dinheiro, dos instrumentos de cumprimento normativo previstos no Código Penal (art. 130 do Código Penal espanhol), fruto das diretivas supranacionais de combate à criminalidade transnacional.

Em relação às sanções impostas às empresas, destaca-se a responsabilidade por uma má organização corporativa, na medida em que se sanciona de maneira escalada a omissão da empresa. Segundo o art. 63, serão consideradas infrações muito graves ações ou omissões dolosas que se refiram ao incumprimento da obrigação de dispor de um sistema interno de informação nos termos da lei. Outro ponto de destaque é a supressão à referência de dolo para caracterizar infrações de outra natureza.[33] Poderia tal supressão ser interpretada no sentido de se prescindir de dolo ou culpa, entretanto, é de lembrar que o sistema sancionatório da citada lei ocorre segundo o estabelecido na Lei 40/2015, de modo a não prescindir da aferição da intencionalidade, sob o risco de se sancionar a empresa de modo objetivo. Nessa direção espera-se que seja a interpretação a ser dada pela jurisprudência espanhola, costumeiramente avessa à responsabilidade sem culpa.

33. Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción. […] 2. Tendrán la consideración de infracciones graves las siguientes acciones u omisiones: a) Cualquier actuación que suponga limitación de los derechos y garantías previstos en esta ley o cualquier intento o acción efectiva de obstaculizar la presentación de informaciones o de impedir, frustrar o ralentizar su seguimiento que no tenga la consideración de infracción muy grave conforme al apartado 1. b) Vulnerar las garantías de confidencialidad y anonimato previstas en esta ley cuando no tenga la consideración de infracción muy grave. c) Vulnerar el deber de secreto en los supuestos en que no tenga la consideración de infracción muy grave. d) Incumplimiento de la obligación de adoptar las medidas para garantizar la confidencialidad y secreto de las informaciones. e) La comisión de una infracción leve cuando el autor hubiera sido sancionado por dos infracciones leves, graves o muy graves en los dos años anteriores a la comisión de la infracción, contados desde la firmeza de las sanciones. 3. Tendrán la consideración de infracciones leves las siguientes acciones u omisiones: a) Remisión de información de forma incompleta, de manera deliberada por parte del Responsable del Sistema a la Autoridad, o fuera del plazo concedido para ello. b) Incumplimiento de la obligación de colaboración con la investigación de informaciones. c) Cualquier incumplimiento de las obligaciones previstas en esta ley que no esté tipificado como infracción muy grave o grave.

6. A Lei Anticorrupção da pessoa jurídica e a crise nos mecanismos de responsabilidade da pessoa jurídica

A estrutura do direito administrativo sancionador espanhol, em linhas gerais, caminha no sentido de que se aplicam, no que for compatível, os princípios do direito penal, independentemente de se entender haver ou não um grau de dependência, mas, sim, por se entender serem ambos fenômenos de manifestação do poder punitivo do Estado. Transladada essa compreensão para o âmbito da responsabilização da pessoa jurídica, os contornos do poder punitivo estatal autorizam seguir a mesma dinâmica de modo a se assegurar um feixe protetivo para as pessoas jurídicas quando sujeitas ao sancionamento do Estado.

Nesse sentido, um dos pontos sensíveis da responsabilidade penal da pessoa jurídica é compatibilizar os princípios estruturais do direito penal, voltados à pessoa física, com a pessoa jurídica. Foge aos nossos objetivos a análise mais aprofundada da responsabilidade penal da pessoa jurídica e dos modelos que a conformam.[34] Duas teorias dão a tônica no que se refere à possibilidade de responsabilidade penal da pessoa jurídica: a heterorresponsabilidade e a autorresponsabilidade. Em síntese, ambas divergem quanto à dependência de se estabelecer a responsabilidade penal da pessoa jurídica vinculada ou não à da pessoa física que em seu nome atua.

O modelo de heterorresponsabilidade ou vicarial funciona como um modelo de responsabilidade objetiva, ao vincular a responsabilidade da pessoa jurídica à atuação da pessoa física sem valorar qualquer atuação proativa e preventiva da pessoa jurídica. Já o modelo de autorresponsabilidade, por sua vez, procura vincular a responsabilidade da pessoa jurídica com um defeito em sua organização que venha a permitir a realização do fato delituoso pela pessoa física.

Conquanto o direito brasileiro caminhe na contramão das normativas estrangeiras que, influenciadas pelos instrumentos supranacionais, passaram a incorporar a responsabilidade penal da pessoa jurídica, orientadas não apenas por um prisma político-criminal, mas pela centralidade com que as empresas passaram a ocupar nos espaços globais de poder, a essa nova realidade integram-se as estratégias preventivas denominadas de *compliance*, mecanismos de gestão empresarial instituídos com a finalidade de prevenir a prática de irregularidades e que envolvem a adoção de uma política de conformidade por parte da alta

34. Sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica na Espanha, ver: DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Regulación española. In: *Política Criminal y Derecho Penal – Estudios*. 3. ed. Madrid: Tirant lo Blanch, 2020. v. II; NIETO MARTÍN, Adán. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*: un modelo legislativo. Madrid: Iustel, 2008; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas (bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española)*. Buenos Aires: Julio Cesar Faira Editor, 2010. No Brasil: SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: ed. RT, 1998; SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: ed. RT, 2018; BARRILARI, Claudia Cristina. *Crime empresarial, autorregulação e compliance*. 2. ed. São Paulo: ed. RT, 2021.

direção da empresa, código de ética, políticas de análise de risco e de controles internos, além de canais de denúncia e treinamentos sobre os procedimentos de integridade, entre outros instrumentos que podem ser adotados pela empresa nesse contexto.

A comparação entre os ordenamentos jurídicos espanhol e brasileiro no tocante aos mecanismos sancionatórios da pessoa jurídica descortina um preocupante descompasso da legislação brasileira não só em relação a não adoção da responsabilidade penal quanto em prescindir da culpabilidade, com evidentes dificuldades para o exercício do direito de defesa por parte da pessoa jurídica.

No Brasil, chama a atenção que o legislador tenha optado pela responsabilização civil e administrativa da pessoa jurídica pela prática de atos contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira, sem embargo de que os atos nela tipificados tenham nítida natureza penal, dada a similitude entre fatos típicos penais como a própria corrupção e os ilícitos listados na Lei Anticorrupção.

Quanto às penas, a lei estabelece penas de natureza administrativa – a multa e a publicação extraordinária da decisão condenatória – e civil. (art. 19). De mencionar que as sanções são similares às que são previstas na Lei de Crime Ambiental, único diploma legislativo que contempla a responsabilidade penal da pessoa jurídica e, em especial, com as sanções que, em legislações estrangeiras, sancionam em via penal a pessoa jurídica. Conforme aduz Salvador Netto:

> "Em diversos ordenamentos são encontrados, sob o rótulo de penas criminais, respostas jurídicas formalmente iguais. Ocorre, contudo, que no cerne da responsabilidade penal da empresa, na qual a responsabilização é necessariamente subjetiva e colocada sob os auspícios do sistema criminal, os debates em torno das finalidades e dos discursos legitimadores das penas ganham um contorno muito mais profundo e complexo."[35]

Há que mencionar também que, enquanto a citada lei – surgida como resposta às demandas internacionais originadas nas Convenções da ONU e da OCDE de combate à corrupção – dirige-se às pessoas jurídicas, já havia a previsão, desde 1992, na Lei de Improbidade, que se dirige aos agentes públicos ou a quem tenha concorrido para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficiado de qualquer forma. A corrupção configura ato de improbidade praticado por pessoa física, de responsabilização extrapenal.

7. Conclusão

A análise sistemática de responsabilização em diferentes vias de práticas de corrupção leva à necessidade de se ampliar o espectro protetivo, seja em âmbito material, seja

35. SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. 2. ed. São Paulo: ed. RT, 2020. p. 325.

processual; com isso se afirma a fragilidade de se adotar a responsabilidade objetiva, não apenas pela apontada natureza substancial penal da lei[36] como pelo regime constitucional democrático, que impõe garantias para a validade dos processos de sancionamento estatal, sendo regra a aferição de culpabilidade nos processos punitivos. De fato, a previsão de responsabilidade objetiva no direito civil, prevista no art. 927 do Código Civil, é relacionada com a teoria do risco.

A culpabilidade, ou seja, a necessidade de dolo ou culpa, não é exigida no direito administrativo apenas pela aplicação dos princípios do direito penal, mas, sim, porque se constitui uma exigência institucional do sistema, uma garantia que deriva do fato da natureza punitiva das sanções administrativas. E o mesmo pode ser dito de requisitos como a reserva de lei, a tipicidade, a irretroatividade, a analogia *in pejus* ou a proibição de *bis in idem*, que, embora elaborados pela dogmática penal, têm clara vinculação constitucional e, portanto, constituem uma exigência do sistema sancionatório próprio de um Estado de Direito.[37]

8. Bibliografia

ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucia. *El procedimiento administrativo sancionador y los derechos fundamentales*. Navarra: Arazandi, 2007.

ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucia. Los confines de las sanciones: en busca de la frontera entre derecho penal y derecho administrativo sancionador. *Revista de Administración Pública*, Madrid, n. 195, p. 135-167, septiembre-diciembre 2014.

BACIGALUPO, Enrique. *Sanciones administrativas (Derecho español y comunitario)*. Madrid: Colex, 1991.

BARDAJÍ, Joaquín de Fuentes (Dir.) *Manual de derecho administrativo sancionador.* Abocacía General del Estado. Navarra: ed. RT; Arazandi, 2005.

BARRILARI, Claudia Cristina. *Crime empresarial, autorregulação e compliance.* 2. ed. São Paulo: ed. RT, 2021.

BARRILARI, Claudia Cristina. Improbidade culposa e a retroatividade da norma mais benéfica – lógica penal para o ilícito administrativo sancionador. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 30, n. 361, dez. 2022.

BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. Cuestiones derivadas de la concurrencia del derecho penal y del derecho administrativo en materia de tutela del medio ambiente. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, [s.l.], n. 7, p. 155-176, 2003.

36. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance, direito penal, corrupção*. São Paulo: Saraiva, 2015.

37. CANO CAMPOS, Tomás. El concepto de sanción y los límites entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador. In: MARTOREIL, Felio José Bauzá. (Dir.). *Derecho Administrativo y Derecho Penal*: reconstrucción de los límites. Madrid: Bosch, 2016. p. 218.

CANO CAMPOS, Tomás. El autismo del legislador: la "nueva" regulación de la potestad sancionadora de la administración. *Revista de Administración Pública*, Madrid, n. 201, p. 25-68, septiembre-diciembre 2016.

CANO CAMPOS, Tomás. El concepto de sanción y los límites entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador. In: MARTOREIL, Felio José Bauzá (Dir.). *Derecho Administrativo y Derecho Penal:* reconstrucción de los límites. Madrid: Bosch, 2016.

CARRETERO PEREZ, Adolfo; CARRETERO SANCHEZ, Adolfo. *Derecho administrativo sancionador.* Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1992.

CASARES MARCOS, Anabelén. *Principio de legalidad y ejercicio de la potestad administrativa sancionadora*. Sevilla: Instituto Andaluz de Administración Pública, 2012.

DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. La responsabilidad penal de las personas jurídicas: regulación española. In: *Política Criminal y Derecho Penal – Estudios*. 3. ed. Madrid: Tirant lo Blanch, 2020. v. II.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo* II. 10. ed. Madrid: ed. RT; Civitas, 2006.

GARCIA MARTÍN, Luis. La serie "infracción-culpabilidad-sanción" desencadenada por individuos libres como síntesis jurídica indisoluble derivada de la idea y del concepto a priori del Derecho. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, [s.l.], n. 18, p. 1-131, 2016.

GÓMEZ MONTORO, Ángel J. La titularidad de derechos fundamentales por personas jurídicas: un intento de fundamentación. *Revista Española de Derecho Constitucional*, [s.l.], ano 22, n. 65, p. 49-105, mayo-agosto 2002.

GÓMEZ TOMILLO, Manuel. La imputación de infracciones administrativas a las personas jurídicas. In: MARTORELL, Felio José Bauzá (Dir.). *Derecho administrativo y derecho penal:* reconstrucción de los límites. Hospitalet de Llobregat: Bosch; Wolters Kluwer, 2017.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas (bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española). Buenos Aires: Julio Cesar Faira Editor, 2010.

HAURIOU, Maurice. *Précis de droit administratif et de droit public*. 12. ed. Paris: Dalloz, 2004.

HUERGO LORA, Alejandro. Diferencias de régimen jurídico entre las penas y las sanciones administrativas que pueden y deben orientar su utilización por el legislador, con especial referencia a los instrumentos para la obtención de pruebas. In: LORA, Alejandro Huergo (Dir.). *Problemas actuales del derecho administrativo sancionador*. Madrid: Iustel, 2018.

HUERGO LORA, Alejandro. La Europeización del derecho administrativo sancionador. In: ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, Paz (Coord.). *Una contribución a la europeización de la ciencia jurídica*: estudios sobre la Unión Europea.

Homenaje de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo al Profesor Gil Carlos Rodríguez Iglesias. Navarra: Civitas; ed. RT, 2019.

LOZANO CUTANDA, Blanca. La responsabilidad de la persona jurídica en el ámbito sancionador administrativo (a propósito de la STC 246/1991, de 19 de diciembre). *Revista de Administración Pública*, Madrid, n. 129, p. 211-240, 1992.

LOZANO CUTANDA, Blanca. Panorámica general de la potestad sancionadora de la administración en Europa: "despenalización" y garantía. *Revista de Administración Pública,* Madrid, n. 121, p. 393-414, enero-abril 1990.

MATELLANES RODRÍGUEZ, Nuria. *El médio ambiente:* algunos aspectos de la relación derecho penal-derecho administrativo. Tesis Doctoral – Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca, Salamanca, 1996.

MEJÍA-PATIÑO, Omar. *Fundamentos de derecho administrativo sancionador*. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez. 2013.

MUNÕZ MACHADO, Santiago. Actos Administrativos y Sanciones Administrativas. In: *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General.* Madrid: Boletín Oficial del Estado, 2017. t. XII.

NAVARRO CARDOSO, Fernando. *Infracción administrativa y delito*: límites a la intervención del derecho penal. Las Palmas de Gran Canaria: Colex, 2001.

NIETO, Alejandro. Derecho administrativo sancionador. 4. ed. Madrid: Tecnos, 2015.

NIETO MARTÍN, Adán. La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo. Madrid: Iustel, 2008.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 7. ed. São Paulo: ed. RT, 2020.

PÉREZ NIETO, Rafael; DÍEZ-PORTALES, Manuel José. *Principios del derecho administrativo sancionador.* Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2008. v. I.

REBOLLO PUIG, Manuel. Los principios de legalidad, personalidad y culpabilidad en la determinación de los responsables de las infracciones. In: REBOLLO PUIG, Manuel et alii (Coord.). *Régimen jurídico básico de las Administraciones públicas. Libro Homenaje al profesor Luis Cosculluela.* Madrid: Iustel, 2015.

RIVERO ORTEGA, Ricardo. *Derecho administrativo*. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2023.

RIVERO ORTEGA, Ricardo. Igualdad, unidad y seguridad en la interpretación del Derecho Administrativo. *Revista de Administración Pública*, Madrid, n. 146, p. 85-128, 1998.

RIVERO ORTEGA, Ricardo. La administración electrónica en las leyes 39 y 40/2015. In: *Cuadernos de derecho local.* Fundación Democracia y Gobierno Local. Número 41, 2016.

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

SANTAMARIA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios de derecho administrativo general* II. 4. ed. Madrid: Iustel. 2016.
SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica.* São Paulo: ed. RT, 1998.
SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance, direito penal, corrupção.* São Paulo: Saraiva, 2015.



PESQUISAS DO EDITORIAL



Áreas do Direito: Administrativo; Penal

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- Após 13 anos da edição da Súmula Vinculante 05 do Supremo Tribunal Federal, eis o cancelamento da Súmula 343/STJ: estará sepultada a discussão sobre a indispensabilidade de advogados no PAD, mesmo diante do avanço do direito administrativo sancionador?, de Carolina Reis Jatobá Coêlho – *Boletim Revista dos Tribunais Online* 16/2021;
- A violência no poder punitivo estatal, de Alencar Frederico Margraf e Meg Francieli Svistun – *RDCI* 108/189-207;
- Considerações sobre a responsabilidade solidária do grupo econômico por atos de corrupção, de Thiago Spercel – *RDE* 4/281-292; e
- O dever de fundamentação das decisões penais, o poder punitivo estatal e a garantia de direitos: uma análise da atuação do Superior Tribunal de Justiça em casos de tráfico de drogas julgados entre 2020 e 2022, de Carolina Costa Ferreira e Greice Kerr Mandruzato – *RT* 1052/209-231.

Barrilari, Claudia Cristina. Interlocução entre o direito administrativo sancionador e o direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 198. ano 31. p. 17-39. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2023.
DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v198i198.599].

Acerca dos espaços de atipicidade entre os crimes de concussão e corrupção ativa: uma proposta de relação entre o princípio da lesividade e a necessidade de pena como critérios de punibilidade em sentido normativo

About the gap of atypicality between the crimes of bribery and extorsion practiced by public officer: a proposal for the relationship between the principle of damage and the necessity of punishment as criteria of punishment in the normative sense

M.e Giuseppe Cammilleri Falco

Doutorando, Mestre (2022) e graduado (2018) em Direito pelo Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da UNESP – *Campus* Franca/SP.
ORCID: [https://orcid.org/0000-0002-5734-9006].
Lattes: [http://lattes.cnpq.br/0425322094561553].
giuseppecfalco@gmail.com

Prof. Dr. Fernando Andrade Fernandes

Pós-Doutor em Direito Penal pela Universidade de Salamanca (2011). Doutor em Direito pela Universidade de Coimbra (2000). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professor assistente doutor da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho – *Campus* Franca/SP.
ORCID: [https://orcid.org/0000-0002-6801-3356].
Lattes: [http://lattes.cnpq.br/0485191470301548].
feranfer@uol.com.br

DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v198i198.427].

Recebido em: 06.02.2023
Aprovado em: 09.03.2023
Última versão dos autores: 30.04.2023

Áreas do Direito: Penal; Administrativo

Resumo: O trabalho busca, por meio de uma metodologia dedutiva, amparado em um entendimento normativo do fenômeno jurídico, definir

Abstract: The paper aims to define the crimes written in arts. 333 and 316, both of the Criminal Code. That is supported by a deductive

F., G. C.; F., F. A.. Acerca dos espaços de atipicidade entre os crimes de concussão e corrupção ativa: uma proposta de relação entre o princípio da lesividade e a necessidade de pena como critérios de punibilidade em sentido normativo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 198. ano 31. p. 41-59. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2023.
DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v198i198.427].

os crimes de corrupção ativa de concussão, para verificar a existência de certas condutas que, nos contornos do desenhado neste trabalho, são atípicas. Então, ancorado na máxima de que o que não está proibido está permitido, o presente excerto traça as diferenças entre os tipos penais para tentar demonstrar que certas condutas, ainda que aparentem com as descritas nos tipos penais abordados, são atípicas. Essas condutas são atípicas, pois, além de não apresentarem certos pressupostos normativos para a existência dos tipos penais, ainda que sejam eticamente inadequadas, carecem de atribuição de pena. Isso porque, entende-se a punibilidade como um juízo normativo axiológico em que não basta a análise simples da ocorrência formal do delito, deve-se verificar violação penalmente relevante do valor a ser protegido, a qual representaria necessidade de aplicação de pena, em destaque pelo critério da prevenção.

Palavras-chave: Atipicidade – Corrupção – Concussão – Punibilidade.

approach and a normative comprehension of the juridical fenom. Starting of the assumption that wich is not forbidden is allowed, defining this crimes helps us to understand others conducts that can be not rank as crimes. This conducts are not crime because, although they support an ethical violation, they do not have de criteria of necessity to punishment, because their violations do not touch de value protect by the criminal norm. So, to obey the prevition finalites of punishment, this conducts are insignificant to the criminal law point of view.

Keywords: Atypicality – Corruption – Concussion – Punishability.

Sumário: 1. Introdução. 2. Concussão: art. 316 do Código Penal. 3. Corrupção ativa: art. 333 do Código Penal. 4. Os pequenos pagamentos e as pequenas exigências atípicas. 5. Considerações conclusivas. 6. Bibliografia.

1. Introdução

A chamada criminalidade do "colarinho branco", apesar de ter sido percebida na primeira metade do século XX (SUTHERLAND, 2014), tornou-se mais especializada e complexa graças à estrutura da sociedade pós-moderna de forte interação entre os sistemas político e econômico. O contexto da sociedade da informação, em que a circulação de dinheiro tornou-se amplamente facilitada (tal qual a circulação da informação), permitiu que o poder econômico se apoderasse do fenômeno da globalização para efetivar-se como mecanismo de poder tendente à hegemonia.[1] Por exemplo, hoje, os próprios sentimentos de desejo, sucesso e felicidade estão, diretamente, atrelados a um ideal de consumo globalizado dos produtos vendidos por conglomerados internacionais (BAUMAN, 2003).

1. **Nesse sentido, aborda Manuel Castells: "lógica de redes em qualquer sistema ou conjunto de relações, usando essas novas tecnologias da informação" (CASTELLS, 2016, p. 124).**

F., G. C.; F., F. A.. Acerca dos espaços de atipicidade entre os crimes de concussão e corrupção ativa: uma proposta de relação entre o princípio da lesividade e a necessidade de pena como critérios de punibilidade em sentido normativo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 198. ano 31. p. 41-59. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2023.
DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v198i198.427].

Assim, é com o agravamento da sociedade de consumo que o mercado passa a ter ainda mais poderio para influenciar a realidade social, ao ponto de que, hoje, é impensável que o Estado, como figura pública, e o mercado não se relacionem. Tanto é assim que os grandes conglomerados não só têm escala global como, em muitos casos, têm faturamentos tão grandes quanto os PIBs de Estados soberanos, ou maiores.[2]

O que nos mostra que, no panorama atual de organização do Estado capitalista, a relação Estado-empresa é um fundamental para a preservação do próprio Estado, em especial, no custeio da manutenção e formação de estruturas. Afinal, o Estado, *a priori*, não tem aptidão para algumas tarefas realizadas pelo meio privado. Por isso, pode-se firmar que a relação Estado-empresa, no atual sistema econômico, é fundamento do sistema democrático.[3]

Por outro lado, as disfunções entre a relação público/privada, tamanha é sua incidência e seu alcance na sociedade, podem levar, por consequência, a grandes alterações da vida cotidiana. Sendo assim, sob essa perspectiva, se percebe a característica do risco (BECK, 2010), entranhada na sociedade pós-moderna, também, como fato relevante na relação entre os Estados e as empresas.

É, portanto, sobre os fundamentos da sociedade pós-moderna, quais sejam, comunicação, globalização e o risco, que a relação entre o meio público e privado ganha relevância, ao ponto de existir a necessidade de se estabelecerem regras para que tal relação (público/privada) possa funcionar ancorada em valores tidos como ideais àquele conjunto social. Assim, as normas jurídicas positivadas têm por referência, e assim expressam, valores cultuados pelo respectivo sistema social, em destaque – no caso da relação entre o meio privado e o Estado – os que envolvem a moralidade, probidade e transparência com o dinheiro público. Não por outro motivo, o artigo 37 da Constituição Federal (BRASIL, 1988) determina os valores que regem a administração pública, justamente, para comunicar que os atos do Estado devem respeitar tais valores.

Em um processo chamado de expansão do direito penal (SANCHEZ, 2011), portanto, reclamou-se ao sistema jurídico penal a proteção desses valores e, por consequência, a

2. Explica Rodriguez: "Las razones que explican esta dimensión internacional de los actos de corrupción son, sintéticamente, los siguientes: a) la economización de la sociedad: el vertiginoso crecimiento del comercio, agravando las diferencias entre los Estados; b) el mayor desarrollo de las comunicaciones internacionales que facilita la transferencia de capitales entre los Estaos sin dejar la huella del dinero en metálico; c) la aparición de nuevos actores en las relaciones económicas, como las grandes empresas que, en muchos casos, tienen por sí solas un potencial económico superior al del de muchos Estados; d) la pujanza de las áreas regionales de integración de Estados, como la Unión Europea o las áreas de libre comercio, como el Mercosur, que tienden a suprimir o al menos reducir las fronteras entre los Estados miembros, facilitando la libre circulación de personas y de capitales" (RODRIGUEZ, 2012, p. 285).

3. Citamos diretamente a abordagem de Walfrido Warde: "Não sabíamos e continuamos sem saber, em concreto, quais relações estre Estado e empresa que caracterizam a corrupção e quais delas são produto da democracia, aliás, um pressuposto da democracia" (WARDE, 2018, p. 45).

F., G. C.; F., F. A.. Acerca dos espaços de atipicidade entre os crimes de concussão e corrupção ativa: uma proposta de relação entre o princípio da lesividade e a necessidade de pena como critérios de punibilidade em sentido normativo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 198. ano 31. p. 41-59. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2023.
DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v198i198.427].

delimitação de condutas que afrontassem o ideal funcionamento dessa forma de relação entre o sistema político e o econômico. Portanto, para que fique claro o entendimento deste trabalho, o Direito Penal, tendo em vista a proteção de valores cultuados pela sociedade, por meio de normas, busca, para o objeto desse excerto, garantir o ideal funcionamento da relação entre o meio público e o privado. Ou seja, o Direito Penal não é, e nem deve ser, o responsável por regular tal relação, mas, apenas, se necessário seu uso, garantir a regulação jurídica. Em outras palavras, o Direito Penal tem por função comunicar o modelo de comportamento e, por isso, garantir a validade da norma, a qual é garantida, no ponto debatido pelo texto, por meio do controle da licitude da relação entre o meio público e privado.[4]

De outro lado, o Direito Penal não pode, sob o fundamento de proteção da vigência da norma, obstar todas as formas de interação entre o Estado e as empresas, principalmente porque, como já se falou, há necessidade social dessa relação. Assim, a relação entre Estado e empresas não pode ser simplesmente suprimida, mas, sim, controlada por meio de instrumento de regulamentação, entre eles o Direito Penal. Logo, há necessidade de ponderação dos interesses e valores em jogo para que se permita o desenvolvimento social por meio da relação do meio público com o privado sem extirpá-la da Administração Pública.[5]

A sociedade – em destaque, a sociedade brasileira –, perplexa com os escândalos de corrupção veiculados pela mídia, apelou ao Direito Penal a responsabilização e punição dos envolvidos em delitos de corrupção. Além disso, recentemente, a população brasileira vem demandando que o Direito Penal seja o instrumento de prevenção da chamada "criminalidade do colarinho branco".[6]

Quanto aos crimes de corrupção, devemos considerar o modelo de Estado e sua relação com o meio privado. Afinal, em regra, os crimes de corrupção são praticados no âmbito da relação entre Estado e o particular (englobando-se aqui pessoas jurídicas de direito privado). Dessa maneira, os objetos de proteção dos crimes de corrupção envolvem a

4. "[O] objetivo do direito penal, porém, não é simplesmente proteger bens jurídicos, mas o de traçar, nitidamente, os contornos das zonas de licito e do ilícito, do proibido e do permitido, no sentido de só justificar a intervenção do Estado sobre a liberdade da pessoa humana, em casos de extrema e demonstrada necessidade" (TAVARES, 2002, p. 216).

5. "E sim, ao dado que as fontes de perigo para vários bens jurídicos coletivos advêm mormente de atividades lícitas e socialmente necessárias, as quais não podem ser suprimidas *in totum,* mas sim controladas [...] Assim, não pode o Direito Penal pretender uma tutela absoluta dos bens emergentes, tal qual o caso doas clássicos bens individuais, mas sim por meio de uma ponderação acerca dos limites e interesses em jogo. Do contrário, estar-se-ia a impor a paralisação do desenvolvimento social que, inequivocamente, variegadas benesses propiciou ao homem moderno" (MELO, 2009, p. 69).

6. "A prevenção é certamente uma forma de enfrentamento aos delitos de corrupção. Fato de notório conhecimento é que todo ato de corrupção causa na sociedade em si um mal. A vítima direta – ressaltando que tratamos aqui dos delitos de corrupção pública – é o Estado; entretanto, toda a sociedade está inserida como vítima indireta pois, tendo por fundamento a função do Estado, os interesses deste deve ser os interesses da sociedade e uma vez atingidos os interesses do Estado, toda a sociedade também será atingida" (GOMES, 2014, p. 21).

F., G. C.; F., F. A.. Acerca dos espaços de atipicidade entre os crimes de concussão e corrupção ativa: uma proposta de relação entre o princípio da lesividade e a necessidade de pena como critérios de punibilidade em sentido normativo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* vol. 198. ano 31. p. 41-59. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2023.
DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v198i198.427].

administração pública, a economia e a própria estrutura do Estado.[7] Isso porque os agentes dos crimes de corrupção, em resumo, desfocam a estrutura estatal, outrora voltada ao interesse público, para obterem vantagens indevidas ou de interesse unicamente particular.

Nesse sentido, para além dos princípios que norteiam a administração pública, de forma ainda mais precisa, o que está proibido pelos crimes de corrupção, seja na modalidade ativa, seja na passiva, é a perversão do modelo ideal de relação entre o meio público e o meio privado. Então, se a lei determina a correta forma de relação entre o meio público e privado, a perversão desse modelo é o que caracteriza a corrupção. Sendo assim, por exemplo, a Lei 14.133, de 2021, ao desenhar a forma e os procedimentos das licitações e contratos administrativos, está a determinar o preciso procedimento de relação entre o meio público e o privado. O que quer dizer, por outro lado, que todos os demais meios de relação – ressalvados outros previstos em lei – estão proibidos.

Porém, por definição, nem tudo que é proibido ou ilícito é criminoso. O que quer dizer que a transgressão do modelo de relação entre o Estado e o meio privado não está a todo momento ao alcance da norma penal. Afinal, além da verificação da perversão do modelo de relacionamento entre o meio público e privado, a atribuição de qualquer delito passa pelo crivo dos critérios imputativos, em especial, o alcance do tipo penal. Logo, é ainda mais justificado o presente trabalho, que visa, justamente, delimitar o alcance dos tipos penais da concussão e da corrupção ativa. Tudo para que não se incorra em arbítrio ou imprecisão quando da imputação de tais delitos.

Por outro lado, a estrutura complexa da sociedade pós-moderna, como já dito, trouxe novas formas de agressão a bens jurídicos, sobretudo a administração pública, gerando, assim, dificuldade ao aplicador da norma penal ante as novas condutas oriundas da mudança do agir da pós-modernidade. Por exemplo, para nos ajudar a visualizar a influência das novidades pós-modernas em relação às condutas, percebeu-se que, com o advento da *internet* e dos meios digitais, o pagamento de valores ilícitos não é mais feito por meio de dinheiro em espécie, mas, sim, por movimentações financeiras exclusivamente digitais. Então, a conduta de transacionar um valor ilícito, seja como contrapartida de atos de ofício (crimes de corrupção), seja como produto do delito (valores obtidos, por exemplo, da venda de entorpecentes), anos atrás, precisava de malas, cofres e conversas pessoais, hoje, necessita somente de um telefone celular.

Portanto, este trabalho pretende refletir acerca das novas formas de praticar os delitos e suas consequências normativas. O que, em primeiro lugar, nos cabe o cuidado de ordem ético-jurídica de não fazer qualquer esforço com o intuito de, esgarçando a lei penal, imputar um crime a um acusado sem a devida precisão normativa. Afinal, essa não seria hipótese convergente para a metodologia do presente artigo. A análise de um caso em específico necessitaria da ciência dos pormenores materiais do caso em concreto, o que não pretende este

7. "Os crimes de corrupção atentam contra a ordem econômica e a Administração Pública, colocando toda a sociedade em situação de risco pois desvirtuam as finalidades e funções do próprio Estado" (GOMES, 2014, p. 12).

F., G. C.; F., F. A.. Acerca dos espaços de atipicidade entre os crimes de concussão e corrupção ativa: uma proposta de relação entre o princípio da lesividade e a necessidade de pena como critérios de punibilidade em sentido normativo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 198. ano 31. p. 41-59. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2023.
DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v198i198.427].

trabalho. O objetivo é entender o atual panorama normativo afetado pelas novas formas de execução de condutas criminosas.

A conduta descrita por meio do tipo é expressão da norma penal que o precede, por isso, optou-se neste trabalho por dois tipos penais grafados no Código Penal brasileiro para contribuir com o entendimento dos seus aspectos normativos: o crime de corrupção ativa (art. 333 do Código Penal) e concussão (art. 316 do Código Penal). Isso porque, nas tramas processuais que ganharam natureza midiática, sob análise do caso concreto, embora as condutas descritas nesses tipos sejam demasiadamente distintas, restou dificuldade em subsumir a conduta ao fato concreto. Por exemplo, em uma situação de reiterados pagamentos e exigências de valores ilícitos a agentes políticos por conta da função pública ocupada que, após certo tempo, já não se sabe se o pagamento era oriundo de exigência do funcionário ou oferecimento do particular. Cabendo-nos, nesse ponto, também, refletir se há possibilidade normativa da ocorrência do crime de corrupção ativa e concussão na mesma hipótese fática.

Ademais, o presente escrito visa debater acerca de uma conduta, que nos parece intermediária entre os dois citados tipos, chamada, na língua espanhola, de os *pagos de engrase,* os quais seriam pagamento de pequena monta ao funcionário público para viabilizar, ante a ineficiência da burocracia estatal, o que já é de direito do agente privado.

A diferenciação dessas condutas, crê o presente trabalho, contribuirá para a melhor observância e, quando necessário, imputação das condutas típicas quando da análise do caso concreto.

2. Concussão: art. 316 do Código Penal

A conduta referente ao delito de concussão está descrita no art. 316 do Código Penal como "exigir, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida". O crime de concussão, topologicamente, está localizado no título XI do Código Penal – dos crimes contra a administração pública, mais especificamente no Capítulo I – dos crimes praticados por funcionário público contra a administração em geral. Assim, como já bem indica a nomenclatura do citado capítulo, bem como a própria descrição do tipo, o crime de concussão é um crime praticado exclusivamente por funcionário público.

Sendo essa a hipótese, a concussão é um crime classificado pela doutrina tradicional como crime próprio (aquele que apenas pode ser praticado por pessoa detentora de *status* social especial). Então, existe um critério normativo que precede a configuração do tipo penal, qual seja, o conceito legal de funcionário público, previsto no art. 327 do Código Penal. Ou seja, sem a verificação desse conceito normativo prévio, não há possibilidade de atribuição do tipo penal de concussão.

O conceito de funcionário público para fins penais está, conforme orientação uníssona da doutrina e da jurisprudência, acostado ao art. 327 do Código Penal, o qual impõe ser

F., G. C.; F., F. A.. Acerca dos espaços de atipicidade entre os crimes de concussão e corrupção ativa: uma proposta de relação entre o princípio da lesividade e a necessidade de pena como critérios de punibilidade em sentido normativo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* vol. 198. ano 31. p. 41-59. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2023.
DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v198i198.427].

funcionário público quem, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, exerça emprego, cargo ou função pública.[8] A doutrina tradicional define cargo e emprego público como o posto criado por legislação competente na estrutura da Administração Pública com denominação e definição de vencimentos próprios, diferenciando-se sob o aspecto de ser esse regido por estatuto próprio do cargo e aquele pelo regime da CLT. Por conseguinte, a função pública tem caráter residual, reservando-se àqueles que, embora não sejam concursados, prestem serviços públicos vinculados à Administração Pública via contratos administrativos, ainda que de forma temporária, por exemplo, o administrador da empresa concessionária de administração de rodovias (NUCCI, 2017, p. 1495).

Enfim, quando da imputação do crime de concussão, deve-se considerar o requisito normativo de o agente ser funcionário público, nos termos da legislação, para constituição da tipicidade. Ou seja, para delimitação da tipicidade deve-se, obrigatoriamente, verificar esse elemento normativo, caso contrário, ao menos quanto ao crime de concussão, a conduta será atípica.

Para além de uma questão de tipicidade e autoria, o conceito jurídico penal de funcionário público impõe àquele assim classificado uma gama de direitos e deveres que o diferencia da pessoa que não desenvolve esse papel perante a sociedade. Logo, se a atribuição penal passa (como se verá) por uma análise de cumprimento (ou não) de deveres normativos atribuídos à pessoa, o alcance da norma penal é maior para aqueles que se incluem no conceito jurídico penal de funcionário público. Isso porque esses que preenchem tal classificação normativa devem não somente comprometer-se com os deveres impostos à pessoa, mas, também, com os deveres vinculados ao cargo ou à função ocupada.

Nesse ponto, a reflexão acerca dos papéis sociais desenvolvida por Gunther Jakobs[9], quando da análise dos crimes usualmente classificados como próprios, é de grande valia, sobretudo nos crimes que envolvem o funcionário público. Isso porque, segundo Jakobs,[10] cada integrante do sistema social (pessoa) possui um feixe de direitos e deveres que devem ser cumpridos para o cumprimento das expectativas sociais, possibilitando-se, assim, a convivência em sociedade.[11]

---

8. Como esclarecimento, destaca-se que, para os fins deste artigo, considerar-se-á, somente, a definição provida pelo art. 327, *caput,* do Código Penal. Devendo, portanto, a todas a menções a referido dispositivo, considerar-se o descrito em seu *caput*.

9. "Ser pessoa significa representar um papel" (JAKOBS, Gunther. *Sociedade, norma e pessoa*: uma teoria de um direito penal funcional. Trad. Mauricio Antônio Ribeiro Lopes. Barueri/SP: Manole, 2003. p. 30).

10. JAKOBS, Gunther. *Sociedade, norma e pessoa*: uma teoria de um direito penal funcional. Trad. Mauricio Antônio Ribeiro Lopes. Barueri/SP: Manole, 2003.

11. "Portanto, com a medida da culpabilidade não se mede um sujeito, mas apenas uma pessoa, precisamente a pessoa mais geral que cabe examinar, aquela cujo papel consiste em respeitar o direito. [...] Só na medida em que esse papel não se veja questionado podem ser levado em consideração alheios ao mesmo" (JAKOBS, Gunther. *Sociedade, norma e pessoa*: uma teoria de um direito penal funcional. Trad. Mauricio Antônio Ribeiro Lopes. Barueri/SP: Manole, 2003. p. 43).

F., G. C.; F., F. A.. Acerca dos espaços de atipicidade entre os crimes de concussão e corrupção ativa: uma proposta de relação entre o princípio da lesividade e a necessidade de pena como critérios de punibilidade em sentido normativo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 198. ano 31. p. 41-59. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2023.
DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v198i198.427].

Nessa reflexão, todos os integrantes do sistema social possuem um determinado papel em comum, ou seja, certos direitos e deveres são compartilhados por todos os conviventes, por exemplo, o respeito à vida humana alheia. De forma mais comum, abordam-se esses deveres como ordens de "não danificar".[12]

Além desses deveres compartilhados por todas as pessoas, alguns ocupantes de determinadas funções sociais, por via de comunicações normativas, adquirem um papel social específico. Então, um determinado grupo de pessoas, ocupantes de determinadas posições sociais, por conta de comandos normativos, tem, além dos direitos e deveres comuns, outro feixe de direitos e deveres oriundos exclusivamente da função ocupada. Por exemplo, o(a) advogado(a) que, especificamente, possui capacidade postulatória, que demais integrantes da sociedade que não são advogados não possuem. De outro lado, esse profissional submete-se aos deveres éticos postulados no Estatuto da Advocacia e da OAB (Lei 8.906/1994).

O funcionário público, na forma como definido no Código Penal, conforme dito, possui um feixe especial de direitos e deveres oriundos exclusivamente desse *status* social diferenciado. Não por outro motivo, o legislador procurou definir no Código Penal o conceito de funcionário público. Dessa forma, ante toda essa reflexão, deve-se concluir que o crime de concussão é um crime catalogado como crime de infração de dever, ou seja, um crime que, para sua configuração, é necessário que algum dever vinculado à função ou ao cargo público ocupado seja infringido.

Ajustados os critérios normativos, que estabelecem que, para a imputação do crime de concussão, deve o agente ser funcionário público e ser a conduta um ato de infração do dever vinculado ao cargo ou à função ocupada, pode-se partir para as possibilidades de ocorrência material da conduta do crime de concussão.

O crime de concussão assemelha-se a uma extorsão, porém, no crime do art. 316 do Código Penal não há a presença da violência ou da ameaça, mas, como já justificado, a vinculação à função pública. A vinculação à função pública é um elemento fulcral para o entendimento do crime de concussão, isso porque a conduta do agente estará vinculada a ato oriundo e de competência, formal e material, da função pública ocupada pelo agente. O que quer dizer: para a configuração da concussão, o agente deve usar da função pública para exigir a vantagem indevida. Por exemplo, o delegado que, mesmo sabendo que existe ordem judicial para devolução de bem móvel apreendido ao proprietário, exige valor em dinheiro para entregar um bem apreendido em uma incursão policial.

O que se quer destacar é que no crime de concussão a vítima e o agente estão imersos em um contexto de desnível de poder, em que a vítima está submetida ao poderio e à discricionariedade do agente que ocupa a função pública. Além disso, no crime de concussão, o particular (sujeito passivo) para o qual a exigência se direciona não tem nenhuma vantagem com a ocorrência do crime de concussão. Nessa dinâmica, a vantagem é aferida,

12. A doutrina espanhola, quando se refere a tal ordem normativa, faz uso do termo *no-dañar*. Sendo assim, uma tradução livre da terminologia levou a expressão "não danificar".

F., G. C.; F., F. A.. Acerca dos espaços de atipicidade entre os crimes de concussão e corrupção ativa: uma proposta de relação entre o princípio da lesividade e a necessidade de pena como critérios de punibilidade em sentido normativo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 198. ano 31. p. 41-59. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2023.
DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v198i198.427].

unicamente, pelo agente do crime. Caso contrário, não seria o particular reconhecidamente vítima do crime de concussão.

O que está condicionado ao recebimento da vantagem pelo agente público é um ato de ofício próprio da função exercida pelo agente. Logo, o sujeito passivo, quando da ocorrência do crime de concussão, poderá, ao máximo, aferir benefício que lhe era de direito, não devendo aferir qualquer vantagem. O que quer dizer que, do ponto de vista da "troca" realizada entre o particular e o funcionário público, o sujeito passivo do delito obtém uma vantagem. No entanto, essa vantagem não é normativamente indevida, pois já lhe era de direito e foi condicionada pelo funcionário público.

Dito isso, verifica-se que o crime de concussão se diferencia das modalidades dos crimes de corrupção, pois o particular, no crime de corrupção passiva, por exemplo, está em busca da obtenção de alguma vantagem. Levando-nos à dedução de que o crime de concussão impossibilita a existência de qualquer barganha ou negociação entre os sujeitos do crime, afinal, o tipo penal trata de "exigir" e não "solicitar ou receber". O que quer dizer que a terminologia usada na descrição típica do art. 316 do Código Penal comunica que, materialmente, a exigência do agente é tamanha, que, sem seu devido pagamento, a requisição do particular não será cumprida. Em outras palavras, sem o recebimento da vantagem indevida pelo agente público, o que é de direito do particular não será providenciado.

Servimo-nos do já citado exemplo do delegado que exige um pagamento em dinheiro para a liberação de um bem apreendido: sem o pagamento da quantia ao agente público, o bem não será devolvido, embora seja função do delegado devolvê-lo, tendo em vista que há deferimento judicial da devolução.

Em resumo, ao que concerne aos objetivos deste escrito, o crime de concussão diferencia-se dos crimes de corrupção pela inexistência de aferição de vantagem pelo particular e pela inocorrência de negociação entre as partes envolvidas.

3. Corrupção ativa: art. 333 do Código Penal

O termo corrupção, que está em efervescente debate, tem inúmeras conotações e significados, uns optam por definir tal fenômeno pelo plano econômico, outros pelo ambiente ético-filosófico, ainda, há os que se fixam no plano político. Para este trabalho, o conceito primeiro de corrupção está na filosofia, a qual nos concede uma visão ampla desse conceito, definindo-o como um desvio ético de consequências morais. De tal sorte que, independentemente da seara em que o termo for utilizado (econômica, política, empresarial, médica etc.), em regra, a conotação do fenômeno da corrupção como um desvio do regramento ético do ambiente em que se insere é suficiente para delimitá-lo no plano geral (GOMES, FERNANDES, 2017).

Entre as diversas searas do sistema social em que se verifica a ocorrência do fenômeno da corrupção, cabe-nos fazer o destaque do aspecto econômico. Isso porque, como já se relatou, o componente econômico na sociedade atual tem suma importância para o

F., G. C.; F., F. A.. Acerca dos espaços de atipicidade entre os crimes de concussão e corrupção ativa: uma proposta de relação entre o princípio da lesividade e a necessidade de pena como critérios de punibilidade em sentido normativo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 198. ano 31. p. 41-59. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2023.
DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v198i198.427].

desenvolvimento do Estado capitalista que se pretende democrático. Tanto é assim que diversos organismos internacionais, como a OCDE; OEA e a ONU, têm adotado medidas para o combate e enfrentamento da corrupção.

Outrossim, os contratos estabelecidos entre os meios público e privado, sobretudo, empresa e Estado, têm imenso valor econômico. Ou seja, o Estado, hoje, tornou-se um "cliente" atrativo aos produtos e serviços oferecidos pelo meio privado, aumentando a competitividade entre os que desejam desfrutar desse proveito econômico. De tal sorte que, para que se garanta a convivência harmônica desses personagens econômicos, é necessária a delimitação de um ambiente de competição ética e isonômica, principalmente quando envolve a Administração Pública, que deve zelar pela impessoalidade.

O ambiente privado, cuja melhor imagem é a de uma empresa, se orienta pela lógica do livre mercado e do incremento de lucro. O Estado brasileiro, no entanto, está orientado pela norma disposta na Constituição Federal,[13] que determina que esse Estado deve se orientar sob os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Sendo assim, a norma jurídica estabeleceu modelos de relacionamento entre o meio público e privado com objetivo de, em primeiro lugar, garantir a competição igualitária entre os concorrentes (privados) e, depois, que o Estado possa contratar o melhor produto ou serviço ao melhor preço. Em outras palavras, a norma jurídica, ao estabelecer o modelo de contratação entre o meio público e privado, proíbe todos os demais e, por isso, impõe o respeito a esse modelo. A Lei de Licitações, por exemplo, delimita qual o modelo, a forma e o procedimento para contratação de serviços de construção pela administração pública, o qual deve ser respeitado, sob pena de invalidade do contrato firmado.

Essa constatação nos leva à conclusão de que o crime de corrupção, além de um desvio ético, caracteriza-se pela perversão do modelo ideal – estabelecido em norma jurídica vigente – de relacionamento entre o meio público e o privado.

O tipo penal do art. 333 do Código Penal pressupõe a existência de duas pessoas, uma que ofereça a vantagem (corruptor) e a outra que venha a receber (corrompido). O que oferece a vantagem, normativamente, não deve ser funcionário público, enquanto o corrompido, esse sim, deve enquadrar-se no conceito legal de funcionário público (art. 327 do Código Penal).

Dito isso, a doutrina tradicional entende que o crime de corrupção ativa é um crime formal, ou seja, que prescinde de resultado naturalístico, concretizando-se com o simples oferecimento da vantagem. Ou seja, não se exige o aceite do funcionário público, basta que o particular ofereça a vantagem para que, aos olhos da doutrina tradicional, esteja preenchido o tipo penal de corrupção ativa. Certa parte da doutrina, no entanto, sustenta que a

13. Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...] (BRASIL. Constituição Federal de 1988. *Diário Oficial da União*, Brasília, Seção 1 – 05.10.1988, p. 1).

F., G. C.; F., F. A.. Acerca dos espaços de atipicidade entre os crimes de concussão e corrupção ativa: uma proposta de relação entre o princípio da lesividade e a necessidade de pena como critérios de punibilidade em sentido normativo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 198. ano 31. p. 41-59. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2023.
DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v198i198.427].

consumação desse crime ocorre apenas com a ciência da barganha pelo funcionário público (DELMANTO, 2000).

O crime de corrupção ativa, independentemente da classificação doutrinária, exige a formulação de uma negociação entre o funcionário público e o particular, ainda que o funcionário público não aceite. Assim, entre o sujeito ativo e o funcionário público existirá um acerto, uma troca de uma vantagem por um ato de ofício ou omissão que beneficie aquele sujeito ativo. Nesse ponto, importante perceber que não necessariamente será um acerto entre as duas partes, o próprio corruptor pode, unilateralmente, oferecer a barganha. O que não exclui sua existência.

Por exemplo: por meio de um *e-mail*, um empresário oferece alguns milhões de reais ao presidente de um banco público para que esse libere para a empresa X, vinculada ao oferecedor da vantagem, um empréstimo a juros abaixo dos praticados no mercado. O presidente do banco, cuja função é alcançada pela definição de funcionário público presente no Código Penal, sequer responde ao *e-mail*. Veja, no exemplo: o presidente do banco público nem sequer respondeu à mensagem eletrônica, mas, mesmo assim, já existe a barganha. Em outras palavras, o crime de corrupção ativa não depende do aceite da oferta, mas, sim, da formulação de uma proposta de troca.

Outrossim, deve-se perceber que a existência dessa negociação, como fica evidente no exemplo dado, não obriga que, sempre que se verificar um crime de corrupção ativa, ambos os envolvidos serão responsabilizados. Então, não é condição *sine qua nom* a ocorrência de um crime de corrupção passiva para a verificação de um crime de corrupção ativa.

Porém, em qualquer das alternativas, é certo que a imputação do crime de corrupção ativa deve verificar risco ilícito de perversão ao modelo de contratação pública. Isso porque, como estabelecido, o dever exigido pelo tipo penal é de cumprimento desse modelo.

O objeto de violação normativa do crime de corrupção ativa é o modelo de contratação pública estabelecido pela norma jurídica competente, cuja consequência é o desfoque do interesse público, a supressão da competitividade e da justa concorrência do mercado (RODRIGUEZ, 2012). Afinal, consolidada a negociação corrupta, outros agentes econômicos, que não o agente do crime de corrupção ativa, que desejavam ter o Estado como parceiro comercial e que detinham o direito de competir para tanto, independentemente de avaliação de preço e competência, não lograrão êxito, pois existe, naquele meio de competição, um fator alheio ao procedimento modelar que condiciona a decisão do funcionário público.

Portanto, o crime de corrupção ativa, para a sua configuração, deve induzir o funcionário público a tomar uma decisão, por meio de uma conduta comissiva ou omissiva, contrária ao procedimento legal de relacionamento entre o meio público e privado, mas que beneficie de alguma forma seu interesse pessoal. Nesses termos, pergunta-se: podemos concluir que a barganha do agente do crime de corrupção ativa atinge somente atos discricionários do funcionário público? Não, pois tal barganha pode envolver a prática, ou mesmo a omissão, de ato do ofício vinculado. Nesse caso, visualiza-se uma proximidade com a dinâmica do crime de concussão delimitado anteriormente; porém, aqui, há uma

F., G. C.; F., F. A.. Acerca dos espaços de atipicidade entre os crimes de concussão e corrupção ativa: uma proposta de relação entre o princípio da lesividade e a necessidade de pena como critérios de punibilidade em sentido normativo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 198. ano 31. p. 41-59. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2023.
DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v198i198.427].

diferença no sentido da proposição da negociação. Enquanto no crime de corrupção ativa ela parte do particular, no crime de concussão inicia-se pelo funcionário público.

Quanto ao interesse público, que está por detrás do modelo de contratação pública, também nos cabe certo zelo, pois o ato do agente público, ainda que corrupto, não exclui, *a priori*, a execução do contrato. Ou seja, ainda que por meio corrupto, a execução do contrato pode levar à eficácia do interesse público pretendido por aquela contratação. Por exemplo, em um processo licitatório para a construção de uma estrada, oferecem-se valores aos competentes para a análise do certame para que a construtora Y seja a vencedora; assim ocorre e a estrada é construída. Veja, no exemplo dado: ainda que por meio de barganha ilícita, o contrato foi levado a efeito e satisfez o interesse público almejado, qual seja, a construção da estrada.

Logo, o delito de corrupção ativa não é um delito que todas as vezes atingirá o erário público, como quer entoar a doutrina tradicional. Não. O crime de corrupção ativa atinge, em primeiro lugar, o dever de respeito à norma jurídica que estabelece a forma de contratação e, por essa via, atinge a competividade do mercado, tanto é assim que é impensável o oferecimento de valor a funcionário público sem a existência de um procedimento regular a ser pervertido. É por isso que a corrupção, antes de ser tipo penal positivado, é desvio metodológico de uma estrutura normativa. No caso do mercado, sendo a competição a pedra basal do modelo capitalista, a competição é um preceito metodológico e normativo a ser perseguido, o qual é degredado pela ocorrência de um crime de corrupção.

Sendo essa a hipótese, o que quer se estabelecer, nesse ponto, é que o crime de corrupção ativa, na realidade, busca garantir o cumprimento e respeito aos critérios normativos de modelos de relacionamento entre o meio público e privado, pois esses são os considerados aceitáveis sob referência da competividade, tomada como valor cultuado pela sociedade de mercado. Então, sendo a corrupção um desvio das finalidades do Estado, cabe-nos solidificar que é do interesse público, sobretudo quando da formulação de contratos administrativos, que as relações empresariais sejam pautadas por um paradigma normativo de competividade ética (SAAD-DINIZ, 2019).

Em conclusão, sob essa reflexão, e usando a classificação fornecida pela doutrina tradicional, o crime de corrupção não pode ser um crime formal, mas, sim, um crime de dano ao modelo normativo de relacionamento entre o meio público e privado, que, por consequência, gera danos à competividade do mercado e ao interesse público. Esse crime consuma-se quando do recebimento da vantagem proveniente de comissão ou omissão de ato de funcionário público.

Em resumo, os pontos de diferenciação entre o crime de corrupção ativa e o crime de concussão são: a existência de uma barganha entre os sujeitos e a infração ao paradigma normativo de contratação pública.

F., G. C.; F., F. A.. Acerca dos espaços de atipicidade entre os crimes de concussão e corrupção ativa: uma proposta de relação entre o princípio da lesividade e a necessidade de pena como critérios de punibilidade em sentido normativo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 198. ano 31. p. 41-59. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2023.
DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v198i198.427].

4. Os pequenos pagamentos e as pequenas exigências atípicas

Bem caracterizados os tipos penais da concussão e da corrupção ativa, cabe-nos, agora, analisar o espaço normativo que existe entre essas duas condutas. Nesse citado espaço normativo estão presentes algumas condutas que vêm causado divergência nos tribunais brasileiros sobre sua tipicidade, isso porque, conforme nos ensina uma máxima da ciência jurídico-criminal, o que não está proibido está permitido. Ou seja, nesse ponto, verificaremos se essas condutas são imputáveis a alguém pelo tipo de concussão, corrupção ativa ou nenhum deles.

A primeira dessas condutas é o que se chama na doutrina espanhola de *pagos de engrase* ou *facilitación* (em tradução livre, pagamentos de engraxe ou facilitação), que nada mais são que pequenos pagamentos a funcionários públicos para agilizar, prover ou facilitar o que já é de direito do pagador, mas que, por ineficiência da burocracia do Estado,[14] esse direito não logra efetividade (CEPEDA, SANCHEZ, 2012). Um exemplo dessa conduta é o sujeito que está em uma fila de um estabelecimento público aguardando ser chamado para apenas retirar seu RG e, sem paciência de esperar, paga R$ 100 (cem reais) ao funcionário moderador da fila para passá-lo na frente dos demais.

Tais pagamentos, apesar de desencorajados pela recomendação de 2009 da OCDE,[15] devem ser considerados atípicos.[16] Isso porque o crime, por definição, deve expor uma lesividade ou um potencial de lesividade (risco) a um valor (usualmente chamado pela doutrina de bem jurídico) protegido por uma norma jurídico-penal. Não é outra a ordem do famoso princípio da *ultima ratio*, postulado logo nos primórdios da ciência jurídico-criminal, que impõe que o direito penal, como instrumento violento do Estado, deve ser a última medida jurídica, sendo usado, apenas, quando necessário. Portanto, a conduta, para ser definida como crime, deve apresentar lesividade a esse valor referenciado pela norma jurídico-penal; do contrário, estamos falando, apenas, de um ato possivelmente imoral (ROXIN, 2006).

14. "En otras palabras, los facilitating payments son pequeños pagos, no oficiales e 'impropios', que se hacen a un funcionario público, nacional o extranjero, para obtener o agilizar el desempeño de una acción de rutina, o necesaria, a la cual se tiene derecho. Estos pagos son una 'pequeña' forma de 'corrupción' que normalmente son entregados a funcionarios públicos para obtener licencias, certificados y otros servicios públicos. Estos pagos tienen el propósito de 'acelerar trámites', 'acelerar' o 'engrasar la burocracia' para que sea más rápida" (SALDAÑA, 2021).

15. A íntegra da recomendação está disponível em: OCDE. Recommendation of The Council For Further Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions. C(2009)159/REV1/FINAL. 01.03.2010. Disponível em: [https://one.oecd.org/document/C(2009)159/REV1/FINAL/en/pdf]. Acesso em: 27.07.2019.

16. O entendimento do FCPA e OCDE é o mesmo: "A pesar de que la FCPA considera impunes los pagos de facilitación o engrase, al estimar que se trata de 'pagos de buena fe', y los comentarios del Convenio de la OCDE hagan referencia a que los pagos de facilitación 'pequeños' no son punibles" (CEPEDA, SANCHÉZ, 2012, p. 50).

F., G. C.; F., F. A.. Acerca dos espaços de atipicidade entre os crimes de concussão e corrupção ativa: uma proposta de relação entre o princípio da lesividade e a necessidade de pena como critérios de punibilidade em sentido normativo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 198. ano 31. p. 41-59. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2023.
DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v198i198.427].

A conduta descrita no exemplo, tomada por esse artigo pelo nome de pagamentos de facilitação, pode demonstrar uma conduta imoral, uma vez que, para usar o exemplo, há – no mínimo – um egoísmo ou individualismo comumente desincentivado no ato de pagar o funcionário público para "furar a fila". Porém, tal ato não expressa uma conduta lesiva ao valor protegido pela norma jurídico-penal. Isso porque a vantagem obtida pelo funcionário público, tamanha é sua pequeneza, que não expressa qualquer desvio ético do funcionário; tão pouco se pode falar em afronta a comando jurídico-penal ou, ainda, em promoção de um desarranjo social por meio dessa conduta. Afinal, não se trata simplesmente de imputar um crime de infração de dever, há de demonstrar a lesividade à norma penal.[17]

Além disso, o particular, pagador da vantagem, não tem qualquer benefício nessa transação, tampouco de grande valia, visto que o obtido por esse já lhe era de direito, apenas foi suprida uma deficiência da burocracia estatal. Ademais, não está presente qualquer exigência do funcionário público, mostrado que, pelo já demonstrado, não pode a situação descrita no exemplo ser entendida como um crime de concussão.

Além disso, tais pagamentos, apesar de disporem de barganha e exporem um desvio ético, não devem, também, ser considerados crime de corrupção ativa, visto que, também no tocante à efetividade, não há violação ao método de relacionamento entre o meio público e privado. Tanto é assim que a "competividade" dos particulares se mantém intacta, visto que todos receberão o que lhes é de direito sem qualquer prejuízo.[18]

Por fim, no plano filosófico, em que pese tais condutas possam representar desvios éticos, essas não têm qualquer consequência capaz de desestabilizar a vivência em sociedade. Por isso, não devem ser também consideradas como adequadas ao crime de corrupção ativa.

---

17. Nuria Rodriguez explica que o dever de lealdade do funcionário público não é em si algo de interesse da norma penal, mas, sim, o instrumento pelo qual a norma garante tal interesse. Veja-se: "En este sentido, el deber de lealtad del funcionario, la correcta ejecución de sus tareas, no es un interés penal per se, sino presupuesto instrumental de protección del auténtico bien jurídico. No es posible sostener que en el cohecho lo que se trata de proteger el deber del funcionario de actuar con fidelidad y lealtad y no 'negociar' con sus actos, sino que habrá de individualizarse el interés cuya tutela impide aceptar que se hagan negocios con la actuación pública y para ello es clave la concepción de Administración que se dibuja en el contexto de una sociedad democrática: caracterizada constitucionalmente, artículo 103, por los principios de imparcialidad, objetividad y eficacia" (RODRIGUEZ, 2012).

18. É importante perceber que o foco da criminalização está no desvio da competitividade e perversão da metodologia de relacionamento, isso porque, quando, por exemplo, projetamos a circunstância de *pagos de facilitación* para o âmbito do comércio internacional, o cenário pode alterar-se, justamente porque ele pode promover uma alteração na competividade. Isso se dá em dois aspectos, primeiro, pois se esse for o critério para o "sucesso" de competitividade, as empresas com maior capital a ser oferecido estarão em vantagem em relação às demais. Depois, sustenta o texto de Saldaña que os países que não combatem essa prática tornam-se mais atrativos e passam a ser uma concorrência desleal aos que penalizam a mesma conduta: "Los pagos de facilitación constituyen una 'práctica desleal' en el comercio y la inversión, en perjuicio de todas aquellas personas o empresas que no dan estos pagos y, en general, de la sociedad del país en donde se realizan, obstaculizando un eficaz combate a la corrupción" (SALDAÑA, 2021).

F., G. C.; F., F. A.. Acerca dos espaços de atipicidade entre os crimes de concussão e corrupção ativa: uma proposta de relação entre o princípio da lesividade e a necessidade de pena como critérios de punibilidade em sentido normativo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 198. ano 31. p. 41-59. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2023.
DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v198i198.427].

A segunda conduta que vem causado dúvida nos tribunais é a prática, bastante comum no Brasil, de presentear, sobretudo em datas festivas, serventuários públicos com os quais o particular tem grande contato, como forma de agradecimento ou reconhecimento pelo bom relacionamento. Por exemplo, o escritório de advocacia, composto por integrantes majoritariamente cristãos, com grande número de ações distribuídas em uma Vara da comarca Y, nos dias precedentes ao feriado de Páscoa, leva chocolates aos serventuários do cartório em comemoração à data cristã.

Note-se, apesar de a conduta parecer inadequada e sugerir que o escritório quer obter algum tipo de vantagem em relação aos demais que atuam naquela Vara, não se pode concluir de plano pela ocorrência de conduta típica, pois, como no exemplo anterior, a conduta não oferece afronta à norma penal. Isso porque não se pode inferir, de plano, que o particular (em nosso exemplo, os membros do escritório de advocacia) obterá vantagens por conta de presentear os funcionários públicos. No mais, o crime de corrupção ativa, bem como o de concussão, é marcado pela supervalorização da vontade individual do funcionário público, no sentido de que a oferta deve ser destinada àquele funcionário em específico, pois ele estaria disposto à prática do ato ilícito. O que quer dizer que presentear a todos de forma ampla e geral não preenche tal característica. Desse modo, o que se percebe é que, nesses casos, não há sequer afetação à norma penal, tornando-se conduta criminalmente irrelevante.

Se analisada essa prática, ainda que de forma rasteira, pela óptica sociológica, poder-se-á concluir que a conduta de dar pequenas "prendas" a serventuários públicos mais tem relação com o homem cordial de Sérgio Buarque de Holanda (BUARQUE, 1995) (que não nega sua ética cambaleante) do que com o Código Penal.

Quanto ao crime de concussão, não há possibilidade de sequer cogitá-lo, pois não existe, nesse caso, em primeiro lugar, exigência por parte do funcionário público em receber a vantagem. Depois, como no primeiro exemplo, a vantagem é tão pequena que é incapaz de promover uma violação no feixe de direitos e deveres impostos ao funcionário.

Da mesma forma, a conduta descrita no exemplo não pode ser objeto de imputação do crime de corrupção ativa. Isso porque, em primeiro lugar, não existe barganha entre os sujeitos. Em outras palavras, o funcionário público não escolhe a "prenda" que irá receber. Além disso, não há qualquer ato de ofício relacionado à pequeníssima vantagem recebida, ou seja, não há troca de vantagem entre os personagens da conduta, o que, conforme já explanado, desconstitui a tipicidade do crime do art. 333 do Código Penal. Por esses motivos, conclui-se que essa conduta não promove qualquer alteração no relacionamento entre o meio público e privado ou, ainda, na competividade dos particulares em seu relacionamento com o ambiente público.

Enfim, querer inferir que o funcionário público estaria subjetivamente condicionado a favorecer o oferecedor do presente exigiria do operador do Direito Penal uma compreensão acerca da subjetividade do funcionário que recebeu o presente, a qual – certamente – extrapola os limites da norma penal. Seja a título de aferição de dolo ou da própria aferição do preenchimento formal da tipicidade, tal análise unicamente acerca "do que pensa" o

F., G. C.; F., F. A.. Acerca dos espaços de atipicidade entre os crimes de concussão e corrupção ativa: uma proposta de relação entre o princípio da lesividade e a necessidade de pena como critérios de punibilidade em sentido normativo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 198. ano 31. p. 41-59. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2023.
DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v198i198.427].

funcionário que recebeu o presente, em si, não preenche os critérios normativos capazes de imputar o delito.

Em resumo, as que ora se chama de pequenas vantagens, bem como os pequenos pagamentos, pelo menos quanto ao crime de corrupção ativa e ao crime de concussão, devem ser consideradas atípicas, pois não promovem violação efetiva ao conteúdo da norma penal capaz de provocar tamanha reação (responsabilização e imputação de crime) do plano jurídico.

5. Considerações conclusivas

A presente investigação surgiu da inquietação da análise de circunstâncias práticas em que não se sabia se a pessoa pertencente ao meio privado era agente do crime de corrupção ativa ou vítima do crime de concussão, no sentido de esse ser o destino da exigência do funcionário público. A solução dessa questão importa a todos os atores do processo que, por vezes, se deparam com situações como essas, afinal, "é para isso que serve uma boa teoria: para evitar que o julgamento acertado do caso dependa de sorte ou da intuição do juiz" (GRECO, 2002, p. 97).

Nesse sentido, buscou-se distinguir as condutas de concussão e corrupção ativa por critérios além da mera descrição típica formal, pois se deve perceber que algumas condutas, além de não apresentarem critérios normativos constituintes do tipo penal, por não demonstrarem violações suficientemente graves, são incapazes de fundamentar qualquer sanção penal, pela ausência de pressuposto de punibilidade em sentido normativo.

O critério da punibilidade não deve limitar-se às questões formais, como a prescrição, ou somente psicológicas, mas, sim, pautar-se em algo normativo voltado à necessidade de pena. Por isso, as análises imputativas – tal qual as que foram feitas nesta investigação – não se podem furtar de considerar o princípio da lesividade como baliza da imputação penal.

Depois, para que a imputação não se perca em valorações pessoais daquele que analisa a conduta, é necessário o estabelecimento de critérios normativos claros e objetivos, os quais são oriundos das próprias orientações do sistema jurídico. O que quer dizer que não basta conhecer o bem jurídico tutelado pela norma penal, mas, sobretudo, a norma que o cria e, principalmente, a comunicação normativa que orienta a integridade desse bem jurídico. Não por outro motivo a presente investigação balizou-se em um método atributivo normativo cujo referencial teórico aborda o Direito Penal por meio da relação entre a pessoa e os direitos e deveres que lhe são atribuídos em razão do seu papel perante a sociedade.

Sendo assim, abordagem feita nesta investigação buscou, em primeiro lugar, identificar as pessoas envolvidas na prática dos delitos, o que indicaria os direitos e deveres a serem seguidos na relação em análise. Depois, tendo por referência o modelo de comportamento proibido expresso pelo tipo penal, conseguiu-se identificar o objeto de proteção da norma incriminadora.

F., G. C.; F., F. A.. Acerca dos espaços de atipicidade entre os crimes de concussão e corrupção ativa: uma proposta de relação entre o princípio da lesividade e a necessidade de pena como critérios de punibilidade em sentido normativo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 198. ano 31. p. 41-59. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2023.
DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v198i198.427].

Assim, abordaram-se quatro condutas: o crime de corrupção ativa, o crime de concussão, os chamados pequenos pagamentos e as chamadas pequenas exigências. Em resumo, todos eles se balizam pelo modelo de relação entre o Estado e meio privado. Logo, a proibição toca à perversão desse modelo de relacionamento.

O crime de concussão diferencia-se do crime de corrupção ativa por dois pontos. O primeiro, em razão da iniciativa, que, no crime de corrupção ativa, parte do particular e, na concussão, do funcionário público. Depois, há de verificar a vantagem, pois, no crime de corrupção ativa, deve-se identificar que o particular tenha, ao menos, uma pretensão de vantagem, enquanto no crime de concussão não há obtenção de vantagem por parte do particular. Do contrário, estaríamos a tratar de corrupção passiva.

Enfim, restam os pequenos pagamentos e as pequenas exigências, que, embora se assemelhem com os crimes tratados, não possuem potencial lesivo ao modelo de relacionamento entre o meio público e privado. Sendo assim, abordam-se tais condutas como carentes de punibilidade em sentido normativo, pois, sem conseguirem lesar o objetivo de proteção à norma, não são merecedoras de pena.

6. Bibliografia

BAUMAN, Zygmunt. *Comunidade*: a busca por segurança no mundo atual. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco*: rumo a uma outra modernidade. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: ed. 34, 2010.

CASTELLS, Manuel. *A Galáxia da Internet*: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

CEPEDA, Ana Isabel Perez; SÁNCHEZ, Demelsa Benito. La politica criminal internacional contra la corrupcion. In: *Estudios sobre la corrupción*: uma reflexion hispano brasileña. Salamanca: Centro de Estudios Brasileños/Universidad de Salamanca, 2012.

DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto Celso; DELMANTO JR., Roberto; DELMANTO, Fabio Machado de Almeida. *Código Penal comentado*. 5 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

GOMES, Ana Cristina. Corrupção e politica criminal: o processo legislativo e a realidade dos tribunais. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho", Franca/SP, 2014.

GOMES, Ana Cristina; FERNANDES, Fernando Andrade. A corrupção como violadora de direitos humanos: como a corrupção pode macular direitos sociais

F., G. C.; F., F. A.. Acerca dos espaços de atipicidade entre os crimes de concussão e corrupção ativa: uma proposta de relação entre o princípio da lesividade e a necessidade de pena como critérios de punibilidade em sentido normativo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 198. ano 31. p. 41-59. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2023.
DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v198i198.427].

e desvirtuar politicas públicas. *Cadernos Prolam*, [s.l.], v. 16, n. 31, p. 119-138, jul.-dez. 2017.

GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo; BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. (Coord.). *Estudios sobre la corrupción*: una reflexión hispano brasileña. Salamanca: Centro de Estudios Brasileños/Universidad de Salamanca, 2013. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4254324/mod_resource/content/1/Estudios%20sobre%20%20corrupci%C3%B3n.pdf]. Acesso em: 28.04.2023.

GRECO, Luís. A moderna teoria da imputação objetiva: fundamento prático. In: ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*. Trad. Luís Greco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

HOLANDA, Sérgio Buarque. *Raízes do Brasil*. 26. ed. São Paulo: Cia das Letras, 1995.

JAKOBS, Gunther. *Sociedade, norma e pessoa*: uma teoria de um direito penal funcional. Trad. Mauricio Antônio Ribeiro Lopes. Barueri/SP: Manole, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. 18 ed. atual. rev. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

RODRIGUEZ, Nuria Matellanes. El delito de cohecho de funcionarios nacionales en el código penal español: condicionantes internacionales y principales aspectos de su nueva regulación. In: *Estudios sobre la corrupción*: uma reflexion hispano brasileña. Salamanca: Centro de Estudios Brasileños/Universidad de Salamanca, 2012.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal*: parte geral. Fundamentos, la estructura del la teoria del delito. Trad. 2. ed. Madrid: Civitas, 2006.

SAAD-DINIZ, Eduardo. Ética negocial e compliance: entre a educação executiva e a interpretação judicial. São Paulo: ed. RT, 2019.

SALDAÑA, Juan Manuel Pérez. Los pagos de facilitación (Facilitung payments) en el T-MEC. *Ius comitiãlis*, México, v. 4, n. 8, 4 set. 2021. Disponível em: [http://portal.amelica.org/ameli/journal/137/1372935006/html/index.html]. Acesso em: 28.04.2023.

SÁNCHEZ, Jesús-María. A *expansão do direito penal*: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: ed. RT, 2011.

SUTHERLAND, Edwin H. A criminalidade de colarinho branco. *Revista Eletrônica de Direito Penal e Politica Criminal* – UFRGS, v. 2, n. 2, p. 93-103, 2014. Publicado originariamente sob o título "White-collar criminality". *American Sociological Review*, [s.l.], v. 5, n. 1, p. 01-12, 1940. Trad. Lucas Minorell.

TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. Disponível em: [http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=94035]. Acesso em: 29.11.2020.

F., G. C.; F., F. A.. Acerca dos espaços de atipicidade entre os crimes de concussão e corrupção ativa: uma proposta de relação entre o princípio da lesividade e a necessidade de pena como critérios de punibilidade em sentido normativo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 198. ano 31. p. 41-59. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2023.
DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v198i198.427].

WARDE, Walfrido. *O espetáculo da corrupção*: como um sistema corrupto e o modo de combatê-lo estão destruindo o país. Rio de Janeiro: Leya, 2018.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Áreas do Direito: Penal; Administrativo

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- A corrupção eleitoral ativa e a empresa: análise a partir de um estudo de caso, de Thiago Rocha de Rezende e Victor Américo Alves de Freitas – *RDPec* 14/171-196;
- A necessária distinção entre concussão e corrupção passiva nos crimes econômicos: os casos que envolvem contratos de particulares com a administração pública, de João Paulo Martinelli – *RDPec* 6/13-32; e
- "Rachadinhas" e crimes contra a administração pública: dificuldades do enquadramento das condutas aos tipos penais, de Gabriel Cristiano Silva Almeida – *RDPec* 14/129-147.

F., G. C.; F., F. A.. Acerca dos espaços de atipicidade entre os crimes de concussão e corrupção ativa: uma proposta de relação entre o princípio da lesividade e a necessidade de pena como critérios de punibilidade em sentido normativo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 198. ano 31. p. 41-59. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2023.
DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v198i198.427].

¿Qué protege el delito de organización criminal?

What does the crime of criminal organization protect?

Luis Ricardo de Oliveira Dantas

Doutorando em Direito Penal e Mestre em Direito Penal e Ciências Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Sevilha – ESP. Especialista em Ciências Criminais pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto – USP. Professor. Servidor Público.
ORCID: [https://orcid.org/0000-0001-9232-3998].
Lattes: [http://lattes.cnpq.br/3431180677680471].
luiolida@alum.us.es

DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v198i198.263].

Recebido em: 23.06.2022
Aprovado em: 10.04.2023
Última versão do autor: 18.04.2023

Área do Direito: Penal

Resumen: El presente estudio tiene por objetivo determinar lo que protege el delito de organización criminal, que está en el Código Penal español desde la reforma promovida por la Ley Orgánica 5/2010, en el art. 570 *bis*. Para llegar a la respuesta para el título de este trabajo, buscaremos las conceptuaciones de organización criminal en los documentos de Naciones Unidas y de la Unión Europea, puesto que influenciaran directamente en la redacción del tipo en el CP. Después, serán abordados los modelos de atribución de responsabilidad en el ámbito de las organizaciones, con especial énfasis a la idea de sistema de injusto formulada por Lampe, que de manera fundamentada señala los delitos de organización como injustos autónomos e independientes, sin la necesidad de que haya la comisión efectiva de delitos concretos en su seno, trabajando, pues, de manera independiente la atribución de la responsabilidad penal. En fin, analizando las diversas teorías sobre el bien jurídico protegido en

Abstract: The present study aims to determine what protects the crime of criminal organization, which is in the Spanish Penal Code since the reform promoted by the Organic Law 5/2010, in art. 570 bis. To arrive at the answer to the title of this paper, we will look for the concepts of criminal organization in the documents of the United Nations and the European Union, since they will directly influence the wording of the type in the Criminal Code. Afterwards, the models of attribution of responsibility in the field of organizations will be addressed, with special emphasis on the idea of system of wrongfulness formulated by Lampe, which, in a well-founded manner, points out organizational crimes as autonomous and independent wrongful acts, without the need for the actual commission of concrete crimes within them, thus working independently on the attribution of criminal responsibility. Finally, by analyzing the various theories on the juridical assets protected in the crime of

el delito de organización criminal, alcanzaremos una posición complementaria para contestar la pregunta título del presente estudio, encontrando lo que efectivamente protege el delito de organización criminal.

Palabras Clave: Organización criminal – Delincuencia organizada – Bien jurídico – Protección.

criminal organization, we will reach a complementary position to answer the question that is the title of this study, finding what the crime of criminal organization actually protects.

Keywords: Criminal organization – Delinquency organized – Juridical asset – Protection.

Sumário: 1. Introducción. 2. Breve referencia al marco normativo de combate a las organizaciones criminales. 2.1. Convención de Palermo. 2.2. Unión Europea. 3. Delimitación de los conceptos de organización criminal y sus formas de atribución de responsabilidad. 3.1. El concepto de organización criminal en el ámbito supranacional. 3.2. El concepto de organización criminal en el Código Penal español (Art. 570 bis CP y tipos agravados). 3.3. Las diferentes formas de responsabilidad criminal en los delitos de organización. 3.3.1. El modelo de la transferencia. 3.3.2. Modelo de responsabilidad por hecho propio del miembro o colaborador. 3.3.3. La idea de imputación individual de un fenómeno colectivo. 4. ¿Qué protege el delito de organización criminal?. 4.1. La difícil delimitación del bien jurídico protegido y sus múltiples teorías. 4.1.1. El correcto ejercicio del derecho de asociación. 4.1.2. La tesis del adelantamiento – los bienes jurídicos de los delitos-fin como objeto de protección. 4.1.3. La teoría de la autotutela del Estado – el monopolio estatal en el ejercicio de la violencia. 4.1.4. La teoría de la expectativa de los ciudadanos en la libre disposición de sus bienes. 4.1.5. Injusto de amenaza. 4.1.6. Bien jurídico colectivo como objeto de protección – el orden público, la seguridad ciudadana y la seguridad pública. 5. Conclusiones. 6. Referencias.

1. Introducción

Desde no hace tanto tiempo, el Derecho Penal español, con fuerte influencia de las orientaciones de organismos internacionales como Naciones Unidas y supranacionales como la Unión Europea, se ha ocupado de la criminalidad organizada, puesta como fuente especial de peligro y pues merecedora de regulación. De ese modo, fue incluida una gran cantidad de normas materiales y procesales propias a la persecución de este tipo de delincuencia, producto de una política criminal internacional que ha visto en las organizaciones criminales una oportunidad para la puesta en marcha de proyectos con el objetivo de combatir actividades criminales dichas peligrosas, como, por ejemplo, el terrorismo, tráfico de personas y de estupefacientes (ABOSO, 2019, p. 35).

Con esas modernas figuras delictivas, hubo en los últimos decenios un aplazamiento en el paradigma tradicional de autor individual, consumación delictiva y delito de lesión. Esa pérdida de la hegemonía de este paradigma se debe, especialmente, a la criminalidad económica y a la difusión de tipos de delitos abstractos, o, aún, a la complejidad estructural de la sociedad, donde difícilmente será posible encontrar el desarrollo de una actividad social

realizada por un sólo sujeto, verificándose casi siempre una concurrencia de aportes sociales de diferentes individuos, lo que implicará todavía en una diversa calificación penal (GUTIÉRREZ, 2020, pp. 253-254).

Estudios en las áreas de sociología y psicología han revelado que la interacción entre distintos sujetos, sobre todo de manera continua, puede provocar la producción de dinámicas de grupo capaces de influir de manera decisiva en el comportamiento individual de los integrantes, conduciéndoles a la realización de acciones que de modo aislado no se hubieran planteado ejecutar. El hecho de sentirse parte de un grupo y contar con el apoyo de él reduce, o incluso, en algunos casos, elimina, el sentimiento de culpabilidad de sus integrantes por posibles acciones reprochables cometidas en el seno de la agrupación (MÁRQUEZ, 2020, pp. 19-20).

Considerando la relevancia del tema de la criminalidad organizada en el escenario actual, haremos un análisis dogmático y político criminal del delito de organización criminal del art. 570 *bis* del CP Español. Para tanto, buscaremos los conceptos de organización criminal planteados por Directivas europeas y convenciones de Naciones Unidas, para llegar a lo que hizo el legislador español.

Seguidamente será objeto de análisis los modelos utilizados para atribución de responsabilidad a las actividades criminales desarrolladas en el seno de una organización, sobre todo la idea de sistemas de injusto, de carácter funcionalista-normativa, que conforma las organizaciones criminales en cuanto injusto sistémico dotada de un potencial lesivo inherente.

Posteriormente, en la búsqueda por determinar el objeto de protección del delito de organización criminal, es decir, "¿Qué protege el delito de organización criminal?", analizaremos algunos posibles objetos de protección, según tesis desarrolladas por doctrinas españolas y europeas, tanto de carácter de bienes individuales, como de bienes colectivos, examinando al fin la posibilidad de combinación de dos modos distintos de ver la infracción a la norma, buscando entonces una idea integradora para el problema planteado.

2. Breve referencia al marco normativo de combate a las organizaciones criminales

La expansión de los grupos criminales organizados, con el consecuente incremento en su poder e influencia, ha caracterizado un movimiento de avance desde un ámbito local hasta el plan internacional, incluso siendo esto un trazo destacado de la delincuencia organizada en las últimas décadas. Así que esa expansión ha llamado de forma creciente la atención de los organismos internacionales, acompañado de la idea de que sólo a través de una concertación entre los Estados, tanto en el campo de la prevención como en la represión, puede ser combatido con alguna eficacia tal fenómeno (GUTIÉRREZ, 2020, p. 35).

2.1. Convención de Palermo

Los esfuerzos de Naciones Unidas para la cooperación internacional contra el crimen organizado se remontan al año 1975, cuando hubo el 5º Congreso de Naciones Unidas sobre la Prevención del Crimen y el Tratamiento de los Delincuentes, que ocurrió en Ginebra. En el año 1994 ocurrió, en la ciudad de Nápoles, la Conferencia Mundial Interministerial sobre el Crimen Organizado Transnacional, que representó un punto de inflexión decisivo en las acciones de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada. A ella acudieron 142 Estados que adoptaran por unanimidad la Declaración Política de Nápoles y el Plan de Acción Mundial contra la Delincuencia Organizada (E/CONF 88/L4), posteriormente aprobados por la Asamblea General mediante Resolución 49/159 de 23-12-1994 (DE PAZ, 2005, p. 83).

De esa forma, Naciones Unidas reconocen la sofisticación y globalización del crimen organizado como una característica creciente y que la cooperación internacional sería, por tanto, un factor crucial para combatir este fenómeno. Debido a eso, a partir de 1998 comienza la ONU a elaborar una Convención internacional relativa a la delincuencia organizada a través de un Comité especial con fines a crear una Convención *ad hoc*. Como resultado fue creada la Convención de Naciones Unidas contra la criminalidad transnacional organizada, conocida como Convención de Palermo, con Resolución de la Asamblea General en 15 de noviembre de 2000 (DE PAZ, 2005, pp. 83-84). España ha firmado la Convención, internalizándola a través del Instrumento de Ratificación publicado en el BOE núm. 233, de 29 de septiembre de 2003.

Su objeto es la promoción de la cooperación para prevenir y combatir más eficazmente la delincuencia organizada transnacional (art. 1)[1], a través de la adopción por parte de los Estados de diferentes medidas legislativas y administrativas (DE PAZ, 2005, p. 84), buscando también eliminar las diferencias entre los sistemas jurídicos nacionales que en el pasado pudieron bloquear una colaboración y asistencia mutua (PARDO, 2001, p. 93).

Con relación a las orientaciones direccionadas a la incriminación de conductas, la Convención, de forma consistente con la literatura de la época, renunció a la pretensión de definir el crimen organizado a partir de las actividades ilegales especificas de cada posible grupo y optó por destacar los elementos comunes a la mayoría de las organizaciones que, pese sus diversos fines, encajan en el patrón típico de delincuencia organizada (PARDO, 2001, p. 96), como veremos en más detalles en el apartado siguiente.

2.2. Unión Europea

Sin embargo, la delincuencia organizada internacional opera de modo especial en el espacio europeo, puesto que la Unión Europea comporta la creación de una zona económica sin fronteras nacionales, donde prevalece la libre circulación de bienes y personas. Así que,

1. Artículo 1. Finalidad. El propósito de la presente Convención es promover la cooperación para prevenir y combatir más eficazmente la delincuencia organizada transnacional.

en esta región, la vigencia de los principios de libre movimiento de personas y capitales es benéfico no sólo para los ciudadanos comunes, sino también para los criminales organizados, que utilizan tales facilidades con el objetivo de maximizar sus ganancias y disminuir los riegos de que sean descubiertos (DE PAZ, 2005, p. 85).

El embrión de la atención a los problemas creados por la delincuencia organizada en las Comunidades Europeas puede ser encontrado en la labor del «Grupo de Trevi», que era integrado por los ministros de exteriores y justicia de los Estados miembros, creado por el Consejo Europeo el 12.2.1985, en la ciudad de Roma, inicialmente para conducir la cooperación en materia de terrorismo y después la relativa a otras formas de crimen organizado como el tráfico de drogas y el blanqueo (DE PAZ, 2005, p. 86).

De manera formal la armonización de las políticas criminales europeas encuentra una vía de expresión en el Tratado de la Unión Europea de 7.2.1992, que es conocido por el nombre de «Tratado de Maastrich», que crea la actual Unión Europea. En este documento se enriquece la construcción europea añadiendo un nuevo objetivo, que es la cooperación en materia de Justicia y Asuntos e Interior (que se queda conocida como cooperación JAI o Tercer Pilar de la UE) (DE PAZ, 2005, p. 86).

En el Consejo Europeo de Tampere (Finlandia),[2] celebrado los días 15 y 16 de octubre de 1999, se sentaron las bases para la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia en la Unión Europea (DE PAZ, 2005, p. 89), así como fueron trazados objetivos relacionados con la prevención en las acciones contra el crimen organizado, con fines a un mayor intercambio de información, dirigidos al diseño de un auténtico espacio europeo de justicia, mediante la creación de Eurojust para luchar contra las formas graves de delincuencia y la proclamación como objetivo del principio de reconocimiento mutuo de decisiones judiciales (DE PAZ, 2005, p. 89). Posteriormente, en el Tratado de Niza de 2001, es efectivamente creada la Unidad Europea de Cooperación Judicial (Eurojust), cuyo objetivo era precisamente el refuerzo de la cooperación judicial entre los estados miembros (RODRÍGUEZ, 2009, p. 181).

En continuación, el programa de La Haya (2004-2009) siguió y mejoró los objetivos del programa de Tampere, explotando el potencial de Europol y Eurojust, además de trazar otras prioridades, entre ellas:

> "elaborar un concepto estratégico relativo a la delincuencia organizada. La lucha contra la delincuencia organizada requiere mejorar la cooperación entre las autoridades de los Estados miembros encargadas de reprimirla, como la policía o las aduanas. La elaboración de un modelo europeo en materia de información en el ámbito de lo criminal es una prioridad. Por lo tanto, la Comisión adoptó una comunicación sobre la elaboración

2. Consejo Europeo de Tampere, 15 y 16 de octubre de 1999. Conclusiones de la Presidencia. Disponible en: < https://www.europarl.europa.eu/summits/tam_es.htm>.

de un concepto estratégico referente a la lucha contra la delincuencia organizada en 2005."[3]

En el ámbito de los avances en materia penal sustantiva, destacase la elaboración del *Corpus Juris* en el año 1997, posteriormente reformado en 2000, que constituye un proyecto de normas comunes de Parte General, elaborado por especialistas, con diversas propuestas concretas de política criminal a los Estados miembros en relación con las materias de los delitos tradicionalmente vinculados a la criminalidad organizada, como, por ejemplo, tráfico de drogas, blanqueo de dinero, trata de seres humanos. Respecto a los delitos de carácter asociativo, se ha dado la Acción Común relativa a la tipificación penal de la participación en una organización delictiva en los Estados miembros de la UE, luego, la Decisión Marco 2008/841/JAI, de 24 de octubre de 2008, que es la regulación vigente y que veremos en detalles en el apartado sobre la determinación del concepto de organización criminal (RODRÍGUEZ, 2009, p. 182).

Es importante subrayar que, dentro de este proceso de expansión y homogenización de las normas penales en el seno de la UE, la legislación marco europea establece un mínimo sancionador común que los Estados pueden superar, pero no rebajar, debido a que la política criminal europea no podría aceptar paraísos legales (*Efecto Delaware*[4]), teniendo que imponer la represión de todos los comportamientos con relevancia penal en todos los Estados, independiente de sus particularidades y que no requieran dicha criminalización (MUÑOZ; CASTAÑO, 2019, p. 50). Asimismo, como enseña ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, el Derecho penal europeo es un derecho de seguridad, encaminado a la lucha y la protección efectivas de los ciudadanos europeos como víctimas potenciales. Por lo tanto, es un principio fundamental de Política Criminal europea que, ante las infracciones más graves, debe reaccionar a través del Derecho penal, teniendo la reacción penal incluso carácter

3. Programa de La Haya: consolidación de la libertad, seguridad y la justicia de la Unión Europea. Diario Oficial C 236 de 24.09.2005. Disponible en: < https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM%3Al16002>.

4. Para Galán Muñoz (MUÑOZ; CASTAÑO, 2019, p. 50): "la existencia de grandes divergencias en las legislaciones de los países que integraban dicho mercado podría determinar que aquellos que tuviesen unas legislaciones más permisivas o menos exigentes con respecto a la realización de algunas actividades económicas, atrajesen a las inversiones referidas a tales operaciones, ocasionando un efecto llamada que, al mismo tiempo, desincentivaría la inversión en aquellos otros que fuesen más exigentes o restrictivos, lo que produciría una evidente distorsión en el funcionamiento del mercado interior (Efecto Delaware).

Para evitar dicho efecto y garantizar que todos los Estado miembros compitiesen en igualdad de condiciones a la hora de captar inversiones, se comenzó a realizar un proceso de armonización normativa; proceso que no podía quedar, evidentemente reducido las regulaciones civiles, mercantiles o administrativas nacionales, sino que también habría de tener incidencia en las penales, dado que, resulta indudable que también tales regulaciones pueden generar un efecto desincentivador o de desmotivador a los emprendedores e inversores a la hora de decidir en que concreto país de la Unión europea iban a realizar la actividades económica que querían efectuar".

prioritario, con el fin de evitar controles administrativos que graven a los ciudadanos (RODRÍGUEZ, 2009, p. 183).

3. Delimitación de los conceptos de organización criminal y sus formas de atribución de responsabilidad

Varias nomenclaturas son asignadas para indicar los delitos de organización criminal, como, por ejemplo, delincuencia organizada, crimen organizado, criminalidad organizada. De ese modo, podemos percibir que no hay muchos acuerdos que precisamente definen esa clase de delitos. Eso se da por tratarse de algo complejo, cambiante y muy difícil de enseñar por concepciones teóricas y leyes penales (RODRÍGUEZ, p. 2009, p. 157). Por tanto, pese la frecuencia con la que los términos son utilizados y la abundancia de los intentos de definirla o describirla – que es una prueba irrefutable de las dudas que hay a su respecto – su conceptuación está todavía llena de dificultades (OLIVARES, 2021, pp. 1-2).

Entre los varios factores que contribuyen para la dificultad de delimitación del concepto de organización criminal, tres aparecen con mayor frecuencia en la doctrina especializada. El primero es por ser un tipo penal relativamente nuevo, al menos hace poco tiempo que fue percibido como dimensión social merecedora de intervención del Derecho penal.[5] En segundo lugar, supone una mayor abstracción con relación a los delitos más tradicionales, como tráfico de drogas, blanqueo de bienes y trata de personas, con sus respectivos métodos de actuación, responsabilidades penales, actuaciones transnacionales, además de sus políticas criminales. Por último, tratase de un delito que cambia su tipificación influida por las realidades locales (RODRÍGUEZ, 2010, pp. 157-158), lo que vuelve muy difícil adoptar una conceptuación "omnicomprensiva" (GUTIÉRREZ, 2020, p. 93), capaz de reunir características que sean consenso en todos los ámbitos y países (RODRÍGUEZ, 2010, p. 158).

Aunque dificultoso, dada la premisa de que son situaciones que implican una determinada dificultad político-criminal, lo que puede ser visto en los problemas que aparecen en el ámbito de la persecución policial, competencia jurisdiccional territorial y, de modo general, en la eficacia en el combate a la criminalidad organizada (OLIVARES, 2021, p. 2), es crucial para el avance del estudio intentar presentar la definición, con su sentido y alcance, del concepto de organización criminal, incluso con sus formas de manifestación delictiva, como intento de determinar con más precisión el contenido material del injusto, para así delimitar el ámbito de protección del tipo penal, como es el propósito aquí.

5. El delito de Organización Criminal fue incluido en el Código Penal en el art. 570 *bis*, tras la publicación de la LO 5/2010, de 23 de junio. En el año 2015, la LO 1/2015 modificó el tipo para dejarlo con la redacción actual.

3.1. El concepto de organización criminal en el ámbito supranacional

Hay descripciones emanadas de los más variados órganos internacionales y supranacionales, como Naciones Unidas, Consejo de Europa y Unión Europea (OLIVARES, 2021, p. 2). De ese modo, buscando una primera aproximación al concepto de organización criminal, vamos a visitar los acuerdos internacionales, debido al carácter transnacional del delito de organización, reconocido por Naciones Unidas a partir de la Convención Internacional contra el Crimen Organizado Transnacional, en el año.

Así que se ha alcanzado, en la Convención de Naciones Unidas, una primera definición de ámbito internacional sobre grupo delictivo organizado como (CORDERO; DE PAZ, 2000, p. 5): "un grupo estructurado de tres personas o más existente desde hace un cierto tiempo y que tiene por fin la comisión de infracciones graves para obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero o material de otro tipo".

Entonces, bajo la perspectiva de la presente Convención, podemos determinar grupo delictivo organizado cuando exista la presencia al menos de tres personas, actuando de modo estructurado y en concierto para el cometimiento de uno o varios delitos con alguna gravedad (CABANA, 2012, p. 38). Por infracción grave se entiende cualquier actividad delictiva con pena privativa de libertad máxima de al menos 4 años. Además, el propio texto de la Convención, en su art. 2, alinea c, define grupo estructurado como "un grupo no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito y en el que no necesariamente se haya asignado a sus miembros funciones formalmente definidas ni haya continuidad en la condición de miembro o exista una estructura desarrollada".[6]

En el ámbito supranacional, el Consejo Europeo adoptó la "Acción Común relativa a la participación en una organización delictiva en los Estados miembros de la Unión Europea" en el año 1998, que define en su art. 1 la organización delictiva como:

> "una asociación estructurada de dos o más personas, establecida durante un cierto período de tiempo, y que actúa de manera concertada con el fin de cometer delitos sancionables con una pena privativa de libertad o de una medida de seguridad privativa de libertad de al menos cuatro años como mínimo o con una pena más severa, con independencia de que esos delitos constituyan un fin en si mismo o un medio para obtener beneficios patrimoniales y, en su caso, de influir de manera indebida en el funcionamiento de la autoridad pública."[7]

Sin embargo, la "Acción Común" tuvo gran importancia en el proceso de armonización de las legislaciones penales de los Estado miembros de la Unión Europea, con el objetivo

6. Convención de las naciones unidas contra la delincuencia organizada transnacional y sus protocolos. 2000. Disponible en: < https://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-s.pdf>.

7. Diario Oficial de Las Comunidades Europeas, Nº 351/1 de 29 de diciembre de 1998.

de, más allá de alcanzar una mejor cooperación policial y judicial, evitar la producción del "Efecto Delaware".[8] Aunque haya mantenido las principales características adoptadas por la ONU, es verdad que la Unión Europea dejaba claro en la Acción Común su preocupación con el tema de terrorismo, ya que incluyó como finalidad de las organizaciones criminales otros fines ilícitos, más allá de los puramente económicos, como había establecido las Naciones Unidas (RODRÍGUEZ, 2010, p. 161).

En el año 2008, la Acción Común 98/733/JAI fue sustituida por la Decisión marco 2008/841/JAI, del Consejo de Europa, de 24 de octubre. El principal objetivo de la Decisión marco es promover la armonización de la definición de los delitos relativos a la participación en organizaciones criminales en los Estados miembros, observando lo que había decidido el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STEJ de 13 de septiembre de 2005), reconociendo que la Unión y sus organismos tenían competencias implícitamente reconocidas por los Tratados para regular cuestiones penales, produciéndose una especie de europeización de los diferentes Derechos penales nacionales con una multiplicación de normas europeas que iban a tener incidencia en las dichas legislaciones de los miembros (MUÑOZ; CASTAÑO, 2019, p. 52).

La Decisión marco aportó algunas novedades con relación a la definición de organización criminal. Su artículo 1 define que:

> "a los efectos de la presente Decisión marco, se entenderá por: 1) organización delictiva: una asociación estructurada de más de dos personas, establecida durante un cierto período de tiempo y que actúa de manera concertada con el fin de cometer delitos sancionables con una pena privativa de libertad o una medida de seguridad privativa de libertad de un máximo de al menos cuatro años o con una pena aún más severa, con el objetivo de obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material."[9]

Por su vez, el artículo 1.2 define la asociación estructurada como:

> "Una organización no formada fortuitamente para la comisión inmediata de un delito ni que necesite haber asignado a sus miembros funciones formalmente definidas, continuidad en la condición de miembro, o exista una estructura desarrollada."[10]

Así que podemos observar algunos cambios con relación a la definición de organización delictiva presentada en la Acción Común, esencialmente en lo que respecta al objetivo

8. Vid. Nota 4.

9. Decisión Marco 2008/841/JAI del Consejo, de 24 de octubre de 2008, relativa a la lucha contra la delincuencia organizada *DO L 300 de 11.11.2008.*

10. Decisión Marco 2008/841/JAI del Consejo, de 24 de octubre de 2008, relativa a la lucha contra la delincuencia organizada *DO L 300 de 11.11.2008.*

perseguido por la organización, que ahora ha de ser obligatoriamente la obtención de beneficio de orden económica u otro aún de orden material. Asimismo, también se nota una relativización en los requisitos estructurales de la organización, pues no es exigible que exista una asignación de funciones formalmente definidas a los miembros, ni continuidad en la condición de miembro, tampoco una estructura desarrollada (CABANA, 2012, p. 55).

Por su vez, la Europol, agencia de la Unión Europea en materia policial, ha indicado once características de la delincuencia organizada: 1) Colaboración de dos o más personas; 2) Repartición de actividades; 3) Permanencia prolongada o por tiempo indefinido; 4) Utilización de control y disciplina entre los miembros; 5) Sospechas de comisión de delito grave; 6) Operación a nivel internacional; 7) Uso de violencia para intimidación, 8) Uso de estructuras comerciales o de negocios; 9) Blanqueo de dinero; 10) Presión sobre el poder público y la prensa; 11) Ánimo de lucro o poder.[11]

Estas características buscan dar practicidad a la identificación de la llamada delincuencia organizada, indicando sus elementos fundamentales – serían obligatorios aquellos criterios indicados en los números 1, 5 y 11 – y accesorios del fenómeno criminal, siendo de grande interés en el momento de establecer un concepto o definición del tipo penal (RODRÍGUEZ, 2010, p. 162).

3.2. El concepto de organización criminal en el Código Penal español (Art. 570 bis *CP y tipos agravados)*

En la reforma penal operada por la LO 5/2010, de 22 de junio, el legislador español introdujo un nuevo capítulo, el VI, en el título XXII del Libro II, tipificando en los arts. 570 *bis* a *quáter* del Código Penal el delito de participación en organización criminal, sobreviniendo todavía algunas modificaciones introducidas por la LO 1/2015.[12]

Por su vez, el art. 570 *bis* del Código Penal conceptúa organización criminal como: "la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos".

Antes del análisis de las características de una organización criminal según el legislador español, hay que poner de relieve la posición de QUINTERO OLIVARES (2021, p. 5), que afirma que "la definición legal de la organización criminal destaca por su simplismo". Asimismo, sigue el autor aseverando que dicha definición no comprende, pues, "elementos que cuando menos reflejen la potencialidad criminal, pues notas como el elevado numero de miembros, o la posesión de armas, o la disponibilidad de medios avanzados de comunicación y transporte, operan como agravaciones especificas" (OLIVARES, 2021, p. 5).

11. Revision of doc. 6204/2/97 ENFOPOL 36 REV 2, disponible en: < https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-10415-2000-INIT/en/pdf>.

12. Más detalles en CONDE, 2015, p. 745.

Sin embargo de la sencillez de la definición legal, pasemos al análisis de las características del concepto de organización criminal según el Código Penal español, buscando una delimitación bajo la definición legal. Podemos destacar entonces que el art. 570 *bis* CP requiere la reunión de los siguientes requisitos para la caracterización de la organización criminal, como señala CASTAÑO (2013, p. 97): a) estructura jerárquica; b) número mínimo de miembros (al menos tres) y fungibilidad de estos; c) estabilidad o permanencia en el tiempo. Asimismo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo[13] ya venía adoptando estos requisitos como imprescindibles para la configuración de la criminalidad organizada.

Todavía merece nota el hecho de que la estructura de las organizaciones criminales puede presentar algunas variaciones, como hemos mencionado en el inicio de este apartado, como es el caso del requisito de la estructura jerárquica, que es un trazo más acentuado en las organizaciones terroristas, aunque pueda también ser encontrada en otros tipos de organizaciones criminales (GUTIÉRREZ, 2020, p. 97). Todavía, para FARALDO CABANA (2012, p. 65):

> "ha de existir una relación vertical y, por tanto, debe comprobarse la presencia de un centro de decisiones del que emanan órdenes que son obedecidas por los subordinados, como confirma el hecho de que se prevean penas distintas para quienes dirigen y coordinan, por una parte, y para los miembros activos, por otra."

Así que la organización supone una distribución de funciones, derechos y deberes coordinados en un sistema organizacional y dirigidos a una finalidad específica. También podemos decir que en las organizaciones criminales hay una cierta profesionalización de sus miembros en diferentes grados, así que es común que la división del trabajo sea por redes, a veces de profesionales externos, otras organizaciones o empresas (RODRÍGUEZ, 2009, p. 129).

Para la actual jurisprudencia del Tribunal Supremo, la organización criminal constituye (CONDE, 2020, pp. 42-43):

> "un centro de decisiones y diversos niveles jerárquicos, con posibilidades de sustitución de unos a otros mediante una red de reemplazos que asegura la supervivencia del proyecto criminal con cierta independencia de las personas integrantes de la organización y que dificultan de manera extraordinaria la persecución de los delitos cometidos, siendo esto lo que aumenta al mismo tiempo el daño posible causado, y lo que permite hablar de una empresa criminal."

En verdad, la exigencia de que sea un grupo estructurado y organizado, pues con reglas propias, se fundamenta en lo que esa característica facilita un aparato de colaboración

13. Vide Sentencias del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 2006, 14 de diciembre de 2005 y 23 de junio de 2005, entre otras. Y la Audiencia Nacional, en su Sentencia de 31 de marzo de 2006.

permanente para comisión de delitos, como veremos más adelante, lo que denota la mayor gravedad de la comisión colectiva de hechos, porque, más allá del relativo incremento del poder ofensivo del grupo, la dinámica particular que se produce dentro de la organización excluye o disminuye la sensación de responsabilidad personal de sus integrantes, es decir, atenúa la percepción de su propia reprochabilidad individual (ZIFFER, 2012, p. 72).

Otra característica del concepto legal de organización criminal es la intercambiabilidad de sus miembros. Así que esta intercambiabilidad de los miembros exige, por supuesto, que haya un cierto numero de personas a integrar la organización, lo que el legislador español, siguiendo las Naciones Unidas y la Unión Europea, determinó como apenas tres. Asimismo, para FARALDO CABANA (2012, p. 68):

> "lo relevante no es el número, sino que ese número sea suficiente para afirmar la intercambiabilidad de los miembros a la hora de ejecutar el plan criminal de la asociación, lo que depende, una vez más, del tipo de actividad delictiva que la organización pretende emprender."

Así que no estamos a hablar que seria necesario un número ilimitado de personas para que pueda configurar el requisito de la fungibilidad de los miembros, sino que la cantidad de miembros en el momento de la elaboración del plan criminal sea bastante para posibilitar la reposición en caso de negativa de actuación por parte de uno de los integrantes (CASTAÑO, 2013, p. 101).

El requisito de la fungibilidad de los miembros representa, en verdad, el automatismo del funcionamiento de la organización, es decir, representa que entre los miembros hay un reducido o ningún factor de inhibición en la comisión de delitos, que señala una predisposición al crimen. La organización es pues solo una forma de coordinar las acciones individuales de sus integrantes, una especie de unidad supraindividual que una vez constituida, se pone en funcionamiento independiente de sus componentes, que se tornan fungibles (CABANA, 2012, pp. 71-72), adquiriendo una especie de cualidad autopoiética, con capacidad para autogenerarse y reconvertirse, lo que denota un mayor contenido de peligro y lesividad (GUTIÉRREZ, 2020, p. 250).

Así como en la definición de organización criminal de la Decisión marco 2008/841/JAI, el art. 570 *bis* CP confirma la exigencia del "carácter estable o por tiempo indefinido" de la organización. Así es porque la permanencia de la organización es el supuesto para que alcance sus fines. Mejor dicho, el mantenimiento de la organización, aunque cambien sus miembros, es el que ZÚÑIGA RODRÍGUEZ (2009, p. 132) llama de "ultraestabilidad", que es la "aptitud para aprender y renovarse, aptitud para la innovación". En verdad, cuando la organización criminal alcanza este grado es estabilidad, de autoconservación, se le puede considerar un subsistema social, inclusive con su propia subcultura (RODRÍGUEZ, 2009, p. 133).

Asimismo, la propia existencia de una relación jerarquizada entre aquellos que dirigen la organización y los que ejecutan las acciones concretas – que es la distribución de

funciones que hemos visto – confiere a la estructura criminal un carácter de estabilidad y permanencia en el tiempo que transciende los actos delictivos efectivamente realizados. Todavía, hay que se ter en claro que la interpretación del texto legal no exige necesariamente que la organización tenga una duración indefinida, sino que, aunque de carácter transitorio, subsistan por tiempo relevante (CASTAÑO, 2013, p. 102).

Por tanto, no se trata de establecer la duración de la asociación, sino fijar una diferencia en relación con los casos en los que lo que se proyecta es la simples reiteración de hechos cometidos por los mismos partícipes, es decir, la existencia de la asociación ilícita permite reconocer la vigencia del pacto para los hechos futuros, mientras que el mero concurso real de agentes es necesario la renovación del acuerdo entre los intervinientes (ZIFFER, 2012, p. 74).

Aún hay que ser subrayado que la jurisprudencia ya destacaba la necesidad de que el acuerdo entre los miembros de la organización delictiva tendría que envolver una cierta perdurabilidad en el tiempo, alejándose de lo sencillamente esporádico (CABANA, 2012, p. 75). En el mismo sentido la Fiscalía General del Estado, por medio de la Circular 2/2011, de 2 de junio, apuntó tras la reforma del Código Penal por la Ley Orgánica 5/2010 que: "Es esencial la nota de permanencia y estabilidad en el concepto de organización, de modo que la unión no ha de ser esporádica sino que ha de tener duración en el tiempo y debe estar vinculada por lazos estables o permanentes".[14]

Por su vez, para hablar sobre organización criminal, según el concepto legal del art. 570 *bis* CP, tenemos que estar frente a una organización que tenga por objetivo "cometer delitos". Pues, la voluntad delictiva de la organización criminal es la comisión habitual de delitos. Tratase de un elemento finalista que trajo el legislador. Y aquí estamos hablando de la comisión de cualquier delito (CONDE, 2020, p. 57).

Frente el evidente exagero del legislador, CONDE (2020, p. 57) hace un reproche afirmando que considera: "un tanto sobredimensionada la penalidad cuando la organización tenía como finalidad la perpetración reiterada de faltas (hoy delitos leves), en tanto que las penas a sus dirigentes podían alcanzar hasta los seis años de privación de libertad". Hay aquí una evidente colisión con el principio de la proporcionalidad (ZIFFER, 2012, p. 79), pues que los delitos leves o faltas servirían de conductor a una responsabilidad por un delito cuya pena es considerada grave y absolutamente desproporcional a los hechos cometidos. En realidad, tratase de la tipificación de un acto esencialmente preparatorio y que es mas gravemente castigado de lo que hubiese sido posible (OLIVARES, 2021, p. 5).

El origen de las decisiones legales en relación con el tema de criminalidad organizada fue en los delitos de terrorismo y tráfico de drogas, cuya gravedad, de manera general, es evidente y no puede ser desligado de la realidad de la organización que integran os sujetos. Pero, esa idea expansiva que alcance la comisión de cualquier delito sólo sirve para el

14. Circular 2/2011, de 2 de junio, de la Fiscalía General del Estado sobre la reforma del Código Penal por Ley Orgánica 5/2010 en relación con las organizaciones y grupos criminales. Disponible en: <https://www.fiscal.es/memorias/estudio2016/CIR/CIR_02_2011.html>.

incremento de la represión penal de manera absolutamente exagerada y que además le falta una explicación efectiva y convincente del real incremento de la potencialidad criminal o de la antijuridicidad del hecho (OLIVARES, 2021, p. 3).

Pasada esa crítica muy necesaria, vamos al análisis de este requisito – o su ausencia, a depender. La comisión de delitos debe darse como actividad de la organización, con uso de los elementos personales y materiales de la estructura, incluso los activos financieros que deben provenir de la organización y destinarse a ella (CONDE, 2020, p. 58). Sin embargo, la comisión debe ser el fin de la organización, aunque su objetivo final no sea el cometimiento de crímenes, pero que estos sean un instrumento utilizado para alcanzar el objetivo final. Así que la organización puede hasta se orientar a lograr objetivos lícitos, como, por ejemplo, ganar dinero o acceder al poder, pero si la manera definitoria y habitual para llegar a los objetivos es la comisión de delitos, estará satisfecho el elemento del apartado 1º del art. 570 *bis* CP (ZIFFER, 2012, p. 79).

No es necesario que la organización haya sido creada a los efectos de cometer delitos, sino que puede ser que una asociación preexistente, en el marco de una organización lícita, sea convertida en una organización que tenga por objetivo la comisión de delitos. En ese caso, la responsabilidad recaerá sobre quienes le hayan impuesto el nuevo rumbo a la organización (ZIFFER, 2012, p. 81).

El fenómeno criminológico de la delincuencia organizada es abordado jurídicamente por medio de tres vías vistas como complementares. Primero, la tipificación de los delitos más característicos de la criminalidad organizada. Segundo, con la introducción del elemento agravante de organización en una serie de delitos de cierta forma tradicionales, atendiendo pues a una dicha especial peligrosidad de las formas estructuradas de actuación antijurídica, como es el caso que vamos a comentar ahora. Tercero, con la tipificación de delitos de pertenencia a una asociación o organización para delinquir, que es el objeto del presente estudio (SÁNCHEZ, 2004, pp. 1069-1070).

En verdad, a pesar del empleo de tipos agravados de algunos delitos ser una forma tradicional de combatir la criminalidad organizada, su utilización en España no esta relacionada con una eventual laguna en los delitos de asociación ilícita o restricción de aplicación por jueces y tribunales, sino con la existencia de obligaciones internacionales (Naciones Unidas) y especialmente europea de criminalización (CABANA, 2012, p. 93), como hemos visto anteriormente.

En conclusión, cabe un análisis del concepto de organización criminal que contiene el art. 570 *bis* CP en relación con la redacción de la Decisión marco 2008/841/JAI, que hemos visto en el apartado anterior, lo que se deprende que el tipo español es bastante más amplio. Para FARALDO CABANA (2012, p. 59), la mayor diferencia está en el objetivo criminal,

> "puesto que la normativa europea obliga a los Estados miembros a la tipificación y sanción de entes que pretenden cometer delitos de cierta gravedad (ya que deben estar sancionados con pena o medida de seguridad privativas de libertad de un máximo de al menos cuatro años o con una pena más grave), con ánimo de lucro o de obtención de otro

> beneficio de orden material, mientras que la transposición española extiende su ámbito a entes que pretenden cometer cualquier tipo de delitos, sin necesidad de un móvil específico."

En suma, creo que hubo por parte del legislador español una simplificación inaceptable del concepto de organización criminal, pasando a admitir el extremo de que cualquier supuesto de codelincuencia pueda ser transformado en organización criminal – o por lo menos grupo criminal –, para de ese modo incrementar el castigo imponible, creando algo que fue nombrado por QUINTERO OLIVARES (2021, p. 7) cómo "una perversión de los conceptos".

3.3. Las diferentes formas de responsabilidad criminal en los delitos de organización

Planteando la pregunta acerca de cuántos son los modos posibles de intervención del Derecho penal en relación con las organizaciones criminales, la respuesta es: castigar la pertenencia como hecho situacional, aunque que no se pueda relacionar al sujeto con un delito concreto; agravar las penas de quienes cometen un delito perteneciendo a una organización criminal; y elegir las dos vías, que fue lo que hizo el legislador español (OLIVARES, 2021, p. 4), introduciendo en el Código penal la "doble tipicidad específicamente dedicada a describir y castigar por sí solas a las «organizaciones y grupos criminales», con una fórmula objetiva y desligada de delitos concretos" (OLIVARES, 2021, p. 2).

Una organización delictiva es, para SILVA SÁNCHEZ (2004, p. 1075):

> "un sistema penalmente antijurídico, es decir, un sistema social en el que las relaciones entre los elementos del sistema (básicamente, personas) se hallan funcionalmente organizadas para obtener fines delictivos. La organización criminal, como sistema de injusto tiene, así, una dimensión institucional – de institución antisocial – que hace de ella no sólo algo más que la suma de sus partes, sino también algo independiente de la suma de sus partes. En esa dimensión institucional radica seguramente su diferencia especifica con respecto a las meras agrupaciones coyunturales para cometer delitos, del mismo modo que su funcionalidad delictiva la distingue de otros sistemas sociales."

Los sistemas de injustos jurídico-penales se constituyen de las relaciones existentes entre individuos que se organizan con el objetivo de alcanzar fines injustos, es decir, el hecho se encuentra en esta relación sistémica, generadora de una empresa dedicada a fines delictivos, que es todavía diferente de la mera suma de personas físicas que igual persiguen objetivos delictivos. Así que el fundamento del injusto sistémico lo encuentra en el potencial de riesgo que se acumula en estos sistemas, con la suma de los potenciales particulares, produciendo un mayor excedente de efectos el que correspondería la mera suma de los individuales (POLAINO-ORTS, 2009, pp. 395-396).

Asimismo, para la mayoría, el injusto sistémico de la organización criminal tratase de un injusto autónomo, que independe, por supuesto, de los delitos concretamente cometidos.

Así que es entendido que la simples existencia de la organización criminal, en cuanto sistema de injusto, como subsistema disfuncional al sistema social constituido en Estado, lesiona la seguridad general y la paz pública (SÁNCHEZ, 2004, p. 1075), lo que será discutido en el apartado siguiente, cuando analizaremos los bienes jurídicos que se pretende proteger.

La cuestión aquí será exponer los modelos que atribuyen responsabilidad a cada miembro de la asociación ilícita en concreto tanto por el injusto comisionado en el seno del sistema de la organización, como por el delito autónomo de pertenencia a la organización criminal.

3.3.1. El modelo de la transferencia

El nombrado modelo de transferencia tiene como punto de partida que la sanción a los integrantes de las organizaciones criminales debe distanciarse de cualquier consideración sobre la coyuntura institucionalizada de la organización, lo que favorecería a los concretos delitos-fin. Así que el fundamento para la sanción penal de los miembros de la organización se encontraría en la permanente peligrosidad para la paz y seguridad públicas, lo que es atribuido a las organizaciones, ya que tratase de un sistema de distribución estable y racional de papeles en orden a la comisión de un grande número de delitos (MELIÁ; SÁNCHEZ, 2008, pp. 101-102).

De ese modo, el crimen imputado a un integrante de la organización consistiría en la asunción constante de su rol (competencia) respecto a la hipotética comisión de delitos, lo que podría darse en una mera declaración de disposición a intervenir en una indeterminada serie de crímenes, convirtiéndose, pues, en una especie de delito de adhesión o de pertenencia en sentido estricto (MELIÁ; SÁNCHEZ, 2008, p. 102).

Para aquellos que ven los delitos asociativos como infracciones autónomas que lesionan un bien jurídico supraindividual, como, por ejemplo, la seguridad pública, orden público o paz pública, puede parecer ser éste el modelo de responsabilidad más convincente, según SILVA SÁNCHEZ. La mera existencia de la organización y su estado de cosas lesivo ya es apta a producir una afectación a la paz pública. No obstante, esa imputación individual de un hecho que es colectivo no es fácil de fundamentar, puesto que los miembros concretos de la organización, más allá de quien detiene su dirección, no ejerce el dominio de la peligrosidad de la organización (MELIÁ; SÁNCHEZ, 2008, p. 103).

Por su turno, para ZIFFER (2012, p. 217):

> "es característico de la formación de grupos estables de personas la existencia de fenómenos dinámicos, que tienen como resultado que cada uno de sus integrantes no pueda dominar la influencia de su propio aporte con relación a la actividad y participación permanente de los demás miembros, que puede verse incitada y reforzada en su decisión delictiva por el respaldo que significa el saberse amparado por un grupo no destinado a desintegrarse después de cada delito."

Asimismo, sigue ZIFFER (2012, p. 217) afirmando que: "El ilícito de la asociación ilícita consiste, por lo tanto, en la prestación de un aporte a una agrupación con fines delictivos, cuyas consecuencias quedan fuera de la capacidad de control del autor".

Es de esa forma que sería legítima la punición de los integrantes de la asociación ilícita, puesto que aquel que colabora con la organización que está destinada a perdurar en el tiempo y cuyo objetivo es concretar futuros planes criminales, no está en situación de tener el control y el alcance que puede asumir su aporte a la estructura delictiva (ZIFFER, 2012, p. 217).

Ahora bien, en estos términos, tratándose de una afectación a la seguridad o paz pública por el hecho de pertenecer a la organización, la adhesión de cada integrante constituiría pues un criterio para la transferencia de la responsabilidad. Todavía, hay que ser señalado que la transferencia de responsabilidad – en virtud de la adhesión de los miembros – debido a este estado de cosas lesivo de la organización no tiene la misma naturaleza que caracteriza las formas convencionales de intervención delictiva, sino una naturaleza destacadamente simbólica, puesto que para la imputación en estos términos, es bastante la participación activa en el cotidiano de la organización, restando justificado, así, en virtud de la dificultad en obtener la prueba de la responsabilidad individual, según criterios tradicionales de imputación, y también por la peligrosidad especial de las formas conjuntas de actuación (MELIÁ; SÁNCHEZ, 2008, pp. 103-104).

Todavía, esto iría frontalmente en contra al principio de culpabilidad que rige el Derecho penal, puesto que cada persona debe hacerse responsable apenas por sus propios hechos, lo que no ocurriría en esto caso, ya que se estaría extendiendo de quien no ha contribuido o ha contribuido de manera limitada a la ejecución de los delitos concretamente comisionados (RODRÍGUEZ, 2009, p. 260).

Así que, para SILVA SÁNCHEZ (MELIÁ; SÁNCHEZ, 2008, p. 104), el título de imputación según el modelo de transferencia de responsabilidad debería entonces ser definido así:

> "a todos y cada uno de los miembros de la organización se les responsabiliza del estado de cosas peligroso para la paz pública que es la organización, aunque cada uno de los miembros por separado no constituya, obviamente, dicho peligro para la paz, ni tampoco pueda afirmarse que domine el referido peligro colectivo."

Para SILVA SÁNCHEZ (MELIÁ; SÁNCHEZ, 2008, pp. 104-105), este modelo de atribución de responsabilidad, con la introducción de una lesión a un bien jurídico supraindividual, rebajaría las exigencias objetivas para la responsabilidad tanto a la propia organización como en cuanto a los miembros, puesto que la real anticipación de las barreras de protección jurídico-penales queda encubierta tras la supuesta lesión a un bien jurídico colectivo, poniéndose a salvo pues de cualquier critica con pretensión de restricción.

3.3.2. Modelo de responsabilidad por hecho propio del miembro o colaborador

En este modelo el miembro de la organización se le hace responsable por su propio comportamiento, no se le transfiriendo responsabilidad por la peligrosidad de la organización, que lesiona bienes jurídicos colectivos como la paz o seguridad pública, ni se le imputa el estado de cosas que favorece la comisión de delitos concretos, así que cada uno se le imputará y se le hará responsable de sus hechos favorecedores de la actividad delictiva (SÁNCHEZ, 2004, p. 1082).

Ahora veamos algunas variantes que hay en este modelo. Primero, vamos a ver el modelo de responsabilidad cualificada por participación según reglas generales en los delitos cometidos. Este planteamiento es desarrollado principalmente por el italiano MOCCIA (SÁNCHEZ, 2004, p. 1082). Para él, el problema fundamental de los preceptos legales relacionados a la pertenencia a una organización criminal es su indeterminación y su desvinculación de la idea de lesividad.

Entonces MOCCIA (SÁNCHEZ, 2004, p. 1082) propone una reconducción a la sanción en cuanto institución de la parte general del derecho penal, en contra al modelo que hemos visto anteriormente, que crea una especie de delito de adhesión. Así que la sanción solo sería aplicada como intervención en los delitos concretos cometidos en el seno de la organización, como forma cualificada o agravada, ante la estabilidad de organización y el vínculo asociativo.

Asimismo, el autor entiende que su propuesta presenta ventajas a nivel de legalidad y lesividad, pues vincula la reacción contra la peligrosidad de las organizaciones a efectiva realización de acciones concretas. De esa forma, quedarían fuera del ámbito de responsabilidad aquellas meras manifestaciones de disponibilidad que no se efectiva en un real favorecimiento al hecho delictivo (MELIÁ; SÁNCHEZ, 2008, p. 107).

Ahora bien, presentaremos la denominada responsabilidad por intervención a través de la organización, para cuál, en contra la propuesta anterior, se le importa justamente la dinámica provocada por la organización en las acciones concretas de sus miembros.

La dimensión institucional y su respectiva dinámica provocan importantes cambios en los hechos de cada integrante con relación a los delitos concretamente practicados, como hemos visto, pero esto no significa que a cada miembro se le deba atribuir responsabilidad por otra cosa, sino por su propia actividad favorecedora de delitos concretos. Asimismo, es verdad que la aportación de un determinado integrante de la organización, aunque tenga ocurrido de modo genérico y con mucha precedencia, es actualizada y concretada en el momento de la ejecución de los hechos delictivos concretos. Por tanto, la organización cumple pues una doble función que avala la actividad delictiva, es decir, garantizando la pervivencia del riesgo creado por uno de sus miembros y también la conexión de dicho riesgo con el generado por los miembros que intervienen en hechos criminales concretos (MELIÁ; SÁNCHEZ, 2008, p. 108), pues el delito comisionado en estos términos no es producto de un comportamiento individual, sino de una organización criminal (RODRÍGUEZ, 2009, p. 261).

Para SILVA SÁNCHEZ (MELIÁ; SÁNCHEZ, 2008, p. 109), la existencia de la organización permite fundar también una

> "coparticipación – figura paralela a la coautoría – entre sujetos que realizan aportaciones aisladamente insuficientes para favorecer los hechos principales, pero de las que se sabe que, en la estructura organizada, serán articuladas unas con otras, de modo que el producto global tenga la virtualidad favorecedora requerida. En efecto, en la medida en que la aportación de escasa entidad se integra en una organización junto a otras aportaciones, eventualmente también de escasa entidad, puede hablarse de una imputación recíproca que permitiría fundamentar la imputación de una participación punible a todos los sujetos. Naturalmente, es necesario que la probabilidad de integración de unas y otras aportaciones aparezca *ex ante* como real, y no hipotética, y que sea cuantitativamente significativa."

Ahora bien, según señala SILVA SÁNCHEZ (MELIÁ; SÁNCHEZ, 2008, pp. 111-112) este modelo no representa una excepción a las reglas generales de intervención en el delito, sino una adaptación a la existencia de las organizaciones criminales. Es decir, para él, las organizaciones pueden propiciar que aportaciones que están naturalísticamente distanciadas de la ejecución del hecho mantengan una conexión normativa con aquel que justifique una imputación a título de intervención. Es verdad que implica también en alguno alejamiento de los presupuestos clásicos de la intervención relativos al carácter directo de la contribución y conocimiento de las precisas circunstancias del hecho, pero dichos requisitos han ido relativizándose gradualmente sin que se pueda afirmar tratar de un proceso de vulneración del principio de culpabilidad.

Al fin, hay que puntuar dos cuestiones subrayadas por SILVA SÁNCHEZ (MELIÁ; SÁNCHEZ, 2008, pp. 112-113), en el sentido de que no es correcto decir que fundamentado en este modelo todos los miembros de la organización pueden ser responsables por todos los hechos delictivos concretos realizados en el seno de la organización, pero que sí se puede hacer responsables aquellos cuya actuación favorecedora, institucionalizada y canalizada en la organización se proyecta de modo mediato en un hecho delictivo concreto. Además, la dimensión institucional de la organización puede admitir la posibilidad de que las aportaciones a organizaciones delictivas sean castigadas en cuanto tales y antes de que la organización las haya proyectado sobre hechos delictivos concretos. Todavía, esta sanción requerirá el análisis de que la conducta favorecedora del miembro de la organización pueda proyectarse efectivamente sobre los hechos concretos, debiendo pues ser este el criterio interpretativo fundamental para los delitos de participación en organización criminal.

3.3.3. La idea de imputación individual de un fenómeno colectivo

Desde la perspectiva basada en el injusto individual, no solo el delito de organización criminal, sino los otros que poseen la misma característica colectiva, como los de asociación ilícita y grupo criminal, suenan representar un adelantamiento de las barreras de

protección de bienes jurídicos a la fase preparatoria. Ofreciendo una nueva forma de determinar la organización criminal, como un fenómeno delictivo autónomo, con su idoneidad delictiva, LAMPE propone que la organización sea notada no como una especie de medio para la comisión de delitos, sino como el propio delito (GUTIÉRREZ, 2020, pp. 244-245), actuando de manera complementaria de la responsabilidad individual de cada individuo por su injusto personal.

La dogmática jurídico-penal bien conoce los sistemas de injusto, que se dan, principalmente, en cuatro diferentes formas: como unión de personas criminales dirigidas a un fin; como agrupación criminalmente constituida; como empresa económica con tendencia criminal y como Estado o institución estatal criminalmente pervertida (LAMPE, 2003, p. 97).

Señala LAMPE (2003, p. 98) que lo realmente decisivo en el intento de combatir los fenómenos sociales de la actualidad como es la delincuencia sistémica es que la dogmática jurídico-penal se ha acercado a ellos con herramientas centradas primariamente en las estructuras del injusto individual, que se han demostrado rotundamente insuficientes. Así que, aún parece que no ha entendido la consecuencia de que, al agruparse con otros formando un sistema organizado más o menos estricto, el autor pierda parte de su responsabilidad en perjuicio del sistema social, ni que le corresponda un aumento en su cuota de responsabilidad debido al sistema.

En verdad, las contribuciones individuales en una banda – igual en una asociación o organización – sólo pueden ser apreciadas correctamente si se tiene en mente su finalidad delictiva y su organización funcional, es decir, con relación a la criminalidad organizada, el carácter sistémico del hecho sucedido recoge una importancia tal que las contribuciones de los integrantes constituyen un valor representativo de la «asocialidad» de la agrupación, dicho de otro modo, son expresión del fin supraindividual que la asociación en su conjunto persigue y en el cual sus miembros sólo pueden formar parte (LAMPE, 2003, pp. 102-103). La lógica de la idea de injusto sistémico conduce, así, a una responsabilidad colectiva – que se funda en el ingreso voluntario en el sistema organizado – y no a un modelo de responsabilidad individual tradicionalmente conocido (MELIÁ; SÁNCHEZ, 2008, p. 97).

Ahora bien, es importante traer el concepto de sistemas de injusto que, según LAMPE (2003, p. 103):

> "son sistemas sociales, o de manera todavía más concreta, construcciones sociales en las que las relaciones de los elementos están organizadas hacia un fin asocial. Sus elementos son individuos relacionados entre sí a través de la comunicación y la interacción. Sus comunicaciones e interacciones internas siguen modelos relativamente constantes que generan su organización. Su fin asocial es la configuración desintegradora de su relación con el entorno. Este fin constituye un injusto sólo porque es una relación externa de sistemas sociales humanos."

Partiendo de esta premisa, LAMPE piensa en sistemas de injusto simples y constituidos, que son los que interesan al presente estudio. El sistema de injusto simples seria,

por ejemplo, la coautoría, en cuanto que cuando la organización funcional de un sistema de injusto asume una forma duradera y es, más allá que la suma de sus partes, independiente del cambio de sus partes, estamos frente a un sistema formal, es decir, un grupo organizado formalmente que LAMPE señala como sistema constituido de injusto (CABANA, 2012, p. 385).

Estos sistemas de injusto se constituyen con características de pertenencia al grupo que son independientes de la persona concreta, así que no exigen un conocimiento de los miembros entre sí, admitiendo la integración de un mayor número de personas. Otra característica es que la comunicación y la interacción se hacen de modo orientado, casi siempre jerarquizada y selectiva, manteniendo la homogeneidad del sistema a través de canales de información que permiten el intercambio de información entre los subsistemas (CABANA, 2012, pp. 385-386).

Así que el injusto en los sistemas sociales se justifica de hecho en que éstos pueden entrar en contacto con el mundo social a través de sus miembros, es decir, sus integrantes introducen el entorno en el sistema social, por un lado, y, por otro, llevan al entorno el mundo interno del sistema. Si se produce el injusto ahí, en aquel momento se alcanza el significado sistémico. Si comparado con el injusto de las relaciones individuales – que son aquellos «normales» injustos de acción y de resultado que están en el centro de la atención de la dogmática jurídico-penal – el injusto de sistema puede ser considerado más limitativo, pues que no comprende todos los componentes del injusto de relación. Además, el injusto del sistema contiene la cantidad de injusto que concierne a las concretas y estrechas vinculaciones con el sistema, no se agotando en el injusto de relación de sus elementos, teniendo un significado constitutivo en relación con el entorno (LAMPE, 2003, pp. 123-124).

Asimismo, hablando específicamente sobre el injusto de las agrupaciones criminales, LAMPE (2003, p. 128) cita las respuestas de LENCKNER y RUDOLPHI a la pregunta: ¿Por qué la agrupación se convierte en agrupación criminal ya por su finalidad criminal? Para el primero, la razón sería la puesta en peligro de la seguridad general y de la paz pública. Para el segundo autor (LAMPE, 2003, p. 128), el carácter criminal de la pertenencia resulta "del hecho de que los delitos individuales de los miembros son especialmente peligrosos por su forma de comisión conjunta", además de que estas congregaciones "desarrollan generalmente una dinámica propia que insiste en la comisión de los hechos proyectados, disminuyendo o incluso anulando el sentimiento de responsabilidad de los miembros individuales".

Para LAMPE (2003, p. 128), asiste más razón a LENCKNER, pues que, con su postura, mira la existencia de un injusto independiente de una estructura institucional en relación con un sistema constituido, es decir, la paz pública y la seguridad general. La crítica de LAMPE a la opinión de RUDOLPHI es debido a que su argumentación puede bien ser aplicada igual a los delitos comisionados en coautoría, sin necesidad de una organización institucional.

Hay que decir una vez más que lo relevante para que se pueda determinar la consumación del injusto sistémico, es que éste se realiza independiente de la consumación de los delitos-fin, puesto que, para POLAINO-ORTS (2009, p. 407):

> "lo relevante no es tanto la entidad de los hechos futuros (peligrosidad hipotética), cuando la incidencia que esos hechos futuros tienen hoy, *hic et nunc*, en la seguridad de los ciudadanos, en el proyecto vital actual de las personas en derecho. Por ello, el injusto de hipotéticos delitos futuros no puede agotar el contenido de injusto de un delito actual, sino que éste ha de rellenarse de un contenido autónomo, propio: precisamente el injusto sistémico delito de organización."

Más concretamente, LAMPE (2003, p. 128) señala que hay cuatro factores que apuntan al contenido de un injusto de una agrupación criminal: 1) el potencial humano y técnico disponible a la planificación y ejecución de delitos; 2) la firme organización externa que somete este potencial al dominio de la voluntad común; 3) la finalidad criminal constituyente del sistema perseguida por los partícipes con ayuda potencial (la «filosofía» de la asociación); 4) el sentimiento interno de «nosotros» en los partícipes que va fraguando con el tiempo en la agrupación con finalidad criminal.

El injusto sistémico es en sí un estado de injusto que puede afirmarse en concretas acciones, pero no necesariamente hay que hacerlo, ya estando configurado, pues, el injusto del mismo modo, como dicho. Aunque la predisposición del autor individual en el delito no sea todavía un injusto, debido al sistema adonde se encuentra le faltar el carácter personal, con la asocialidad inmediata, es decir, la predisposición de un sistema comunitario a hechos criminales, su carácter asocial, pues, ya configura el injusto (CABANA, 2012, p. 387).

Todavía es necesario destacar que, para LAMPE (2003, p. 140), el injusto del sistema es injusto punible, pero ni siempre con necesidad y merecimiento de pena. Hay dos factores que el autor indica como caracterizadores del merecimiento y necesidad de pena para el injusto de sistema: su contrariedad a los valores ético-sociales y su eficacia en la desestabilización social; y para LAMPE, ambos los factores están presentes en la agrupación criminal.

Ahora LAMPE procede a la determinación de la responsabilidad por injusto de las asociaciones criminales, dejando todavía claro que, como dicho anteriormente, no hay dudas sobre la justificación de la sanción desde un punto de vista ético-social (CABANA, 2012, p. 388), ya que su existencia actúa en contra principios fundamentales de la vida humana en sociedad, en especial la paz interna. Pero desde un punto de vista ético-jurídico, la asociación nunca ha existido para el derecho y cualquier punición dirigida a la asociación carecería de cualquier finalidad, puesto que "lo que no existe para el Derecho, no puede ser mejorado por el Derecho" (LAMPE, 2003, p. 152). Así que está claro que no se alza la organización a la condición de autor, pues eso llevaría a la idea de ser la organización una unidad de responsabilidad autónoma, lo cual sería una ficción que no conduciría a nada, pues que no se trata la organización de un sujeto apto para sufrir imputaciones jurídicas (OLIVARES, 2021, p. 7). Por ese motivo, la responsabilidad por las agrupaciones criminales hay que se concentrar en sus fundadores y miembros (LAMPE, 2003, p. 152).

Por lo tanto, es cierto, según LAMPE (2003, p. 153), que la actividad de pertenencia a la organización criminal fundamenta la responsabilidad por el sistema, es decir, hay que reforzar el injusto del sistema a través de una integración, orientada a perdurar, en la dinámica

criminal de la organización, siendo necesaria así la confirmación vinculante de participar de manera punible, esto es, como autor o partícipe, en los delitos planeados por la organización. Asimismo, si se cometen los delitos proyectados, éstos no consumen el injusto de sistema de la participación de los miembros, mejor dicho, este injusto sistémico constituye, en cuanto injusto de resultado, base para la participación, poseyendo pues un significado autónomo.

En el mismo sentido, ZÚÑIGA RODRÍGUEZ (2009, p. 261) cree que la solución para este problema sería la doble imputación, ya que un solo no agota el desvalor absoluto del comportamiento complejo, requiriéndose dos desvalores que deben ser apreciados conjuntamente, es decir, "el desvalor del delito cometido concretamente y el desvalor de formar parte de una organización criminal dedicada a la comisión de esos delitos que el sujeto cometió, o que es medio para cometerlos".

Sin embargo, no existe espacio para que la responsabilidad por el sistema y la responsabilidad por la acción se anulen una a la otra, debido a sus distintos ámbitos de protección, puesto que el injusto del sistema reside en la amenaza duradera a la paz jurídica de la comunidad, y el de la acción individual radica en la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido, haciéndose necesario así una respuesta cumulativa (LAMPE, 2003, pp. 154-155).

4. ¿Qué protege el delito de organización criminal?

Para contestar este planteamiento sobre el que se está protegiendo con la incriminación de las organizaciones criminales, eje del presente estudio, es necesario acceder a la importante discusión sobre la determinación del bien jurídico objeto de protección del delito, así también las varias teorías que debaten su naturaleza y legitimidad, para que después, en la conclusión, posamos exponer nuestra contestación a la pregunta que intitula el capítulo y el estudio.

Sin embargo, hemos de tener en cuenta en el principio de la discusión que la función de protección de bienes jurídicos como legitimadora del Derecho penal es, por lo menos, muy discutible. Así que la llamada tutela de bienes jurídicos choca con al menos dos dificultades iniciales: decidir cuándo estamos delante de un bien jurídico y reconocer que todavía hay infracciones penales en las que no es posible distinguir ese bien jurídico (OLIVARES, 2021, p. 8), lo que acaba por generar toda esa discusión que vamos ahora a tener en la búsqueda por el ámbito de protección de la incriminación del delito de organización criminal.

4.1. La difícil delimitación del bien jurídico protegido y sus múltiples teorías

El delito de organización criminal, art. 570 *bis* CP, está ubicado en el título XXII, configurado como delito contra el orden público. Si buscamos el delito de organización criminal en códigos penales de otros países europeos, vamos a encontrar ubicación semejante, como

ocurre, por ejemplo, con los delitos previstos en los arts. 416 y 416 *bis* del Código italiano, y en Alemania, con el delito del § 129 StGB (MÁRQUEZ, 2020, p. 48).

Pese la intención inicial del legislador en crear un título propio en el Código Penal español con la rúbrica "De las organizaciones y grupos criminales"[15], los tipos fueron insertados en el título de los delitos contra el orden público, como hemos visto, declarando así el legislador, más allá de las razones expuestas en la Exposición de Motivos, su posición y ofreciendo fuerte apoyo a aquellos defensores de la tesis de que el bien jurídico en los delitos de organización es el orden público (CABANA, 2012, p. 202).

Esencialmente existe una dualidad sobre la fijación del bien jurídico objeto de protección de los delitos de organización criminal. De un lado, la llamada tesis de adelantamiento, que piensa estos delitos como simples actos preparatorios de los delitos-fin – aquellos que constituyen el objetivo de la organización – siendo considerados tipos autónomos con objetivo de prevención (MÁRQUEZ, 2020, p. 50). Por su vez, hay una parte de la doctrina que entiende que el injusto provocado por estos delitos es todavía autónomo e independiente del injusto de los delitos-fin, estando configurado por lesionar un bien jurídico colectivo. Todavía aquí la diversidad de opiniones es evidente, se discrepando sobre si el bien jurídico colectivo es el correcto ejercicio del derecho de asociación, el orden público, la seguridad ciudadana o la seguridad pública (CABANA, 2012, p. 201), como veremos ahora.

4.1.1. El correcto ejercicio del derecho de asociación

El Código Penal español, antes de la reforma penal promovida por la LO 5/2010, de 22 de junio, contemplaba el delito denominado «asociación ilícita» en su art. 515, que estaba ubicado, según la tradición vigente desde el Código de 1870, en el apartado con la rúbrica de los delitos contra la Constitución, enumerando las asociaciones así consideradas y todas representaban formas de asociación orientadas a la comisión de delitos. Esta ubicación era debida al proceso histórico de formación de los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas, que fueron utilizados políticamente por regímenes autoritarios con objetivo de limitar el derecho fundamental de asociación (GUTIÉRREZ, 2020, p. 284).

Así que para una parte de la doctrina y jurisprudencia el bien jurídico tutelado por delitos de agrupación criminal (arts. 515 y siguientes CP) es el derecho de asociación, implicando que aquellas conductas tipificadas representarían abusos del ejercicio del derecho de asociación reconocido por el art. 22 de la Constitución de España. Además, la Exposición de Motivos de la LO 1/2002, de 22 de marzo, que reglamenta el derecho de asociación, puntea que "la ilicitud penal de las asociaciones, cuya definición corresponde a la legislación penal,

15. Proyecto de Ley de 2006 (121/0001119).

constituye el límite infranqueable de protección del derecho de asociación"[16] (CABANA, 2012, p. 203).

Sin embargo, GARCÍAS-PABLOS DE MOLINA (1977, P. 127) esclarece que el enlace establecido entre la rúbrica de los delitos contra la Constitución y el abuso del ejercicio del derecho de asociación

> "es inadecuada para delimitar el «objeto» de la tutela penal, y queda desmentida por la estructura de los tipos: porque la asociación sólo se reputa ilícita si tiene por objeto cometer delitos, pero no basta con que «con ocasión» de la actividad de la misma, por ejemplo, sus miembros delincan – lo que no prejuzgaría su ilicitud."

4.1.2. La tesis del adelantamiento – los bienes jurídicos de los delitos-fin como objeto de protección

La también llamada "teoría de anticipación" (MELIÁ; SÁNCHEZ, 2008, p. 37) tiene como punto de partida que, basándose en un modelo de bien jurídico de titularidad individual, la incriminación de la mera pertenencia a una asociación ilícita supone una expansión del Ordenamiento jurídico hacia el momento previo a una efectiva lesión a un bien jurídico, en la forma de "delitos-barrera" (CABANA, 2012, p. 228).

Esta teoría se basa en los delitos futuros cuya comisión por parte de la asociación se cree. Para RUDOLPHI (MÁRQUEZ, 2020, p. 50), el máximo representante de aquellos defensores de esta teoría, la simples existencia de la organización constituye, en relación con los delitos comisionados a través de ella, respecto a los bienes jurídicos del Estado y de los ciudadanos individuales, una fuente de peligro incrementado. Así que esta demasiada peligrosidad sería lo que justificaba excepcionalmente que la organización pudiese ser combatida aún en los actos preparatorios (MELIÁ; SÁNCHEZ, 2008, p. 37).

Así que, para los defensores de esta teoría, el orden público, la seguridad interior o la paz pública, que son valores utilizados por diversos códigos penales como bienes jurídicos protegidos por los delitos de organización criminal, son en realidad conceptos jurídicos demasiados abstractos e indeterminados, que no apuntan a ningún objeto material digno de tutela de la norma jurídico-penal (MÁRQUEZ, 2020, p. 51).

Desde la forma que se plantea, los delitos de agrupación ilícita serían como delitos de peligro abstracto[17] que anticipan el ámbito de protección de los bienes jurídicos en riesgo – debido a los delitos que forman parte del programa criminal de la organización – a

16. Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación. «BOE» núm. 73, de 26/03/2002.

17. Al menos inicialmente, "diferenciando en función de la densidad de las estructuras de organización (dependiendo de la intensidad de la estructura de dominio interna, se trataría de un delito de peligro abstracto o peligro concreto)". Langer-Stein en MELIÁ; SÁNCHEZ, 2008, p. 40.

momentos que materialmente son característicos de los actos preparatorios, elevándose estos a la condición de delito autónomo (CABANA, 2012, pp. 228-229).

En contra la construcción de los delitos de organización criminal como delitos de peligros existe una posición que entiende que la agrupación para delinquir lesiona el interés del Estado en el monopolio de la producción legislativa – puesto que los delitos tipificados por el Estado son el objetivo de la organización, lo que produce una especie de despenalización; además de bienes constitucionalmente protegidos de naturaleza político-institucional, como por ejemplo, el principio de la exclusividad del método democrático como instrumento de la lucha política, el principio de iniciativa económica privada, el de la imparcialidad y del buen funcionamiento de la Administración pública. Por tanto, se restaría configurado un delito de lesión, no de peligro (CABANA, 2012, p. 230).

Ante todo, para CANCIO MELIÁ (MELIÁ; SÁNCHEZ, 2008, p. 38), según el planteamiento de la tesis de adelantamiento no es posible la identificación de un objeto de protección especifico para los delitos de organización, "de modo que habría que sostener que el bien jurídico protegido por estas infracciones sería idéntico al conjunto de los bienes jurídicos tutelados en la Parte Especial".

Sin embargo, en España, la aceptación de la tesis de adelantamiento implicaría en una admisión de que la intervención penal estaría en verdad se oponiendo de forma generalizada a la expresa previsión legal de excepcionalidad del castigo de los actos preparatorios, como enseñan los arts. 17 y 18 CP (MÁRQUEZ, 2020, p. 53).

Además, cabe poner de relieve la inseguridad de que se subraye en exceso una fuente de peligro en la definición de un injusto y tenga que enfrentar más adelante una expansión incontrolable de lo aprehendido por la tipificación (MELIÁ; SÁNCHEZ, 2008, p. 41). Así que merece destaque la crítica de JAKOBS (1996, p. 216), que afirma que:

> "quien castiga por hechos futuros, no tiene ya ningún motivo para dejar impunes los pensamientos. Si se interrumpe la organización interna de que el autor todavía domina, es inconsecuente detenerse ante la más importante fuente de todos los peligros que proceden de seres humanos."

4.1.3. La teoría de la autotutela del Estado – el monopolio estatal en el ejercicio de la violencia

Los partidarios de esta teoría entienden la organización criminal como una especie de «microestado», es decir, más que la suma de sus integrantes con objetivos específicos, pues poseen una fuerte organización, ordenamiento propio – en contra al estatal – e incluso un sentimiento de pertenencia más allá de su nacionalidad. Así que la organización criminal formaría una especie de institución creada para delinquir y que estaría en un permanente estado de guerra frente al ordenamiento estatal, transformándose en la negación del propio Estado. De esa forma, la mera existencia de la organización criminal ya es idónea

para afectar el regular funcionamiento del Estado, sin que haya necesidad de iniciar la ejecución de su plan criminal concreto, afectando así el propio poder estatal (MÁRQUEZ, 2020, p. 84).

En la doctrina española, el principal defensor de esta teoría fue históricamente GARCÍA-PABLOS DE MOLINA (1977, p. 144), para quien:

> "Con el delito de asociación ilícita trata nuestro Código de proteger la propia institución estatal, su hegemonía y poder, frente a cualquier otra organización que persiga fines contrarios y antiéticos a los de aquella. La mera «existencia» de una pluralidad de personas que, de forma «organizada» (asociativamente), intentan unos objetivos opuestos a las leyes penales, pone ya en entredicho la suprema y efectiva supremacía del poder del Estado. Es un reto y una negación de este. Porque no se trata ya de la preparación o ejecución de un delito o delitos por una pluralidad de personas, sino de algo más grave: de una «organización», de una «institución» criminal que, por lo tanto, tiende a realizar su propio ordenamiento y a desconocer el estatal, sobreponiéndose al mismo."

Actualmente en España CANCIO MELIÁ (2008, p. 275) sostiene posición semejante, pero con algunas singularidades. Para el autor, se hace necesaria una concreción en este concepto, así que propone que:

> "sólo los agentes colectivos peligrosos – en los términos en los que ello viene exigido por doctrina mayoritaria – están en realidad en condiciones de plantear el desafío al Estado al que se refiere García-Pablos de Molina; sólo el ejercicio de una disciplina que incluya la actuación violenta (hacia dentro y hacia fuera de la organización) cuestiona realmente el papel del Estado, y por ello ataca específicamente el monopolio de la violencia establecido en su favor. Así se da un paso de concreción ulterior, al no hablarse con carácter general del «poder del Estado», sino del concreto aspecto del ejercicio exclusivo de la violencia en su favor."

Todavía hay críticas dirigidas a esta teoría y sus matices, pues que suena demasiado abstracto la construcción de un injusto basado en un bien jurídico-penal como el poder del Estado. En este sentido, GUZAMÁN DÁLBORA (MÁRQUEZ, 2020, p. 88) enseña que: "los conceptos «poder del Estado», «majestad jurídica o política» o «supremacía del ordenamiento jurídico» se mueven en un terreno muy vago, y con ello muy útil de cara a manipulaciones y usos arbitrarios por parte de los poderes de turno".

4.1.4. La teoría de la expectativa de los ciudadanos en la libre disposición de sus bienes

Esta teoría tiene como principal defensora la autora PASTOR MUÑOZ (MÁRQUEZ, 2020, p. 88), que concibe el injusto de los delitos de organización según términos comunicativos. Para dicha autora:

> "el comportamiento de quien se hace miembro de una organización mafiosa no es perturbador porque ponga objetivamente en peligro bienes jurídicos, sino porque mediante ese comportamiento el sujeto se manifiesta – de ahí lo de explicar el injusto en términos comunicativos – como peligroso."

La seguridad esencial defendida por PASTOR MUÑOZ (MÁRQUEZ, 2020, p. 89), entendida como una seguridad referida a las personas y sintetizada en la premisa de que no exista personas dispuestas a delinquir, es puesta para que las personas puedan disponer de sus bienes, pero no cualquieras, sino bienes jurídicos relevantes. Señala dicha autora que: "no es lo mismo manifestar la disposición a delinquir mediante la pertenencia a una organización terrorista que mediante la pertenencia a una organización dedicada a la copia ilegal de CDs".

Todavía, BOCANEGRA MARQUÉZ (2020, p. 90) hace una oportuna crítica a esta teoría, ya que, según el principio de culpabilidad, hay que buscar fundamento para la punición en las conductas y hechos del autor, no en su modo de vida u opiniones.

4.1.5. Injusto de amenaza

Esta teoría ha desarrollado sobre todo JAKOBS (MELIÁ; SÁNCHEZ, 2008, p. 46), proponiendo un nuevo camino a la definición de la "paz jurídica" en cuanto objeto de protección, en que la perturbación de esta paz – en relación con lesiones futuras – puede comprenderse como quebrantamiento de una norma de flanqueo, como un injusto parcial.

Para JAKOBS (1996, p. 222-223):

> "en los delitos con un injusto meramente parcial no se infringen las normas principales (las normas de los delitos de lesión), sino normas de flanqueo cuya misión es garantizar las condiciones de vigencia de las normas principales. […] Una norma es eficaz si presta lo que ha de prestar: aseguramiento de las expectativas. Para ello, es necesario que la norma sea reconocible *ex ante* como estable por el potencialmente afectado. La vigencia de la norma no es, por tanto, sólo una relación entre norma y autores potenciales, los únicos a los que normalmente se designa como destinatarios de la norma, sino también una relación entre la norma y los potenciales afectados. […] Si se acepta que el enunciado de que la vigencia de la norma no sólo depende de la conducta de los autores potenciales, sino también de lo que esperan los afectados, resulta evidente que la vigencia de la norma puede verse dañada no sólo por quebrantamiento de la norma, entendidos en su sentido habitual, sino también por cualquier menoscabo de la confianza de los afectados, cualquiera que sea la vía por la que esto ocurra."

Aclarando la situación, CANCIO MELIÁ (MELIÁ; SÁNCHEZ, 2008, p. 48) explica que es posible determinarse que dicha conducta no quebranta una norma principal, pero sí una norma de flanqueo, colateral, tratándose, pues, de un «fragmento de injusto» que, eventualmente, puede ser susceptible de legitimación, de un «injusto parcial». Por tanto, una norma

de flanqueo, "a modo de un bastión militar previo a la fortificación principal, no protege al bien principal – frente a éste (aún), no cabe detectar arrogación alguna –, pero sí a las condiciones de vigencia de la norma principal", que es, de modo más concreto, la base cognitiva de ésta.

Así que cuando hay un fuerte anuncio de la comisión de hechos punibles – que es lo que ocurre cuando se forma una agrupación criminal – supone un incremento en el nivel de riesgo presente, causando una especie de desorientación cognitiva en los destinatarios de la norma, es decir, la sociedad, afectando así la confianza en la norma y por consecuencia la paz social.

Por tanto, desde esta perspectiva, sería legítima la criminalización de las asociaciones ilícitas en cuanto injusto parcial, puesto que no afecta la norma principal, sino normas de flanqueo que garantizan la vigencia y la confianza cognitiva de la sociedad (MELIÁ; SÁNCHEZ, 2008, p. 49). Todavía hay que tener en claro que, en la medida en que se haya de evitar esta afectación, la pena impuesta por la conducta incriminada tiene que ser adecuada a esta circunstancia, es decir, que el comportamiento ha lesionado no una norma principal, pero una norma de flanqueo (JAKOBS, 1996, p. 229).

Sin embargo, JAKOBS (MELIÁ; SÁNCHEZ, 2008, p. 49) ha llevado la definición del injusto al recto de la comunicación, es decir, no se trata, de forma general, de entender el delito en cuanto anticipación de protección o de sentimientos sociales, sino de los efectos de los comportamientos de los integrantes de una organización sobre la vigencia de la norma. La anticipación de punibilidad que castiga las organizaciones criminales "no tiene su origen en los delitos futuros que pueda llegar a cometer la misma, sino en la intolerable erosión actual de la seguridad cognitiva en la vigencia de la norma" (POLAINO-ORTS, 2009, pp. 413-414).

4.1.6. Bien jurídico colectivo como objeto de protección – el orden público, la seguridad ciudadana y la seguridad pública

Es verdad que no sólo en España, sino de forma general en Europa, la mayoría de los códigos penales sitúan los delitos de organización entre las infracciones contra bienes jurídicos colectivos, como el orden público, seguridad o paz públicas (MÁRQUEZ, 2020, p. 59). Así que hay que tener en cuenta que cuando el legislador elige una cierta denominación para un determinado título, se está formulando una primera indicación al intérprete acerca de qué es lo que se pretende proteger con aquellos delitos incluidos bajo la rúbrica, adquiriendo significado como medio de interpretación teleológica y con fines a una estructuración sistemática de la parte especial, pese su poca relevancia desde una mirada político criminal (ZIFFER, 2012, p. 24).

Con relación a la defensa de un bien jurídico de naturaleza supraindividual o colectivo, es necesario aclarar que ante determinadas situaciones, es posible concebir la necesidad – y legitimidad – de que la administración pública actúe de forma coactiva y preventiva, evitando riesgos – no sólo precedentes de delitos – para bienes jurídicamente protegidos,

justificando, algunas veces, la prohibición de conductas que obstaculicen de forma importante tal actuación (CASTAÑÓN, 2010, p. 921).

En este sentido, PAREDES CASTAÑÓN (2010, p. 921) enseña que:

> "cuando tales condiciones se den, podría llegar a reconocerse un bien jurídico (legítimo), definible como aquel estado de cosas en el que los individuos observan un patrón de conducta consistente en no obstaculizar aquellas actuaciones de los órganos administrativos (legitimados para ello) que posean una finalidad preventiva de lesiones de (determinados) bienes jurídicamente protegidos y resulten proporcionadas para ello. […] dicho bien jurídico no sería propiamente un bien jurídico supraindividual autónomo, sino más bien un bien jurídico de naturaleza meramente instrumental, consistente precisamente en la seguridad de aquellos bienes jurídicos mediatamente protegidos."

Todavía, es posible que el concepto de orden público, o seguridad (ciudadana, pública) pueda constituir un bien jurídico supraindividual autónomo, no meramente instrumental. Así que sería necesario que la prohibición de la conducta fuese justificada no por el peligro que pudiera ocasionar, sino exclusivamente por su contribución para un generalizado estado de inseguridad para todos los bienes jurídicos. PAREDES CASTAÑÓN (2010, pp. 923-925) entiende que tal situación podría ser verificada – aunque después afirme que no se puede confirmar tales hipótesis – si existiera conductas activas que resultasen universalmente peligrosas para todos los bienes jurídicos o para el Estado; o si la creación de sentimientos de inseguridad en la población pudiera concebirse también como una contribución a la inseguridad efectiva – independiente de la mayor o menor probabilidad objetiva de lesión de los distintos bienes jurídicos.

Concluyendo ese análisis preliminar sobre la posibilidad de aceptación excepcional de bienes jurídicos supraindividuales o colectivos, pasaremos a un análisis más específico en relación con el término orden público.

En un análisis bajo una perspectiva histórico-jurídica, el orden público se conceptúa como el libre ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución, lo que implica un Estado de normalidad, mejor dicho, de vigencia objetiva del sistema normativo (CABANA, 2012, p. 208). Así que se puede comprender el orden público, por un lado, como los principios o valores identificados del alma de la comunidad, para la que son irrenunciable, y, por otro, como la idea de que el respeto a la libertad no es factible si no hay imperio de la Ley y garantía de la pacífica convivencia (GUTIÉRREZ, 2020, pp. 287-288).

Señala PAREDES CASTAÑÓN (2010, pp. 968-973), que propone una limitación del contenido material del bien jurídico orden público exclusivamente a la preservación de patrones de conducta en el seno de los espacios públicos, que para que el Derecho penal sea puesto en marcha en la protección del orden público, el criterio adoptado debe ser "la existencia o no de un efecto desestabilizador sistémico, derivado de la defraudación [de] expectativas producida por el cuestionamiento del patrón de comportamiento que constituye el objeto (el estado de cosas valioso) del bien jurídico protegido".

Ahora bien, hay que decir que de forma general existe una cierta ambigüedad en el uso del término «orden público», siendo empleado bajo dos conceptos distintos, un restrictivo y otro amplio. El concepto restrictivo constituiría un ambiente exterior de orden y tranquilidad en una comunidad, es decir, una situación de orden donde la vida colectiva, los derechos y libertades pueden desarrollarse, presentando también un límite a la voluntad de los particulares y una cláusula de cierre del ordenamiento jurídico para los jueces (GUTIÉRREZ, 2020, p. 292).

Por su vez, el concepto de orden público en sentido amplio, en cuanto bien jurídico protegido, debe venir de una valoración social basada en el reconocimiento del juego democrático de las instituciones estatales y de los derechos del ciudadano (GUTIÉRREZ, 2020, p. 292). Por tanto, el orden público puede ser así identificado como un conjunto de principios, público y privados, políticos, económicos, morales e incluso religiosos, que son absolutamente obligatorios para la conservación del orden social en un pueblo y en una época determinada (BELLOSO, 1988, p. 4).

Como visto en el inicio del presente apartado, el legislador español[18] ha optado por el orden público como bien jurídico protegido en los delitos de organización criminal, corroborando esa afirmación en la Exposición de Motivos en el Preámbulo de la Reforma de 2010, en el apartado XXVIII, cuando dijo que: a sabiendas, precisamente, de la polémica doctrinal surgida en torno a la ubicación sistemática de estos tipos penales, se ha optado finalmente, en el propósito de alterar lo menos posible la estructura del vigente Código Penal, por situarlos dentro del Título XXII del Libro II, es decir, en el marco de los delitos contra el orden público (GUTIÉRREZ, 2020, p. 293).

Por lo tanto, parece entender el legislador el concepto de orden público en su sentido amplio, es decir, institucional, formal (CABANA, 2012, p. 209), al aludir en la continuación en el Preámbulo de la LO 5/2010 que: el fenómeno de la criminalidad organizada atenta directamente contra la base misma de la democracia… alterando a tal fin el normal funcionamiento de los mercados y de las instituciones, corrompiendo la naturaleza de los negocios jurídicos, e incluso afectando la gestión y a la capacidad de acción de los órganos del Estado.[19] De esa forma, identifica el legislador el orden público con la propia calidad de la democracia, es decir, el libre ejercicio de derechos y libertades, el normal funcionamiento de las instituciones democráticas, de los servicios públicos esenciales u otro aspecto semejante. Así que sería el orden público – pese su dinamismo y continua necesidad de adaptación a la sociedad, lo que dificulta una conceptuación precisa de su contenido material – la reunión de las condiciones necesarias e indispensables a la vida de los individuos, puesto

18. "En esta posición se adhiere el legislador español a lo manifestado por la Unión Europea en numerosos documentos, donde también se indica que el crimen organizado no sólo afecta al orden público, sino a las propias bases de la democracia. Sin embargo, esta capacidad únicamente es predicable de unas pocas organizaciones criminales en el seno de la Unión Europea". (CABANA, 2012, p. 212).

19. Preámbulo. Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. «BOE» núm. 152, de 23 de junio.

que sin orden público no hay la paz, tranquilidad, ni la estabilidad en la posesión de las cosas, no habiendo, de esa forma, seguridad (GUTIÉRREZ, 2020, p. 294).

No obstante la enorme extensión del concepto amplio de orden público, entendido como orden jurídico u orden constitucional, implica en poca o casi ninguna utilidad en cuanto bien jurídico, pues que de esa forma todas las infracciones criminales admitirían su afectación. Para MOCCIA (CABANA, 2012, p. 213), el orden público debe ser considerado "no como un bien jurídico, sino como una ratio de tutela que resulta incapaz de ofrecer una noción significativa del objeto de tutela y, por tanto, aparece absolutamente inidónea para desarrollar una función de delimitación de la intervención penal".

De esa forma, un concepto democrático de orden público "hay que situarlo en un plano material, referido a la seguridad y paz en las manifestaciones de la vida ciudadana, o, si se prefiere, con la seguridad ciudadana" (RIVAS, 2010, p. 503), así que su identificación en cuanto bien jurídico exigiría una delimitación de su ámbito conceptual con relación a la seguridad pública y la seguridad ciudadana (CABANA, 2012, p. 207), como veremos ahora.

La seguridad se convirtió en un tema central en la discusión político-criminal por toda parte, y por supuesto no fue diferente en la Unión Europea y España. En el ámbito europeo, el Tratado de la Unión Europea en su art. 3.2 hace referencia al tema, indicando que: La unión ofrecerá a sus ciudadanos un espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores, en el que esté garantizada la libre circulación de personas conjuntamente con medidas adecuadas en materia de control de las fronteras exteriores, asilo, inmigración y de prevención y lucha contra la delincuencia. Además, es la seguridad un derecho fundamental de los ciudadanos europeos, como está en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en su art. 6, bajo la rúbrica "derecho a la libertad y a la seguridad" (CABANA, 2012, p. 214).

En el ámbito interno, la seguridad puede ser entendida como función de la intervención estatal, administrativa y de policía, a más de la penal. Por su vez, como función policial y penal, cabe identificar la seguridad con el ejercicio de la prevención anticipada de formas de peligrosidad individual y su neutralización, lo que infiere una reelaboración de la teoría de la prevención especial negativa (CABANA, 2012, p. 214).

Para el Tribunal Constitucional de España, la Constitución utiliza la palabra «seguridad» con la misma acepción medular pero con distintos matices según el adjetivo que le sirva de pareja. Habla, por una parte, de la seguridad jurídica (art. 9 C.E.), uno de los principios cardinales del Derecho a la par del valor justicia. Hay otra seguridad, la que es soporte y compañera de la libertad personal (art. 17 C.E.), cuya esencia se pone desde antiguo en la tranquilidad de espíritu producida por la eliminación del miedo. Una y otra han sido perfiladas por este Tribunal Constitucional desde su STC 2/1981 hasta la STC 126/1987. Esta, a su vez, aparece conectada a la tercera especie, la seguridad pública (art. 149.1.29 C.E.) también llamada ciudadana, como equivalente a la tranquilidad en la calle. En definitiva, tal seguridad se bautizó ya en el pasado siglo con la rúbrica del «orden público», que era concebido como la situación de normalidad en que se mantiene y vive un Estado, cuando se

desarrollan las diversas actividades colectivas sin que se produzcan perturbaciones o conflictos.[20]

Sin embargo, cuando se analiza el término seguridad, se puede ver surgir una dicotomía conflictiva con la libertad, pero la seguridad, igual que la libertad, simboliza la concepción de las relaciones entre persona-sociedad-Estado. De esa forma, el individuo no puede comportarse como persona sin el reconocimiento de un nivel de libertad personal, y el Estado, por su vez, no puede garantizar, bajo ningún sistema jurídico, los bienes personales estimados por la sociedad si no es con el establecimiento de una seguridad mínima (GUTIÉRREZ, 2020, pp. 296-297). Por lo tanto, se puede aseverar que la seguridad es el paralelo a un estado de normalidad mínima (en sentido material o real) precisa para la efectividad de los derechos y las libertades de la persona (ALFONSO, 2008, p. 28).

A su turno, la seguridad ciudadana, término derivado de los conceptos de seguridad que hemos visto, es mencionado en la Constitución de España en su art. 104.1: "las Fuerzas y Cuerpos de seguridad, bajo la dependencia del Gobierno, tendrán como misión proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana". No obstante, la norma que desarrolla el precepto traído por el dispositivo constitucional es la LO 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, la cual, todavía, alude en su primer capítulo no a la seguridad ciudadana, sino a la seguridad pública (CABANA, 2012, p. 223).

En la legislación española, donde se puede encontrar más ayuda para alcanzar un significado al término «seguridad ciudadana» es en la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana, de orden administrativo. En el art. 1 se define seguridad ciudadana como "requisito indispensable para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales y las libertades públicas". En el art. 2, cuando prevé modos de actuaciones para tutelar la seguridad ciudadana, el legislador indica: "la protección de personas y bienes y el mantenimiento de la tranquilidad ciudadana". Así que, como enseña BOCANEGRA MÁRQUEZ (2020, p. 78), se puede extraer de los textos legales una idea autónoma de seguridad como:

> "estado de protección frente a riesgos para personas o bienes, que, como se afirma en el art. 1 LOPSC, supondría un requisito para el pleno ejercicio de derechos fundamentales y libertades en tanto sin un estado mínimo de seguridad frente a riesgos no sería posible la libertad."

Pese una cierta confusión terminológica que hay en relación con los términos orden y seguridad públicos, la seguridad ciudadana puede ser comprendida, para VILLAGÓMEZ CEBRIÁN (1997, p. 151), según los objetos de sus actividades, que:

20. Sala Primera. Sentencia 325/1994, de 12 de diciembre de 1994. Disponible en: < https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-T-1995-1220>.

> "son, por tanto, las de prevención, protección o reparación de las condiciones que permiten a los ciudadanos ejercitar, con garantías y en libertad, la calidad participativa de los mismos en las distintas formas que ésta pueda adoptar, ya sean políticas, económicas o culturales. Sin embargo, de ello no puede desprenderse que la seguridad ciudadana constituya una cláusula abierta."

En este sentido, se puede resumir el contenido de la seguridad ciudadana como la responsabilidad pública de conseguir un estado de normalidad cívica presidido por la sensación objetivable en los ciudadanos de ausencia de riesgos y peligros (CEBRIÁN, 1997, p. 151).

Por tanto, frente a esta delimitación del contenido de seguridad ciudadana, su empleo con fines a garantizar la protección de personas y bienes según el restante del Ordenamiento jurídico, en el ámbito de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, ante acciones violentas o agresiones, situaciones de peligro o calamidades públicas, nos pone claro que, en verdad, su concepto tal cual expuesto le es oponible el concepto de orden público en sentido estricto – lo sentido que ha restado, como hemos visto anteriormente –, es decir, con fines a la protección de los derechos fundamentales por la Policía de Seguridad (FERNÁNDEZ-VALMAYOR, 1990, pp. 13-14).

Ahora bien, llegando al fin a la seguridad pública, esta apenas es mencionada en la Constitución española en el art. 149.1.29 CE,[21] con referencia al reparto de competencia de la materia entre el Estado y las Comunidades Autónomas. El Tribunal Constitucional señala tratarse de una "actividad que consiste en la protección de personas y bienes y el mantenimiento de la tranquilidad y orden ciudadano, que son finalidades inseparables y mutuamente condicionadas".[22] Para el TC, el término seguridad pública es más preciso que el de orden público, pese la advertencia de que no toda seguridad de personas y bienes, ni toda normativa encaminada a conseguirla, o preservar su mantenimiento, puede englobarse en el título competencial de «seguridad pública»; si así fuera, la práctica totalidad de las normas del ordenamiento jurídico serían normas de seguridad pública, y por ende competencia del Estado, cuando es claro que se trata de un concepto más estricto, en el que hay que situar de modo predominante las organizaciones y los medios instrumentales, en especial los cuerpos de seguridad a que se refiere el art. 104 de la Constitución.[23]

De ese modo, es posible comprender la seguridad pública como una actividad prestacional o de servicio, a cargo del Estado, que tiene por objeto garantizar el libre ejercicio

21. Art. 149.1.29 CE: "Seguridad pública, sin perjuicio de la posibilidad de creación de policías por las Comunidades Autónomas en la forma que se establezca en los respectivos Estatutos en el marco de lo que disponga una ley orgánica".

22. STC 33/1982, de 8 de junio de 1982. Disponible en: < http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/75>.

23. STC 33/1982, de 8 de junio de 1982; STC 59/1985, de 6 de mayo de 1985. Disponible en: < http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/439>.

de los derechos y libertades y la seguridad ciudadana, orientándose para su protección (CABANA, 2012, p. 224). Como consecuencia, con fines a evitar riesgos a esas dichas actividades, admitiese la realización de una serie de medidas que incurren en el ámbito de derechos y libertades de los ciudadanos y que permiten incluso la utilización de la fuerza por parte de los cuerpos de seguridad. Por tanto, el factor riesgo en cuanto presupuesto habilitante de la seguridad, pero al mismo tiempo un límite a su ejercicio supone una excepcional situación que justifica la intervención (AGUADO I CUDOLÀ, 2007, p. 49).

Así que parece cierto que la seguridad pública presenta un concepto más amplio que la seguridad ciudadana y el de orden público en sentido restringido, estando todavía en un plan completamente distinto de esos dos conceptos (GUTIÉRREZ, 2020, p. 300). La seguridad pública es, en verdad, una actividad, un ámbito de competencia, en cuanto que la seguridad ciudadana y el orden público son situaciones que se pretenden alcanzar por medio del ejercicio de la seguridad pública (CABANA, 2012, p. 226). Entonces, se puede afirmar que la seguridad pública es, como enseña ZURITA GUTIÉRREZ (2020, p. 300): "un conjunto de políticas y acciones coherentes y articuladas que tienden a garantizar la paz pública a través de la prevención y represión de los delitos".

Para RECASENS I BRUNET (2007, pp. 133-134), se puede formar una definición de la seguridad pública como: "una competencia de las instancias públicas cuyo objetivo consiste en establecer, mantener y eventualmente restaurar las condiciones de un estado de convivencia que permita el efectivo ejercicio de derechos y libertades".

Por tanto, pese el choque que hay desde una perspectiva del Derecho penal individual, que entiende intangible, inmaterial e incomprensible la seguridad pública en cuanto objeto de protección en los delitos de organización, entendemos, tal cual enseña GUTIÉRREZ (2020, pp. 300-301), que estos, como delitos autónomos ante el sistema de injusto que conforman, y que, de esa forma, protegen un bien jurídico propio y también autónomo, salvaguardan la seguridad pública en cuanto actividad y competencia del Estado para que se alcance la seguridad ciudadana y el orden público a través de la prevención y represión de los delitos, garantizando así un estado de convivencia idóneo para el gozo de derechos y libertades.

5. Conclusiones

Sin embargo, tratase una organización criminal de una estructura diseñada para la comisión de delitos, que no extinguirá tras la comisión de los concretos delitos programados, sino que subsistirá, haciendo de la perpetración de infracciones penales la razón de su existencia. Asimismo, en muchas veces, los delitos perpetrados por la organización no son sólo aquellos programados delitos-fin, sino que engloban igual delitos cuya comisión es propiciada por la propia dinámica organizativa y estructural (MÁRQUEZ, 2020, p. 95).

Lo que explica que la pertenencia a una organización criminal sea un delito autónomo, no es tanto por el propósito delictivo con que reúnen los sujetos, sino por la conformación

de una empresa criminal, es decir, de una agrupación socialmente desestabilizadora que ya genera, de facto, una conmoción de las bases del Estado, produciendo una lesión actual de la seguridad cognitiva-normativa (POLAINO-ORTS, 2011, p. 565).

De ese modo, el injusto de los delitos de organización sobrepasa al injusto del delito-fin o del delito instrumental, pues consiste en algo mayor que los meros actos preparatorios de un o algunos delitos concretos, conformando un estado de peligrosidad abstracta o general para un conjunto variado de bienes jurídicos (MÁRQUEZ, 2020, p. 96).

Esta peligrosidad para bienes jurídicos que implica las organizaciones criminales, conformadora de un injusto autónomo a los injustos perpetrados en su seno, tiene, por lo tanto, como objeto de protección la seguridad pública, acompañada de la vigencia de la norma como consecuencia directa de tal protección.

Y así es porque todo delito es una lesión de un deber, es decir, el delito atenta contra el deber que tiene todo ciudadano de comportarse de acuerdo con la norma. Otra cosa todavía es el contenido de ese deber, mejor dicho, los concretos bienes jurídicos o valores que cada sociedad y sistema, de acuerdo con sus preferencias y necesidades sociales, considera conveniente tutelar (NAVARRETE, 2010, p. 38). Así que los dos conceptos, más allá de no parecieren excluyentes, son en verdad complementarios, ofreciendo una respuesta a la cuestión sobre "qué protege el delito de organización criminal".

El binomio protección y prevención constituyen una relación inseparable de medio a fin, pues que el Derecho penal protege bienes jurídicos, es decir, les concede garantía normativa con vistas a la prevención de esos bienes, evitando delitos futuros, al paso que reafirma, como consecuencia, la autoridad de la norma como elemento integrante de la estructura social. De esa forma, la protección de bienes jurídicos es el contenido y la prevención de delitos es el fin, mejor dicho, la protección de bienes jurídicos es la función y la confirmación de la vigencia de la norma la consecuencia directa de dicha función (NAVARRETE, 2010, p. 51).

La idea funcionalista de una sociedad autopoiética lleva a la afirmación de que todo queda dentro del sistema, y, de esa forma, la función de la norma seria la confirmación de la vigencia de la propia norma. Todavía, no parece haber sentido una autoprotección de si misma, pues que no se puede concebir categorías normativas rellenas de nada, debiendo poseer un contenido, y el contenido de la norma es, de manera precisa, el bien jurídico estimado digno y merecedor de protección por parte del ordenamiento legal, del cual no se puede prescindir si se quiere tener una imagen fiable y completa del fenómeno criminal (NAVARRETE, 2010, pp. 51-52).

Como hemos visto, la defensa de un bien jurídico de naturaleza supraindividual o colectivo es por veces necesario ante determinadas situaciones, desde que justificado por la necesidad de que la administración pública actúe de forma coactiva y preventiva, evitando riesgos para bienes jurídicamente protegidos, legitimando así la prohibición de conductas que, por su estado de cosas, obstaculicen de forma importante tal actuación. De ese modo, restaría justificada la incriminación de la pertenencia a una agrupación con fines delictivos por el peligro que pudiera ocasionar y ocasiona por el simple hecho de existir, como hemos

visto, debido a su contribución para un generalizado estado de inseguridad para inúmeros bienes jurídicos de manera incidental, ofreciendo riesgo y desafiando a las normas de convivencia del propio Estado, y, por tanto, a la seguridad pública.

El bien jurídico «seguridad pública», podemos definirlo como actividad prestacional o de servicio, a cargo del Estado, que tiene como objetivo garantizar el libre ejercicio de los derechos y libertades. Por lo tanto, la seguridad pública es, en verdad, un ámbito de competencia, en cuanto que la seguridad ciudadana y el orden público son situaciones que se pretenden alcanzar por medio del ejercicio de la seguridad pública, lo que justifica ser ella un bien jurídico más justo y idóneo en cuanto objeto de protección del delito de organización criminal.

Como consecuencia de ese ámbito competencial, con fines a evitar riesgos a esas dichas actividades, admitiese la realización de una serie de medidas que incurren en el ámbito de derechos y libertades de los ciudadanos y que permiten incluso la utilización del *ius puniendi* estatal, legitimando la anticipación de la punición – se visto en relación con los delitos que son el contenido del programa de la organización –, pues que respecto a la organización criminal, como hemos visto, la amenaza de peligro es real, actual y efectiva, considerando la dinámica que vigora en su seno, generadora de una asocialidad inmediata, es decir, una predisposición de un sistema comunitario a hechos criminales.

Sin embargo, tanto el dicho estado de inseguridad colectivo, como la amenaza al Estado no pueden ser alcanzadas por cualquiera agrupación criminal, sino por aquellas dotadas de importante estructura interna, con capacidad real para poner en riesgo la seguridad pública. Así que creemos relevante que, siguiendo lo que ya proponen convenios internacionales y supranacionales, como debatimos más arriba, el legislador español restringiese el concepto de organización criminal, exigiendo que su objeto sea la comisión de delitos graves[24], dejando fuera de la determinación de organizaciones criminales las agrupaciones formadas para la comisión de delitos de poca gravedad, incapaces de ofrecer real peligro a la seguridad pública, bien jurídico protegido por el tipo de organización criminal.

En fin, considerando una vez más el bien jurídico objeto de tutela por el delito de organización criminal, la determinación del momento preciso de la puesta en peligro de la seguridad pública no podría ser otro sino aquel en que la agrupación reúna condiciones, es decir, medios personales y materiales que la convierta en una estructura idónea para llevar a cabo su programa criminal. Dicho de otro modo, la seguridad pública estará efectivamente en riesgo en el momento que la estructura adquirida por la organización la haga apta a poner en marcha su plan criminal de comisión de graves delitos, generando así el estado de inseguridad que hablamos anteriormente, aunque, obviamente, no se alcance efectivamente la comisión de ningún de los delitos planeados.

24. Como visto en el apartado 2.1, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Trasnacional de 2000 y la Decisión Marco 2008/841/JAI del Consejo de 24 de octubre de 2008, limitan el castigo de esta conducta respecto a agrupaciones cuyo objeto sea la comisión de delitos con una pena máxima privativa de libertad de al menos cuatro años.

6. Referencias

ABOSO, Gustavo E. *Criminalidad organizada y derecho penal.* Montevideo – Buenos Aires: B de F, 2019.

AGUADO I CUDOLÀ, Vicenc. *Derecho de la seguridad pública y privada*. Navarra: Thomson-Aranzadi, 2007.

ALFONSO, Luciano P. *Seguridad pública y policía administrativa de seguridad: Problemas de siempre y de ahora para el deslinde, la decantación y la eficacia de una responsabilidad nuclear del Estado administrativo.* Valência: Tirant lo Blanch, 2008.

BELLOSO, Miguel J. I. Los conceptos de orden público y seguridad ciudadana tras la Constitución de 1978. *Revista española de Derecho administrativo*, n. 58, abril-junho, 1988.

BURGO, Blanca M. *Límites dogmáticos y políticos-criminales de los delitos de peligro abstracto.* Granada: Comares, 2001.

CABANA, Patricia F. *Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el código penal español*. Valência: Tirant lo Blanch, 2012.

CASTAÑO, Elena N. *Los delitos de colaboración con organizaciones y grupos terroristas sobre el sentido de las reformas penales en materia de terrorismo*. Valência: Tirant lo Blanch, 2013.

CASTAÑÓN, José M. P. El orden público como bien jurídico autónomo (y legítimo). *In*: PEÑA, Diego-Manuel L. (Dir). *Derecho penal del Estado social y democrático de Derecho. Libro en homenaje a Santiago Mir Puig*. Madrid: La Ley, 2010.

CEBRIÁN, Alfonso V. *Las fuerzas y cuerpos de seguridad: del orden público a la seguridad ciudadana*. A coruña: Ara Solis – Xunta de Galicia, 1997.

CONDE, Cármen R. *Aspectos básicos del delito de organización y grupo criminal. Los diez años de su tipificación en el Código penal español*. 1. ed. Pamplona: Aranzadi, 2020.

CONDE, Francisco M. *Derecho Penal. Parte Especial*. 20. ed. Valência: Tirant lo Blanch, 2015.

CORDERO, Isidoro B.; DE PAZ, María Isabel S. G. Principales instrumentos internacionales (de Naciones Unidas y la Unión Europea) relativos al crimen organizado: la definición de la participación en una organización criminal y los problemas de aplicación de la ley penal en el espacio. *Revista Penal,* n. 6, 2000.

DE PAZ, María I. S. G. *La criminalidad organizada. Aspectos penales, procesales, administrativos y policiales*. Madrid: Dykinson, 2005.

DORDIO, Juan G. Lucha contra el crimen organizado de la Unión Europea. *Centro superior de Estudios de la Defensa Nacional*, Ministerio de Defensa de España, n. 48, 2012.

FERNÁNDEZ-VALMAYOR, José L. C. Sobre los conceptos de orden público, seguridad ciudadana y seguridad pública. *Revista Vasca de Administración Pública*, n. 27, 1990.

GUTIÉRREZ, Alri Z. *El delito de organización criminal: fundamentos y contenido de injusto.* 1. ed. Barcelona: JM Bosch, 2020.

JAKOBS, Günther. *Fundamentos del Derecho penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1996.

JAKOBS, Günther; NAVARRETE, Miguel P.; POLAINO-ORTS, Miguel. *Bien jurídico, vigencia de la norma y daño social*. Lima: Ara Editores, 2010.

LAMPE, Ernst-Joachim. *La dogmática jurídico-penal entre la ontología social y el funcionalismo*. Lima: Grijley, 2003.

MÁRQUEZ, Jara B. *Los delitos de organización y grupo criminal: cuestiones dogmáticas y de política criminal.* 1. ed. Barcelona: J.M Bosch, 2020.

MELIÁ, Manuel C. El injusto de los delitos de organización: peligro y significado. *Revista cuatrimestral de las facultades de Derecho y Ciencias Económicas y empresariales*, n. 74, maio-agosto, 2008.

MELIÁ, Manuel C.; SÁNCHEZ, Jesús-María S. *Delitos de organización*. Montevideo – Buenos Aires: B de F, 2008.

MOLINA, Antonio G. P. *Asociaciones ilícitas en el Código penal*. Barcelona: Bosch, 1977.

MUÑOZ, Alfonso G.; CASTAÑO, Elena N. *Manual de derecho penal económico y de la empresa*. Valência: Tirant lo Blanch, 2019.

NAVARRETE, Miguel P. *Lecciones de Derecho penal. Parte general*. 4. ed. Tomo I. Madrid: Tecnos, 2019.

NAVARRETE, Miguel P. (Dir*). Lecciones de Derecho penal. Parte especial*. Tomo II. Madrid: Tecnos, 2011.

NAVARRETE, Miguel P. Protección de bienes jurídicos y confirmación de la vigencia de la norma: ¿dos funciones excludentes? *In*: JAKOBS, Günther; NAVARRETE, Miguel P.; POLAINO-ORTS, Miguel. *Bien jurídico, vigencia de la norma y daño social*. Lima: Ara Editores, 2010.

OLIVARES, Gonzalo Q. La «organización criminal»: adiós al principio de ofensividad. *La Ley Penal,* n. 153, novembro-dezembro, 2021.

PARDO, Mauricio R. La Convención de Palermo contra la delincuencia organizada. *Cuadernos de la Guardia Civil: Revista de seguridad pública*, n. 25, 2001.

POLAINO-ORTS, Miguel. *Derecho penal del enemigo. Fundamentos, potencial de sentido y límites de la vigencia*. Barcelona: Bosch, 2009.

POLAINO-ORTS, Miguel. Organizaciones y grupos criminales. *In*: NAVARRETE, Miguel P. (Dir). *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*. Tomo II. Madrid: Tecnos, 2011.

RECASENS I BRUNET, Amadeu. *La seguridad y sus políticas*. Barcelona: Atelier, 2007.

RIVAS, Nicolás G. Organizaciones y grupos criminales. *In*: GARCÍA, Francisco J. A.; CUSSAC, José L. G. *Comentarios a la Reforma penal de 2010*. Valência: Tirant lo Blanch, 2010.

RODRÍGUEZ, Laura Z. Criminalidad organizada, derecho penal y sociedad. Apuntes para el análisis. *Foro Jurídico Revista de Derecho*, n. 10, 2010.

RODRÍGUEZ, Laura Z. *Criminalidad organizada y sistema de derecho penal. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal*. Granada: Comares, 2009.

SÁNCHEZ, Jesús-María S. ¿«Pertenencia» o «intervención»? del delito de «pertenencia a una organización criminal» a la figura de la «participación a través de organización» en el delito. *In*: TOLEDO Y UBIETO, Emilio O.; SIERRA, Manuel G.; BECHIARELLI, Emilio C. (Coords). *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*. Valência: Tirant lo Blanch, 2004.

ZIFFER, Patricia. S. *El delito de asociación ilícita*. 1. ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2012.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Área do Direito: Penal

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- Aproximação criminológica à delinquência organizada: lavagem de dinheiro e fraude, de Miguel Ángel Núñez Paz e Luiza Borges Terra – *RDPec* 12/117-129;
- A tipicidade material no delito de pertencimento a organização criminosa e a criminalidade de empresa, de Victor Labate – *RDPec* 2/121-154;
- Crime organizado e a política externa: o controle do pcc nas fronteiras mostra a fragilidade da política externa brasileira, de Antonio Baptista Gonçalves – *RT* 1008/221-243; e
- Organização criminosa no direito comparado: desafios da harmonização normativa e problemas dos transplantes legais, de Paula Brener – *RBCCrim* 172/125-159.

Exegese evolutiva dos limites da eficácia do crime de "escrito ou objeto obsceno" à luz da garantia da liberdade de expressão

Evolutive exegesis of the limits of the effectiveness of the crime of "writting or obscene object" in the light of the guarantee of free speech

Paulo Roberto Santos Romero

Doutorando no Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), com ingresso no ano 2022. Linha de Pesquisa "Poder, Cidadania e Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito", Área de Concentração "Direito e Justiça" (Direito Penal Contemporâneo). Mestre em Direito Penal Contemporâneo, com título obtido em 2019, no Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da UFMG. Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (título de Bacharel obtido em 1996). Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, desde 1998.
Lattes: [http://lattes.cnpq.br/4451900719860309].
ORCID: [https://orcid.org/0000-0001-9834-6760].
paulorsromero@gmail.com

DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v198i198.302].

Recebido em: 30.07.2022
Aprovado em: 29.05.2023
Última versão do autor: 31.05.2023

Áreas do Direito: Penal; Constitucional; Comunicação

Resumo: O presente artigo visa delimitar o campo de eficácia do art. 234 do Código Penal brasileiro vigente (CP – Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940), fundamentando-o mediante exegese histórica calcada tanto no desenvolvimento da garantia da liberdade de expressão artística quanto nas mudanças das tipificações penais correlatas ao delito de "escrito ou objeto obsceno". Assim, são trazidas a exame os dispositivos pertinentes ao tema que constaram das Constituições que vigeram no Brasil a partir dos anos 1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967, além daqueles da Constituição de 1988 (arts. 5º, incs. IV e IX, 220, §§ 2º e 3º e 221 e incisos), bem

Abstract: This article aims to delimit the field of effectiveness of art. 234 of the current Brazilian Penal Code (CP – Decree-Law 2,848, of December 7, 1940), basing it through historical exegesis based both on the development of the guarantee of freedom of artistic expression and on the changes in criminal classifications related to the crime of "obscene writing or object". Thus, the devices relevant to the subject that were included in the Constitutions that were in force in Brazil from the years 1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967, in addition to those of the 1988 Constitution (arts. 5º, incs. IV and IX, 220, §§ 2 and 3 and 221 and items), as well as considering

Romero, Paulo Roberto Santos. Exegese evolutiva dos limites da eficácia do crime de "escrito ou objeto obsceno" à luz da garantia da liberdade de expressão. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 198. ano 31. p. 101-143. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2023.
DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v198i198.302].

como consideradas as normas incriminadoras alusivas à matéria nas codificações penais brasileiras de 1830, de 1890, de 1932, do Projeto Alcântara Machado (de 1938), do Decreto-Lei 1.004, de 1969, do Anteprojeto do Código Penal (de 1998) e, finalmente, o art. 234 do CP, observadas as sucessivas reformas incidentes sobre o Título VI da sua Parte Especial. Deste cotejo resulta a hipótese: a intersecção das curvas evolutivas dos citados preceitos constitucionais e penais demonstra que, na contemporaneidade, o art. 234 do CP já não tutela a moral sexual per se e muito menos visa, por meio da proteção penal, impor determinados padrões estéticos, pois, na República Federativa do Brasil, a unidade funcional havida entre política criminal e dogmática penal, subordinada que é aos valores, direitos e às garantias e liberdades constitucionais, jamais pode, em uma sociedade autenticamente plural e democrática, desconectar-se da própria juridicidade.

Palavras-chave: Crime de escrito ou objeto obsceno – Liberdade de expressão artística – Exegese histórica – Limites da eficácia do art. 234 do Código Penal Brasileiro à luz da Constituição da República Federativa do Brasil.

the incriminating norms alluding to the matter in the Brazilian penal codifications of 1830, 1890, 1932, of the Alcântara Machado Project (of 1938), of the Decree-Law 1,004, of 1969, of the Penal Code Draft (of 1998) and, finally, art. 234 of CP, observing the successive reforms on Title VI of its Special Part. This comparison results in the hypothesis: the intersection of the evolutionary curves of the aforementioned constitutional and criminal precepts demonstrates that, in contemporary times, art. 234 of the CP no longer protects sexual morality per se and much less aims, through criminal protection, to impose certain aesthetic standards, since, in the Federative Republic of Brazil, the functional unity between criminal policy and criminal dogmatics, subordinated as it is to the values, rights and constitutional guarantees and freedoms, can never, in an authentically plural and democratic society, disconnect from its own legality.

Keywords: Crime of writing or obscene object – Freedom of speech in art – Historical exegesis – Limits to the effectiveness of art. 234 of the Brazilian Penal Code in the light of the Constitution of the Federative Republic of Brazil.

Sumário: 1. Introdução. 2. Liberdade de expressão nas Constituições do Brasil. 2.1. Constituição Politica do Imperio do Brazil,* de 1824. 2.2. Constituição da Republica dos Estados Unidos do Brasil,* de 1891. 2.3. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1934. 2.4. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 1937. 2.5. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 1946. 2.6. Constituição do Brasil, de 1967. 2.7. Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988. 3. O crime de escrito ou objeto obsceno nas legislações penais do Brasil. 3.1. Codigo Criminal do Imperio do Brazil,* de 1830. 3.2. Código Penal dos Estados Unidos do Brasil,* de 1890. 3.3. Consolidação das Leis Penaes,* de 1932. 3.4. Projeto do Código Criminal Brasileiro (Projeto Alcântara Machado),* de 1938. 3.5. Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940. 3.6. Decreto-Lei 1.004, de 21 de outubro de 1969. 3.7. Anteprojeto do Código Penal, de 1998. 4. Considerações conclusivas. 5. Referências bibliográficas. 6. Legislação. 7. Jurisprudência.

Romero, Paulo Roberto Santos. Exegese evolutiva dos limites da eficácia do crime de "escrito ou objeto obsceno" à luz da garantia da liberdade de expressão. *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* vol. 198. ano 31. p. 101-143. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2023. DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v198i198.302].

1. Introdução

No Brasil contemporâneo, é notório que as mostras e exposições de arte têm provocado acirradas polêmicas em face da tensão verificada entre o direito fundamental previsto nos artigos 5º, inciso IX, 220, *caput* e seus §§ 2º e 3º, além do 221, todos da Constituição da República Federativa do Brasil (CR), e as invenções artísticas marcadas por formas e por conteúdos reputados sexualmente obscenos, potencialmente tocados pela eficácia imanente ao artigo 234 do Código Penal Brasileiro (CP). Nesse cenário, estabelecer uma exegese histórica referente ao tema, mediante abordagem abrangente das cláusulas que contemplaram a liberdade de expressão, ao longo da marcha evolutiva do constitucionalismo pátrio, e que esteja entrelaçada às tipificações penais correlatas ao referido dispositivo incriminador, ora vigente, pode revelar-se medida proveitosa do ponto de vista hermenêutico, sobretudo, em razão de seu papel delimitador do *jus puniendi*.

Chega a ser apodítico: as relações entre moralidade e direito penal são acentuadamente enfáticas no campo da sexualidade humana. No gênero humano, a sexualidade ultrapassa o seu natural motriz reprodutor, posto que reveladora do erotismo: nesse campo, a arte encontra vasto mote para o deslocamento libertário, pois, segundo Adolf Loos,[1] "toda arte é erótica". Assim, fulguram os liames havidos entre os dados culturais concernentes ao tema: nos domínios do erótico, do artístico e do penal, o interdito sexual e a sua transgressão conjugam-se, necessariamente[2]. É evidente, assim, que as relações de tensão havidas no campo da moralidade sexual interessam sobremaneira ao tema da proteção dos bens jurídicos como fundamento de legitimação da eficácia do Direito Penal[3]: é possível detectar focos

1. * Este sinal indica que a grafia utilizada está em conformidade com a nomenclatura oficial do documento à época em que foi editado.
   LOOS apud NERET, 1994, p. 9.
2. Bataille (2017, p. 282) é enfático: "Antes de tudo, o erotismo difere da sexualidade dos animais na medida em que a sexualidade humana é limitada por interditos e em que o domínio do erotismo é o da transgressão desses interditos."
3. O campo de tutela penal dos delitos sexuais é reconhecidamente sensível, em especial no que concerne ao bem jurídico protegido pelas correspondentes tipificações. Um dos mais notórios críticos da teoria do bem jurídico, Stratenwerth (1982, p. 3-4), ressalta: "El concepto de bien jurídico sigue siendo vivamente discutido. Aún cuando nos limitemos a todos los aspectos sistemáticos inmanentes, es decir, a la adecuada determinación de los objetos de protección reconocidos por el derecho vigente como tales, habrán múltiples razones de inseguridad. Ellas se refieren, por un lado, a la naturaleza del bien jurídico, especialmente a la cuestión de su materialidad o inmaterialidad, a su posición entre la realidad exterior y el valor ideal. Sólo podría quedar fuera de toda cuestión la circunstancia de que se trata de una relación de referencias cambiantes: el contenido y los límites de los bienes jurídicos caracterizados por el Derecho Penal no surgen exclusivamente de la ley, sino de la aplicación de los mismos a la realidad social (HASSEMER, *Theorie*, 105). Pero lo que resulta poco claro es la cuestión, - que conduce a una problemática político jurídica y que se ha discutido especialmente en relación con los delitos sexuales – de si toda ley penal tiende a la protección de un bien jurídico determinado o si ciertas normas de comportamiento social se sancionan como tales.

Romero, Paulo Roberto Santos. Exegese evolutiva dos limites da eficácia do crime de "escrito ou objeto obsceno" à luz da garantia da liberdade de expressão. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 198. ano 31. p. 101-143. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2023. DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v198i198.302].

de resistência hermenêutica quanto ao alcance punitivo do artigo 234 do CP que, atados à proteção da moralidade sexual coletiva, acabam por inverter a hierarquia da força normativa constitucional, asseguradora da liberdade de expressão artística, em grau mais amplo possível.

A evolução do tratamento da obscenidade[4] no direito brasileiro demonstra um movimento de paulatino distanciamento entre o religioso, o moral[5] e os bons costumes[6]. Cada contexto histórico revela um maior ou menor acento de confusão entre a lei e a moral, dado que obscurece a necessária separação entre tais domínios, sobretudo, quando as valorações de ordem moral acabam por integrar o próprio universo penal.[7]

O recorte epistemológico do presente artigo está situado no plano legislativo, *i.e.*, limitado às criminalizações das obscenidades em face das respectivas Constituições brasileiras.[8] Dentro desse universo analítico, a pesquisa pretende responder à seguinte pergunta:

Evidentemente, la respuesta depende de la estrechez o amplitud y del mayor o menor positivismo con que se entienda el concepto de bien jurídico."

4. Os termos "obsceno", "obscena" e "obscenidade", neste estudo, serão manejados apenas sob conotação sexual, pois é nessa acepção que o vocábulo "obsceno" aparece inscrito, por três vezes, no art. 234 do CP. A ressalva é importante porque, segundo Donald Van De Veer, "o significado essencial do termo 'obsceno' não implica necessariamente uma relação com as questões da sexualidade; alguns consideram, e isso se pode compreender, que a tortura e a guerra são obscenas" (In: CANTO-SPERBER, 2013, p. 821).

5. O vocábulo "moral" deriva da palavra latina "mores", que significa "relativo aos costumes". Portanto, dizer "crimes contra os costumes" não deixa também de afirmar, em última análise, "crimes contra a moral".

6. A expressão "bons costumes" é problemática do ponto de vista jurídico-penal, porquanto nela é manifesta a precariedade do elemento gramatical como recurso interpretativo. "Como refere COUTURE, o mais grave, entretanto. é que as palavras têm significação imprecisa e ondulante. As palavras da lei nascem, vivem, se transformam e morrem. E exemplifica o saudoso e cintilante COUTURE: 'A ideia de *bons costumes* é definida por dois vocábulos, um dos quais se refere à bondade e outro, aos hábitos do comportamento social. A bondade admite uma escala infinita de matizes entre o bem e o mal. Os modos de comportamento social variam de um século para outro; de um lugar para outro, no mesmo século; de uma pessoa para outra, no mesmo lugar e ao mesmo tempo. O próprio conceito de *bons costumes* não foi uma ideia abstrata do Direito Romano, mas uma remissão concreta às máximas de conduta da filosofia estoica. Hoje, não se refere a nenhuma filosofia, bem como a nenhuma moral determinada'" (MARTINS, 1957, p. 127, grifos do original).

7. Nesse sentido, cf. SONTAG; BOTELHO, 2021, p. 3. Quanto ao particular, os autores (loc. cit.) lançam interessantes questões: "Como a lei se distingue da moral quando a moral faz parte da definição de delito? Como fazer ou deixar de fazer somente em virtude da lei se o conceito legal depende de outra normatividade?"

8. Seja em razão das limitações de espaço seja porque suficiente aos fins ora estabelecidos, o presente estudo enfatizará a transcrição literal das normas jurídicas servíveis à presente investigação, abstraídos os debates legislativos referentes à edição delas, bem como as controvérsias doutrinárias e as eventuais discrepâncias jurisprudenciais das respectivas épocas. Interessa-nos a literalidade dos dispositivos pertinentes ao tema, em suma.

na contemporaneidade, o artigo 234 do CP, à luz da CR, presta-se a tutelar a moral sexual coletiva?

O método evolutivo-comparativo iluminará o percurso em busca da resposta, observado o sempre atual magistério de Carlos Maximiliano: "pelo espírito das alterações e reformas sofridas por um preceito em sua trajetória histórica, chega-se ao conhecimento do papel que ele é chamado a exercer na atualidade." [9] Daí que uma retrospectiva *in nuce* e o exame da evolução dos direitos constitucional e penal pátrios contribuirão ao desvelar dos limites da eficácia do art. 234 do CP, na contemporaneidade.

2. Liberdade de expressão nas Constituições do Brasil

Com efeito, todas as Constituições brasileiras asseguraram a liberdade de manifestação do pensamento, na qual se inscreve – segundo Sampaio Dória – "o direito de exprimir por qualquer forma o que se pense em ciência, religião, arte ou o que for."[10]

O calibre daquela mesma liberdade, no entanto, nem sempre se manteve idêntico. A história da liberdade de expressão, nas Constituições do Brasil, demonstra que esse direito fundamental esteve, em ocasiões diversas, sujeito a fatores extrajurídicos (em especial, valores estritamente morais e convicções político-ideológicas) e aos condicionamentos da censura, já não detectados na contemporaneidade. Os tópicos seguintes certificam que a liberdade de expressão, ao longo da história do constitucionalismo brasileiro, jamais foi absoluta e que, na atualidade, ela é mais ampla do que já fora outrora.

2.1. Constituição Politica do Imperio do Brazil, de 1824*

A Carta Imperial, outorgada em 25 de março de 1824, estabelecia:

> "Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte:
>
> [...].
>
> IV. Todos podem comunicar os seus pensamentos, por palavras, escriptos, e publical-os pela Imprensa, sem dependencia de censura; com tanto que hajam de responder pelos abusos, que commetterem no exercicio deste Direito, nos casos, e pela fórma, que a Lei determinar.
>
> [...]."[11]*

9. MAXIMILIANO, 1994, p. 140.

10. SAMPAIO DÓRIA apud BASTOS, 1992, p. 176.

11. IMPÉRIO DO BRASIL. Constituição Politica do Imperio do Brazil* (1824). In: NOGUEIRA, 2015, p. 85.

Referida norma integrava o Título Oitavo da "Constituição Politica do Imperio do Brazil",* que, sendo-lhe o derradeiro, tratava "Das Disposições Geraes, e Garantias dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brazileiros".* Portanto, malgrado a posição topológica do dispositivo na Constituição Imperial – eloquentemente reveladora de que os direitos fundamentais não eram o assunto primeiro da ordem jurídica pátria –, o certo é que o direito à liberdade de expressão era significativamente amplo, podendo somente ser questionado *a posteriori* às respectivas publicações e na medida em que lesasse interesses de terceiros.

Mesmo assim, a literalidade do apontado texto demonstra que a liberdade de expressão do pensamento, malgrado não estivesse condicionada à censura, não fora concebida como um direito absoluto, uma vez que nele havia explícita advertência no sentido de que a própria *lei* (e somente ela) poderia limitar o seu exercício e punir os abusos dele decorrentes.[12]

2.2. Constituição da Republica dos Estados Unidos do Brasil, de 1891*

Com o advento da República, a "Constituição da Republica dos Estados Unidos do Brasil"* (publicada no *Diário Oficial* de 25 de fevereiro de 1891), em seu Título IV (Dos cidadãos brasileiros), Secção II (Declaração de Direitos), enunciava:

> "Art. 72. A Constituição assegura a brasileiros a estrangeiros residentes no paiz a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á segurança individual, e á propriedade nos termos seguintes:
>
> [...].
>
> § 12. Em qualquer assumpto é livre a manifestação de pensamento pela imprensa, ou pela tribuna, sem dependencia de censura, respondendo cada um pelos abusos que commetter, nos casos e pela fórma que a lei determinar. Não é permittido o anonymato.
>
> [...]."[13]*

12. A referência à moralidade estava estampada no mesmo art. 179, inciso V, *in verbis*: "Ninguém póde ser perseguido por motivo de Religião, uma vez que respeite a do Estado, e não offenda a Moral Publica*" (loc. cit.). Já a menção aos costumes vinha insculpida ainda no art. 179, inciso XXIV, vazado com a seguinte redação: "Nenhum genero de trabalho, de cultura, industria, ou commercio póde ser prohibido, uma vez que não se opponha aos costumes publicos, á segurança, e saude dos Cidadãos*" (Ibidem, p. 86). Importante sublinhar, à vista de tais preceitos, que a *moral pública* funcionava como marco limítrofe aos assuntos próprios da liberdade de *convicção religiosa*, enquanto as *demais manifestações culturais* somente poderiam ser objeto de interdição por contrariarem os *costumes públicos*.

13. ESTADOS UNIDOS DO BRASIL. Constituição da Republica dos Estados Unidos do Brasil* (1891). In: BALEEIRO, 2015, p. 81.

Com a expressa proibição do anonimato, o primeiro constituinte republicano *relativizou* ainda mais, em comparação à Lei Fundamental precedente, a liberdade de expressão; no entanto, um ponto capital não se alterou: os limites da liberdade de expressão permaneciam cingidos apenas à *legalidade*.[14] Ademais, fora mantida a *vedação à censura prévia*, assim como reafirmada a possibilidade de responsabilização pelos danos causados a terceiros, quando e se decorrentes do abuso da liberdade de manifestação do pensamento.

2.3. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1934

Após a Revolução de 1930, foi promulgada, em 16 de julho de 1934, a "Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil", na qual constavam, entre as normas que integravam o Capítulo II (Dos Direitos e das Garantias Individuais) de seu Título III (Da Declaração de Direitos), as seguintes disposições:

> "Art. 113. A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no paiz a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á subsistência, á segurança individual e á propriedade, nos termos seguintes:
>
> [...].
>
> 9) Em qualquer assumpto é livre a manifestação do pensamento, sem dependencia de censura, salvo quanto a espectaculos e diversões publicas, respondendo cada um pelos abusos que commetter, nos casos e pela fórma que a lei determinar. Não é permitido anonymato. E' segurado o direito de resposta. A publicação de livros e periodicos independe de licença do poder publico. Não será, porém, tolerada propaganda, de guerra ou de processos violentos, para subverter a ordem politica ou social.*
>
> [...]."[15]

Interessante perceber que, mantida a vedação ao anonimato, os espetáculos e as diversões públicas passaram a ser submetidos à possibilidade de censura prévia: com isso, a relatividade do direito à livre manifestação do pensamento passou a ser ainda mais evidente. A interação direta da expressão artística com o público sofreu, portanto, duríssimo golpe em sua autonomia, apesar de assinalado, de forma expressa, que somente a *lei* poderia figurar como instrumento apto ao confinamento daquela mesma liberdade.

---

14. No § 5º do citado art. 72, estava a alusão à moral: "Os cemiterios terão caracter secular e serão administrados pela autoridade municipal, ficando livre a todos os cultos religiosos a pratica dos respectivos ritos em relação aos seus crentes, desde que não offendam a moral publica e as leis*" (loc. cit.). Note-se: a *lei* e a *moral pública* erigiam fronteiras às manifestações religiosas, diferentemente do que ocorria com todas as outras formas de manifestação do pensamento, limitadas, *contrario sensu*, somente pela própria *lei*.

15. ESTADOS UNIDOS DO BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (1934). In: POLETTI, 2015, p. 130.

2.4. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 1937

Com o advento do Estado Novo, foi outorgada, em 10 de novembro de 1937, a "Constituição dos Estados Unidos do Brasil", que não descurou da pauta relativa à liberdade de expressão, tratando do assunto minuciosamente. Assim, em seu art. 122 – que normatizava a disciplina "Dos Direitos e Garantias Individuaes"* – a Lei Fundamental ditava:

> "Art. 122. A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no paiz o direito á liberdade, á segurança individual e á propriedade, nos termos seguintes:
>
> [...].
>
> 15) todo cidadão tem o direito de manifestar o seu pensamento, oralmente, ou por escripto, impresso ou por imagens, mediante as condições e nos limites prescriptos em lei.
>
> A lei póde prescrever:
>
> a) com o fim de garantir a paz, a ordem e a segurança pública, a censura prévia da imprensa, do theatro, do cinematographo, da radio-diffusão, facultando à autoridade competente prohibir a circulação, a diffusão ou a representação;
>
> b) medidas para impedir as manifestações contrárias à moralidade pública e aos bons costumes, assim como as especialmente destinadas á protecção da infância e da juventude;
>
> c) providencias destinadas á protecção do interesse publico, bem estar do povo e segurança do Estado.*
>
> [...]."[16]

De se notar que a manifestação de pensamento se estabelecia como direito apenas relativo, cujo exercício estava expressamente condicionado à legalidade. Todavia, a lei poderia prever como limites à liberdade de manifestação do pensamento a *moralidade* e os *bons costumes*, assim como sujeitá-la ao *interesse público* e ao *bem-estar do povo*; todos esses fatores extrajurídicos poderiam funcionar, por expressa autorização constitucional, como mecanismos de restrição ao exercício da livre manifestação do pensamento. No que tange especificamente à expressão artística, a "Polaca" (como ficou conhecida a Constituição brasileira de 1937) previa também a possibilidade de censura prévia, adotada como refreador à liberdade das publicações. Ao tratar "Da Educação e da Cultura", a Lei Maior ainda dispunha:

> "Art. 128. A arte, a sciencia e o seu ensino são livres á iniciativa individual e á de associações ou pessoas collectivas, publicas e particulares. E' dever do Estado contribuir direta e indiretamente, para o estimulo e desenvolvimento de umas e de outro, favorecendo ou fundando instituições artísticas, scientificas e de ensino.*"[17]

16. ESTADOS UNIDOS DO BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil (1937). In: PORTO, 2015, p. 82-83.

17. Ibidem, p. 83-84.

As disposições constitucionais alusivas à liberdade artística referiam-se, sobretudo, às fontes de iniciativa e ao ensino da arte: a presença estatal era, de qualquer forma, sentida, na medida em que o Governo estimulava e contribuía para o desenvolvimento da arte nacional, em um cenário composto por relações bastante complexas.[18]

Foi sob o pálio da Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 1937, que houve a edição do Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal Brasileiro), em cuja Parte Especial consta e ainda vige, com redação jamais alterada, o crime de "escrito ou objeto obsceno", tipificado no seu art. 234.[19]

18. "Considerada negócio de Estado, a cultura doravante passava a contar com orçamento, procedimentos burocráticos, encomendas, etc., o que exigia a criação de uma *intelligentsia*, um corpo tecnicamente qualificado para dar vazão a suas realizações. Com isso, a Era Vargas inaugurou um campo frutífero de possibilidades para intelectuais, artistas e arquitetos, mas convém lembrar que isso se fez à custa de sua participação em regime claramente autoritário" (SIMIONI, 2014, p. 259). No mesmo sentido, anota Icleia Borsa Cattani (2011,p. 65-66): "A Revolução de 1930, o governo provisório de Getúlio Vargas (até 1936) e, a seguir, a ditadura no Estado Novo (1937 a 1945) foram elementos mais amplos que afetaram, até certo ponto, o direcionamento da ideia oficial de 'modernidade' nas artes visuais, vindo ao encontro dos movimentos que praticavam um retorno à arte clássica e aos valores de ordem, tradição, nacionalidade, que se reacirraram nos anos 1930 na Europa, e simultaneamente vinculados a emprego formal de certos estilemas modernos. Com o Estado Novo, estabeleceu-se um programa político de exaltação da nacionalidade. O ministro da educação, Gustavo Capanema, promoveu artistas modernos que deveriam 'retratar fielmente' o Brasil da época: ou seja, artistas vinculados ao realismo, à representação do nacionalismo e a uma mescla de elementos conservadores e modernos. Esta década marcou um novo momento nas artes plásticas que se estenderia até finais dos anos 1940. Novamente, seria uma modernidade programática; mas, em vez de responder aos anseios de um pequeno grupo de intelectuais e artistas, ela responderia, nesse novo período, contraditoriamente, a dois objetivos antagônicos: por um lado, o ideário de uma sociedade mais justa, desejo de alguns artistas e intelectuais, e, por outro, a um projeto oficial, que interessava diretamente ao governo, cuja política conciliatória buscava coadunar arcaísmo e modernidade. Na arte, exacerbou-se o objetivo de definir 'valores nacionais' através da exaltação, sobretudo, das temáticas do trabalho e do trabalhador. [...]. A arte moderna passou a ser considerada, em muitas circunstâncias, como 'subversiva' e 'comunista', marcando um novo momento para as artes visuais no Brasil."

19. Sobre as características do direito penal do Estado Novo, mais precisamente quanto ao confronto entre os interesses individuais e os coletivos, Nelson Hungria (1941, p. 266) assim se expressou: "Era preciso implantar-se, de par ou acima da liberdade, o princípio da autoridade. Foi o que fez o Estado Novo. Com o advento da Constituição de 37, o Estado deixou de subordinar-se ao indivíduo para reassumir, em toda a plenitude, o seu *ius imperii*, a sua inabdicável soberania. O ponto de mira do Estado deixou de ser o indivíduo e passou a ser a coletividade, o total dos indivíduos. [...]. [...], o Estado Novo é dinâmica, é ação, é disciplina, é controle militante. O limite do seu intervencionismo é a necessidade do bem público, do bem-estar geral, da paz pública, da ordem pública, da prosperidade nacional. Onde há um mal a conjurar, na defesa desses interesses, não há zonas subtraídas à ação preventiva ou repressiva do Estado. O Estado Novo já não é o policial displicente de outrora." Diante disso, Diego Nunes (2016, p. 175) aponta que para demonstrar sua força, o autoritarismo brasileiro, a exemplo do fascismo italiano, valeu-se da maleabilidade do tecnicismo nas reformas penais; assim "o direito penal foi um espaço privilegiado, pois é por ele que o Estado tem a maior possibilidade de exercício de controle sobre os indivíduos. Reconstruir o sistema penal foi algo que

2.5. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 1946

Em 1946, houve o início de vigência de um período de redemocratização.

"Os constituintes daquele ano partiam do princípio kantiano de que o Estado não é um fim em si, razão pela qual o Estado deveria fazer convergir seus esforços precipuamente para elevar, material, física, moral e intelectualmente, *o homem*"[20] – frisa Aliomar Baleeiro.

Sob essa feição, o art. 141, § 5º – inserto no Título IV (Da Declaração dos Direitos), Capítulo II (Dos Direitos e das Garantias Individuais) da Constituição de 1946[21] – disciplinava a liberdade da manifestação do pensamento, de molde a explicitar que o seu exercício era incompatível com o anonimato e desvinculado das restrições decorrentes da moralidade pública e dos bons costumes.[22]

Em categórica oposição à Constituição anterior, a de 1946 elencava somente a *lei* como instrumento apto à relativização da liberdade de expressão, em preceito cuja redação era:

> "Art. 141. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:
>
> [...]
>
> § 5º É livre a manifestação do pensamento, sem que dependa de censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, respondendo cada um, nos casos e na forma que a lei preceituar, pelos abusos que cometer. Não é permitido o anonimato. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros e periódicos não dependerá de licença do Poder Público. Não será, porém, tolerada propaganda de guerra, de processos violentos para subverter a ordem política e social, ou de preconceitos de raça ou de classe.*
>
> [...]."[23]

ambos os regimes colocaram como prioridade, seja para reforçar a repressão contra os opositores políticos, como também para demonstrar sua adequação com a moderna dogmática jurídica que se vislumbrava no período."

20. Cf. BALEEIRO. In: BALEEIRO; LIMA SOBRINHO, 2015, p. 13, grifos do original.

21. Publicada no *Diário Oficial* de 19 de setembro de 1946. Republicada no *Diário Oficial* de 25 de setembro de 1946 – cf. ibidem, p. 51.

22. O § 7º do mesmo art. 141 dispunha: "É inviolável a liberdade de consciência e de crença e assegurado o livre exercício dos cultos religiosos, salvo o dos que contrariem a ordem pública ou os bons costumes. As associações religiosas adquirirão personalidade jurídica na forma da lei civil." Note-se: a ordem pública e os bons costumes restringiam o exercício da liberdade religiosa, mas não eram relacionados com o exercício da liberdade artística.

23. ESTADOS UNIDOS DO BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil (1946). In: BALEEIRO; LIMA SOBRINHO. Op. cit., p. 81.

Curiosamente, por um lado, espetáculos e as diversões públicas – meios pelos quais a invenção artística pode aflorar – eram suscetíveis de censura, mas, por outro, as publicações literárias – também aptas a veicular a arte – não se sujeitavam àquela mesma forma de restrição institucional antecipada. Nesse panorama, o art. 173, constante no Título VI (Da Família, da Educação e da Cultura), Capítulo II (Da Educação e da Cultura), da mesma Constituição, ainda dispunha: "Art. 173. As ciências, as letras e as artes são livres."[24]

O dispositivo anteriormente citado afina-se à glosa de Barbosa Lima Sobrinho,[25] que, sobre a "Constituição dos Estados Unidos do Brasil", de 1946, exprimiu ter sido ela um "surto de espírito democrático", em reação às tendências ditatoriais que modelaram a Carta de 1937.

2.6. Constituição do Brasil, de 1967

Com a irrupção da Revolução de 1964, houve, sob os auspícios do Governo Militar, a promulgação da "Constituição do Brasil", publicada no *Diário Oficial* de 24 de janeiro de 1967. A nova Carta Política consubstanciava a continuidade da obra revolucionária que deveria nela própria ser assegurada, razão pela qual restava admitida "a institucionalização dos ideais e princípios que a inspiraram"[26] (cf. Mensagem 25, de 12 de dezembro de 1966, subscrita pelo Presidente Castello Branco, que encaminhou ao Congresso Nacional, para discussão, votação e promulgação, na forma do Ato Institucional 4, de 6 de dezembro de 1966, o projeto de Constituição).[27] No Título II (Da Declaração de Direitos), Capítulo IV (Dos Direitos e Garantias Individuais), da referida Constituição, constava:

> "Art. 150. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
>
> [...].
>
> § 8º É livre a manifestação de pensamento, de convicção política ou filosófica e a prestação de informação sem sujeição à censura, salvo quanto a espetáculos de diversões públicas, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros, jornais e periódicos independe de licença da autoridade. Não será, porém, tolerada a propaganda de guerra, de subversão da ordem ou de preconceitos de raça ou de classe. [...]."[28]

24. Ibidem, p. 89.
25. LIMA SOBRINHO. In: BALEEIRO; LIMA SOBRINHO, 2015, p. 25.
26. CASTELLO BRANCO. In: BRASIL, 1969, p. 9-10.
27. Cf. *Diário do Congresso Nacional*, n. 55, de 13 dez. 1966, p. 1045 et seq.
28. BRASIL. Constituição do Brasil (1967). In: CAVALCANTI; BRITO; BALEEIRO, 2015, p. 123.

O constituinte, outra vez, optara por abstrair fatores extrajurídicos à relativização do direito à liberdade de manifestação do pensamento; além disso, o dispositivo manteve a possibilidade de prévia censura em relação aos espetáculos e às diversões públicas, ao mesmo tempo em que a afastava no tocante às publicações escritas. Como se vê, em comparação com o preceito correlato que constava na Constituição anterior, a similitude é indisfarçável.

Mais adiante, no Título IV (Da Família, da Educação e da Cultura), lia-se: "Art. 171. As ciências, as letras e as artes são livres. [...]."[29] A rigor, a liberdade referida no mencionado preceito dizia respeito à disponibilidade do espírito, à investigação e à pesquisa[30] e, nessa medida, não se incompatibilizava com a previsão geral, esculpida no citado art. 150.[31]

Em 17 de outubro de 1969, houve a edição da Emenda Constitucional 1, que determinou, em seu art. 1º, nova redação à Constituição de 1967. Com isso, foi decretada e promulgada a "Constituição da República Federativa do Brasil", que, em seu Título II (Declaração de Direitos), Capítulo IV (Dos Direitos e Garantias Individuais), estabeleceu, quanto à liberdade de manifestação do pensamento, cláusula cuja redação passou a ser:

> "Art. 153. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos têrmos seguintes:
>
> [...].

29. Ibidem, p. 132. Na Constituição de 1967, a menção aos bons costumes vinha estampada no § 5º do art. 150, assim redigido: "É plena a liberdade de consciência e fica assegurado aos crentes o exercício dos cultos religiosos, que não contrariem a ordem pública e os bons costumes" (Ibidem, p. 123). Como se vê, a moralidade pública deveria reger as relações da liberdade de pensamento no plano da fé religiosa e não propriamente da expressão artística.

30. Cf. MALUF, 1981, p. 507.

31. É curial assinalar que o Ato institucional n. 5, de 13 de dezembro de 1968, ditava, no *caput* de seu art. 4º, que "no interesse de preservar a Revolução, o Presidente da República, ouvido o Conselho de Segurança Nacional, e sem as limitações previstas na Constituição, poderá suspender os direitos políticos de quaisquer cidadãos pelo prazo de 10 anos, e cassar mandatos eletivos federais, estaduais e municipais". Como corolário, o art. 5º, inciso III, do referido Diploma, impunha que a suspensão dos direitos políticos, decretada com base naquele mesmo Ato, implicava proibição de manifestação sobre assunto de natureza política. Com isso, a garantia de liberdade de manifestação de pensamento sofrera contundente ataque governamental e passara a claudicar quanto às suas efetivas possibilidades (Cf. BRASIL. Presidência da República. Ato institucional 5, de 13 de dezembro de 1968. *Diário Oficial da União*, 13 dez. 1968). Além disso, o Ato institucional 13, de 5 de setembro de 1969, instituía que o Poder Executivo poderia, mediante proposta dos Ministros de Estado da Justiça, da Marinha de Guerra, do Exército ou da Aeronáutica Militar, banir do território nacional o brasileiro que, comprovadamente, se tornasse inconveniente, nocivo ou perigoso à segurança nacional (art. 1º), excluídos da apreciação do Poder Judiciário os atos praticados com base no referido regramento (art. 2º) – cf. BRASIL. Presidência da República. Ato institucional 13, de 5 de setembro de 1969. *Diário Oficial da União*, 9 set. 1969, retificado em 10 set. 1969.

> § 8º É livre a manifestação de pensamento, de convicção política ou filosófica, bem como a prestação de informação independentemente de censura,[32] salvo quanto a diversões e espetáculos públicos, respondendo cada um, nos têrmos da lei, pelos abusos que cometer. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros, jornais e periódicos não depende de licença da autoridade. Não serão, porém, toleradas a propaganda de guerra, de subversão da ordem ou de preconceitos de religião, de raça ou de classe, e as publicações e exteriorizações contrárias à moral e aos bons costumes.* [...]."[33]

É manifesto: o dispositivo revelava que os conteúdos das publicações podiam ser restringidos, caso contrários à moral e aos bons costumes.[34] Além disso, o preceito referente à liberdade de expressão artística – inserto no Título IV (Da Família, da Educação e da Cultura) – sofreu drástico enrijecimento, pois passou a ter a seguinte redação: "Art. 179. As ciências, as letras e as artes são livres, ressalvados o disposto no parágrafo 8º do artigo 153. [...]."[35]

Notório, portanto, que o constituinte do governo ditatorial investiu-se de arbítrio para impedir qualquer possibilidade exegética que conduzisse o intérprete à conclusão de que a liberdade de expressão artística estivesse imune a limitações; nesse sentido, vinculou tal disposição específica àquela cláusula geral, referente à liberdade de manifestação de pensamento, cuja configuração, por sua vez, continha, como fatores de relativização expressos, a lei, a moral e os bons costumes, os quais, inclusive, autorizavam a censura prévia.

2.7. Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988

Em 5 de outubro de 1988, foi promulgada a atual "Constituição da República Federativa do Brasil" (CR), designada de a "Constituição cidadã".[36]

---

32. Não se pode perder de vista que, de acordo com a redação dada pela Emenda Constitucional 11, de 13 de outubro de 1978, o art. 156, § 2º, inc. II, alínea "f", da Constituição Federal – inserto no Título II (Da Declaração de Direitos), Capítulo V (Das Medidas de Emergência, do Estado de Sítio e do Estado de Emergência) – dispunha que, no caso de guerra ou a fim de preservar a integridade e a independência do País, o livre funcionamento dos Poderes e de suas instituições, quando gravemente ameaçados ou atingidos por fatores de subversão, o Presidente da República, ouvindo o Conselho de Segurança Nacional, poderia decretar o estado de sítio, sendo que, entre as medidas coercitivas por ele autorizadas, figurava a "censura de correspondência, da imprensa, das telecomunicações e diversões públicas" (Cf. BRASIL. Emenda constitucional 11, de 1978. *Diário do Congresso Nacional*, 1978.)

33. BRASIL. Constituição do Brasil (1967)..., p. 188-189.

34. A alusão aos bons costumes também estava inserida no art. 153, § 5º, nos seguintes termos: "É plena a liberdade de consciência e fica assegurado aos crentes o exercício dos cultos religiosos, que não contrariem a ordem pública e os bons costumes" (loc. cit.); novamente, no plano religioso, os bons costumes serviam à regência dos limites das liberdades.

35. Ibidem, p. 198.

36. Assim designada pelo Deputado Ulysses Silveira Guimarães, presidente da Assembleia Nacional Constituinte, no discurso proferido na sessão de 5 de outubro de 1988, publicado no *Diário da Assembleia Nacional Constituinte*, de 5 de outubro de 1988, p. 14380-14382.

Na CR vigente, o direito fundamental à liberdade de expressão – inclusive artística – é assegurado no Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), Capítulo I (Dos Direitos e Garantias Individuais e Coletivos), com *status* de cláusula pétrea:[37]

> "Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
>
> [...];
>
> IV – é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;
>
> [...];
>
> IX – é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;
>
> [...]."[38]

Na mesma Lei Fundamental, o art. 220, *caput*, e seus §§ 2º e 3º estabelecem:

> "Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.
>
> [...].
>
> § 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.
>
> § 3º Compete à lei federal:
>
> I – regular as diversões e espetáculos públicos, cabendo ao Poder Público informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada;
>
> II – estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente."[39]

37. Nos termos do art. 60, § 4º, inc. IV, da CR, assim redigido: "Art. 60. [...]. § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] IV – os direitos e garantias individuais."

38. Idem.

39. Idem.

Por sua vez, o art. 221 da CR determina:

> "Art. 221. A produção e a programação das emissoras de rádio e televisão atenderão aos seguintes princípios:
>
> I – preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas;
>
> II – promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive sua divulgação;
>
> III – regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei;
>
> IV – respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família."[40]

As remissões à família, constantes no art. 220, § 3º, inc. II, e no art. 221, inc. IV, implicam o exame do Título VIII, Capítulo VII, da CR, que, ao tratar, no âmbito "Da Ordem Social", "Da Família, da Criança, do Adolescente, do Jovem e do Idoso", estatui, naquilo que exatamente interessa à presente pesquisa, a seguinte disposição (com redação dada pela Emenda Constitucional 65, de 13 de julho de 2010), insculpida no *caput* do art. 227:

> "Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão."[41]

Diante do exposto e considerados os princípios da unidade,[42] do efeito integrador[43] e da máxima efetividade,[44] relevantes à interpretação sistemática da CR, tem-se que a liberdade de expressão artística *não é um direito absoluto*, uma vez que, embora não esteja sujeito à

40. Idem.

41. Idem.

42. Pelo princípio da unidade, segundo Canotilho (1993, p. 226), "a constituição deve ser interpretada de forma a evitar contradições (antinomias, antagonismos) entre as suas normas. Como 'ponto de orientação', 'guia de discussão' e 'factor hermenêutico de decisão', o princípio da unidade obriga o intérprete a considerar a constituição na sua globalidade e a procurar harmonizar os espaços de tensão existentes entre as normas constitucionais a concretizar".

43. Como tópico argumentativo, anota Canotilho (Ibidem, p. 227) que o princípio do efeito integrador "não assenta numa concepção integracionista do Estado e da sociedade (conducente a reducionismos, autoritarismos, fundamentalismos e transpersonalismos políticos), antes arranca da conflitualidade constitucionalmente racionalizada para conduzir a soluções pluralisticamente integradoras".

44. O princípio da máxima efetividade implica exegese que confira eficiência às normas constitucionais e, invocado no âmbito dos direitos fundamentais, redunda, no caso de dúvidas, na preferência da interpretação que reconheça maior eficácia a tais direitos; nesse sentido, cf. Canotilho (loc. cit.).

censura, pode ser objeto de regulamentação, nos termos da *lei*,[45] especialmente no campo da proteção integral que deve ser dispensada às crianças e aos adolescentes. Manifesto, pois, que, *na CR vigente, os bons costumes, a ordem pública e a moral coletiva não constituem limites válidos à liberdade de expressão artística*. Mas, em que medida isso se dá, posto que o art. 221, inc. IV, da *Lex Legum* faz expressa referência "aos valores éticos e sociais da pessoa e da família"?

De início, cabe sublinhar que os valores éticos mencionados no art. 221, inc. IV, da CR informam somente a "produção e a programação das emissoras de rádio e televisão".

Em seguida, compete assinalar que aqueles mesmos valores éticos devem ser compreendidos na dimensão jurídica:[46] desde que estivessem referidos em acepção religiosa ou filosófica,[47] forçoso seria reconhecer que o art. 221, inc. IV, da CR deixaria a descoberto a própria autoridade Estatal, amputada que estaria da possibilidade de impor quaisquer sanções às emissoras de rádio e de televisão que produzissem e divulgassem programas que não atendessem aos mencionados valores éticos. Portanto, os valores éticos inscritos no

45. Nem mesmo a liberdade de consciência, de crença e de exercício de cultos religiosos, atualmente, está limitada ou condicionada à observância da moral coletiva ou dos bons costumes (art. 5º, incs. VI e VIII, da CR): somente a lei serve de parâmetro capaz à relativização desse direito fundamental. "Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]. VI – é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias; [...]. VIII – ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei."

46. Os valores éticos expressos no art. 221, inc. IV, da CR não foram evidentemente designados em acepção religiosa: fosse assim, na medida em que o Estado brasileiro é laico (conforme se infere do art. 5º, incs. VI, VII e VII, art. 19, inc. I, art. 143, § 1º, e 210, § 1º, todos da Lei Fundamental), um programa de televisão em que espíritas dissessem a um espectador que, no enfrentamento das suas tribulações, devesse se dedicar ainda mais à caridade e levar em conta os dados da reencarnação poderia ofender católicos e evangélicos, porquanto, para esses últimos, o programa não seria perfeitamente ético. O significado do termo "ética", no art. 221, inc. IV, da CR, está, portanto, atrelado ao plano da restrita juridicidade.

47. A *moralidade* é expressamente mencionada na CR e nem por isso é compreendida em acepção estritamente filosófica. No "princípio da moralidade" (art. 37, *caput*), pertinente ao regime de funcionamento da Administração Pública, direta e indireta, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, a CR não se refere à moral comum, mas àquela juridicamente operante. O princípio ético que deve ser atendido *ex vi* do art. 221, inc. IV, da CR, na produção e na programação das emissoras de rádio e televisão, é, por similitude, aquele vinculado à moral contida na ambiência da juridicidade, tanto mais porque citado dispositivo sintetiza conteúdo relevante ao exercício da atividade de polícia administrativa estatal.

Romero, Paulo Roberto Santos. Exegese evolutiva dos limites da eficácia do crime de "escrito ou objeto obsceno" à luz da garantia da liberdade de expressão. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 198. ano 31. p. 101-143. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2023. DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v198i198.302].

art. 221, inc. IV, da CR, desde que positivados com pretensão de alguma efetividade, não prescindem que estejam animados por conteúdo jurídico[48].

O art. 221, inc. IV, da CR ainda alude aos "valores sociais" como parâmetros limítrofes às produções e programações de rádio e de televisão, das quais a arte pode se valer. Quanto a referidos valores, ao fundar a República Federativa do Brasil, o povo brasileiro, por meio dos seus representantes, sobrelevou, no "Preâmbulo" da atual Constituição:

> "Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil."[49]

Em exame ao citado texto, José Afonso da Silva[50] consigna que "aí mesmo está o apelo à 'harmonia social', que equivale a declarar que o princípio da harmonia entre os valores constitucionais há de orientar a sua aplicação". Inegável, assim, que, no "Preâmbulo" da *Lex Legum*, fulguram os valores sociais que consubstanciam a pauta hermenêutica[51] informadora do art. 221, inc. IV, da CR.

---

48. Conforme disserta Vladimir da Rocha França (2000, p. 109): "Embora seja impossível uma moral universal, a norma jurídica necessariamente constitui o veículo de instrumentalização de um valor moral relativo. O sistema jurídico seleciona, entre os diversos sistemas morais, um em especial (ou parcelas de diversos), juridicizando os valores deste. Uma vez juridificados preceitos morais, estes passam a compor a dimensão de validade das normas jurídicas, vinculando a conduta do operador jurídico. Tais preceitos não perdem o liame com o sistema moral de origem (Kelsen, 1991: 73), mas somente podem ser empregados como critério de legitimidade para o direito se absorvidos pelo mesmo, por seus canais de comunicação e seleção junto aos demais sistemas sociais (cf. Kelsen, 1991: 73 e França, 1997.1: 8-9). Caberá justamente ao preceito moral juridicizado conceder coerência e unidade ao direito como sistema ético, preservando-o das injunções e tentativas de colonização por parte do econômico e do político no jurídico (cf. Souto, 1992: 23-25). A importância do valor moral relativo exarado pela norma jurídica assumiu maior relevância com a evolução do Estado de polícia para o Estado de Direito."

49. BRASIL. *Constituição...* cit., 1988.

50. SILVA, 2005, p. 250.

51. Para Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos (Preâmbulo da CR: função e normatividade. In: CANOTILHO, 2018, p. 107), "o preâmbulo ostenta a mesma origem das demais previsões constitucionais, não sendo consistente a posição de lhe negar, em caráter geral, qualquer valor jurídico, sobretudo em razão da unidade da Constituição. Essa conclusão, entretanto, não resulta em autonomia do preâmbulo, que deve ser entendido como vetor interpretativo – e em alguma medida de integração – das normas constitucionais, não detendo, portanto, a mesma eficácia das demais previsões contidas na Carta. Por estar fora do corpo da Constituição – no qual se concentram as decisões constitucionais explícitas – o preâmbulo valeria, sobretudo, como pauta hermenêutica. [...].

O art. 220, § 3º, inc. II, da CR é categórico em determinar – até com certa redundância – que somente a *lei federal* pode estabelecer os *meios legais* que garantam à pessoa e à família se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221 da mesma CR: também por este flanco, denota-se, portanto, que os valores éticos e sociais referidos no inc. IV do art. 221, porquanto relacionados com a própria liberdade de expressão, não podem traduzir o simples império do moralismo.[52] Com efeito, aqueles mesmos valores vinculam-se à experiência do próprio direito vigente, dado que pressupõe estejam enucleados em norma jurídica válida, de molde a lhes propiciar coercitividade.

Em síntese: a CR patenteia que, na contemporaneidade brasileira, os bons costumes, a ordem pública, a moral coletiva, os valores éticos e sociais (esses últimos, desde que não normatizados juridicamente) já não servem, enfim, à legítima contenção do direito fundamental subjacente à liberdade de expressão – garantia fundamental que goza de posição preferencial[53], apesar de não ser ilimitada/absoluta[54] – inclusive no tocante à seara artística.[55-56]

O preâmbulo pode ser invocado em conjunto com as demais normas constitucionais – sobretudo para aclarar ou reforçar o seu sentido – mas não de forma independente".

52. Consoante pontifica José Afonso da Silva (Op. cit., p. 251): "Não se trata de defender o moralismo, o fanatismo moral, que a Constituição mesma repele na medida em que sustenta outros valores igualmente respeitáveis e essenciais à convivência humana numa sociedade justa, pluralista e sem preconceito, como ela preconiza para a sociedade brasileira. O moralismo como fanatismo moral e puritanismo, que consiste em privilegiar o valor moral contra outros valores, em tratar o valor moral como se ele devesse substituir todos os valores, constitui uma espécie de autoritarismo abstrato, e, longe de beneficiar a moral, a corrompe. [...]. O fanatismo por outros valores, em depreciação da moral, é outra forma de perversão, de onde resulta que, de resto, pode-se confundir o moralismo e o imoralismo no vício de uma mesma deformidade. Evitar o moralismo significa reconhecer que a moral tem limites que se encontram precisamente onde começa o campo de influência de algum outro valor, o que significa que os outros valores encontram seus limites no campo da influência do valor moral."

53. Nesse sentido: SARLET, 2018, p. 515.

54. Segundo Ingo Wolfgang Sarlet (op. cit., p. 506-507), "por se tratar de uma noção amplamente compartilhada e em relação à qual existe um alto grau de consenso, a censura que se pode ter como absolutamente vedada pela Constituição Federal, de plano e em qualquer caso, consiste de acordo com a lição de Jónatas Machado, na restrição prévia à liberdade de expressão realizada pela autoridade administrativa e que resulta na proibição da veiculação de determinado conteúdo. [...]. O problema de uma definição demasiadamente ampla de censura, como abarcando toda e qualquer restrição à liberdade de expressão, é de que ela acabaria por transformar a liberdade de expressão em direito absoluto, o que não se revela como sustentável pelo prisma da equivalência substancial e formal entre a liberdade de expressão e outros bens fundamentais, pelo menos a dignidade da pessoa humana e os direitos da personalidade". Por isso, Daniel Sarmento (2018, p. 285) assegura que "nem todo controle exercido sobre a liberdade de expressão configura censura, por mais amplo que seja o sentido atribuído ao termo. A responsabilização civil e a criminal em casos de exercício abusivo desse direito, por exemplo, podem entrar em tensão com os valores subjacentes à liberdade de expressão e operar como fatores de desaquecimento dos debates públicos, [...], mas, nem por isso, elas se qualificam como censura".

3. O crime de escrito ou objeto obsceno nas legislações penais do Brasil

O tipo legal correspondente ao crime de "escrito ou objeto obsceno" sempre se fez sentir, de forma mais ou menos semelhante à tipificação vigente, nas codificações penais pátrias.

Nem sempre, porém, as condutas passíveis de incriminação estiveram necessariamente conectadas às mídias que ordinariamente servem de suporte às invenções de arte. Mesmo assim, ante a vagueza dos tipos penais que se apresentaram à regulação do tema ao longo da história, manifestações do pensamento que pudessem ser reputadas ofensivas ao pudor, à moral ou aos bons costumes sujeitavam-se aos rigores de sanção penal, inclusive quando afloradas nos domínios do saber artístico.

3.1. Codigo Criminal do Imperio do Brazil, de 1830*

A história da criminalização dos escritos ou objetos obscenos remonta, entre nós, à época do Império. A Parte Quarta do "Codigo Criminal do Imperio do Brazil"* (Lei de 16 de dezembro de 1830) disciplinava os "Crimes Policiaes",* cujo Capítulo I previa tipos incriminadores relativos à "Offensa da religião, da moral e bons costumes",* assim redigidos:

> "Artigo 279. Offender evidentemente a moral pública, em papeis impressos, lithographados ou gravados, ou em estampas, e pinturas, que se distribuem por mais de quinze pessoas, e bem assim a respeito destas, que estejão expostas publicamente à venda.
>
> Penas – de prisão por dous a seis mezes, de multa correspondente á metade do tempo, e de perda das estampas, pinturas, ou, na falta dellas, do seu valor*.[57]
>
> Artigo 280. Praticar qualquer acção, que na opinião pública seja considerada como evidentemente ofensiva da moral, e bons costumes; sendo em lugar público.

55. No mesmo sentido, cf. José Afonso da Silva (Op. cit., p. 252), ao afirmar, expressamente, que a "Constituição não agasalha, como limite à liberdade de expressão, a exigência de respeito aos bons costumes nem à ordem pública. Portanto, esses conceitos não podem ser erguidos como limitações à liberdade de expressão". Na mesma obra, o citado autor também reconhece, todavia, que "se a liberdade, em qualquer de suas formas, é um valor essencial à dignidade e ao desenvolvimento da pessoa humana, não é, porém, um valor absoluto e ilimitado. Isso é pacífico. A Constituição mesma indica regras de restrição à liberdade e, muitas vezes, autoriza o legislador ordinário a produzir normas restritivas" (ibidem, p. 248).

56. "Advogar a livre expressão humana não equivale a afastar toda e qualquer possibilidade de reprovação. Como toda ação humana, a liberdade de expressão pode causar prejuízo a bem jurídico de outrem, material ou imaterial, e por ele deve responder. A ninguém é dado ofender outrem impunemente, ao argumento de que é livre a manifestação do pensamento", observa CASTANHO DE CARVALHO (1999, p. 29).

57. IMPÉRIO DO BRASIL. Lei de 16 de dezembro de 1830. Manda executar o Codigo Criminal. In: *Coleção de Leis do Império do Brasil – 1830*, p. 142 et seq.

> Penas – de prisão de dez a quarenta dias; e de multa correspondente á metade do tempo."*[58]

Embora inexistente expressa referência ao pudor coletivo nas tipificações citadas, a menção à "moral pública" e aos "bons costumes" conferia-lhes timbre supraindividual, referendado pela explícita alusão à "opinião pública" concernente à ofensa que, para alcançar relevância criminal, deveria ser "evidente". Além disso, na medida em que papéis impressos (gênero que compreende as litografias e demais gravados), pinturas, bem como qualquer ação constituem meios possíveis à manifestação artística, justamente por isso, as formas de expressão dotadas desse atributo estavam sujeitas à eficácia dos apontados tipos penais. Importante também frisar que o codificador penal não se preocupava com a moralidade sexual da vida privada de quem quer que fosse[59], o que fica evidente pelas referências ao local público, como elemento espacial presente em ambos os citados tipos legais.[60]

Válido grifar, em arremate, que o "Codigo Criminal do Imperio do Brazil",* de 1830, vigeu subordinado à "Constituição Politica do Imperio do Brazil, de 1824".*

3.2. Código Penal dos Estados Unidos do Brasil, de 1890*

O Decreto 847, de 11 de outubro de 1890, trouxe à vigência o "Codigo Penal dos Estados Unidos do Brasil".* Nele, a matéria que constitui o cerne desta pesquisa estava disciplinada no Livro II (Dos Crimes em Especie*), Título VIII (Dos Crimes contra a Segurança da Honra e Honestidade das Famílias e do Ultrage Publico ao Pudor*), Capítulo V (Do ultraje publico ao pudor*), tipificada nos seguintes termos:

> "Ultrage publico ao pudor
>
> Art. 282. Offender os bons costumes, com exhibições impudicas, actos ou gestos obscenos, attentatorios do pudor, praticados em logar publico ou frequentado pelo publico, e que, sem ofensa á honestidade individual da pessoa, ultrajam e escandalisam a sociedade:
>
> Pena – de prisão cellular por um a seis mezes."*[61]

---

58. Idem.

59. Dado que, em última análise, alinha-se com nota diferenciadora demarcada por Kant, no sentido de que a Moral é autônoma, e o Direito heterônomo, pois só há sentido em impor coação efetiva ao uso das obscenidades quando ele extrapola a órbita do direito próprio para invadir sem permissão ou sem a devida permissão jurídica, pela via da alteridade, na do direito (à dignidade, à liberdade, à privacidade, à integridade psíquica-moral e sexual) alheio (a propósito, cf.: REALE, p. 44-49).

60. SONTAG e BOTELHO (Op. cit., p. 8-12), além de frisarem que no citado Código a moral pública era sinônimo de pudor, anotam que o próprio fato de as tipificações constarem entre os "crimes policiaes" (ou contravenções) demonstra que, para a época, as condutas incriminadas estavam situadas na fronteira dos ilícitos administrativos.

61. ESTADOS UNIDOS DO BRASIL. Decreto 847, de 11 de outubro de 1890. Promulga o Código Penal. In: Coleção de Leis do Brasil, 1890.

Logo de início, percebe-se a supressão da tipificação que albergava o preceito do artigo 279 do Código Penal de 1830. De todo modo, é importante reconhecer no anteriormente transcrito artigo 282, o codificador penal manteve a alusão aos "bons costumes", que eram o referencial às valorações culturais necessárias à configuração do crime, cuja consumação não prescindia da exposição pública das manifestações impudicas, obscenas e atentatórias ao pudor; assim, a norma permaneceu indiferente à moralidade sexual da vida íntima das pessoas, o que mais uma vez se faz perceptível pelas referências aos locais público ou frequentados pelo público (o decoro social era a chave de distinção entre a moral privada penalística oitocentista referente ao tema).

Outro aspecto que aflora do exame da disposição refere-se à expressa ressalva quanto à desconsideração da ofensa à honestidade da vítima individual, na configuração do crime. Galdino Siqueira, ao comentar a aludida tipificação, observava:

> "A lei penal além de proteger a pudicícia individual contra a violencia ou corrupção (arts. 266, 267, 268, 277, 278); a moralidade da família contra idêntica aggressões (arts. 270 e 279), protege tambem a moralidade publica quando, embora sem offensa da honestidade individual, a ação impudica, pela publicidade, fira os *bons costumes* ou o que se chamou de *pudor publico*, idealidade formada pela media dos pudores individuaes, e assim attinente á normalidade e moralidade dos actos sexuaes. E´ a materia do art. 282. Trata-se, pois, de uma incriminação suplementar, isto é, que só se verifica quando no caso não houver offensa á pudicícia individual ou á moralidade do grupo familiar, caracteristico que naquella disposição legal se destaca, na locução *sem offensa á honestidade individual da pessoa*."[62]

Sob esse prisma, já no plano da tipicidade penal, o consentimento da pessoa confrontada com a manifestação obscena era, de modo explícito, reputado irrelevante.

Importante destacar ainda que como meio de sanar a lacuna quanto à incriminação das "publicações" obscenas, houve, em 31 de outubro de 1923, a edição do Decreto 4.743, que, ao regular a liberdade de imprensa, em legislação extravagante, previa:

> "Art. 5º A offensa á moral publica ou aos bons costumes, feita de qualquer modo pela imprensa, é punida com a pena de prisão cellular por seis mezes a dous anos e perda do objeto de onde constar a mesma offensa, além da multa de 200$ a 2.000$000.
>
> § único. É prohibido, sob a mesma pena do paragrapho anterior, vender, expôr á venda ou, por algum modo, concorrer para que circule qualquer livro, folheto, periodico, ou jornal, gravura, desenho, estampa, pintura ou impresso de qualquer natureza desde que contenha offensa á moral publica ou aos bons costumes."*[63]

62. SIQUEIRA, 1924, p. 523, grifos do original.

63. BRASIL. Decreto 4.743, de 31 de outubro de 1923. Regula a liberdade de imprensa e dá outras providencias. *Diário Oficial da União*, Seção 1, 01.11.1923.

Os preceitos anteriormente transcritos previam, se comparados ao tipo inserto na ora examinada codificação penal, sanções significativamente mais graves e incidiam sobre mídias que, classicamente, servem de veículo à expressão artística (*v.g.*, gravura, desenho, estampa, pintura ou impresso). Curioso, entretanto, a omissão quanto ao elemento normativo "obsceno", ausente tanto no *caput* quanto no parágrafo único, alusivos ao art. 5º do Decreto 4.743/1923.[64]

A moral sexual privada, a exemplo da tradição penal detectada até então, permaneceu alijada do orbe penalmente relevante. Esse dado pode ser confirmado sob perspectiva bifronte: *i*) pela essência do pressuposto de trânsito da atividade de imprensa (mesmo a clandestina/proibida), referente ao *caput*; *ii*) pelo próprio sentido das condutas proibidas, descritas no parágrafo único do tipo, as quais que igualmente exigem que os elementos materiais vedados sejam concretamente inseridos em contextos empíricos capazes de evidenciar ao menos a potencial (pela "exposição") ou efetiva circulação (pela venda) entre pessoas (*i.e.*, pela intersubjetividade).[65]

Por fim, cabe assinalar que o "Codigo Penal dos Estados Unidos do Brasil"* vigeu brevemente sob o pálio da "Constituição Politica do Imperio do Brazil",* de 1824, bem como da "Constituição da Republica dos Estados Unidos do Brasil"* de 1891; já o art. 5º do Decreto 4.743/1923 surtiu seus efeitos somente sob a ascendência da primeira Constituição republicana, tendo sido seu texto incorporado à Consolidação das Leis Penaes,* de 1932.

64. SONTAG e BOTELHO (Op. cit., p. 19-28) descrevem, com grade descortínio, o histórico normativo, pátrio e internacional, que ensejou a citada tipificação, apontando, *v.g.*, as campanhas na França contra a pornografia na literatura e nas artes em geral (1908 – mesmo ano em que ocorreu, em Paris, o *Congrès international contre la pornographie*), a Conferência de Paris (de 1910, que contou com a presença do Brasil, que ratificou o seu protocolo final em 1923, e no qual também foi discutido o "tráfico de brancas", problema que envolvia os "interesses da humanidade"), o Decreto 2.230, de 10 de fevereiro de 1896, pelo qual, proibia-se, no Brasil a expedição e distribuição de "artefactos, desenhos e publicações obscenas" (norma que foi reiterada pelo Decreto 7653, de 11 de novembro de 1909), a Conferência Judiciária-Policial (de 1917, na qual fora expressamente assentado que, na legislação brasileira, "a luta anti-pornographica encontra a sua razão de ser nos princípios de hygiene social"), bem como as ações empreendidas pela "Liga Anti-Pornographia", fundada em 1912 e que se transformou, em 1917, na "Liga Pro-Moralidade", vinculada à "União Católica Brasileira"). O citado artigo 5º, destinado a regular as exigências de proteção moral e do decoro, na imprensa nacional, representava, portanto, da parte do legislador penal brasileiro, o movimento de internalização que expressava "seu alinhamento com as diretrizes do Protocolo de Paris de 1910": [...] "a omissão do código de 1890, assim, estaria sanada".

65. Em sentido contrário, ibidem, loc. cit. Nesse ponto, vale pontuar que os citados autores fazem expressa menção (ibidem, p. 21), aos "artigos do código belga de 1867 sobre bons costumes foram estendidos em 1923 para incluir, dentre outras ações, fabricar, transportar, importar e anunciar (Leurquin et al., 1967, p. 767)"; as três primeiras condutas, sim, podem se dar independentemente da "finalidade de" ou "da efetiva" circulação efetiva do material (livro, folheto, periódico, ou jornal, gravura, desenho, estampa, pintura ou impresso de qualquer natureza cujo conteúdo fosse revelador de ofensa à moral pública ou aos bons costumes) entre pessoas.

Romero, Paulo Roberto Santos. Exegese evolutiva dos limites da eficácia do crime de "escrito ou objeto obsceno" à luz da garantia da liberdade de expressão. *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* vol. 198. ano 31. p. 101-143. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2023. DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v198i198.302].

3.3. Consolidação das Leis Penaes, de 1932*

No Livro II (Dos Crimes em Especie*), Título VIII (Dos Crimes contra a Segurança da Honra e Honestidade das Familias e do Ultraje Publico ao Pudor*), Capítulo V (Do ultraje publico ao pudor*), da Consolidação das Leis Penaes* de 1932 (aprovada pelo Decreto 22.213, de 14 de dezembro de 1932), constava a seguinte tipificação:

> "Art. 282. Offender os bons costumes com exhibições impudicas, actos ou gestos obscenos, atentatorios do pudor, praticados em logar publico ou frequentado pelo publico, e que, sem offensa à honestidade individual da pessoa, ultrajam e escandalisam a sociedade.
>
> Pena – de prisão cellular por um a seis mezes.
>
> § 1º A offensa á moral publica ou aos bons costumes, feita de qualquer modo pela imprensa, é punida com a pena de prisão cellular por seis mezes a dous anos e perda do objeto de onde constar a mesma offensa, além da multa de 200$ a 2.000$000.
>
> § 2º É prohibido, sob a mesma pena do paragrapho anterior, vender, expôr á venda ou, por algum modo, concorrer para que circule qualquer livro, folheto, periodico, ou jornal, gravura, desenho, estampa, pintura ou impresso de qualquer natureza desde que contenha offensa á moral publica ou aos bons costumes."*[66]

Como se vê, o *caput* do artigo manteve idênticos os preceitos primário e secundário positivados no Código Penal anterior. Os ineditismos da novel Consolidação figuravam nos tipos derivados (§§ 1º e 2º do dispositivo), que, a rigor, apenas reproduziam o *caput* e o parágrafo único do art. 5º do Decreto 4.743/1923, incorporando-os na apontada normativa penal de 1932.

Em harmonia com o histórico de até então, o contato com materiais sexualmente escandalosos do ponto de vista da sociedade (*i.e.*, ofensivos aos bons costumes ou à moral pública) permaneceu penalmente impunível desde que restrito ao uso particular em lugares privados.

Regulamentando a liberdade de imprensa, o Decreto 24.776, de 14 de julho de 1934, também se dedicou ao tema, fazendo-o em seu Capítulo III (Dos delitos e das penas):

> "Art. 10. Ofender, de qualquer modo, a moral pública ou os bons costumes; penas – de prisão celular por três meses a um ano, e multa de 200$ a 1:000$000.
>
> *Parágrafo único.* É proibido, sob as mesmas penas, expor á venda, ou vender ou por algum modo concorrer para que circule qualquer livro, folheto, periódico, ou jornal, gravura,

66. REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL. *Consolidação das Leis Penaes** (1932). In: PIERANGELI, 2001, p. 375-376.

> desenho, estampa, pintura ou impressão de qualquer natureza, desde que contenha ofensa á moral pública ou aos bons costumes."*[67]

A mera literalidade do dispositivo demonstra que as penas nele cominadas passaram a ser mais brandas do que aquelas previstas nas legislações penais que lhe precederam e sucederam (conforme já visto e consoante adiante se verá). No mais, o arcabouço geral da tipificação não destoou do modelo penal que lhe antecedeu, razão pela qual as observações lançadas nos tópicos anteriores são pertinentes e suficientes à sua compreensão.

A Consolidação das Leis Penaes,* de 1932, composta pelo labor do Desembargador Vicente Piragibe, vigeu sob a ordem jurídica instituída pela Constituição da Republica dos Estados Unidos do Brasil,* de 1891, pela Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1934, e ainda pela Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 1937; já o tipo legal contido no Decreto 24.776/1934, destinado a coibir os "abusos da liberdade de imprensa", operou seus efeitos em concomitância à Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934, seguindo assim até a Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988, vindo a ser finalmente revogado pelo anexo IV do Decreto 11, de 18 de janeiro de 1991.

3.4. Projeto do Código Criminal Brasileiro (Projeto Alcântara Machado), de 1938*

Em 15 de maio de 1938, foi subscrita, por Alcântara Machado, a "Exposição de Motivos" do "Projeto do Codigo Criminal Brasileiro",* em cujo Livro II (Parte Especial), Título VIII (Dos crimes contra o pudor individual e a moralidade coletiva), Capítulo IV (Do Ultraje Público ao Pudor), constava:

> "Art. 296. Punir-se-á com detenção por 6 mezes a 2 anos, ou multa de 2 a 5:000$, ou ambas cumulativamente, aquele que:
>
> I – publicar, na qualidade de autor ou de editor, vender, expuser á venda, reproduzir, distribuir ou de outro modo dér á publicidade ou puzer em circulação escrito, desenho ou imagem, que ofenda a moralidade pública;
>
> II – fabricar, importar, vender, expuser á venda, reproduzir, distribuir ou de outra maneira puser em circulação objeto ofensivo ao pudor;
>
> § 1º – Aumentar-se-ão e acumular-se-ão as penas se o crime fôr cometido em espetáculo público ou pelo rádio.
>
> § 2º – Serão destruídos os escritos, desenhos, imagens ou objetos obscenos."[68]

67. BRASIL. Decreto 24.776, de 14 de julho de 1934. *CLBr* de 31 dez. 1934.

68. MACHADO, 1938, p. 423.

Uma vez que o Projeto Alcântara Machado sequer vigorou, cabe sublinhar, muito brevemente, os seguintes pontos. Primeiro, quanto à objetividade jurídica inserta no aludido tipo legal, é notório que ela dizia sobre a moralidade pública (inc. I) e o pudor (inc. II), contra os quais se voltavam os escritos, desenhos, imagens ou objetos obscenos. Precisamente quanto ao pudor, destaque-se que ele constou qualificado pelo predicado "público", em conformidade com a tradição normativa da qual o preceito descendeu. Houve, ademais, a previsão dos núcleos "reproduzir" (inciso I), e além desse, "fabricar" (inciso II), os quais, *per se*, podem estabelecer usos de obscenidades em contextos estritamente privados; porém, vide: malgrado referidos verbos possam ensejar a situação privada retroidentificada, o certo é que a exegese dos citados preceitos não prescinde das fórmulas de intepretação analógica exigentes da circulação entre pessoas. Além disso, o predicado de valor "obsceno", conquanto inscrito apenas no § 2º do dispositivo (que trata de consequências do crime e não de sua configuração), vincula-se sim aos incisos I e II, sendo que essa conexão se estabelece por meio dos suportes passíveis de destruição (os quais ordinariamente servem aos inventos artísticos): isso demonstra que tais ofensas, penalmente relevantes, verificavam-se, justamente por meio da publicidade de escritos, desenhos e/ou imagens obscenos (atentatórios, portanto, da moralidade pública – inciso I), assim como por meio da circulação de objetos obscenos (ofensivos ao pudor – inciso II). O obsceno, pois, podia dizer à ofensa à moralidade pública (quando estivesse presente em escritos, desenhos e/ou imagens que ganharam publicidade ou circulação pública) e à ofensa ao pudor (quando estivesse presente em objetos postos em circulação entre pessoas). Como se vê, a pretensão de ampliação da eficácia do espectro penal das obscenidades houvera sido posta de modo significativamente notável.

3.5. Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940

O exame dos preceitos constantes da Parte Especial do Código Penal brasileiro, ora vigente (CP), pressupõe a consideração de dois marcos normativos, ambos posteriores a ela: [69] a) a Reforma da Parte Geral, referente ao mesmo código, operada pela Lei 7.209, de 11 de julho de 1984;[70] b) a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, em 5 de outubro de 1988 (CR).

Quer isso dizer, no que tange aos crimes previstos no Título VI, Capítulo VI, da Parte Especial do CP – tipificados sob a rubrica "do ultraje público ao pudor" – que, até o advento da CR, o pudor público, os bons costumes, o sentimento comum de decência sexual, ou a

69. É que, na melhor definição de Orozimbo Nonato, "um Código não é uma rima de dispositivos; não forma um amontoado de preceitos independentes; não constitui uma *congérie* de mandamentos. É um sistema: guarda harmonia orgânica e seus preceitos interpretam-se uns pelos outros, de tudo resultando uma unidade vital" (NONATO apud BONFIM; CAPEZ, 2004, p. 39).

70. A Lei 7.209, de 11 de julho de 1984, que "Altera dispositivos do Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, e dá outras providências", instituiu a "Nova Parte Geral" do CP, em nada modificando os termos constantes da sua Parte Especial.

moralidade coletiva podiam constituir o bem jurídico dos referidos delitos[71], já que para o finalismo a proteção dos valores *ético-sociais* traduz a missão precípua do Direito Penal.[72]

Sob a ordem constitucional hodierna, no entanto, novos parâmetros libertários passaram a embasar a ordem jurídica então instituída, fundada na dignidade da pessoa e formatada de molde a conferir efetividade ao Estado Democrático e de Direito. Além disso, na perspectiva do direito penal contemporâneo, o funcionalismo teleológico estabelece que a missão do Direito Penal é a exclusiva e subsidiária proteção de bens jurídicos[73], além do que inadmite a identidade entre o bem jurídico penal e a *ratio legis*, na medida em que o desígnio da lei penal não corresponde à finalidade limitadora do poder punitivo estatal; forte nesse entendimento, assinala Roxin[74]: "consequência [dessa] concepção [...] é que a imoralidade ou a reprovabilidade ética de um comportamento não podem legitimar uma proibição penal, se os pressupostos de uma convivência pacífica não forem lesionados." Mesmo a concepção funcionalista sistêmica tem como premissa que a lesão de um bem jurídico *versus* infração moral não pode ser compreendida a partir de meras abstrações, carecedoras de conteúdo genuinamente liberal: "um legislador que não esteja seguindo a opressão

71. *V.g.*, Jorge Severiano Ribeiro (1945, p. 165), com apoio em Eusébio Gomez, entendia, quanto aos crimes aludidos, que "a lei visa proteger o pudor público [devendo] este entender-se como o pudor médio, constituído pelo conjunto das normas consuetudinárias da convivência civil em relação à sexualidade". Galdino Siqueira (1947, 313), de sua vez, anotava quanto ao particular, que "para efeitos penais, o que se deve entender por *pudor* ou *pudicícia*, e *pudor público*, este consistindo, não um pudor diverso do dos indivíduos componentes da coletividade, mas nas regras de pudicícia que, nessa coletividade, se impõem a todos, como preceitos consuetudinários de moralidade mínima (*bons costumes*), regras que o direito penal acolhe e sanciona." Por seu turno, Nélson Hungria (1959, p. 309), a respeito, dissertava: "O juiz penal não pode perder de vista que, ao incriminar o 'ultraje público ao pudor', o legislador propôs-se a tutelar a *moral coletiva*, não segundo um tipo puro ou abstrato, mas como o *sentimento* (aspecto interno) e a conduta (aspecto externo) *comuns* ou *normais* em torno da sexualidade na vida social. A lei protege não só o pudor público, que é o sentimento médio de moralidade sob o ponto de vista sexual (pudicícia do *homo medius*), como assegura os bons costumes, que dizem com o decôro, conveniência e reserva usuais, no tocante aos fatos sexuais (conduta ético-social do *homo medius*)." No mesmo sentido era o escólio de Heleno Cláudio Fragoso (1959, p. 537): "O objeto específico da tutela jurídica é o *pudor público*, motivo pelo qual Carrara preferia denominar este delito de ultraje ao pudor público e não ultraje público ao pudor (*Programa,* § 2942). Trata-se de um sentimento coletivo de vergonha e pudicícia, que deriva, por certo, do pudor individual médio, vigente na sociedade, ofendendo a ação, em última análise, a moral pública e os bons costumes." Bento de Faria (1961, p. 117), ainda, referentemente ao tema, pontificava que "o interesse protegido [era] o pudor sexual de todos e de cada um". Para Edgard Magalhães Noronha (1979, p. 286), nesses crimes, "[r]esguarda-se a moralidade pública, relativa à esfera sexual. [...]. Objeto jurídico, pois, é o *pudor público*, conquanto concomitantemente se tutele o pudor individual, o que bem se compreende." Grifos do original.

72. Nesse sentido, cf. WELZEL, 1970, p. 12-13.

73. Nesse sentido, cf. ROXIN, 1997, p. 51-52.

74. ROXIN, 2008, p. 37.

dos cidadãos" – acentua Jakobs[75] – "nunca protegerá a moral *per se*, e sim, determinados conteúdos, quando a sociedade os necessite para a sua manutenção ou acredite necessitá-los".[76] A rigor, portanto, as duas concepções funcionalistas não divergem quanto à impossibilidade de o bem exclusivamente moral legitimar a eficácia de um tipo penal: a conduta estritamente imoral em matéria sexual não deve ser incriminada.

Diante dessa concepção, necessário manter a correspondência entre os elementos da política-criminal e da dogmática penal; com isso, e na medida em que o sistema jurídico penal deve refletir os postulados constitucionais, tem-se, por consectário, que nem a moralidade coletiva e nem o sentimento de pudor público, em razão da fluidez inerente aos seus conceitos, harmonizam-se à legitimação dos tipos penais constantes nos artigos 233 e 234 do CP.

Atento a essa realidade, o legislador brasileiro promoveu três Reformas no Título VI, da Parte Especial do CP, destinado à tipificação dos crimes relacionados à matéria sexual. Originariamente, o Título VI da Parte Especial do CP tratava "Dos crimes contra os costumes", dado que proporcionava margem à assimilação da moralidade como sendo a objetividade jurídico-penal ali imperante. A Lei 11.106, de 28 de março de 2005, embora tenha promovido pontuais alterações nos tipos legais constantes no Título VI da Parte Especial do CP, não chegou, contudo, a representar Reforma de fôlego[77], mantendo intocado tanto o *nomen juris* do referido título, quanto aquele constante no Capítulo VI ("Do ultraje público ao pudor"). Mais tarde, a Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009, promoveu outra Reforma referente à matéria. Desde logo, cabe apontar que, por meio dela, o legislador alterou não somente a rubrica de um dos capítulos integrantes do Título VI, da Parte Especial do CP, como anteriormente o fizera, mas, desta vez, conferiu ao referido título uma nova e significativa denominação: "Dos crimes contra a dignidade sexual": porém, sobre a rubrica do Capítulo VI, do referido Título, não incidiu qualquer modificação legislativa[78]. O câmbio da nomen-

75. JAKOBS, 2005, p. 41.

76. Jakobs (2018, p. 54-55) ainda sublinha: "mesmo essa 'moralidade *per se*' ainda tem uma função, na medida em que ela forma uma parte da base sobre a qual se pode edificar o interesse comum. Esta parte da base é constituída por um sistema móvel; e atualmente não pertencem a ele normas relativas a condutas sexuais que não ofendam a autodeterminação de outras pessoas."

77. A Lei 11.106/2005 alterou os artigos 148, 215, 216, 226, 227, 231 (acrescentando-lhe o artigo 231-A), bem como revogou os incisos VII e VIII do artigo 107, os artigos 217, 219, 220, 221, 222, o inciso III do *caput* do artigo 226, o § 3o do artigo 231 e o artigo 240, todos do CP. Além disso, determinou que o Capítulo V do Título VI – Dos crimes contra os costumes, da Parte Especial do CP, passasse a vigorar com o seguinte título: "Do lenocínio e do tráfico de pessoas" (e não mais "Do lenocínio e do tráfico de mulheres").

78. A Reforma do Título VI da Parte Especial do CP, promovida Lei 12.015/2009, além daquela apontada no *corpus* principal deste estudo, promoveu alterações nos artigos 213, 215, 216-A e seu § 2º, 218, 225, 228 e seu § 1º, 229, e nos §§ 1º e 2º do artigo 230, bem como nos artigos 231 e seus §§ 1º, 2º e 3º, 231-A e seus §§ 1º, 2º e 3º; além disso, acresceu, no referido Título, os artigos 217-A, 218-A, 218-B, 234-A, 234-B e 234-C, e, ainda no âmbito do CP, revogou os artigos 214, 216, 223, 224 e 232, e, por fim alterou os títulos do Capítulos I, II, V e VII, que passaram, respectivamente, ser os seguintes:

clatura jurídica do Título VI, que redundou da eliminação da rubrica "Dos crimes contra os costumes" representou importante passo no sentido da negação à tutela penal da moralidade, *per se* considerada. Todavia, nem por isso, a Reforma operada pela Lei 12.015/2009 foi precisa quanto ao particular, pois como acentua Luis Augusto Sanzo Brodt[79],

> "[a] alusão à 'dignidade sexual' parece-nos, [...], também indevida. Se não se quer impor um determinado padrão de comportamento sexual, única postura compatível com a garantia da inviolabilidade da intimidade e da vida privada previstas no art. 5º, X da CF, devemos reconhecer que o bem jurídico a reclamar a intervenção penal é a liberdade sexual, ou seja, a autodeterminação em matéria sexual."

A acertada avaliação enunciada pelo preclaro professor possibilita o seguinte questionamento: uma vez que o Reformador penal não alterou o *nomen juris* do Capítulo VI, pertencente ao Título VI, da Parte Especial do CP, o pudor público ou a moral sexual coletiva servem como bens jurídicos legitimados à proteção penal? Deixemos a resposta em suspenso, até as conclusões deste artigo.

A terceira Reforma legislativa referente aos crimes sexuais tipificados no Decreto-Lei 2.848/1940 ocorreu *ex vi* da Lei 13.718, de 24 de setembro de 2018[80], mas seus termos não alcançaram quaisquer dos aspectos referentes ao Capítulo VI, inserto no Título VI, da Parte Especial do CP. Portanto, entre os "contra a Dignidade Sexual", mais precisamente entre aqueles que dizem respeito ao "Ultraje Público ao Pudor", consta a seguinte tipificação:

> "*Escrito ou objeto obsceno*
>
> Art. 234 – Fazer, importar, exportar, adquirir ou ter sob sua guarda, para fim de comércio, de distribuição ou de exposição pública, escrito, desenho, pintura, estampa ou qualquer objeto obsceno:

"Capítulo I – Dos crimes contra a liberdade sexual", "Capítulo II – Dos crimes contra vulnerável", "Capítulo V – Do lenocínio e do tráfico de pessoa para fim de prostituição ou outra forma de exploração sexual", "Capítulo VII – Das disposições gerais". No âmbito da legislação penal especial, a Reforma modificou o artigo 1º, da Lei 8.072/1990 e acresceu o artigo 244-B à Lei 8.069/1990.

79. BRODT, 2010, p. 171-172.

80. Pode-se afirmar que a Lei 13.718, de 24 de setembro de 2018, recrudesceu o enfrentamento estatal consequente à prática dos crimes sexuais; nessa esteira, ao promover a mais recente Reforma no Título VI da Parte Especial do CP, o legislador criou novas figuras delitivas (artigos 215-A – "Importunação sexual" – e 218-C – "Divulgação de cena de estupro ou de cena de estupro de vulnerável, de cena de sexo ou de pornografia" –, majorou penas (artigos 226, incisos II e IV, e 234-A, incisos III e IV), uniformizou a forma de processamento dos delitos previstos nos Capítulos I e II do Título VI da Parte Especial do CP (estabelecendo que a natureza das ações que lhes correspondem é sempre pública incondicionada) e revogou a infração penal de "Importunação ofensiva ao pudor", prevista no artigo 61 do Decreto-Lei 3.688, de 3 de outubro de 1941 (Lei das Contravenções).

> Pena – detenção, de seis meses a dois anos, ou multa.
>
> § 1º. Incorre na mesma pena quem:
>
> I – vende, distribui ou expõe à venda ou ao público qualquer dos objetos referidos neste artigo;
>
> II – realiza, em lugar público ou acessível ao público, representação teatral, ou exibição cinematográfica de caráter obsceno, ou qualquer outro espetáculo, que tenha o mesmo caráter;
>
> III – realiza, em lugar público ou acessível ao público, ou pelo rádio, audição ou recitação de caráter obsceno."[81]

Se comparado com os seus antecedentes correlatos, o art. 234 do CP é o mais abundante em núcleos típicos, o que incide sobre o maior número de mídias expressivas, além de prever pena corporal equivalente àquelas dos registros históricos mais drásticos.

Subscrita por Francisco Campos (então Ministro da Justiça e de Negócios Interiores), a "Exposição de Motivos da Parte Especial" do CP (que prima pela "unidade política e cultural do Brasil"[82]), em seu item 75, pontua expressamente que, "na configuração do ultraje público ao pudor, o projeto excede de muito em previdência a lei atual."[83]

Impende reconhecer que, no art. 234 do CP, *não constam – e nem jamais constaram – referências à* "moral pública", *aos* "bons costumes" *ou à* "opinião pública", assim como expressamente o fizeram as disposições penais correlatas que, na marcha histórica, o antecederam.[84] Diante dessa capital constatação, dois corolários despontam. O primeiro

81. BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial da União*, 31.12.1940; retificado em 03.01.1941.

82. Cf., do referido documento, o item 86, "Conclusão", antepenúltimo parágrafo, *in fine.*

83. No mesmo Título VI, Capítulo VI, do CP, está tipificado o art. 233, que trata do crime de "Ato obsceno", com a seguinte redação: "Art. 233. Praticar ato obsceno em lugar público, ou aberto ou exposto ao público: Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa."

84. Note-se que nem mesmo a rubrica do art. 234 do CP não faz qualquer referência ao "ultraje ao pudor público", locução significativamente diversa, sobretudo, *ex vi* do princípio da taxatividade penal, daquela que designa o Capítulo VI, do Título VI, da Parte Especial do Código Penal: "ultraje público ao pudor". Tal Capítulo, por sua vez, está inserido no Título VI da Parte Especial do CP, que já não se destina à tutela dos costumes [da coletividade], mas à dignidade sexual [da pessoa]. Dessa forma, e considerando a necessidade de alinhamento vertical entre o Capítulo e o Título, o primeiro deve estar sistematicamente comprometido com o elemento teleológico do último, razão pela qual, atualmente, o ultraje público ao pudor deve ser compreendido na dimensão da dignidade humana – fundamento do Estado Democrático de Direito, nos termos do art. 1º, inc. III, da CR –, e não no seu sentido consuetudinário. Com efeito, a moral pública e os bons costumes podem, no máximo, informar, do ponto de vista valorativo, o caráter obsceno da representação a ser concretamente julgada, mas, anteriormente a essa valoração empírico-cultural, a dignidade sexual daqueles que foram diretamente envolvidos com a expressão potencialmente ofensiva ao pudor é que deve ser considerada na aferição da tipicidade material.

reafirma que o art. 234 do CP não excepciona, de forma expressa, a irrelevância do consentimento do ofendido, em harmonia ao sentido pessoal de proteção penal, irradiado desde a atual rubrica do Título VI da Parte Especial do CP. O segundo parte da premissa de que o princípio da lesividade (ou da ofensividade) é decorrência do próprio Estado Democrático de Direito[85] e correlaciona-se com o primado da legalidade em matéria penal[86] (art. 5º, inc. XXXIX, da CR); sem embargo, os fundamentos constitucionais pertinentes ao princípio ora examinado tanto podem ser extraídos diretamente do disposto no art. 5º, XXXV, da Lei Fundamental (inserindo-o em íntima conexão com o bem jurídico-penal),[87] quanto também podem defluir do direito geral de liberdade (art. 5º, *caput*, da CR) associado com o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III, da CR).

Isso considerado, impende reconhecer que nem ofende nem se insere, sob risco de lesão aos bens jurídicos tutelados pelo crime de escrito ou objeto obsceno, a mera fatura, importação, exportação, aquisição e guarda de materiais e conteúdos com aquele caráter, empreendidos quer para fins exclusivamente privados (se o consumidor for uma pessoa adulta capaz) quer *simplesmente* para fins de comércio, distribuição ou exposição. Para que o delito em questão se verifique (*i.e.*, para que o princípio da lesividade nele possa ser efetivamente tocado), é ainda imprescindível, de acordo com o âmbito de proteção da norma e congruente com a objetividade jurídica tutelada no art. 234 do CP,[88] que o sujeito ativo procure estabelecer o indesejado, inesperado ou indevido[89] confronto do material obsceno com o sujeito passivo do delito.[90]

---

85. Cf.: GALVÃO, 2018, p. 147.

86. Jorge Frias Caballero, Diego Codino e Rodrigo Codino (1993, p. 50) frisam que o *nullum crimen, nulla poena sine inuria*, pertencente à tipicidade, concorre para a garantia da pessoa contra possíveis excessos do poder punitivo do Estado, pois "podría ocurrir – y en efecto ocorre – que incluso un parlamento no autoritario a través de una ley formal *scripta, cierta, stricta* y *prævia*, prohíba o mande bajo amenaza de pena criminal cualquier cosa. Tenía, pues, razón Mantovani al decir que la mera legalidad sin offensività puede servir a cualquier omnipotencia totalitaria. Por ello es imprescindible complementar la legalidad con otro principio".

87. Juarez Tavares (2018, p. 72-73) observa que "[o] bem jurídico, agora, fundamenta e delimita os contornos do princípio da lesividade. Uma vez que o bem jurídico constitui um pressuposto de qualquer incriminação, pode-se dizer que o princípio da lesividade se transmudou em verdadeira regra de atendimento obrigatório. [...]. Esse princípio tem também o objetivo de traçar os pontos essenciais das tarefas conferidas ao Estado. No dizer de Ferrajoli, é ele 'idôneo para vincular o legislador à máxima kantiana, válida sobretudo no campo penal, segundo a qual a (única) tarefa do direito é a de fazer compatíveis entre si as liberdades de cada um'".

88. Conquanto em abordagem dogmática geral (*i.e.*, não declinada especificamente em relação ao art. 234 do CP), no sentido do quanto constou supra, no trecho que gerou esta nota de rodapé, cf.: DÍEZ RIPOLLÉS, 1982, p. 401.

89. As condutas que perfazem atentados à liberdade sexual podem ser categorizadas em cinco modalidades, conforme pontua Díez Ripollés (1999, p. 225 *usque* 230): a) as que se realizam vencendo a vontade contrária da vítima, que opõe algum tipo de resistência; b) as que se efetivam contando com um consentimento viciado do ofendido; c) as que se estabelecem com base em um consentimento

Se todos e quaisquer escritos ou objetos obscenos pudessem ser alvo de incriminação, eles jamais poderiam sair da esfera de seu fabricante, importador, exportador etc., para se tornarem acessíveis a outrem, pois fosse suficiente presumir, do ponto de vista penal, que referidos escritos ou objetos inexoravelmente se destinam ao alcance indevido de crianças, adolescentes e pessoas reputadas sexualmente vulneráveis, então nenhum material ou conteúdo com aquele apontado caráter poderia – para que riscos jamais existissem – ser item de criação, comércio ou exposição, porquanto somente assim essas possibilidades poderiam ser eliminadas por completo. Para essas hipóteses, todavia, as figuras típicas equiparadas, previstas no § 1º do art. 234 do CP, já cumprem satisfatoriamente a proteção devida aos bens jurídicos tutelados no dispositivo, não havendo, assim, mesmo com a supressão do *caput* do art. 234 do CP, qualquer vácuo normativo a ser reclamado.[91] Em coerência à objetividade jurídica tutelada no tipo legal – sempre de acordo com a ressignificação hermenêutica que propusemos em outro lugar[92], que enfatiza o caráter *individual* da dupla objetividade jurídica protegida referente à mencionada figura típica – o nível de antecipação da tutela penal disposto no *caput* do art. 234 do CP não se compatibiliza com o princípio da ofensividade,

inválido do sujeito passivo; d) as que se cumprem sem o consentimento do ofendido; e) as que são empenhadas sem dar à vítima oportunidade de manifestar a sua vontade.

90. Na medida em que antecipa demasiadamente as fronteiras da proteção penal, o *caput* do art. 234 do CP acaba por se comprometer com interesses supraindividuais (*v.g.*, pudor público, moral coletiva) e com a defesa de concepções éticas globais de índole sexual (as quais não se ajustam às finalidades do direito penal).

91. A supressão do *caput* do art. 234 do CP não traz nenhum prejuízo à possibilidade de responsabilização jurídico-penal de quem, dolosamente, faz, importa, adquire ou guarda material obsceno para ser comercializado, distribuído ou exposto, visando, justamente, ao acesso indevido por parte de crianças e adolescentes, bem como de pessoas sexualmente vulneráveis segundo o direito penal brasileiro, ou em detrimento à autodeterminação sexual de adultos capazes de expressar consentimento jurídico-penal eficaz. Na medida em que o inc. I do § 1º do art. 234 do CP incrimina a venda (*i.e.*, o efetivo comércio) e a exposição à venda, bem como a distribuição e a exposição ao público de escritos, desenhos, pinturas, estampas ou quaisquer objetos obscenos, não há vácuo normativo algum nas possibilidades de responsabilização jurídico-penal de quem, de qualquer modo, praticar tais atos em prejuízo da objetividade jurídica tutelada no tipo legal. Assim, quem incidir em tais condutas pode, perfeitamente, à luz do art. 29 do CP, ser responsabilizado criminalmente – na qualidade de coautor ou partícipe –, pela lesão ou risco de lesão aos bens jurídicos insertos no espectro de legítima tutela do crime de escrito ou objeto obsceno, pois a dicção daquele citado dispositivo não deixa margem de dúvidas quanto a tal viabilidade: "Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade". Destarte, dois pontos devem ser considerados: o primeiro aponta para o sentido de que a mera finalidade comercial, de distribuição ou expositiva de materiais obscenos voltada ao atendimento da realização sexual de adultos capazes de expressar consentimento penalmente válido não constitui fundamento suficiente à legitimidade do *caput* do art. 234 do CP, e o segundo estabelece que a finalidade comercial, de distribuição ou expositiva de materiais obscenos voltada às crianças, adolescentes e aos vulneráveis, no âmbito do direito penal sexual pátrio, pode, com a vantagem de estar afinada com a própria culpabilidade, ser suficientemente prevenida e reprimida com base no art. 234, § 1º, inc. I, c.c. art. 29, ambos do CP.

92. Cf. ROMERO, 2022, p. 73-94, além do item 7.3, das Conclusões, p. 260-261.

uma vez que a distância entre a matéria de proibição e as próprias possibilidades do ato lesivo está assentada para além da própria legitimidade da restrição de liberdade implicada: daí o fundamento da exigência da redução do tipo legal, com o reconhecimento da inconstitucionalidade do seu *caput*.[93]

Na coibição do obsceno, o art. 234 do CP foi o que mais resistiu (e ainda resiste) à história das diferentes Constituições brasileiras, uma vez que foi submisso à Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 1937, à Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 1946, à Constituição do Brasil, de 1967 (bem como à Emenda Constitucional 1, de 17 de outubro de 1969) e, finalmente, à vigente CR, de 1988.

3.6. Decreto-Lei 1.004, de 21 de outubro de 1969

O Código Penal de 1969 (Decreto-Lei 1.004/1969) chegou a prever, em sua Parte Especial, Título VI (Dos Crimes Contra os Costumes), Capítulo VI (Do Ultraje Público ao Pudor), os seguintes preceitos:

> "*Escrito ou objeto obsceno*
>
> Art. 257. Produzir, distribuir, vender, expor à venda, exibir publicamente, importar, exportar, adquirir ou ter em depósito para o fim de venda, distribuição ou exibição pública, livros, jornais, revistas, escritos, pinturas, gravuras, estampas, imagens, desenhos ou qualquer outro objeto de caráter obsceno.
>
> Pena – detenção, de seis meses a dois anos, ou pagamento de cinco a vinte dias-multa.
>
> Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem:
>
> I – faz ou promove representação de caráter obsceno em teatro, cinema, circo, televisão, ou qualquer lugar público ou acessível ao público;
>
> II – realiza, em lugar público ou acessível ao público, ou pelo rádio, ou pela televisão, audição ou recitação de caráter obsceno."[94]

Calha observar que o item 67 da "Exposição de Motivos" do citado Código Penal, subscrito pelo então Ministro da Justiça Luís Antônio da Gama e Silva,[95] destacava que, previstos entre os crimes contra os costumes, "os delitos de ultraje público ao pudor [eram] mantidos

93. Ibidem, cf.: Capítulo 4, p. 211-240, bem como o item 8, das Conclusões, p. 262.

94. BRASIL. Decreto-Lei 1.004, de 21 de outubro de 1969. In: PIERANGELI. Op. cit., p. 590-591. A redação do inciso II foi dada pela Lei 6.016, de 31 de dezembro de 1973; a redação anterior era vazada nos termos seguintes: "II – realiza, em lugar público ou acessível ao público, ou pelo rádio, audição ou recitação de caráter obsceno."

95. Publicada no *Diário Oficial da União* de 21 de outubro de 1969. Curioso notar que, posteriormente, em 6 de março de 1974, houve, subscrita pelo Ministro da Justiça da ocasião, Alfredo Buzaid, a publicação, no *Diário Oficial*, de nova "Exposição de Motivos"; no segundo parágrafo do item 21 do referido documento, podia-se ler: "No parágrafo único do art. 258, o projeto inclui a televisão

com redação semelhante à do Código vigente. Acrescentou-se, porém, a televisão como um dos veículos de divulgação criminosa da obscenidade".[96]

De qualquer modo, o Código Penal de 1969 jamais logrou efetiva vigência, dado que, *per se*, justifica a brevidade do presente tópico.

3.7. Anteprojeto do Código Penal, de 1998

Em 25 de março de 1998, foi publicada, no *Diário Oficial da União*, a Portaria 232, de 24 de março de 1998,[97] do Ministério da Justiça, Anteprojeto de Lei que visava a alterar dispositivos do CP (Decreto-Lei 2.848/1940).

Embora não tenha logrado vigência, o art. 2º do Anteprojeto dispunha que a Parte Especial do CP passaria a vigorar com nova redação,[98] sendo que, no seu Título II (Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual), Capítulo III (Do Ultraje Público ao Pudor), constavam estes tipos legais:

> "*Escrito ou objeto obsceno*
>
> Art. 176. Produzir, distribuir, vender, expor à venda, exibir publicamente, importar, exportar, adquirir ou ter em depósito para o fim de venda, distribuição ou exibição pública, livros, jornais, revistas, filmes, fotografias, desenhos ou qualquer outro objeto de caráter obsceno, em desacordo com as normas legais.
>
> Pena – Detenção, de seis meses a dois anos, e multa.
>
> *Representação de espetáculos obscenos*
>
> Art. 177. Fazer ou promover representações teatrais, circenses ou cinematográficas, efetuar transmissões radiofônicas ou televisivas ou realizar em lugar público ou acessível ao público, qualquer espetáculo de caráter obsceno, em desacordo com as normas legais.
>
> Pena – Detenção, de seis meses a dois anos, e multa."[99]

Sublinhe-se que, ao tempo da edição do Anteprojeto, já vigorava o Estatuto da Criança e do Adolescente, em cujo Título III (Da Prevenção), Capítulo II (Da Prevenção Especial), Seção I (Da informação, Cultura, Lazer, Esportes, Diversões e Espetáculos), consta

---

como meio de comunicação utilizado para a recitação ou audição de caráter obsceno, no delito de ultraje público ao pudor." (BUZAID apud PIERANGELI. Op. cit., p. 527 e 536).

96. O art. 234 do CP contém fórmula de interpretação analógica, prevista no seu § 1º, inc. III, em cuja dimensão é em tese possível enquadrar as produções e programações televisivas relacionadas ao tema.

97. BRASIL. Ministério da Justiça. Portaria 232, de 24 de março de 1998: Anteprojeto de lei (1998). *Diário Oficial da União,* Brasília, DF, Seção 1, p. 1 et seq., 25 mar. 1998. (Publicação original).

98. Idem.

99. Idem.

determinação ao órgão competente do Poder Público para regular as diversões e espetáculos públicos, informando sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada (art. 74),[100] bem como disposição que assinala o *modus* de circulação das publicações obscenas (art. 78, parágrafo único).[101]

4. Considerações conclusivas

É preciso reconhecer: a liberdade de expressão, na história das Constituições brasileiras, jamais figurou como direito fundamental absoluto e, hodiernamente, preserva-se assim, conforme entendimento do próprio Supremo Tribunal Federal.[102]

Todavia, o atual espectro libertário pertinente à expressão artística nunca foi tão amplo. Afora a vedação do anonimato – tradição do constitucionalismo nacional – a censura é inadmissível, bem como inexistem restrições ao referido direito fundamental decorrentes da moralidade pública e dos bons costumes. Na ordem jurídica pátria e contemporânea, somente a *legalidade* está autorizada a *relativizar* o direito fundamental à liberdade de expressão artística.

A evolução das codificações e legislações penais que disciplinaram o assunto aponta para um trajeto de mesma direção.

Ensina Sheila Jorge Selim de Sales que, "à medida que nos encontramos diante de Estados democráticos ou não democráticos (autoritários e/ou totalitários), modifica-se o *comportamento* da casuística compreendida na parte especial [dos códigos penais]".[103] Diz-se a respeito porque o CP de 1940, gestado e vindo a lume em período histórico de ditadura, instituída pelo Estado Novo, foi duríssimo com a liberdade de manifestação artística, traduzindo, também nesse aspecto, a ideologia autoritária da época. Decididamente, em

100. Art. 74. O poder público, através do órgão competente, regulará as diversões e espetáculos públicos, informando sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada.

Parágrafo único. Os responsáveis pelas diversões e espetáculos públicos deverão afixar, em lugar visível e de fácil acesso, à entrada do local de exibição, informação destacada sobre a natureza do espetáculo e a faixa etária especificada no certificado de classificação.

101. O art. 78, parágrafo único, da Lei 8.069, de 13 de julho de 1990 – que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e dá outras providências – determina: "As editoras cuidarão para que as capas que contenham mensagens pornográficas ou obscenas sejam protegidas com embalagem opaca." Ora, se o obsceno *per se* redundasse sempre em proibição, citado dispositivo sequer poderia estar inscrito na ordem jurídica brasileira, sobretudo em legislação acentuadamente sensível ao cumprimento de exigências estabelecidas no art. 227, *caput*, da CR.

102. Cf., *v.g.*, BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, Recurso Extraordinário 898.450, rel. Min. Luiz Fux, São Paulo, Acórdão de 17.08.2016.

103. SALES, 2005, p. 52, grifos do original.

seu art. 234, passou a incriminar condutas jamais então tipificadas nas legislações penais precedentes, além do que previu possibilidades de a expressão obscena aflorar em mídias até então não mencionadas nas normativas anteriores. Sob esse ponto de vista, o CP revelava-se sincrônico à Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 1937, na qual fora concebido.

Cabe admitir, ainda assim, que o art. 234 do CP, se comparado com os dispositivos correlatos das legislações penais brasileiras ancestrais, enfeixa significativos avanços em termos de racionalidade dogmático-penal. Na apontada tipificação, as referências à moral[104] ou aos bons costumes[105] foram cabalmente eliminadas, em rompimento à tradição da normativa pátria alusiva à proteção do pudor coletivo; mesmo a rubrica do Capítulo VI, do Título VI, da Parte Especial do CP, que introduz o art. 234, não faz, rigorosamente, alusão alguma ao "ultraje ao pudor público", mas sim ao "ultraje público ao pudor", que é coisa bem diversa.

Aliás, é cogente sublinhar que os costumes, expressamente mencionados na redação original do Título VI da Parte Especial do CP, depois da reforma operada pela Lei 12.015/2009, foram dali extirpados e já não são mais referidos, em dispositivo algum do CP. Com efeito, o atual *nomem juris* do Título VI da Parte Especial do CP cambiou, deixando de ser "Dos crimes contra os costumes", para passar a ser "Dos crimes contra a dignidade sexual". Quer isso dizer que o *pudor coletivo*, tão intimamente conectado à *moralidade pública* e aos *bons costumes*, deixou de corresponder ao bem jurídico tutelado pelo art. 234 do CP. A biografia do citado dispositivo revela, portanto, que a moral sexual *per se*, o recato consuetudinário e o pudor coletivo, embora possam servir de parâmetros à valoração empírico-cultural do elemento normativo "obsceno", inserto no referido tipo legal, já não constituem, contemporaneamente, a objetividade jurídica protegida pela norma.

Além disso, é crucial visualizar que, com exceção do CP de 1940, *todas* as legislações penais brasileiras que lhe antecederam *desconsideravam expressamente o sujeito passivo*

104. O vocábulo *moralidade* não foi grafado no CP de 1940, enquanto que o termo *moral*, na redação originária da mesma normativa, constava nas seguintes disposições: art. 48, inc. IV, "a" ("São circunstâncias que sempre atenuam a pena ter o agente cometido o crime por motivo de relevante valor social ou *moral*"), art. 121, § 2º ("Se o agente comete o [homicídio] impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço"), 129, § 4º ("Se o agente comete [lesões corporais] impelido por motivo de relevante valor social ou *moral* ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço"), 148, § 2º ("Se [do sequestro e cárcere privado] resulta à vítima, em razão de maus tratos ou da natureza da detenção, grave sofrimento físico ou *moral*"), art. 245 ("Entregar filho menor de dezoito anos a pessoa, com a qual saiba ou deva saber que fica *moral* ou materialmente em perigo"). Grifos nossos.

105. O art. 234 do CP, em quaisquer de seus preceitos, não faz qualquer alusão aos costumes; assim, até antes da Lei 12.015/2009, os costumes se conectavam ao art. 234 do CP apenas indiretamente, na medida em que a referência a eles constava na rubrica do Título VI da Parte Especial do CP, no interior do qual figura o Capítulo VI (Do ultraje público ao pudor) e que, por sua vez, alberga o crime de "escrito ou objeto obsceno".

individual das tipificações correspondentes ao atual art. 234 do CP: faziam-no ora com menção à moral pública (Codigo Criminal do Imperio do Brazil,* de 1830, e Consolidação das Lei Penaes,* de 1932) ou à opinião *pública* (Codigo Criminal do Imperio do Brazil,* de 1830), ora mediante a alusão ao escândalo da *sociedade* (Codigo Penal dos Estados Unidos do Brazil,* de 1890, e Consolidação das Lei Penaes,* de 1932, os quais, inclusive, eram categóricos em apontar a irrelevância à "ofensa à honestidade individual da pessoa"); mesmo o Título VIII do Projeto Alcântara Machado, de 1938 – que nunca entrou em vigor, mas que, de toda sorte, precedeu a vigência do CP de 1940 – fazia taxativa remissão à moralidade *pública*. Diante dessas constatações, afirmar que o saldo é positivo em favor da liberdade de expressão artística, no CP em vigor, não chega a ser exagero.

Conclui-se, portanto, que o cruzamento dos arcos evolutivos referentes às Constituições brasileiras e às codificações penais pátrias é sobremaneira revelador: nunca houve, assim como atualmente há, um ponto de intersecção entre aquelas curvas que se revelasse tão potencialmente favorável ao exercício da liberdade de expressão artística. Porém, para que o CP se torne rigorosamente sincrônico à CR, é necessária uma profunda ressignificação hermenêutica do art. 234 do CP, na qual o bem jurídico tutelado na referida tipificação seja bifronte e afinada com a dignidade sexual (cf. Título VI da Parte Especial do CP), entendida como corolário da dignidade da pessoa humana (cf. artigo 1º, inciso III, da CR): a autodeterminação sexual de adultos capazes de expressar consentimento jurídico-penal eficaz e pela integridade sexual de crianças, adolescentes e pessoas reputadas sexualmente vulneráveis pelo direito penal brasileiro. Essa mesma revisão crítica alusiva à objetividade jurídica do crime de escrito ou objeto obsceno é urgente sob a perspectiva das liberdades e direitos fundamentais, imprescindível sob a ótica da própria validade do tipo legal, pois reconhece que o artigo 234 do CP merece interpretação conforme a Constituição, ao mesmo tempo em que admite que ele é irrevogável na dimensão da tutela de bens jurídico-penais relevantes ao Estado Democrático de Direito (*i.e.*, direito de não ser confrontado com expressões sexuais de relevo, sempre que não se queira ou não se possa exercer a livre opção de acesso às obscenidades).

5. Referências bibliográficas

BALEEIRO, Aliomar. A Constituição de 1946. In: BALEEIRO, Aliomar; LIMA SOBRINHO, Barbosa. *Constituições brasileiras*: 1946. 3. ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas. (Coleção Constituições brasileiras, v. 5), 2015. p. 9-23.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. Preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil: função e normatividade. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes et al. *Comentários à Constituição do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 105-108.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

BRASIL. Constituição do Brasil (1967). In: CAVALCANTI, Themístocles Brandão; BRITO, Luiz Navarro de; BALEEIRO, Aliomar. *Constituições brasileiras*: 1967. 3. ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015. (Coleção Constituições brasileiras, v. 6).

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*, 1988. Brasília: Senado Federal, Centro Gráfico, 1988. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm]. Acesso em: 22.03.2019.

BRODT, Luís Augusto Sanzo. Dos crimes contra a dignidade sexual: a nova maquiagem da velha senhora. *Ciências Penais: Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*, São Paulo, v. 7, n. 13, p. 170-193, jul.-dez. 2010.

CABALLERO, Jorge Frias; CODINO, Diego; CODINO, Rodrigo. *Teoría del delito*. Buenos Aires: Hammurabi, 1993.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CASTANHO DE CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti. *Direito de informação e liberdade de expressão.* Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CASTELLO BRANCO, Humberto de Alencar. Mensagem 25, de 1966. In: BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. Secretaria-Geral da Presidência. *Constituição do Brasil de 1967*: anais. Brasília, 1969. v. 1. p. 9-10. Disponível em: [www.senado.leg.br/publicacoes/anais/pdf/Anais_Republica/1967/1967%20Livro%206.pdf]. Acesso em: 02.06.2018.

CATTANI, Icleia Borsa. *Arte moderna no Brasil:* constituição e desenvolvimento nas artes visuais: 1900-1950. Belo Horizonte: C/ Arte, 2011.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *Exhibicionismo, pornografía y otras conductas sexuales provocadoras*: la frontera del derecho penal sexual. Barcelona: Bosch, 1982.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. El objeto de protección del nuevo derecho penal sexual. *Estudios de derecho judicial*: delitos contra la libertad sexual. *Consejo General del Poder Judicial, Escuela Judicial*, Madrid, n. 21, p. 215-259, 1999.

ESTADOS UNIDOS DO BRASIL. Constituição da Republica dos Estados Unidos do Brasil (1891). In: BALEEIRO, Aliomar. *Constituições brasileiras*: 1891. 3. ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015. (Coleção Constituições brasileiras, v. 2).

ESTADOS UNIDOS DO BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (1934). In: POLETTI, Ronaldo. *Constituições brasileiras*: 1934. 3. ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015. (Coleção Constituições brasileiras, v. 3).

ESTADOS UNIDOS DO BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil (1937). In: PORTO, Walter Costa. *Constituições brasileiras*: 1937. 3. ed. Brasília:

Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015. (Coleção Constituições brasileiras, v. 4).

ESTADOS UNIDOS DO BRASIL. Decreto 847, de 11 de outubro de 1890. Promulga o Código Penal. In: *Coleção de Leis do Brasil – 1890*, fasc. X (Publicação original). Disponível em: [www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-847-11-outubro-1890-503086-publicacaooriginal-1-pe.html]. Acesso em: 11.06.2018.

FARIA, Bento de. *Código penal brasileiro (comentado)*: Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940): v. VI: parte especial (arts. 213 a 285). 3. ed. atual. Rio de Janeiro: Record, 1961.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*: 3º volume: parte especial. São Paulo: José Buschatsky Editor, 1959.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. Considerações sobre o controle de moralidade dos atos administrativos. *Revista dos Tribunais*: doutrina civil, segunda seção, São Paulo, v. 774, p. 108-125, abr. 2000.

GALVÃO, Fernando. *Direito penal:* parte geral. 10. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

HUNGRIA, Nelson. O Direito Penal no Estado Novo. *Revista Forense*, v. 38, p. 265-272, n. 85, jan.-mar. 1941.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal* (Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940. v. VIII (arts. 197 a 249). 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

IMPÉRIO DO BRASIL. Constituição Politica do Imperio do Brazil (1824). In: NOGUEIRA, Octaciano. *Constituições brasileiras*: 1824. 3. ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015. (Coleção Constituições brasileiras, v. 1).

IMPÉRIO DO BRASIL. Lei de 16 de dezembro de 1830. Manda executar o Codigo Criminal. In: *Coleção de Leis do Império do Brasil – 1830*, v. 1, pt. I. p. 142 et seq. (Publicação original). Disponível em: [www2.camara.leg.br/legin/fed/lei_sn/1824-1899/lei-38059-16-dezembro-1830-565840-publicacaooriginal-89575-pl.html]. Acesso em: 11.06.2018.

JAKOBS, Günther. "O que protege o direito penal: os bens jurídicos ou a vigência da norma?". In: CALLEGARI, André Luís et. al. *Direito penal e funcionalismo.* Trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli e Lúcia Kalil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 31-52.

JAKOBS, Günther. *Proteção de bens jurídicos?*: sobre a legitimação do direito penal. Trad. apresentação e notas por Pablo Rodrigo Alflen. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

LIMA SOBRINHO, Barbosa. A Constituição de 1946. In: BALEEIRO, Aliomar; LIMA SOBRINHO, Barbosa. *Constituições brasileiras*: 1946. 3. ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015. (Coleção Constituições brasileiras, v. 5).

MACHADO, Alcântara. Projeto do Codigo Criminal brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, v. 34, n. 2, p. 423, 01.01.1938. Disponível em: [www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/65859/68470]. Acesso em: 19.06.2018.

MALUF, Sahid. *Direito constitucional*. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Sugestões Literárias, 1981.

MARTINS, Salgado. *Sistema de direito penal brasileiro*: introdução e parte geral. Rio de Janeiro: José Konfino, 1957.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

NUNES, Diego. Processo legislativo para além do parlamento em Estados autoritários: uma análise comparada entre os códigos penais italiano de 1930 e brasileiro de 1940. *Sequência (Florianópolis)*, n 74, dez. 2016, p. 175. Disponível em: [www.scielo.br/pdf/seq/n74/0101-9562-seq-74-00153.pdf]. Acesso em: 20.07.2022.

NORONHA, Edgard Magalhães *Direito penal*: volume 3: (de crimes contra a propriedade imaterial a crimes contra a segurança dos meios de comunicação e transporte e outros serviços públicos). 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1979.

REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL. Consolidação das Leis Penaes* (1932). In: PIERANGELI, José Henrique. *Códigos penais do Brasil*: evolução histórica. 2. ed. São Paulo: ed. RT, 2001.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. ajustada ao novo Código Civil. 4. tir. São Paulo: Saraiva, 2004.

RIBEIRO, Jorge Severiano. *Código penal dos Estados Unidos do Brasil (comentado)*: quarto volume. 2. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto Editora, 1945.

ROMERO, Paulo Roberto Santos. *O artístico e o obsceno no direito penal brasileiro*: por uma visão constitucionalmente orientada à mediação das liberdades. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2022.

ROXIN, Claus. *Derecho penal:* parte general: tomo I: fundamentos: la estructura de la teoría del delito. Traducción de la 2ª edición alemana y notas de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y Garcia Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997.

ROXIN, Claus. "Que comportamentos pode o Estado proibir sob ameaça de pena? Sobre a legitimação das proibições penais". In: ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal.* 2. ed. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SALES, Sheila Jorge Selim de. Um estudo sobre o significado ideológico da parte especial do código penal nos (ex)países socialistas não democráticos. In: SALES, Sheila Jorge Selim de. *Escritos de direito penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 45-84.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais em espécie. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SARMENTO, Daniel. Comentários ao art. 5º, IX, da Constituição do Brasil. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes et al. *Comentários à Constituição do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SIMIONI, Ana Paula Cavalcanti. Modernismo no Brasil: campo de disputas. In: BARCINSKY, Fabiana Werneck (Org.). *Sobre a arte brasileira*: da pré-história aos anos 1960. São Paulo: WMF Martins Fontes; Edições SESC, 2014. Cap. VII. p. 232-263.

SIQUEIRA, Galdino. *Tratado de direito penal*: tomo III: parte especial. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1947.

SILVA, José Afonso da. Liberdade de expressão cultural. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES Maurício Zanoide de (Coord.). *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ Editora, 2005; p. 241-252.

SIQUEIRA, Galdino. *Direito penal brazileiro:* segundo o Codigo Penal mandado executar pelo Decreto 847, de 11 de outubro de 1890, e leis que o modificáram ou completáram, elucidadas pela doutrina e jurisprudencia: parte especial. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Editor, 1924.

SONTAG, Ricardo; BOTELHO, Luis Otávio Silva. A relatividade própria do conceito de ultrage público ao pudor ou de offensa aos bons costumes: história da criminalização da pornografia (e outras obscenidades) no Brasil. *Revista de Historia del Derecho,* 62, Buenos Aires, p. 1-50, jul.-dec. 2021. Disponível em: [www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1853-17842021000200001]. Acesso em: 25.07.2022.

STRATENWERTH, Günter. *Derecho penal*: parte general, I, el hecho punible. Traducción de la 2ª edición alemana (1976) de Gladys Romero. Madrid: Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid – Edersa, Editoriales de Derecho Reunidas, S.A., 1982.

TAVARES, Juarez. *Fundamentos da teoria do delito.* Florianópolis: Tirant lo Blanc, 2018.

VAN DE VEER, Donald. "Pornografia" (verbete). Trad. Magda Lopes. In: CANTO-SPERBER, Monique (Org.). *Dicionário de ética e filosofia moral*. Trad. Ana Maria Ribeiro-Althoff et al. São Leopoldo: UNISINOS, 2013. p. 820-822.

WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*: parte general. 11. ed. Traducción de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1970.

6. Legislação

BRASIL. Congresso Nacional. Lei 7.209, de 11 de julho de 1984. Altera dispositivos do Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 13 jul. 1984. Disponível

em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1980-1988/L7209.htm]. Acesso em: 20.11.2018.

BRASIL. Mensagem 25, de 1966. *Diário do Congresso Nacional*, 55, de 13 dez. de 1966. p. 1045 et seq. Disponível em: [https://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?codDiario=17217#diario]. Acesso em: 02.06.2018.

BRASIL. Decreto 4.743, de 31 de outubro de 1923. Regula a liberdade de imprensa e dá outras providencias. *Diário Oficial da União*, Seção 1, 01.11.1923. (Publicação original). Disponível em: [www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-4743-31-outubro-1923-567758-publicacaooriginal-91090-pl.html]. Acesso em: 11.06.2018.

BRASIL. Decreto 24.776, de 14 de julho de 1934. Regula a liberdade de imprensa e dá outras providências. *CLBr* de 31.12.1934. Disponível em: [www.planalto.gov.br/CCIVil_03/decreto/1930-1949/D24776.htm]. Acesso em: 19.06.2018.

BRASIL. Decreto 11, de 18 de janeiro de 1991. Aprova a Estrutura Regimental do Ministério da Justiça e dá outras providências. Disponível em: [www.planalto.gov.br/CCIVil_03/decreto/1990-1994/D0011.htm#download]. Acesso em: 19.06.2018.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial da União*, 31.12.1940; retificado em 03.01.1941. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm]. Acesso em: 19.06.2018.

BRASIL. Decreto-Lei 1.004, de 21 de outubro de 1969. In*:* PIERANGELI, José Henrique. *Códigos penais do Brasil*: evolução histórica. 2. ed. São Paulo: ed. RT, 2001.

BRASIL. Emenda constitucional 11, de 1978. Altera dispositivos da Constituição Federal. *Diário do Congresso Nacional*, Seção 2, 14.10.1978. (Publicação original). Disponível em: [www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/1970-1979/emendaconstitucional-11-13-outubro-1978-366947-publicacaooriginal-1-pl.html]. Acesso em: 02.06.2018.

BRASIL. Lei de 16 de dezembro de 1830. Manda executar o Código Criminal. *Coleção de Leis do Império do Brasil – 1830*, v. 1, pt I. (Publicação original). Disponível em: [www2.camara.leg.br/legin/fed/lei_sn/1824-1899/lei-38059-16-dezembro-1830-565840-publicacaooriginal-89575-pl.html]. Acesso em: 11.06.2018.

BRASIL. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 16.07.1990, retificado em 27.09.1990. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm]. Acesso em: 22.03.2019.

BRASIL. Ministério da Justiça. Portaria 232, de 24 de março de 1998: Anteprojeto de lei (1998). *Diário Oficial da União,* Brasília, DF, Seção 1, p. 1 et seq., 25.03.1998. (Publicação original). Disponível em: [www.jusbrasil.com.br/diarios/1123567/pg-1-secao-1-diario-oficial-da-uniao-dou-de-25-03-1998]. Acesso em: 07.08.2019.

BRASIL. Presidência da República. Ato institucional 5, de 13.12.1968. São mantidas a Constituição de 24 de janeiro de 1967 e as Constituições Estaduais; O Presidente da República poderá decretar a intervenção nos estados e municípios, sem as limitações previstas na Constituição, suspender os direitos políticos de quaisquer cidadãos pelo prazo de 10 anos e cassar mandatos eletivos federais, estaduais e municipais, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 13.12.1968. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-05-68.htm]. Acesso em: 02.06.2018.

BRASIL. Ato institucional 13, de 5 de setembro de 1969. Institui a pena de banimento do Território Nacional para o brasileiro que se tornar inconveniente, nocivo ou perigoso à Segurança Nacional e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 09.09.1969; retificado em 10.09.1969. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-13-69.htm]. Acesso em: 02.06.2018.

7. Jurisprudência

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, Recurso extraordinário 898.450, rel. Min. Luiz Fux, São Paulo, Acórdão de 17.08.2016. Disponível em: [www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE+898450%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y84gazkv]. Acesso em: 15.08.2018.



PESQUISAS DO EDITORIAL



Áreas do Direito: Penal; Constitucional; Comunicação

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- A liberdade de expressão, a honorabilidade e a segurança do supremo tribunal federal: um estudo de caso do inquérito 4.781/DF conduzido pelo STF, de Vinícius da Costa Gomes – *RT* 1005/223-235;
- Da "liberdade de expressão" versus "obscenidade", sob a ótica do mr. justice William Orville Douglas, de Paulo Roberto Santos Romero – *RDPriv* 97/159-176;
- O confrontamento entre o direito à liberdade de expressão e o direito à honra diante do marco civil da internet, de Pedro Henrique Sccott de Senna e Letícia Thomasi Jahnke Botton – *RT* 1014/127-143; e
- O discurso do ódio contra o STF nas redes sociais e a teoria do amigo-inimigo de Carl Schmitt, de André Faustino e Luis Delcides R. Silva – *RDTec* 18/2023.

Romero, Paulo Roberto Santos. Exegese evolutiva dos limites da eficácia do crime de "escrito ou objeto obsceno" à luz da garantia da liberdade de expressão. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 198. ano 31. p. 101-143. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2023. DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v198i198.302].

Sobre a suposta ligação entre a teoria penal de Hans Welzel e o nacional-socialismo: desfazendo equívocos e retomando o valor da dogmática finalista

On the alleged connection between Hans Welzel's penal theory and the national socialism: undoing mistakes and resuming the value of finalist dogmatics

Wagner Marteleto Filho

Doutor em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Investigador do Instituto de Direito Penal e Ciências Criminais da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.
Lattes: [lattes.cnpq.br/9307931102468661].
ORCID: [orcid.org/0000-0003-3905-5925].
wmarteleto@gmail.com

Eduardo Viana

Doutor em Direito Penal pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) com estâncias doutorais na *Universitat Pompeu et Fabra* (2013) e *Universität Augsburg* (2014-2014). Realizou estudos de pós-doutoramento na *Humboldt-Universität zu Berlin*. Professor adjunto de direito penal da graduação, mestrado e doutorado da Universidade Federal da Bahia (UFBa) e Universidade Estadual de Feira de Santana (UEFS).
Lattes: [lattes.cnpq.br/8558180042048005].
ORCID: [orcid.org/0000-0003-2503-9318].
eduardo.viana@ufba.br

DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v198i198.457].

Recebido em: 19.03.2023
Aprovado em: 03.05.2023
Última versão do autor: 17.05.2023

Áreas do Direito: Penal; Filosofia; Fundamentos do direito

Resumo: O artigo analisa a afirmação conforme a qual há uma conexão entre o pensamento Hans Welzel e o nacional-socialismo. Para isso,

Abstract: The paper analyzes the claim that there is a connection between Hans Welzel's thought and National Socialism. For this purpose, it

submete à crítica científica os principais argumentos favoráveis e contra essa conexão. Após essa inspeção científica, chega-se à conclusão de que não é possível afirmar, para além da dúvida razoável e com responsabilidade científica, que existem vínculos entre o edifício teórico de Welzel e a ascensão do nacional-socialismo.

Palavras-chave: Finalismo – Hans Welzel – Nacional-socialismo – Adequação social – Bem jurídico – Analogia – Teorias do erro.

submits the main arguments for and against this connection to scientific criticism. After this scientific inspection, it is concluded that it is not possible to assert, beyond reasonable doubt and with scientific responsibility, that there are links between Welzel's theoretical edifice and the rise of National Socialism.

Keywords: Finalism – Hans Welzel – National socialism – Social adequacy – Legal good – Analogy – Theories of error.

Sumário: 1. Introdução. 2. Argumentos "contra" e "a favor" da relação entre Welzel e o nacional-socialismo. 3. A teoria da ação final: ontologismo neutro?. 4. Sobre as críticas à teoria do bem jurídico e sobre a missão do Direito Penal. 5. Teoria da adequação social. 6. Teoria do erro: o embate entre as "teorias do dolo e da culpabilidade" e suas consequências em julgamentos de acusados nazistas. 7. Das críticas de *Welzel* ao positivismo e à filosofia dos valores/neokantismo. 8. A analogia e o nacional-socialismo. 9. Considerações finais. 10. Referências.

1. Introdução

Na literatura recente, em especial quando analisamos a produção internacional, reascendeu a discussão sobre a possível vinculação entre a concepção finalista de *Welzel* e o regime nacional-socialista. Há, por um lado, autores que assinalam a completa irrelevância da teoria penal de Welzel para o regime nacional-socialista[1]; em sentido oposto, há aqueles que indicam uma vinculação direta e, até mesmo, um compromisso político-ideológico de *Welzel* com o regime nazista[2].

A existência dessas duas perspectivas, assumidas por juristas cientificamente comprometidos, já serviria para colocar em xeque a razão deste artigo: para que discutir um tema sobre o qual há suficiente produção científica? A razão, pensamos, é que, pela primeira vez, ao menos até onde tomamos conhecimento, esse debate – aparentemente irrelevante para a nossa discussão científica – replicou em território nacional. E esse reflexo foi justamente

1. Por exemplo, v. HIRSCH, 2004, p. 3, como um dos discípulos de Welzel.

2. Por exemplo: MATUS ACUÑA, 2014, p. 627, a indicar, expressamente, a "aprovação pessoal de Welzel ao projeto penal nacional-socialista". E, anteriormente, POLITOFF, 1989, p. 318, afirmou que Welzel prestou, antes e depois de 1945, uma importante contribuição ao autoritarismo. Na própria Alemanha, além daqueles citados no decorrer do texto, STICHT, 2000, p. 122 e ss., sustenta que várias manifestações de Welzel não deixam dúvidas de que ele se adequou à tendência de moralização do direito no nacional-socialismo.

Marteleto Filho, Wagner; Viana, Eduardo. Sobre a suposta ligação entre a teoria penal de Hans Welzel e o nacional-socialismo: desfazendo equívocos e retomando o valor da dogmática finalista. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 198. ano 31. p. 145-182. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2023. DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v198i198.457].

no sentido de estreita vinculação da postura teórica de *Welzel* com o nacional-socialismo[3]. Cabe-nos, portanto, situar o leitor brasileiro nessa discussão.

Como a ciência é feita com argumentos e contra-argumentos, a nossa primeira tarefa será fornecer ao leitor um panorama da teoria finalista com o objetivo de exercer o controle científico das opiniões recentemente publicadas. Em um segundo passo, realizaremos uma análise, ainda que breve, senão das principais publicações, ao menos das temáticas fundamentais desenvolvidas por *Welzel* entre 1930 e 1945, sem prejuízo de referências a textos mais recentes, na medida do necessário. Feito isso, e também de modo simultâneo, tomaremos uma posição valorativa, que será no sentido, diga-se desde logo, de afastar a conclusão peremptória de vínculo efetivo entre o finalismo e o nacional-socialismo.

Fique claro: não nos interessa realizar um juízo moral póstumo de *Welzel*[4], o que seria uma atitude, senão inconsequente[5], ao menos cientificamente irresponsável neste pequeno espaço. Nossa proposta – mais modesta – é realizar uma análise crítica dos contributos da teoria penal de *Welzel* para a dogmática como um todo, inclusive no sentido de indicar tudo aquilo que ainda reflete o "estado da arte" e se mantém "vivo", quando menos para a doutrina dominante.

Desenvolveremos os nossos objetivos da seguinte maneira: primeiro, por honestidade intelectual, é imprescindível não sonegar ao leitor alguns dos argumentos levantados "contra" e "a favor" da vinculação entre o regime nacional-socialista e *Welzel* (a seguir 2); depois, apresentaremos um panorama da teoria final (a seguir 3); esse breve panorama permitirá fornecer ao leitor os elementos conceituais básicos para que possamos, nas seções seguintes, verticalizar a discussão em torno dos pontos mais polêmicos, isto é, as críticas à teoria do bem jurídico e sobre a missão do direito penal (a seguir 4); as críticas de *Welzel* ao positivismo e à filosofia dos valores (a seguir 5); os problemas da teoria da adequação social (a seguir 6); a teoria do erro (a seguir 7) e, finalmente, a analogia *in malam partem* e a legalidade estrita (a seguir 8).

3. Para ficar com um exemplo, BUSATO, 2021, v. 1, p. 409-439.

4. Acerca da filiação formal de Welzel ao Partido Nacional Socialista, em 1937, e de seu vínculo aos docentes do nacional socialismo, veja-se a análise biográfica de STOPP, 2018, p. 10 e ss.

5. Exatamente essa perspectiva se pode extrair do texto de MATUS ACUÑA, 2014, ao ingressar na análise do "comportamento político" de *Welzel*, o que caberia quiçá a uma biografia, não a um texto dogmático. Esse é erro metodológico tão primário que dispensa maiores objeções: selecionam-se aspectos do mundo factual para a "comprovação" de algo que já se supõe. Trata-se, é preciso frisar, de uma construção nada rigorosa, na medida em que se vale de argumentos de índole pessoal para tentar corroborar uma ideia de partida, qual seja: o sistema welzeliano foi em parte construído para respaldar o regime nazi.

2. Argumentos "contra" e "a favor" da relação entre Welzel e o nacional-socialismo

Como já assinalamos, há duas perspectivas antagônicas: de um lado, uma que estabelece a clara conexão entre a teoria penal de *Welzel* e o regime nazista; do outro lado, uma perspectiva que aponta para a absoluta desconexão entre o pensamento[6] de *Welzel* o nacional-socialismo. Faremos, aqui, uma breve contraposição, apenas no sentido de demarcar o debate.

A manualística penal não apenas é silente quanto à possível ligação de *Welzel* com o nacional-socialismo, senão que também apresenta alguns dados que sequer permitem cogitar tal conexão. E isso porque os autores consideram que o protagonismo teórico de *Welzel* somente se manifesta após a Segunda Grande Guerra. *Figueiredo Dias*, por exemplo, inicia a sua análise do finalismo com a seguinte afirmação "Após a tragédia da II Grande Guerra [...]", arrematando: "Welzel determinou os caminhos de toda a dogmática penal durante as décadas que se seguiram ao fim da II Grande Guerra"[7]. Esse hiato temporal, *per se*, ensejaria dúvidas sobre a mencionada simpatia[8] de Welzel com o nacional-socialismo. Mas não é somente isso.

Ainda nesse sentido, isto é, de que a influência de *Welzel* na dogmática se estabeleceu, notadamente, no pós-guerra[9], um dos pontos de inflexão, em 1952, foi o julgamento do BGH (*Bundesgerichtshof*) em que se reconheceu a "teoria da culpabilidade" (*Schuldtheorie*), em oposição à teoria do dolo (*Vorsatztheorie*), separando-se, estritamente, o dolo do conhecimento da ilicitude, na forma como propugnava a teoria finalista[10]. Mas é fato que grande parte dos pilares do sistema welzeliano, como o conceito de ação final e a teoria da

6. Por "pensamento" nos referimos à posição mais abrangente, não necessariamente vinculada à teoria finalista. A produção de Welzel, sobretudo na década de 30 do século passado, tocou, entre outros, em pontos sensíveis, como o direito natural, o positivismo, a filosofia dos valores, os quais se inserem, portanto, nessa terminologia mais ampla. Quando nos referirmos à teoria finalista, o termo deve ser compreendido em sentido restritivo.

7. DIAS, 2019, p. 285-286. É o que se infere também em L. Greco: "O finalismo, a teoria que dominou o debate (mas nunca as opiniões) nos anos posteriores à Segunda Guerra Mundial [...]." GRECO, 2014, p. 24. Igualmente, "A doutrina finalista aparece nos anos trinta do século passado...expandindo-se com êxito extraordinário depois da Segunda Guerra Mundial". GARCIA-PABLOS DE MOLINA, 2005, p. 669.

8. Ainda que se possa cogitar de tal simpatia, em termos de posição política pessoal, o que nos interessa aqui é contrapor as posições dogmáticas de Welzel com o regime nacional-socialista, e não desvendar acerca de seu estado anímico acerca do nazismo, algo irrelevante para o debate.

9. Compare-se: KUBICIEL, 2015, p. 136. Contudo, o Autor assume perspectiva divergente, defendendo que, já a partir de 1930, *Welzel* passa, gradualmente, a ocupar posição de destaque na ciência penal, alcançando, em 1937, o status de uma das principais cabeças da dogmática alemã. KUBICIEL, 2015, p. 138.

10. BGHSt 2, 194, p. 209 e ss., ainda que sem referência expressa ao nome de *Welzel*. Sobre isso: LOOS, 2004, p. 1115.

culpabilidade, foram desenvolvidos já entre as décadas de 30 e 40 do século passado, no apogeu do regime nacional-socialista.

Argumenta-se, agora do ponto de vista material, que as contribuições da teoria finalista, que possui uma raiz aristotélica, foram desenvolvidas, em especial, com o fito de limitar a normatividade por meio da *natureza das coisas*, leis do ser, as quais, uma vez assumidas pelo legislador, não poderiam ser modificadas[11]. Como poderia uma tal estrutura teórica, construída para limitar o conteúdo das normas à luz da realidade, isto é, limitar o poder do Estado por meio da natureza das coisas, contribuir juridicamente para o desastre da II Guerra Mundial? Fazemos essa indagação, em caráter retórico, isto é, não em razão de sua relevância científica ou analítica, senão para explicitar a ausência de sentido de se insinuar tal conexão, indicada por aqueles que visualizam vínculos diretos entre ontologismo e autoritarismo (infra, 3).

Por outro lado, como teremos oportunidade de ressaltar abaixo (n. 3), o sistema de imputação de Welzel expressa o inevitável retorno às ideias da ilustração. O autor julgava um absurdo imputar consequências jurídicas a uma pessoa tão somente em razão da causação de determinado resultado, isto é, sem a intervenção do conhecimento, tampouco da vontade; esse modelo de imputação, como é possível intuir, está na raiz dos sistemas autoritários, da censura pelo resultado. Por isso, a ação, espinha dorsal da imputação, somente possui relevância jurídica quando se produz por meio de uma vontade que determina o curso causal. Observada assim, ressalta *Alberto Donna*, a teoria de Welzel é um retorno à teoria da imputação à liberdade[12]. E mais, conclui o autor, vê-se que a ação, no sentido proposto por Welzel, "é um retorno à ideia essencial da ilustração de imputar à liberdade do sujeito, como resposta à imputação objetiva da irracionalidade do sistema do nacional-socialismo"[13].

Não somos ingênuos a ponto de ignorar que são identificáveis tópicos considerados "antiliberais" na teoria penal[14] de *Welzel*, que poderiam, como de fato foram, ser utilizados pelo "Regime" no sentido de se conferir uma sustentação teórico-dogmática a iniciativas político-legislativas autoritárias[15]. Por outro lado, o pensamento essencialmente ontologista (no plano da teoria da ação final), e marcadamente ético (no que toca à missão do Direito Penal), como também antropológico, tanto poderia ser um servo de um regime

11. DIAS, 2019, p. 285.

12. ALBERTO DONNA, 2005, p. 86.

13. ALBERTO DONNA, 2005, p. 90.

14. Aqui, como se viu, não nos referimos apenas à teoria finalista, mas também aos textos de relevo de Welzel, sobretudo os reunidos na coletânea "Abhandlungen zum Strafrecht und Rechtsphilosophie", os quais serão analisados em seus aspectos mais relevantes para este artigo.

15. Parte da irracionalidade foi levada adiante pela Escola de Kiel, que guarda com um finalismo a coincidência temporal, algumas premissas filosóficas e mesmo repercussões no sistema penal. Entretanto, nas palavras da literatura científica, essas Escolas devem ser *drasticamente diferenciadas* (cf. abaixo n. 4). Assim, GARCIA-PABLOS DE MOLINA, 2005, p. 674.

ditatorial, como de um projeto democrático, em face, ou bem dos valores defendidos, ou bem de uma certa neutralidade valorativa (no que toca às denominadas estruturas "lógico-reais"[16]). Ressalvas feitas, vamos aos argumentos de vinculação.

Como antecipamos, há autores que sustentam a relação de *Welzel* com o regime nazi. Antes de entrar propriamente nas filigranas da sua construção teórica, essa parcela da literatura considera que é possível adscrever *Welzel* ao nacional-socialismo em razão de alguns fatos[17]: primeiro, em 1937, em Eisenach, participou como expositor no encontro organizado pela NS – *Rechtswahrerbund*, oportunidade na qual falou a honra da comunidade ("*Über die Ehre von Gemeinschaften*")[18], temática de extrema importância para o regime nazi.[19]

Welzel também é mencionado como bom exemplo, ao lado de Mezger, de jurista que assentiu com a cláusula da analogia como fonte de criação do direito penal.[20] Afirma-se, categoricamente, que Welzel não apenas atribuía grande significado às investigações sobre eugenia e a raça, senão também que "*otorgó su aprobación 'científica'a la disolución de la garantía del principio de legalidad para aplicar el derecho penal con fines políticos*"[21]. Que se segue da seguinte afirmação, essa mais severa: Welzel aprovou, categoricamente, a:

> "[...] *introducción de la cláusula de aplicación analógica del derecho penal conforme 'al sano sentimiento del pueblo alemán', introducida por el régimen Nazi en el § 2 del entonces vigente StGB, pues ella permitiría aplicar el Derecho penal, sin limitaciones positivas, a quienes infringieran su 'contenido material', esto es, 'los valores de acto de la recta conciencia que se encuentran detrás de las normas del Derecho penal', entre los cuales menciona, en primer lugar, 'la fidelidad al pueblo, al Reich, a la Führung' y 'la obediencia al poder estatal'*."[22]

Feitos esses breves delineamentos, passaremos, agora, à análise dos elementos concretos que possuem maior relevo para o debate.

16. Explicativo sobre isso, com múltiplas referências: STICHT, 2000, p. 37-48.
17. Descrição em VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, 2019, p. 191.
18. WELZEL, 1938, v. 57, p. 28.
19. Cf. ainda STICHT, 2000, p. 122 e ss.
20. MATUS ACUÑA, 2014, p. 622, nota de rodapé n. 1.
21. Idem.
22. MATUS ACUÑA, 2014, p. 622, nota de rodapé n. 1.

3. A teoria da ação final: ontologismo neutro?

A teoria finalista de Welzel é, sobretudo, uma teoria realista[23]. Um dos principais pontos de ruptura com a "escola clássica" e o "causalismo", bem assim com o neokantismo e a sua separação entre os planos do "ser" e "dever ser", sem espaço para dúvidas, foi a "teoria da ação final". A ação deixa de ser compreendida como simplório processo causal, como mera causação de um resultado, e passa a ser concebida como direção final de processos causais, na medida em que a vontade antecipa o objetivo, escolhe os meios para seu alcance e se planeja para tal[24]. Por poucas palavras, a ação é "o exercício de uma atividade final"[25] ("*Ausübung der Zwecktätigkeit*"). É fácil perceber, portanto, que a concepção final da ação está assentada na intuição segundo a qual *os seres humanos têm finalidades*[26]; daí se dizia, em tom jocoso, que a causalidade é dos mortos e finalidade dos vivos[27] ou, no sentido plástico descrito pelo próprio *Welzel*, que a causalidade é cega e a finalidade é vidente[28]. Vamos nos deter um pouco nessas considerações.

O conceito de ação, enquanto categoria do ser e como verdade ontológica, precede ao legislador[29] e o vincula, caso esse queira dela se valer[30]. Em outras palavras, isso significa que o sujeito cognoscente não altera o objeto conhecido: se o direito recorre ao ente, o direito tem que respeitar o "ser" desse ente (a sua estrutura lógico-real). Para colocar a ideia em um plano de compreensão mais evidente: um cachorro sempre será um cachorro, ainda que o legislador o chame de gato; por isso, o cachorro nunca ronronará.

Uma evidente implicação desse modo de compreensão, no âmbito da moldura de uma teoria do Estado, é, sem dúvida, que o legislador não é um ser onipotente, que pode tudo. Isso, naturalmente, pavimenta o caminho para a transição de um Estado de Direito meramente formal para o Estado de Direito *material*[31]: a normatividade está limitada pela estrutura ôntica do ente ou, o que é o mesmo com outras palavras, "qualquer valoração que desrespeite a lógica da coisa será, forçosamente, errônea"[32]. A convicção do finalismo, portando, se dirige no sentido de que o direito, em especial a dogmática penal, deve ter como

23. WELZEL, 1975, p. 106, a respeito das estruturas ônticas, como parte da vida real.

24. WELZEL, 1975, p. 77 e 108 e ss.

25. WELZEL, 1969, p. 33 (sem destaque no original).

26. Sobre se é possível encontrar algum nível de finalidade também nos animais, fato que colocaria em xeque a premissa de Welzel, cf. PORTMANN, 1956.

27. BAUMANN, 2016, p. 173.

28. WELZEL, 1961, p. 1.

29. WELZEL, 1931, p. 708.

30. Cf. WELZEL, 1953, p. 4.

31. Não ignoramos toda a discussão em torno do termo Estado de Direito. Aqui, consideramos que o núcleo do conceito é constituído pela ideia de liberdade do cidadão. Cf. NOVAIS, 2013, p. 25.

32. Cf. GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 32, 2000. p. 125.

objeto aquilo que é permanente e pré-jurídico, o que se convencionou chamar de estruturas lógico-reais ou lógico-objetivas[33]. Essas, que preexistem à intervenção do direito, já possuem uma dimensão de sentido que não pode ser alterada pelo legislador.

A primeira, e quiçá mais importante, dessas estruturas lógico-reais, cuja lógica o direito deve respeitar, é a já mencionada natureza final do atuar humano[34]. Se o legislador quiser regular a ação humana, não pode ignorar a sua dimensão pré-jurídica. Disso será também derivado o conceito de ilícito pessoal[35], com a "subjetivização" do ilícito[36]: o ilícito penal nunca consiste na simples lesão objetiva do bem jurídico (desvalor de resultado), mas sim se traduz em um ato social-eticamente intolerável (desvalor de ação)[37], que tem na intencionalidade o seu ponto arquimédico.

Ainda no que se refere à interpretação da intenção, *Welzel* ressaltava que a *finalidade* é uma categoria objetiva, e que o conteúdo de sentido social é codeterminado pela vontade da ação final, mas não de modo exclusivo. De toda sorte, no que toca à vontade da ação, *Welzel* mantém a compreensão de que se trata de algo puramente psicológico, um fenômeno mental que não pode ser definido[38].

A intencionalidade, posteriormente substituída pela expressão "finalidade", pertencente ao ilícito pessoal, consiste na "singular posição da vontade na estrutura do mundo, de transformar o evento cego [...] em um acontecimento vidente, ou seja, sobredeterminar o nexo causal de modo final"[39].

Uma vez que a finalidade refere-se à capacidade da vontade de, em determinada extensão, prever o resultado da intervenção causal e, assim, planejadamente, controlá-la para o alcance do objetivo, a vontade controladora do evento causal, consciente do objetivo, é a espinha dorsal da ação final"[40].

Veja-se aqui uma questão interessante: assim compreendida a finalidade, nota-se claramente a consequência que é derivada para o legislador. Esse está livre para eleger as ações

33. Vejam-se: STICHT, 2000, p. 45; e WELZEL, 1975, p. 244. Criticamente, sobre a problemática da não vinculação do legislador, caso este opte por não considerar as estruturas lógico-objetivas, desconsiderando-as por completo, e tomando a culpabilidade como exemplo: KAUFMANN, 1976, p. 29-32.

34. Ao lado dessa, em nível de relevância, estaria a estrutura da culpabilidade como "poder atuar de modo diferente". Assim, SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. Aproximación al derecho penal contemporâneo. Barcelona: Bosch, 1992, p. 60. Também, GARCIA-PABLOS DE MOLINA, 2005, p. 670. Com efeito, junto da ação, Welzel refere-se à categoria da culpabilidade. WELZEL, 1975, p. 107.

35. Não que esta inserção tenha sido novidade. Já então, GRAF zu DOHNA, 1936, p. 22. Exemplificativo: STUCKENBERG, Carl-Friedrich, 2015, p. 91.

36. Sobre isso: MENDES, 2007, p. 375 e ss.

37. Em um paralelo com a perspectiva anglo-saxônica da ação teleológica, e sobre Welzel, veja-se: FLETCHER, 2000, p. 434.

38. WELZEL, 1969, p. 69.

39. WELZEL, 1975, p. 29 e p. 94. Compare-se: STUCKENBERG, Carl-Friedrich, 2015, p. 89.

40. WELZEL, 1969, p. 34.

penalmente relevantes, mas, uma vez eleitas, não pode ignorar que essas são sempre finais. Nas palavras de Welzel, o legislador poderia autorizar ou proibir o aborto, mas não mandar as mulheres acelerarem a gravidez ou que aos seis meses deem luz a crianças saudáveis[41]. Ao fim e ao cabo, isso significa que o direito não pode proibir meras causações, mas somente ações finais; logo, o dolo pertence ao tipo de injusto. A partir desta construção, o dolo e a culpa são transferidos ao ilícito pessoal, com o dolo sendo equiparado à própria vontade final de realização (*Verwircklikungswille*)[42]. Há dois aspectos aqui, de especial interesse para este breve trabalho.

O primeiro consiste na crítica de *Welzel* ao positivismo (naturalista) e ao conceito causalista de ação, fundado nessa corrente filosófica, no sentido de que há um completo esvaziamento do conceito de ação, que perde sua "essência" e é transformado num "fantasma sem sangue"[43].

O segundo corresponde ao entendimento da ação como um conceito pré-jurídico, de base ontológica e neutra[44], cujo vínculo com a teoria da ação no campo filosófico será aqui brevemente examinado.

Um primeiro passo de relevo, neste tópico, consiste em tentar situar a teoria finalista no âmbito mais abrangente da denominada filosofia da ação[45]. Não poderemos, por razões de extensão, abordar todas as subdivisões identificáveis na inabarcável literatura da filosofia da ação. Nos ocuparemos, portanto, daquelas que ou bem se conciliam com o conceito de ação final, e das que representam uma possível oposição a ele.

Ainda que sem uma justaposição, é possível estabelecer uma conexão entre a concepção finalista de *Welzel* e a designada teoria "intencionalista-causal", que ainda representa a posição mais difundida, mesmo que sendo alvo de várias objeções[46].

Segundo essa perspectiva (também denominada "intencional-causal"), estados intencionais (ou seus correlatos neuronais) *causam* eventos externos, tais como movimentos corporais[47]. Ou seja, o agente, por intermédio de um "ato de vontade", causa efeitos no mundo exterior, que podem ser explicados conforme a ótica das ciências empíricas. No caso de *Welzel*, se dá a referência específica, primeiramente, ao ato de vontade e, após, à

41. WELZEL, 1961, p. 9.

42. WELZEL, 1975, p. 109.

43. WELZEL, 1975, p. 77 e 107, a ressaltar que este conceito encolhido e oco de ação poderia ser portador de qualquer forma de tipo objetivo.

44. WELZEL, 1949, p. 7.

45. A filosofia da ação, como uma meta-teoria, que surge como disciplina parcial a partir da segunda metade do século XX, ocupa-se, basicamente, com as seguintes questões: 1) o que é uma ação, em termos de sua essência; e 2) o esclarecimento do objeto de conhecimento relacionado com o conceito de ação, decomposto em "intenção", "ato de vontade", "causalidade" etc. A ligação entre a teoria da ação final e este "novo" ramo da filosofia indica-se como algo evidente.

46. "*Causal theory of action*". Veja-se, sobre isso: BURKHARDT, 2015, p. 45 e ss.

47. Assim: FODOR, p. 77; WELZEL, 1975, p. 109.

vontade, como sendo causas de processos conscientes e controlados[48]. Note-se que a qualificação "causal" aqui nada tem a ver com as teorias causalistas, na medida em que o processo volitivo é considerado de modo vinculado a uma expressão de sentido e a um posicionamento do agente perante os seus objetivos (ainda que o plano da valoração se situe na culpabilidade).

A esta compreensão se opõem os adeptos do chamado "intencionalismo anticausalista", como, na filosofia da ação, *v. Wright*[49] e *Elizabeth Anscombe*[50] e, na dogmática, *Urs Kindhäuser*[51], *Georg Flechter*[52] e *Günther Jakobs*[53], entre outros[54]. Cumpre realizar uma breve aproximação entre as vertentes antagônicas, no escopo de clareamento analítico do problema e vinculação com nosso tema.

Como assinalado, para a perspectiva "intencionalista-causal" há, de fato, uma relação de interdependência entre a consciência, a vontade e o comportamento externo, em uma conexão de causa e efeito. Nesse contexto, é possível concluir que o conceito de ação final é *teleológico* – pois se concebe a ação como o exercício da finalidade. Mas não se trata, necessariamente, de uma perspectiva que implique em um teleologismo "não-redutível", ou seja, desvinculado de uma ideia de causalidade. Mesmo porque, para *Welzel*, a causalidade (regida pelas leis empíricas) e a intencionalidade (teleológica) são duas formas qualitativamente distintas de determinação da ordem de acontecimentos, que se justapõem.

Ainda que se parta de uma ideia fundada na experiência cotidiana, sobre a vivência da causalidade mental, como algo inerente a qualquer compreensão racional do ser humano, é de se admitir que nem a teoria "intencionalista-causal", nem a teoria da ação final, conseguem esclarecer, de modo adequado, como se dá esta relação entre o "estado mental intencional" e o acontecimento externo. Mas este não é um déficit específico da teoria da ação final; antes o problema se encontra insolúvel no seio da própria filosofia da ação[55].

Já conforme a perspectiva da(s) teoria(s) comunicativa(s) da ação, uma vertente do denominado "intencionalismo não-causalista", intenções e ações devem ser esclarecidas como puros conceitos semânticos ou lógicos[56]. Não se deve questionar, de início, a intenção

48. WELZEL, 1939, p. 503. Explicativo: BURKHARDT, 2015, p. 26.

49. WRIGHT, V. *Explanation and understanding*. New York: Routledge, 2012. p. 6 e p. 83.

50. ANSCOMBE, Elizabeth. *Intention*. 2. ed. Cambridge: Harvard University Press, 1965. p. 7, no sentido de que "ação intencional" é a que se submete à "pergunta sobre o porquê".

51. Sobre as críticas à perspectiva do "ato de vontade" (*Willensakte*), e da causalidade da vontade, veja-se: *Intentionale Handlung*, 1980, p. 96-97 "*Resumidamente pode-se dizer que a ligação do homem como sujeito com seu comportamento não pode ser formulada como causal*".

52. FLETCHER, Georg. *Rethinking criminal law*. Oxford: Oxford University Press, 2000. p. 436.

53. JAKOBS, Günther. *Der strafrechtliche Handlungsbegriff*: Kleine Studie. München: Beck, 1992. p. 27.

54. Explicativo: BURKHARDT, 2015, p. 24.

55. Veja-se: BURKHARDT, 2015, p. 46.

56. Explicativamente: Idem.

do autor, mas sim como o observador compreende sua atuação, segundo parâmetros da linguagem, que são indisponíveis e objetivos.

Essas concepções comunicativas, ou "não-causais", classificam-se como normativas porque transmudam a ação, de um objeto de valoração, para a valoração de um objeto[57]. A ação consistiria, então, no significado social de uma conduta; não mais no substrato de um significado (= o portador de um significado), mas sim no significado de um substrato[58]. Daí que, em um sentido restrito, a ação não existe como fenômeno natural. A ação, como puro construto interpretativo, não se pode entender como acontecimento objetivo, mas sim como uma entidade semanticamente impregnada, como algo interpretativamente compreensível. Apenas a interpretação permite que um simples movimento corporal se caracterize como ação.

Nesse sentido, para *Jakobs*, é a posição comunicativamente relevante, ou a expressão de sentido comunicativamente relevante, quem constitui a ação[59]. Em um sentido próximo, também na dogmática, *Kindhäuser* sustenta que a expressão de fundamentos, motivos, intenções, e objetivos da ação é representada por um caráter lógico distinto da linguagem aplicada para a descrição e esclarecimento de eventos contingentes[60] (empíricos).

Por sua vez, *Roxin* observa que o conceito finalista é insuficiente exatamente porque há conteúdos de significação social que não se podem entender como simples controle de fatores causais e porque a própria finalidade é valorada[61], o que demonstra a inaptidão de um conceito ontológico para solucionar problemas jurídicos[62].

A objeção principal que se faz a *Welzel*, logo se vê, é a de que não se ocupou concreta e suficientemente das condições de constituição do sentido, ou seja, de que não teria tomado em consideração que "expressão de sentido" somente pode ser designável como processo comunicativo[63], de entendimento intersubjetivo. Ao invés de conectar a ação como parte da sociedade, a compreensão welzeliana seria, assim, "quase-individual-antropológica"[64]. Neste contexto, *Fletcher* sustenta que:

57. Explicativamente: Idem.

58. Veja-se, por exemplo: VIVES-ANTÓN, 2011, p. 154: *"uma tomada de postura ou expressão de sentido somente pode entender-se como processo comunicativo, no que não somente é relevante o horizonte de quem se expressa, mas também o do receptor".* Veja-se ainda, VIVES-ANTÓN, 2011, p. 212 e p. 220.

59. JAKOBS, 1992, p. 24 e p. 27. Explicativo: BURKHARDT, 2015, p. 31.

60. KINDHÄUSER, 2011, p. 57 e ss.

61. Como na ação final de "fraudar" no estelionato. Vejam-se: ROXIN; GRECO, 2020, p. 345, com a crítica kantiana no sentido de que do ser não se pode derivar o dever.

62. Proximamente: VIVES-ANTÓN, 2011, p. 130. Para o autor, se alguém, com a "finalidade subjetiva" de injuriar, profere palavras sem sentido objetivo injurioso, não realiza uma "ação de injuriar", pois esta ação depende do significado.

63. Assim: BURKHARDT, 2015, p. 31.

64. Idem.

> "[…] the difference between bodily movements and human acts is that when someone is acting we can perceive a purpose in what he or she is doing. What we perceive when we grasp that someone is acting is not a manifestation of the will, but the assertion of a particular purpose."[65]

Mas, note-se bem, *Welzel* também concebia a ação como "expressão de sentido" e como fenômeno social[66], não havendo qualquer "abismo" entre tais perspectivas[67].

O próprio *Fletcher*, retromencionado, não deixa de assinalar a aproximação entre a concepção welzeliana com a filosofia da linguagem, designadamente com *Wittgenstein*, ao reconhecer que "*the most appealing aspect of Welzel's theory of acting is that it overcomes the false dichotomy between acting and intending that pervades theoretical work in the criminal law*"[68].

Para os propósitos deste breve texto não há razão para verticalizarmos a discussão filosófica, mas sim cumpre tentar compreender se uma perspectiva "essencialista" ou ontológica contém, em si, algum dado político-ideológico, ou, ao menos, "potencialmente" ideológico, que indicie um vínculo do sistema welzeliano com o regime nacional-socialista.

Há mesmo algumas associações – que se apresentam, ao nosso aviso, de todo injustificáveis – entre "ontologismo" – "autoritarismo"[69] e, ao inverso, entre perspectivas de corte "comunicativo" e "democracia"[70], como se os modelos filosóficos, com raízes milenares (a

65. FLETCHER, 2000, p. 436.

66. WELZEL, 1939, p. 503.

67. O que é reconhecido por *Jakobs,* por exemplo. JAKOBS, 1992, p. 24.

68. FLETCHER*,* 2000*,* p. 437-438.

69. Chega a ser curiosa a construção de *Matus Acuña*, ao apontar que *Hartmann* seria "nazista" e que, por isso, o vínculo ao pensamento do autor, para a fundamentação da teoria da ação final, estaria contaminado pelos mesmos valores antiliberais. MATUS ACUÑA, 2014, p. 626. A conclusão é tão desconcertante que inviabiliza a articulação de quaisquer objeções. De todo modo, cumpre aludir, para evitar mal-entendidos, sobre a influência de *Hartmann* na dogmática penal, ao texto de AUSBERG, 2003, p. 53-74, em que não se encontra qualquer referência da apontada vinculação ao nacional-socialismo. Na literatura portuguesa, veja-se, ainda, sobre o tema: MENDES, 2007, p. 373, a ressaltar o vínculo aos planos da ontologia e do conceito de ação final. MENDES, 2007, p. 375, especialmente nota 821.

70. É o caso, na literatura brasileira, de *Busato*, que sustenta que as "estruturas lógico-objetivas" possuem conexão com a ideia da "natureza das coisas", empregada pelo nacional-socialismo para justificar, por exemplo, a superioridade de raça. Para o Autor, a "qualidade técnica duvidosa dos textos de Welzel" foi um dos motivos da difusão do finalismo em sua discussão com o neokantismo (?!). O outro motivo teria sido a "cortina de fumaça dogmática" levantada por *Mezger* e difundida por *Welzel*, para fins de "ocultar relações passadas com o regime autoritário nazista". Com toda a franqueza, ao que parece o autor pretendia se referir a outras estruturas, que não as lógico-objetivas. Apontar – como o fez Welzel, no início da década de 1930 – a vontade humana como fator de regulação, com sentido, do curso causal, e estabelecer que somente assim aquilo que foi realizado pode ser considerado "obra do agente", são considerações que permitem explicar o porquê de se tornar, ou

alcançar, no que aqui interessa, *Aristóteles*, v.g., no que toca à razão prática, que se encontra no alicerce mesmo do finalismo) ou ao menos seculares (no que toca à filosofia tomista e de *Pufendorf*[71], por exemplo, no aspecto ético), pudessem ser lidos em uma chave tão pouco rigorosa.

Como visto, a teoria da ação final se insere em um quadrante amplamente defendido na filosofia da ação[72] (das teorias teleológicas ou intencionalistas), inclusive contemporaneamente. Enquanto pensamento filosófico-ontológico e, neste particular, "a-valorativo", não há espaço para um enquadramento político-ideológico exato. Para além disso, nunca é demais sublinhar, a radicalização das teorias comunicativas e do próprio normativismo pode conduzir, no campo do Direito Penal, a uma desconexão entre o destinatário da norma e o responsável pelo juízo[73].

O que há de um mínimo de ideologia consiste na contraposição da teoria finalista em face da teoria causal no que concerne, precisamente, ao (insolúvel) problema do determinismo x liberdade. Um dos objetivos atribuídos a *Welzel*, com a perspectiva finalista, foi o de, precisamente, reforçar que um sistema de responsabilidade penal não pode se assentar em uma concepção "causal-determinista", pressupondo, antes, a liberdade pessoal para que a responsabilidade seja legitimável[74].

Concluindo: não é neste quadrante – se é que seja mesmo em algum – que se pode demonstrar um vínculo direto ou indireto entre o finalismo e o nacional-socialismo.

4. Sobre as críticas à teoria do bem jurídico e sobre a missão do Direito Penal

É importante começar este tópico pelo fundamento principal de qualquer teoria penal, qual seja, a justificação/fundamentação da pena, de modo associado à "missão" do Direito Penal.

Na concepção de *Welzel*, a perspectiva que acentua a lesão do bem jurídico é uma decorrência do dogma causal, fundado no positivismo naturalista. Segundo *Welzel*, a tarefa do Direito Penal não consiste, primariamente, na proteção do bem jurídico individual, mas

não, alguém responsável por seu fato. Para um regime autoritário, por certo, um conceito vazio de ação, compatível com qualquer descrição típica, teria sido muito mais atraente.

71. WELZEL, 1975, p. 83. Exemplificativo: KUBICIEL, 2015, p. 146.

72. Assim: FLETCHER, 2000, p. 438.

73. Veja-se: KÜPPER,1990, p. 196: "um império autônomo dos valores imuniza-se contra objeções, que vêm de fora"; "uma vez posto em marcha, o normativismo não pode mais ser contido". Op. cit., p. 197-198. Também, sobre isso: HIRSCH, 1982, p. 278 e ss.

74. Neste sentido, precisamente, a análise de FLETCHER, 2000, p. 435.

sim na tutela do valor objeto da norma[75], cuja violação deriva do (des)valor do ato. O aspecto central, portanto, é o valor do ato (*Aktwert*)[76], enquanto um dado histórico-socialmente construído, identificado em uma comunidade de vida concreta, que se torna objeto de proteção pela norma penal.

O valor do ato se vincula, por sua essência, ao valor factual/da coisa, este último identificado como "bem jurídico", que é seu pressuposto/objeto de referência. Por meio da proteção do "valor do ato" se protege o bem jurídico como existência factual. A proteção do "valor do ato" tem por objetivo a manutenção da consciência jurídica; já a proteção do bem jurídico tem por escopo a manutenção do bem individual[77].

Pois bem.

Mesmo que a crítica à teoria do bem jurídico tenha se feito presente em autores representativos de um Direito Penal "antiliberal", e por adeptos do nacional-socialismo, como *Dahm* e *Schaffstein*[78] (da denominada "Escola de Kiel"[79]), é reconhecido que os fundamentos de *Welzel*, neste quadrante, eram antes de natureza psicológica e ontológica (com vinculação à vontade final e à intencionalidade[80]) e ético-filosóficos (conectados a uma concepção retributiva da pena), do que político-ideológicos[81].

Ainda no que toca à concepção de *Welzel* neste tópico, uma das objeções que se erguem consiste no formalismo e na insuficiência de conteúdo material[82] de seu conceito de bem jurídico. Mas disso não se pode extrair uma conexão com qualquer regime político específico, como parece óbvio.

---

75. Sobre a pena como postulado da retribuição justa: WELZEL, 1969, p. 238-239. Sobre isso: PAWLIK, 2015, p. 63 e ss., a observar que, contudo, há múltiplos aspectos da teoria penal de Welzel que o aproximam da prevenção geral positiva contemporânea.

76. Cf. WELZEL, 1975, p. 228. Atentemo-nos aqui para algo digno de nota: se o "desvalor do ato" não permite que a eventual "ausência de valor" do bem jurídico individual-concreto afaste a proteção do Direito Penal (pois o que este protege, primariamente, é o "valor do ato" e a consciência jurídica), esta concepção poderia servir como obstáculo para a eliminação de vidas consideradas como destituídas de valor pelo regime nazista (como as de enfermos ou deficientes). Neste sentido, a concepção welzeliana seria antes um estorvo, do que um apoio ao regime nacional-socialista. De todo modo, a advertir sobre a correlação com o aspecto ético do desvalor do ato, como uma tendência de materialização das categorias: VOGEL, 2003, p. 646.

77. WELZEL, 1975, p. 228.

78. Para o pensamento nacional-socialista a ideia do delito como violação do bem jurídico seria excessivamente individualista. Vejam-se, por exemplo, a respeito das críticas ao individualismo: SCHAFFSTEIN, 1935, p. 108. DAHM, 1938, p. 230 e ss.

79. Sobre a Escola de Kiel, e sobre a necessidade de aprofundamento das pesquisas acerca do período: MENDES, 2007, p. 374.

80. KUBICIEL, 2015, p. 139.

81. Sobre isso, veja-se: STOPP, 2018, p. 59. Em sentido contrário, a postular uma vinculação mais estreita entre *Welzel* e a "Escola de Kiel", mas, ao nosso aviso, equivocadamente e sem fundamentos convincentes: MATUS ACUÑA, 2014, p. 622 e ss.

82. Veja-se: AMELUNG, 1978, p. 173.

Quanto à missão do Direito Penal, assinalava *Welzel* no prefácio da primeira edição do seu Manual (*Das deutsche Strafrecht*) que essa consiste na proteção dos valores elementares da vida comunitária[83]. Concretizando: a tarefa primária do Direito Penal, para *Welzel*, é a de assegurar a permanente consciência leal do cidadão ao Direito[84] ou, por outros termos, a vigência do valor do ato.[85]

A necessidade de o indivíduo buscar, responsavelmente, sua autorrealização, no âmbito dos fins e objetivos da vida comunitária, não se deve confundir, porém, com uma "ética coletivista"[86], em que a "comunidade é tudo, e o indivíduo nada", conforme *Welze*l acentuou no artigo "Über die Ethischen Grundlagen der Sozialen Ordnung"[87], ainda que em 1947. Alguns anos após, no texto *Naturrecht und Rechtspositivismus*, *Welzel* chamava a atenção para o caráter intocável da autonomia, no sentido de que esta consiste na capacidade essencial do ser humano, de avaliar, segundo o próprio juízo, acerca das exigências morais[88].

Não é preciso excessivo esforço para se conceber que essa defesa da autonomia individual e as objeções às perspectivas coletivistas, no pensamento welzeliano, não são compatíveis com a ideologia nacional-socialista.

Já no tocante à teoria da pena, nada obstante *Welzel* tenha explicitado a defesa da teoria retributiva, não é difícil constatar vários aspectos, em seu pensamento, que mais se aproximam das contemporâneas teorias da prevenção geral positiva[89], de corte funcionalista. A própria ideia do exercício e fortalecimento da consciência leal ao Direito, como forma de estabilização normativa e proteção mediata de bens jurídicos consiste no núcleo duro das teorias preventivas positivas, nos moldes, por exemplo, de *Roxin*[90].

Distintamente do que se aplica à pena, a concepção de *Welzel* no que toca às medidas de segurança realmente se aproxima, perigosamente, da teoria preventiva especial de *v. Liszt*, notadamente no que concerne à extensão de sua aplicação. No conceito amplo de "*Zustandsverbrecher*", *Welzel* incluía os mendigos, prostitutas e "vagabundos" no que toca à criminalidade "leve", e outros como "criminosos habituais" se vinculavam à "criminalidade grave". Segundo *Welzel*, para todas essas pessoas, que não possuiriam qualquer formação ética, o Direito Penal "próprio" não basta: a pena retributiva, limitada pela culpabilidade,

83. WELZEL, 1940, p. 1. O que se manteve até a última edição (11. Aufl.), p. 1 e 4.

84. WELZEL, 1975, p. 263. Explicativo: PAWLIK, 2015, p. 50. Também, sobre a proteção mediata de bens jurídicos na concepção welzeliana: AMELUNG, 1978, p. 167.

85. Idem.

86. Sobre esta característica no pensamento nacional-socialista: VOGEL, 2003, p. 656.

87. In: WELZEL, 1975, p. 241 e ss. Também: WELZEL, 1969, p. 244. Compare-se: PAWLIK, 2015, p. 51.

88. WELZEL, 1975, p. 286 e ss. A primeira publicação se deu no âmbito do *Festschrift für H. Niedemeyer*, em 1953.

89. Veja-se, explicativo: PAWLIK, 2015, p. 59, a observar que *Welzel*, nada obstante, fosse um crítico das teorias preventivas. FRISCH, 2015, p. 219-220. Veja-se: WELZEL,1969, p. 5.

90. Assim: ROXIN, 1979, p. 279. FRISTER, 2015, p. 26. Na doutrina portuguesa, sobre a teoria preventiva geral positiva, veja-se: TAIPA DE CARVALHO, 2003, p. 317 e ss. FRISTER, 2015, p. 26.

não se faz suficiente para neutralizar a periculosidade do agente, sendo necessária uma medida destinada à neutralização e "melhora" (cura, formação etc.). Essa medida, ela sim, é completamente voltada para a proteção (imediata) de bens jurídicos[91], mas não se pode, advertia *Welzel*, descurar de um tratamento ético do afetado, ao qual deve ser oferecido tratamento e formação.

O mais problemático da concepção de *Welzel*, quanto às medidas de segurança, não se reflete na necessidade dessas em complemento/alternativa à pena (o que é reconhecido pela generalidade da doutrina contemporânea como algo legítimo[92]), para fins de lida com os inimputáveis (assim os definidos em lei, por força de incapacidade psíquica), mas sim a extensão indevida do polo passivo, para muito além dos últimos[93]. Com efeito, uma desmedida amplitude e fluidez do objeto de referência faz com que a medida de segurança possa ser instrumentalizada por regimes autoritários contra todos os potenciais "inimigos" e "antissociais".

De qualquer sorte, o que se nota é que *Welzel* alertava para o risco de uma consideração puramente utilitarista, mesmo das medidas de segurança, e exigia uma justificação ética de sua aplicação em relação ao afetado[94]. Essa justificação se extraía de um pensamento ético-social que, sinteticamente, consistia em: a) todo aquele que participa da vida comunitária, precisa se deixar orientar pelas normas da comunidade; b) a liberdade externa se justifica a partir da posse de uma condição interna de autodeterminação moral; c) somente aquele que possui tal capacidade (de autodeterminação moral) pode pretender a liberdade completa. Assim, aqueles que não podem ser "alcançados" pela influência do Direito Penal, como os doentes mentais, os criminosos habituais, os toxicômanos, devem ser submetidos à medida de segurança, destinada não apenas à neutralização, como também à "melhora", à cura, à formação e ao cuidado[95]. Note-se que esta posição foi mantida, em essência, por Welzel, até a última edição de seu *Manual*[96], duas décadas e meia após o término da Segunda Guerra, o que indica, objetivamente, que se trata de uma concepção – criticável – acerca de seu modelo teórico, e não de um instrumento preconcebido para fins políticos de determinado regime. E o mau uso de uma teoria é algo a que teoria alguma está imune.

Em síntese: no que se refere especificamente ao instituto da pena, a teoria do bem jurídico – no sentido de que a tarefa primária do Direito Penal seja a proteção dos bens jurídicos – é rejeitada por *Welzel*; já no que se refere às medidas de segurança, ao contrário, *Welzel* considera que sua função imediata é, de fato, a proteção de bens jurídicos. Nem em um caso nem em outro é possível ajuizar, de modo seguro, sobre a matriz ideológica da

91. WELZEL, 1969, p. 8 e p. 244.

92. Com referências: FRISTER, 2015, p. 3; FREUND, 2009, p. 13.

93. Sobre essa crítica: PAWLIK, 2015, p. 61.

94. WELZEL, 1969, p. 245.

95. WELZEL,1969, p. 245.

96. WELZEL,1969, p. 8.

concepção welzeliana, afigurando-se temerário pretender partir daqui para uma aproximação do Autor seja à Escola de Kiel, seja ao nacional-socialismo.

5. Teoria da adequação social

A teoria da adequação social foi essencialmente desenvolvida por *Welzel* no artigo *Studien zum System des Strafrechts* (*ZStW* 58 (1939), 491). O núcleo da teoria, que atinge desde logo a tipicidade, consiste em excluir do espectro do tipo objetivo ações que, embora formalmente subsumíveis à lei e que impliquem algum risco para bens protegidos, sejam socialmente adequadas, em termos dos valores da comunidade concreta, historicamente situada[97].

Um dos exemplos, aplicado ao tempo de guerra, consiste nos homicídios praticados no *front*, que não seriam, em tal concepção, apenas "justificados", mas sim, desde logo, atípicos[98]. O pensamento central é o de que "o tipo objetivo como pré-tipificação do ilícito penal" nunca poderia descrever uma ação socialmente adequada[99].

Convém anotar que a teoria da adequação social ainda encontra repercussão[100], nada obstante a posição de *Welzel* tenha oscilado entre abandono (para considerar a exclusão da responsabilidade ao plano da ilicitude[101]) e retomada[102], com múltiplas alterações[103]. Para o que interessa aqui mais de perto, é preciso tematizar os riscos que a categoria representa, ou representou, de uma indevida politização do Direito Penal.

Não há dúvidas de que uma interpretação elástica permite que a teoria da adequação social se instrumentalize para excluir do campo de incidência dos tipos inúmeros comportamentos por motivos de política criminal, por "razões de Estado" e com fundamentos ideológicos. Há, inescapavelmente, esse risco, o que poderia, à época do nacional-socialismo, permitir a impunidade de múltiplas violações praticadas em "nome do regime".

97. Explicativamente: ROXIN; GRECO, 2020, p. 395, em seguida, a reconhecerem que a adequação social atinge a tipicidade (p. 396). No sentido da exclusão da tipicidade: JESCHECK; WEIGEND, 1970, p. 633, "redução teleológica do tipo", de modo estreitamente vinculado com a observância do dever de cuidado. ZIPF, 1970, p. 633.

98. WELZEL, 1939, p. 491.

99. Ao ser referirem à função interpretativa do princípio da adequação social: ROXIN; GRECO, 2020, p. 397. Veja-se ainda: DIAS, 2008, p. 792.

100. Com referências: KNAUER, 2014, p. 844 e p. 886.

101. WELZEL, 1954, até 1963. A observarem que essa "neutralização" do tipo foi um esforço de compatibilização com a teoria da ação final e com o correspondente dolo ontológico: ROXIN; GRECO, 2020, p. 392.

102. WELZEL, 1969, p. 55.

103. Explicativamente: ROXIN; GRECO, 2020, p. 395.

Nesse rumo a análise de *Heike Stopp*, ao assinalar que a teoria criou uma ampla margem de ruptura para a aplicação da ideologia nacional-socialista no campo do Direito Penal[104], por força de seu conteúdo indeterminado. Contudo, a Autora reconhece que conceitos indeterminados e cláusulas abertas existem ainda hoje, e que o problema no nacional-socialismo foi a radicalização da materialização[105] do Direito Penal (não debitável, obviamente, a *Welzel*).

Joachim Vogel também advertia para a "materialização do Direito Penal" no período do nacional-socialismo, que viabilizava uma "operacionalização" da lei, sem necessidade de alteração[106], o que se verificaria especialmente no fluido conceito da adequação social[107].

Kai Ambos, por sua vez, reporta-se criticamente ao caráter vago do conceito de adequação social, vinculando-o à excessiva materialização do Direito Penal, típica do nacional-socialismo[108], embora reconhecendo que, na literatura contemporânea, as críticas se relacionam notadamente à indeterminabilidade conceitual[109].

Contudo, por outro lado, há, mesmo hoje, um reconhecimento generalizado de que a teoria da adequação social perseguia um "alvo certo": o de acentuar o conteúdo de ilicitude do tipo (que não é valorativamente neutro) e, consequentemente, excluir comportamentos não abrangidos nesta conexão axiológica do campo da tipicidade. Além disso, reconhece-se que a teoria da adequação social foi um importante precursor da – hoje amplamente aceita – "teoria da imputação objetiva" e do conceito, a ela correlato, de "risco permitido"[110].

Não se pode censurar, portanto, à partida, a categoria dogmática introduzida por *Welzel*, por sua possível aplicação indevida pelo regime nacional-socialista. Este é um risco que também comparte o conceito contemporâneo de "risco permitido". E a renúncia a tais categorias (adequação social, risco permitido) poderia, essa sim, conduzir a uma indevida expansão do Direito Penal, conduzindo a valorar, em outras camadas da estrutura do delito (= tipo subjetivo, antijuridicidade e culpabilidade), comportamentos que já deveriam ter sido lançados fora do espectro da tipicidade. E absolutamente nada se ganharia com isso.

104. STOPP, 2018, p. 57.

105. No sentido de que a materialização já era uma tendência na República de Weimar, e de que o problema foi sua radicalização pelo nacional-socialismo: VOGEL, 2003, p. 651.

106. Idem.

107. VOGEL, 2003, p. 651.

108. AMBOS, 2019, p. 140.

109. Com referências: AMBOS, 2019, p. 141.

110. Assim: ROXIN; GRECO, 2020, p. 399.

Marteleto Filho, Wagner; Viana, Eduardo. Sobre a suposta ligação entre a teoria penal de Hans Welzel e o nacional-socialismo: desfazendo equívocos e retomando o valor da dogmática finalista. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 198. ano 31. p. 145-182. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2023. DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v198i198.457].

6. Teoria do erro: o embate entre as "teorias do dolo e da culpabilidade" e suas consequências em julgamentos de acusados nazistas

A teoria do erro foi intensamente influenciada pelo finalismo welzeliano, seja no campo da literatura seja no âmbito da jurisprudência (notadamente na decisão do BGH, de 1952, que chancelou a designada "teoria da culpabilidade" – BGHSt, 2, 194)[111], na medida em que o dolo foi deslocado para o ilícito típico, o que permitiu um claro delineamento entre o "erro de tipo" e o "erro de proibição".

Um dos pontos nucleares da discussão foi a rejeição da tese, até então prevalente no *Reichsgerichts,* da irrelevância do erro de Direito Penal[112]. O entendimento era, então, no sentido de que o erro extrapenal equiparava-se ao erro sobre as circunstâncias do tipo, excluindo, portanto, o dolo, enquanto o erro "de direito penal" nunca poderia isentar, ainda que inevitável (*error juris nocet*)[113].

Por seu turno, *Welzel* considerava que a necessidade de exclusão da culpabilidade em caso de erro de proibição inevitável (seja ele acerca do direito penal ou extrapenal) consiste em uma "verdade eterna" (*ewige Warheit*), uma "lei fundamental do mundo moral"[114]. Mas, é de se ver, isso não representa, a rigor , uma "categoria lógico-real", e sim um princípio normativo, elevadamente consensual, que não se vincula, necessariamente, ao finalismo[115].

Já a controvérsia entre as "teorias do dolo e da culpabilidade"[116] também se apresentava em outro ponto sensível.

Conforme a "teoria do dolo", a consciência da ilicitude era objeto do dolo, sendo que o "erro de proibição" (*Verbotsirrtum*) conduzia, obrigatoriamente, à exclusão do dolo[117]. Para

111. Comparem-se: NEUMANN, 2015, p. 163, a ressaltar que, em que pese o reconhecimento de tal influência, inclusive ao plano legislativo, questiona-se acerca do vínculo necessário entre a "teoria da culpabilidade" e o finalismo. STERNBERG-LIEBEN; SCHUSTER, Frank, 2014, § 17, n.m.3.

112. RGSt 5, 407 (410) = Urt. v. 01. 02. 1882. O "erro de Direito Penal" tinha por objeto circunstâncias do tipo regulamentadas pela própria lei penal, como o conceito de "documento", por exemplo. Já o erro incidente sobre categorias disciplinadas pela lei civil, como "coisa alheia", era considerado como erro de direito extrapenal, e equiparado ao erro sobre as circunstâncias do tipo, previsto no §59 do StGB (que disciplinava, exclusivamente, o erro sobre o tipo). Compare-se: Com referências: STUCKENBERG, 2015, p. 87 e ss.

113. Explicativamente: ROXIN; GRECO, 2020, §21, n.m.1057 (PÁGINA, AMIGO).

114. Veja-se, primeiramente: WELZEL, 1939, p. 533. Mais desenvolvidamente: WELZEL, 1952, p. 341.

115. Com razão: NEUMANN, 2015, p. 163. Já então: KAUFMANN, 1961, p. 220. *Kaufmann* aponta para a historicidade do princípio da culpabilidade, assinalando que aquele que não reconhece isso é "cego para a história".

116. A classificação foi empregada pelo próprio Welzel, pela primeira vez, em: WELZEL, 1948, p. 369.

117. Como principal referência, veja-se: BINDING, 1916, p. 937.

esta perspectiva, defendida por *Binding*[118], *Mezger*[119], *Adolf Schönke* e *Hoerst Schröder*[120], a essência do delito consiste na rejeição consciente da norma por parte do autor, o que dependeria da consciência, por parte desse, da ilicitude do seu comportamento[121] (=*dolus malus*).

Nessa disputa, *Welzel*, ao invés de uma perspectiva ontológica, assume um posicionamento estritamente axiológico[122], que encontra raízes em Tomás de Aquino (*error invencibilis* x *error vencibilis* como fatores de manutenção ou exclusão da culpabilidade)[123]. Tanto assim é que *Welzel* ressaltava que a consciência da ilicitude não é aquilo pelo que o agente é censurado, mas o fundamento pelo qual o dolo do agente será objeto de censura, ou seja, que em virtude da sua participação na vida social, o agente poderia ter se tornado consciente da ilicitude de seu comportamento[124]. E é essa a razão da censura.

Um dos principais argumentos de *Welzel*, no sentido de que a consciência da ilicitude não é elemento do dolo, e de que, por isso, o "erro de proibição"[125] não atinge a "estrutura final da ação"[126] – que nada mais é do que o equivalente perfeito do dolo – representou uma ruptura com a jurisprudência do *Reichsgerichts*, na medida em que o par conceitual deixou de ser "erro de fato (*error facti*) x erro de direito (*error juris*)" e passou a ser "erro sobre o tipo (*Tatumstandsirrtum*) e erro de proibição (*Verbotsirrtum*)". O erro sobre o tipo poderia, então, ter por objeto circunstâncias elementares descritivas e normativas, conduzindo à exclusão do dolo em todos os casos, fosse evitável ou não, e fosse ele "de Direito Penal ou extrapenal"[127].

Nos termos da "teoria da culpabilidade", a própria culpabilidade não demanda uma representação atual sobre o caráter ilícito do fato[128], no sentido de um juízo refletido, muitas vezes ausente nos delitos de decisão rápida e nos crimes passionais[129].

A "teoria da culpabilidade", se reconhece de modo geral[130], apresenta-se apta a resolver a grande maioria dos casos de erro, sendo certo que recebeu uma influência essencial da teoria finalista. Contudo, há âmbitos em que a solução proposta se afigura controversa,

118. BINDING, 1913, p. 118 e ss.

119. MEZGER, 1949, p. 306.

120. SCHRÖDER, 1956, p. 187

121. Assim: FEUERBACH, 1823, p. 60. KLEINSCHROD, 1805, p. 30-32; p. 54-55.

122. Neste sentido: NEUMANN, 2015, p. 163.

123. *Locus* clássico: WELZEL, 1939, p. 533. Veja-se, sobre isso: KAUFMANN, 1961, p. 220-221. Especificamente: GLÄSER, 2005, p. 80-83.

124. WELZEL, 1969, p. 161.

125. O termo foi empregado por Welzel, primeiramente, em WELZEL, 1939, p. 593.

126. WELZEL, 1975, p. 285.

127. WELZEL, 1947, p. 761. Veja-se: STOPP, 2018, p. 78.

128. WELZEL, 1952, p. 340 e ss.

129. WELZEL, 1961, p. 49.

130. Vejam-se: KÜHL, 2012, p. 431.

notadamente na seara do Direito Penal "secundário", em que não há uma vinculação direta da norma penal com valores nucleares da vida social ou com uma ofensa ao bem jurídico. Nestes setores, há uma tendência em se agir algum nível de consciência da ilicitude ao dolo, em oposição à concepção ontológica e "neutra" de *Welzel*.

Essa abordagem se apresenta relevante no presente texto diante das objeções, e mesmo acusações, no sentido de que um dos objetivos – não confessados – da teoria da culpabilidade foi o de conferir maior flexibilidade no que toca ao afastamento da responsabilidade penal de criminosos nazistas[131]. Com efeito, uma das objeções vai no sentido de que a teoria da culpabilidade acaba por agravar a responsabilidade penal no campo do Direito Penal secundário, e a abrir brechas de punibilidade ao plano do Direito Penal nuclear, como teria se verificado em processos contra criminosos nazistas[132].

Os casos mais correntes, submetidos aos Tribunais alemães, foram os de homicídios em cumprimento a ordens[133] gerais (como a conhecida "Keitel-Himmler-Bormannschen", de execução de civis, de que todos os moradores maiores de 14 anos, de residências que ostentassem bandeiras brancas, deveriam ser mortos), como também a execução de doentes e deficientes físicos, além de milhares de casos de eutanásia.[134]

Conforme sustentava *Welzel*, a teoria da culpabilidade, por manter intocado o dolo do tipo, confere uma solução mais justa e flexível para casos que tais, permitindo uma análise exclusivamente no campo da culpabilidade, com possibilidade de redução da pena, ou mesmo de exclusão da censurabilidade em hipótese de erro inevitável[135].

A questão, contudo, é que o aparente "endurecimento" trazido pela teoria da culpabilidade, em face da manutenção do dolo em casos de erro de proibição, no plano prático conduziu a um tratamento mais "amigável" aos criminosos nazistas, uma vez que a jurisprudência, tanto dos Tribunais de base, como do próprio BGH, se revelou sensivelmente mais tolerante com o erro sobre a ilicitude nas hipóteses de homicídio e eutanásia[136] fundamentados em ordens ilegais, erro esse que era rejeitado de plano pelo Tribunal do Império (sob a égide da teoria do dolo), ao se considerar irrelevante o chamado "erro de direito penal", como já anotamos alhures.

131. Vejam-se as críticas de STOPP, 2018, p. 69 e ss.

132. Confira-se: STOPP, 2018, p. 166 e ss.

133. A alegação de erro sobre a ilicitude foi rejeitada pelo Tribunal de Frankfurt, em um caso de execução de um soldado desertor, uma vez que a ordem foi considerada como contrária ao direito natural, cujo conhecimento não podia ser negado pelo acusado. OLG Freiburg, Urteil 09.02.1950.

134. Com análise de inúmeros julgados do BGH e outros tribunais, veja-se: STOPP, op. cit., p. 122 e ss. De acordo com a autora, o programa nazista de eutanásia provocou a morte de aproximadamente 125.000 pessoas, entre 1940-45. Op. cit., p. 102.

135. Neste sentido, Welzel também censurava as teorias do dolo em face de uma presunção de consciência da ilicitude efetiva, criada para resolver lacunas de punibilidade.

136. Confira-se: KG Berlin, Urt. 24.08.1946, in: DRZ 1947, p. 198. (STOPP, p. 88). No julgado, adotou-se a teoria limitada do dolo, para fins de se considerar irrelevante o erro derivado de cegueira jurídica. No mesmo rumo: OLG Tübingen, Urt. 21.06.1949 (também sobre eutanásia).

Mas o problema que se coloca é: o manejo possivelmente equivocado da teoria da culpabilidade, conduzindo a múltiplas absolvições injustas, permite afirmar que tal teoria foi desenvolvida para este fim? A resposta é negativa. Isso se comprova por vários argumentos. O primeiro é de ordem sistemática: a teoria do dolo, se aplicada a rigor, poderia conduzir ao mesmo problema de absolvições indevidas em situações de erro sobre a ilicitude, na medida em que, embora fincada na parêmia "*error juris nocet*", partia-se da premissa de que o dolo demandava a consciência da ilicitude. Ou seja: a teoria exigia a consciência da ilicitude, mas não levava sua exigência a sério. O segundo é de natureza axiológica: a teoria da culpabilidade permite a manutenção do regime do dolo nos casos de erro de proibição e introduz, corretamente, o princípio da responsabilidade no que se refere à (potencial) consciência da ilicitude, estabelecendo a incumbência, do cidadão, de informar-se sobre as normas vigentes no ordenamento. O terceiro é de ordem empírica: a teoria da culpabilidade prevalece aplicada na maior parte dos sistemas do *civil law*, destacando-se a Alemanha[137], a Espanha[138], Portugal[139] e no Brasil[140], décadas após a superação do regime nazista, e décadas após o esgotamento dos julgamentos afetos aos criminosos do regime. Tudo isso indica que não se pode estabelecer um vínculo direto à teoria, desenvolvida especialmente por Welzel, com o regime nacional-socialista.

Já outras objeções foram opostas à "teoria extremada da culpabilidade"[141], defendida desde sempre por *Welzel*, inclusive no que se refere ao erro sobre os pressupostos factuais das justificantes (*Erlaubnistatbestandsirrtum*)[142]. Neste aspecto, a conexão a um presumível *dolus malus* – em oposição a um *dolus nudus*, acolhido de modo geral por Welzel como sinônimo da vontade final – se apresenta inegável[143]. Mas esta questão não se prende ao objeto do presente texto, e restará apenas indicada no sentido de se destacar uma possível incongruência sistemática.

Por fim, de se observar que o "princípio da responsabilidade", acolhido pela teoria da culpabilidade no que concerne ao erro de proibição, com fundamento na incumbência de todo cidadão de obter as informações necessárias acerca da licitude de seus comportamentos, não se concilia bem com a concepção psicológica/neutra do dolo, notadamente a direcionada ao erro de tipo (em que se acolhe o "princípio epistêmico")[144]. Mas este é um

137. Ao plano normativo: § 17 do *StGB*.

138. Ao plano normativo: art. 14, 3, do CP (Ley Organica 10/1995).

139. Ao plano normativo: art. 17 do CP.

140. Ao plano normativo: art. 21 do CP.

141. Sobre o vínculo com o finalismo e o conceito ontológico de dolo, criticamente: ROXIN, 1973, p. 85.

142. WELZEL, 1969, p. 89.

143. STUCKENBERG, 2015, p. 107.

144. Vejam-se: STUCKENBERG, 2015, p. 106; JAKOBS, 2003, p. 954; MARTELETO FILHO, 2022, p. 205 e ss.

problema que persiste até a atualidade, inclusive *de lege lata*, e não indica qualquer vinculação política específica, senão, também, uma contradição sistemática.

7. Das críticas de *Welzel* ao positivismo e à filosofia dos valores/neokantismo

Na primeira parte de sua conhecida habilitação "*Natruralismus und Wertphilosophie im Strafrecht*", apresentada em 1935, na Universidade de Colônia, *Welzel* ocupa-se, essencialmente, dos "impulsos" dados pelo positivismo naturalista à dogmática penal, e elege, sobretudo, a obra de *V. Liszt* como caso-padrão para tal registro e discussão[145].

Como nota central do positivismo, apontava *Welzel* para o pensamento causal-mecanicista, em que todo evento se submete a uma lei causal-mecânica regular e cega[146]. A sociedade consiste no produto, formado ao acaso, de componentes causais. O Estado é rebaixado em um mecanismo do curso natural, sem qualquer ideologia[147]. O sistema de *Liszt*, neste sentido, estaria vinculado ao pensamento mecanicista causal, a partir do qual todas as categorias eram construídas, com rejeição a todo pensamento metafísico ou ideal[148]. A ação seria, assim, o produto necessário de seus fatores[149].

Contudo, embora *Welzel* fosse crítico do positivismo, também era cético quanto ao direito natural, por considerar que seu conteúdo podia ser manipulado e por duvidar de sua capacidade de generalização[150]. Neste ponto, as considerações centrais foram sobre o modelo da filosofia dos valores neokantiana, da Escola sub-ocidental[151]. Para *Welzel*, o neokantismo, embora tenha combatido o positivismo, não o superou e, notadamente em virtude do cientificismo e do coincidente conceito de realidade, a perspectiva neokantiana tornou-se apenas complementar da positivista[152]. A filosofia dos valores – segundo *Welzel* a interpretava – contrapunha um "mundo valorativo irreal" a um "mundo real do ser", e o

145. WELZEL, 1975, p. 52. STOPP, 2018, p. 19.

146. WELZEL, 1975, p. 54.

147. WELZEL, 1975, p. 38.

148. A pena como prevenção especial; a vinculação teleológica do Direito Penal, no sentido de neutralização de perigos, seja pela via de privação de liberdade por tempo indeterminado para criminosos habituais; a confusão entre pena e medida de segurança; a policialização do Direito Penal, são todas características do modelo de Liszt e da Escola de Marburgo. Sobre o tema: FRISCH, 1982, p. 565 e ss. A este modelo de Direito Penal, obviamente extremamente útil ao regime nazista, se opunha *Welzel* já em 1934.

149. Explicativamente: STOPP, 2018, p. 20.

150. WELZEL, 1975, p. 275 e ss.

151. Os principais representantes da Escola eram *Windelband*, *Rickert* e *Lask*.

152. Em virtude do dualismo entre realidade e valor, o neokantismo apenas teria complementado o positivismo, sem superá-lo. WELZEL, 1975, p. 43. Exemplificativo: STOPP, 2018, p. 21.

Welzel criticava esta forma de "rasgar" os dois âmbitos[153]. A tarefa, portanto, é a de explorar os "valores reais", e de fazer com a que a ciência seja restituída à necessidade da situação histórica, ao invés de se manter vinculada a um mundo de valores irreais.

Em distinção ao positivismo e ao neokantismo, para *Welzel* o "ser" não se constitui em nenhum "material caótico", a ser apenas conformado pela construção conceitual, mas sim, desde o início, traz em si algo como um "ser-verdadeiro", como fundamento de uma determinada ordem[154]. Os conceitos jurídicos, nesse sentido, são descrições de um "ser com sentido" (*sinnhaften Sein*). O ponto de orientação do pensamento consiste na comunidade concreta do povo, com seus valores reais e vivos, que precedem às teorias e os conceitos.[155]

Em outras palavras, *Welzel* era um crítico das duas vertentes pretensamente opostas, e buscou um caminho diverso que permitisse estabelecer limites ao poder do legislador[156]. Esse caminho foi o do ontologismo e das estruturas lógico-objetivas, que foram essenciais para o sistema welzeliano[157].

Ao que aqui mais interessa, cumpre aferir se a habilitação (*Naturalismus und Wertphilosophie*) poderia, ou não, ser enquadrada na denominada "literatura de luta" (*Kampfliteratur*), ou seja, como uma produção ideologicamente comprometida com o regime. O tema é, realmente, controvertido.

Heike Stopp identifica alguns pontos que poderiam apoiar uma conclusão no sentido de tal enquadramento. São eles: a) a ideia de comunidade do povo; b) o significado da mistura racial, apontado como um dos possíveis fatores da queda do império Romano; c) o significado das pesquisas eugênicas e raciais para o Direito Penal; e d) as objeções ao "intelectualismo moderno", cuja prudência/sabedoria científica, econômica e social toma o lugar de todos os vínculos éticos e existenciais de uma comunidade sanguínea[158]. Contudo, a autora considera que seria incorreto classificar a obra como pertencente à "literatura de luta", inclusive porque o próprio nacional-socialismo era impregnado de posições concorrentes no plano da teoria do Direito, e de vertentes filosóficas[159].

---

153. WELZEL, 1975, p. 101-102.

154. WELZEL, 1975, p. 72. Explicativamente: STOPP, op. cit., p. 22. A autora ressalta que a habilitação foi avaliada de modo controvertido, na medida em que alguns Autores a consideraram imprestável para o nacional-socialismo, como Adami, e outros louvaram seu caráter inovador, com potencial para o desenvolvimento do pensamento nacional-socialista, como SCHAFFSTEIN, 1935, p. 27-28.

155. WELZEL, 1975, p. 103-104.

156. Veja-se: KUBICIEL, 2015, p. 8-9. Na literatura portuguesa, sobre o tema: DIAS, 2012, p. 244 e ss. E sobre a pretensão de indisponibilidade do ontologismo finalista, em sentido crítico: MOURA, 2015, p. 39, a assinalar que o finalismo nunca conseguiu estabelecer limites rígidos à disponibilidade do conteúdo das regulações jurídicas. Ainda: FRISCH, 2015, p. 224-225. Frisch objeta, especificamente, que o modelo desconsidera as ponderações normativas, essenciais à construção dos conceitos normativos. Op. cit., p. 226.

157. Veja-se: MENDES, 2007, p. 374.

158. STOP, 2018, p. 23.

159. Idem.

É certo que o pensamento comunitarista, da comunidade do povo como algo essencial, presente no pensamento de *Welzel*, encontra ressonância no nacional-socialismo[160]. Contudo, colocar destaque no vínculo do indivíduo à comunidade não identifica, *per se*, o pensamento como nacional-socialista; para isso seria preciso que o indivíduo fosse dissolvido na comunidade do povo, em um total desamparo, o que não se verifica no sistema penal welzeliano, nem mesmo em seus textos iniciais[161] (entre 1930-1944).

Apenas a radicalização ou exagero dessas posições é que permitiriam identificar a presença de um pensamento nacional-socialista[162]. O "completo comprometimento do indivíduo para a comunidade do povo" registra, de fato, a essência da ideologia nacional-socialista. Conforme aponta *Kubiciel*, essa radicalização não se lê em ponto algum da habilitação de *Welzel*, muito mais focada em uma crítica aos sistemas filosóficos em que se baseou a revolução francesa[163].

Para concluir: a habilitação possui pretensões dogmáticas e filosóficas, mas não pode se enquadrar na "literatura de luta"[164]. Há aspectos potencialmente manuseáveis por regimes autoritários e coincidentes com perspectivas do nacional-socialismo. Contudo, as críticas ao positivismo e ao direito natural, como também à filosofia dos valores, não demonstram a pertença à perspectiva nazi, afigurando-se, antes, de raiz epistêmica, ontológica, antropológica e filosófica, em conexão com o espírito do tempo[165]. Nas palavras de *Kubiciel*, a partir da análise das resenhas da época: "se Welzel tivesse querido produzir um 'escrito de luta', seria preciso julgar sua tentativa como falhada"[166].

8. A analogia e o nacional-socialismo

Não é nenhuma novidade que o princípio da legalidade, herança do período ilustrado[167], é uma das colunas fundamentais nos ordenamentos jurídicos do mundo ocidental porque representa anteparo a serviço do cidadão contra a força do Estado. Portanto, parece legítimo cogitar que qualquer construção teórica que coloque em xeque o princípio da legalidade expressa, na sua raiz, no mínimo, um perigoso indício de negação do direito penal

160. Compare-se: STOP, 2018, p. 25.

161. Veja-se: KUBICIEL, 2015, p. 146 e ss.

162. Corretamente: KUBICIEL, 2015, p. 146.

163. Compare-se: KUBICIEL, 2015, p. 147.

164. Como aqui: STOPP, 2018, p. 29. Neste aspecto, na recensão de *Friedrich Wilhelm Adami*, a obra foi criticada como inútil para o regime nacional-socialista, e por se prender a sistemas filosóficos de raiz liberal. Sobre isso: KUBICIEL, 2015, p. 147.

165. KUBICIEL, 2015, p. 143.

166. KUBICIEL, 2015, p. 147.

167. WELZEL, 1944, p. 16. Sobre o alcance dessa afirmação, cf. VIANA, 2022, p. 96 e ss.

de tradição liberal[168]. Já de saída, é perfeitamente possível afirmar que essa consideração somente pode, em regra, ser admitida. Dissemos em regra, porque, e isso parece-nos bastante evidente, em situações de ruptura, como é a que analisamos, o princípio da legalidade pouco tem a ver com a ascensão do arbítrio: talvez seja um sintoma, mas não a sua causa. Esse breve alerta – que está mais no campo de uma teoria do Estado que dogmático – serve apenas como sinal de que argumentar cientificamente exige muito mais que apenas seguir intuições.

De um modo geral, afirma-se que esse princípio está atendido desde que preenchido quatro condições: primeiro, apenas há punição por meio de lei escrita; dois, a lei precisa ser claramente formulada; três, está vedada a aplicação retroativa da lei penal; e quatro, finalmente, o direito penal não admite a analogia em desfavor do cidadão[169]. Antes de ingressar precisamente na acusação que liga, por meio do princípio da legalidade, Welzel ao nacional-socialismo, parece-nos importante mencionar brevemente a estrutura da analogia no direito penal[170]. Poder-se-ia objetar a essa breve menção levantando o argumento segundo o qual a estrutura da analogia já é suficientemente conhecida, e isso tornaria essa seção desnecessária metodologicamente. Essa objeção, entretanto, não tem força teórica. Há ao menos duas razões para isso: 1) o fato de determinado tema apresentar relativa estabilidade científica não significa que ele não pode ser (re)discutido; e 2) uma das missões do jurista é, sempre, refletir sobre se o manejo de determinada estrutura conceitual está adequado; quando é afirmado que dentro dessa estrutura haveria um indício de conexão com o desastre humano implementado pela política nazista[171], então, a realização daquela missão se mostra ainda mais fundamental.

Entre nós, pouco se diz sobre a analogia, mas há presunção de que muito se sabe. Nesse capítulo da legalidade, é bastante comum a afirmação segundo a qual a analogia em favor do autor é sempre bem-vinda e a analogia *in malam partem* sempre inadmitida. Mas essa afirmação, além de questionável[172], não diz absolutamente nada sobre o conteúdo da analogia,

168. Referindo-se a isso, de modo apodíctico, BUSATO, 2021, p. 431.

169. Sobre esses cânones, detalhadamente, ROXIN; GRECO, 2020, p. 221 e ss.; VIANA, 2022, p. 96 e ss.

170. Não custa lembrar que há um significativo número de autores, a maioria desses festejados pela literatura científica, que sustenta, basicamente, o caráter analógico de toda interpretação, razão pela qual a analogia não estaria proibida. Cf. KAUFMANN, 1968; SAX, 1953. Para outra compreensão da analogia, HASSEMER, 1968, p. 165.

171. Para ficar em um único exemplo, não muito distante temporalmente, basta recordar a aplicação da teoria do domínio do fato na AP 470. Sobre isso, cf. GRECO, Luís; LEITE, Alaor. A "recepção" das teorias do domínio do fato e do domínio da organização no direito penal econômico brasileiro. Observações sobre as formas de intervenção no delito na Ação Penal 470 do Supremo Tribunal Federal brasileiro ("Caso Mensalão"). In: *ZIS*, n. 7-8, p. 386-393, 2015.

172. Um bom exemplo da discussão seria a admissibilidade das restrições ético-sociais na legítima defesa (art. 25, CP). Nesse ponto os autores do presente artigo divergem: o primeiro já ressaltou a incompatibilidade com o princípio da legalidade: MOURA, Bruno; MARTELETO FILHO, Wagner. Restrições ético-sociais na legítima defesa, na legítima defesa putativa e no erro. *Revista de Estudos Criminais*,

afinal, o verdadeiro problema está em saber identificar quando estamos diante de uma analogia. Seja no âmbito da dogmática constitucional, teoria do direito ou mesmo direito penal, diz-se que a analogia é a transposição de uma lei a um caso concreto não regulado[173]. Se consideramos, como deve ser, que todo tipo penal contém elementares que necessitam, em maior ou menor medida, de interpretação, então, já é possível perceber o vazio daquela afirmação. Ignora-se, igualmente, e talvez essa seja uma omissão mais grave, a posição de parcela da literatura segundo a qual a interpretação análoga atenderia as exigências do princípio da legalidade[174]. Colocando a questão dentro da realidade: a simples proclamação de que analogia é a transplantação de uma lei para um caso não regulado é uma tautologia e, expressa, para o cidadão, um salto no escuro, afinal, permanece indefinida a questão sobre quando o juiz efetivamente atravessa os domínios da interpretação em direção ao domínio da analogia. Com efeito, a exigência, que decorre do princípio da legalidade (mandado de determinação[175]), de obrigar o legislador a criar a lei penal da forma mais determinada possível seria absolutamente ineficaz se o aplicador do direito não fosse obrigado a se manter nas raias estritas do tipo penal. A determinação do tipo e a vedação à analogia, portanto, caminham lado a lado. Mas em que consiste o procedimento analógico? No espaço do qual dispomos tentaremos responder brevemente a essa pergunta.

Como antecipamos de modo aproximativo, a analogia (*in malam partem*) expressa um procedimento por meio do qual o juiz aplica uma lei penal a casos similares, e por isso mesmo diferentes, em prejuízo do autor do fato. Por isso se diz, usualmente, que a conclusão por analogia é uma conclusão do "particular para o particular"[176]. Para ficar em um exemplo histórico, quando a energia elétrica surgiu e algumas pessoas passaram a desviá-la, era impossível punir esse comportamento, pois a energia elétrica não é um objeto corpóreo, isto é, uma coisa móvel no sentido do furto. Por isso, na Alemanha, foi necessário editar lei para incluir o furto de energia elétrica (§ 248c, StGB)[177]. Caso fosse admitida a punição do furto de energia elétrica antes da intervenção legislativa, então, a rigor, o juiz estaria criando uma norma a partir de um preceito legal. Em outras palavras: com a analogia falta a identidade conceitual entre a norma e o novo desenvolvimento da norma[178].

É claro que afirmar essa assimetria entre a norma e o novo desenvolvimento da norma também não é de muita serventia para o controle da força do Estado porque ainda permanecerá em aberto a questão sobre quando há, ou não, essa identidade normativa. No âmbito do

n. 81, 2021. p. 232. O segundo tentou demonstrar a sua compatibilidade *lege lata*: VIANA, Eduardo. Proibição de analogia e restrições ético-sociais na legítima. In: GLIOCHE, Patrícia; FRAGOSO, Christiano; CÂMARA, Jorge (Coord.). *Direito Penal*. Rio de Janeiro: Processo, 2022. p. 377 e ss.

173. SCHÖNKE; SCHRÖDER; LENCKNER/HECKER, StGB, 2019, § 1, Rn. 25.

174. Cf. NICOLINI, 1953.

175. Cf. VIANA, 2022, p. 96-125.

176. ENGISCH, 2018, p. 204.

177. A lei penal brasileira equipara energia elétrica a coisa móvel, art. 155, § 3º, CP.

178. BAUMANN; WEBER; MITSCH; EISELE, 2016, p. 138.

direito penal é majoritariamente sustentado, na doutrina e na jurisprudência, que a identidade normativa deve ser obtida por meio do *sentido literal possível*, que é o critério que fixa a fronteira entre a interpretação e a analogia[179]. Isso possivelmente causará alguma desconfiança dos nossos leitores, pois, se é verdade que a interpretação do texto começa com a investigação gramatical das palavras, sobremaneira relevante nas expressões unidimensionais[180] (e quase que exclusivamente restrita a numerais, ex.: mediante duas ou mais pessoas, art. 155, § 4º, IV, CP; três ou mais pessoas, art. 288, CP), não é menos verdadeiro que na maioria das palavras a interpretação se converterá em tarefa extremamente difícil. A próxima questão que surge aqui, então, seria como proceder para resolver o problema da polissemia conceitual sem cair em uma analogia incriminadora. Mas esse não é, propriamente, o nosso problema.

Conhecido modo como opera a analogia, a questão que toca a este artigo está em investigar as raízes autoritárias que vinculam Welzel ao nacional-socialismo em razão da defesa da analogia.

De saída seria possível levantar um primeiro argumento, de natureza temporal, que, por si só, no mínimo, dificultaria essa conexão entre Welzel e a ascensão do nacional-socialismo. No período que compreende a publicação da primeira e da terceira edição do seu "Direito Penal alemão" (1940-1944), o nacional-socialismo estava em seu apogeu, isso – ao menos como argumento de saída – torna pouco coerente sustentar que o seu manual tenha tido alguma relevância para a implementação das atrocidades implementadas pela política nazista. Isso nos autoriza, no mínimo, a colocar em xeque a tentativa de recrutar a analogia como parte integrante de uma teoria *welziana* facilitadora da política nazista. Mas apenas esse contra-argumento temporal seria insuficiente diante da grave afirmação de conexão atribuída ao professor alemão. É preciso verificar, do ponto de vista do conteúdo, se – ainda assim – a defesa da analogia por parte de Welzel escancara o seu traço nazista.

Até 1935, o velho Código Penal do Reich, na redação do § 2, apenas previa que: "uma ação somente poderia ser punida quando estivesse, com anterioridade, legalmente determinada". Com a ascensão do nazismo, houve uma significativa alteração desse dispositivo. Alterado em 28 de junho de 1935[181], a posterior redação dizia "Será sancionado aquele que realiza um fato punido pela lei ou que mereça sanção de acordo com os princípios fundamentais de uma lei penal e do são sentimento do povo"[182]. O CP alemão, portanto, estabe-

179. Cf. ulteriores referências em VIANA, 2022, nota de rodapé n. 57. Naturalmente há significativos autores que se opõe à sugestão teórica abraçada nesse trabalho. Por exemplo: JAKOBS, 1972, A 4, Rn. 37; MÜLLER/CHRISTENSEN, 2012, p. 506-507, Rn. 526; SCHMIDHÄUSER, 1975, § 5, Rn. 40-43, p. 110-112. Em língua portuguesa, NEVES, 1984, p. 410 e ss.

180. Expressão de FITTING, 2016, p. 37.

181. O § 2 do StGB, conforme a redação de 28 de junho de 1935, "Bestraft wird, wer eine Tat begeht, die das Gesetz für strafbar erklärt oder die nach dem Grundgedanken eines Strafgesetzes und nach gesundem Volksempfinden Bestrafung verdient".

182. Sobre as alterações processuais paralelas, cf. FITTING, 2016, p. 62.

lecia uma espécie de punibilidade em dois níveis: primeiro, punição apenas com base na lei; segundo, não havendo lei, mas se o injusto for considerado uma violação ao "*são* sentimento", então também permanecia aberta a possibilidade de punição. O legislador naquele momento, portanto, reconheceu uma espécie de fonte popular do direito penal distinta da lei. E a diretriz interpretativa que dominava a atmosfera do período, diz-nos Jimenez de Asúa, era a seguinte:

> "Las leyes penales deben ser interpretadas conforme a su espíritu y a su finalidad. Éstos deben ser ilustrados a base de las manifestaciones del Führer, del sano sentimiento del pueblo y de los pensainientos jurídicos que constituyen la base de las leyes."[183]

Nesse sentido, a nova lei aparentemente não somente permitia o ajuste dos atores da justiça criminal à nova lei, senão que apresentava uma nova visão de mundo que surge, justamente, com o autoritarismo. E nesse sentido, como adverte Fitting, o componente central foi a focalização do direito penal para a proteção do Estado e da comunidade (*Volksgemeinschaft*)[184]. E, ao menos em tese, era por meio da reforma do direito positivo (ou a sua supressão) que àquele momento acreditava-se ser o caminho adequado para pavimentar e acelerar o processo de reorientação.

Veja-se que aqui se põe uma essencial questão, discutida no âmbito da filosofia jurídica e da dogmática penal, sobre a validade do direito. Observe que o § 2, tão inadmissível como hoje nos parece, era o direito vigente à época, isto é, era renovação, integrável sem dificuldades na cultura alemã[185]. Recorde-se, nesse mesmo âmbito, a extraordinária discussão que se colocou em relação à "superação do passado por meio do direito penal", tanto em relação às atrocidades realizadas pelo nacional-socialismo como os crimes praticados pelo SED (Partido Socialista Unificado da Alemanha) na antiga Alemanha oriental.

Aqui vale realizar um pequeno parêntese. Na literatura não está claro os significados dos elementos "pensamento fundamental da lei penal" e "são sentimento"[186]. Se é assim, seria possível levantar um argumento metodológico sobre a efetiva relevância prática desse dispositivo, pois, se não se sabe ao certo o que significam esses termos, então, os juízes, objetivamente, não poderiam concretizá-los. Formulando de outra maneira: "a liberdade do

183. JIMENEZ DE ASÚA, 1958, p. 135.

184. FITTING, 2016, p. 59.

185. Sobre isso, cf. SCHÜNEMANN, 2012, p. 251 e ss. (a versão em português será publicada em breve: Schünemann, Bernd. *Para uma crítica à fórmula de Radbruch* – Notas sobre um conceito de direito cultural e comunicativamente orientado; trad. Eduardo Viana); SCHÜNEMANN, Bernd. Verfassungsrechtliche Probleme der strafrechtlichen Aufarbeitung, em: Deutscher Bundestag (Hrsg.). *Enquete-Kommission* „Überwindung der Folgen der SED-Diktatur im Prozeß der deutschen Einheit". Band II/2, Frankfurt/M 1999. p. 1304.

186. Sobre isso, cf. FITTING, op. cit., p. 63 e ss.

próprio juiz preencher o termo não resultaria na unidade jurídica que o nacional-socialista tinha em mente"[187] (vide a seguir). Voltemos à linha discursiva central.

Poder-se-ia argumentar, é verdade, que essa era uma legislação injusta e, portanto, os cientistas deveriam objetá-la: o parágrafo canalha, de Beling. Acontece que o julgamento sobre o justo e o injusto está sendo realizado com as atuais reservas de sentido e após as inomináveis atrocidades praticadas pelo regime *hitlerista*. Talvez por isso, não espante o fato de que, desde o ponto de vista científico, aquela defesa da abertura do direito penal foi bem recebida por boa parte da comunidade científica[188]. Havia mesmo, segundo a literatura, quem defendesse que o princípio já havia dado adeus à sua áurea de intocável, uma vez que teria sido amplamente abandonada pela jurisprudência do período de Weimar, razão pela qual a admissão da analogia posterior visava apenas remover "os últimos obstáculos" para dar maior liberdade ao juiz[189]. A reação legal a essa atmosfera foi justamente a reforma plasmada em 1935.

Welzel reconhece o emprego da analogia desde a primeira edição[190] do manual[191]. Naquele momento, seguramente influenciado pela atmosfera que descrevemos, não levantou oposição à analogia. Entretanto, não é possível sustentar, sequer, que ele defendia o emprego amplo e irrestrito da analogia, e há ao menos duas razões para isso.

Primeiro porque, desde a primeira edição do seu manual, fazia, expressamente, restrições ao emprego da analogia. Veja-se, por exemplo, a seguinte passagem:

> "O pensamento fundamental de uma lei penal sempre será necessário e de acordo com ele o crime precisa ser merecedor de pena. Portanto, a punição baseada no são sentimento do povo é inadmissível quando a lei deliberadamente limita a responsabilidade criminal a determinador casos […]. Assim é o pensamento fundamental do § 175 StGB, que limita a sua aplicação a homens, bem como os limites de idade fixados, por exemplo, no § 182 StGB, não podem ser ampliados pela analogia."[192]

187. Sobre a admissibilidade, ou não, desses argumentos, FITTING, op. cit., p. 63.

188. "[...] porque a insatisfação com a prática jurídico-penal realizada até então era grande". FITTING, 2016, p. 59.

189. FITTING, 2016, p. 61.

190. Com a afirmação imprecisa, Busato: "[...] na edição de 1944 defendeu abertamente o emprego de analogia em caráter incriminador", em: BUSATO, 2021, p. 431.

191. WELZEL, 1940, p. 14-15.

192. No original: "Stets ist der Grundgedanke eines Strafgesetzes erforderlich, und auch nach ihm muss die Tat strafbedürftig sein. Darum ist die Bestrafung aus gesundem Volksempfinden unzulässig, wo das Gesetz die Strafbarkeit bewusst auf bestimmte Fälle einschränkt [...]. So ist der Grundgedanke des § 175 auf Männer beschränkt; ebenso können fest Altersgrenze (z.B in § 182), nicht analog ausgedehnt werden". WELZEL, 1940, p. 16-17 (na segunda edição, de 1943, na p. 20; na terceira edição, de 1944, na p. 23).

Marteleto Filho, Wagner; Viana, Eduardo. Sobre a suposta ligação entre a teoria penal de Hans Welzel e o nacional-socialismo: desfazendo equívocos e retomando o valor da dogmática finalista. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 198. ano 31. p. 145-182. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2023. DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v198i198.457].

Não é necessário fineza intelectual para perceber o claro esforço de Welzel, não obstante a redação do § 2, para tentar conter a atividade criativa dos juízes. De alguma maneira, com essa redução, talvez derivada da famosa máxima *singularia non sunt extendena*, Welzel está tentando submeter um sistema legal, que admitia a analogia, ao princípio da legalidade. O que se argumenta com aquela passagem é que se a interpretação de um termo já não está acobertada pelo direito quando ela ultrapassa a fronteira no sentido literal possível, então, quando a criminalização for expressamente vedada pelo tipo, já não pode haver punição. Formulando o parágrafo de Welzel de outra maneira: preceitos excepcionais nunca podem ser ampliados, razão pela qual nenhuma concepção de "são sentimento" será capaz de perverter o sentido literal possível do termo "homem" no § 175 StGB. Com isso está claramente estabelecida a superioridade hierárquica da lei em relação à problemática cláusula de abertura.

Mas não somente isso. A segunda razão é que Welzel, na segunda edição do seu manual, que é de 1943, expressamente sustentou que a analogia a favor do indivíduo já era admitida antes da reforma de 1935 e, mesmo com a reforma, essa admissibilidade permaneceu intacta[193].

Por tudo isso, parece-nos no mínimo academicamente arbitrário, afirmar, de modo peremptório, que Welzel era parte integrante da infame cultura de extermínio implementada na Alemanha pós-Primeira Guerra. É verdade que a Alemanha tem numerosos exemplos de juristas que defenderam a analogia por *razões políticas*, como é o caso de Freisler, Schaffstein e – acima de tudo – Mezger[194]. Entretanto, em Welzel, e pelo que expomos, não há elementos para afirmar que houve a defesa da analogia como instrumento de perversão política do direito penal.

Resta um último contra-argumento empírico. Em verdade, como parcela da literatura também, a prática não logrou fazer o uso que desejam nem da analogia nem do "são sentimento" do povo[195]. Com efeito, fazendo um exame do uso da analogia pela jurisprudência, Jimenez de Asúa destaca a controvérsia e a opinião segundo a qual a *práxis* apenas parcamente recorreu à analogia[196]; isso também é remarcado por outros autores, os quais afirmam que a jurisprudência aplicou o parágrafo com muito cuidado[197]. Textualmente: "em inúmeras decisões, os juízes indeferiram pedido correspondente com base no § 2º sob o argumento de que a ideia fundamental do tipo não abrangia o comportamento em consideração"[198]. Sem entrar no mérito sobre a correção, ou não, dessa afirmação, abre-se aqui

193. WELZEL, 1943, p. 21.

194. Para essas e outras referências, cf. FITTING, 2016, p. 58, nota de rodapé n. 220. Como destaca Fitting, não é nenhuma surpresa que tantos autores tenham se manifestado a favor da analogia, tendo em via a reorientação de toda a justiça criminal após a ascensão de Hitler.

195. JIMENEZ DE ASÚA, 1958, p. 136.

196. Idem.

197. Com farta referência bibliográfica, FITTING, 2016, p. 65, nota de rodapé n. 261.

198. Com referência a diversos julgados, FITTING, 2016, p. 66, nota de rodapé n. 262.

mais uma razão empírica para, no mínimo, colocar em dúvida a acusação levantada contra Welzel.

Finalmente, parece prudente retomar a advertência inicial desta seção: a proibição da analogia não garante a existência de um Estado de Direito. Como adverte a literatura, o direito penal fascista na Itália consagrava o princípio da legalidade, o mesmo ocorrendo com a legislação espanhola posterior à guerra civil[199]. Ao fim e ao cabo, parece-nos que a aliança entre a teoria da lei penal em Welzel e o regime nazista é dogmaticamente insustentável e historicamente ingênua.

9. Considerações finais

Após o exame de todos os argumentos e contra-argumentos a favor de uma possível vinculação, ou não, de Welzel com a infâmia, humana e jurídica, realizada durante o período da Segunda Guerra, parece-nos que não é possível concluir positivamente, em especial, pela ausência de elementos acadêmicos que demonstrem, para além de uma dúvida razoável, a contribuição científica de Hans Welzel para o regime hitlerista.

Nossas conclusões são, portanto, as seguintes:

1. A teoria da ação final, situada no âmbito das teorias intencionais-causais, e com base essencialmente ontológica, não conduz a qualquer compreensão autoritária do sistema penal. Ainda que a ação final não cumpra um papel suficiente de filtragem valorativa, não se identifica, na categoria, um instrumento adrede concebido para finalidades político-ideológicas.

2. As críticas de Welzel à teoria do bem jurídico encontram ressonância em boa parte da literatura contemporânea e não desvelam – embora não amigáveis à vinculação com a proteção de direitos individuais – um caráter fascista ou autoritário. Compreender a missão do Direito Penal, primariamente, como proteção da norma é algo presente na concepção preventiva geral positiva, atualmente preponderante, e nas contemporâneas perspectivas retributivas de perfil comunicativo.

3. As objeções de Welzel ao positivismo (nos sentidos filosófico e jurídico), à filosofia dos valores e ao pensamento do direito natural indicam uma tentativa de limitação do poder estatal, pela via das categorias lógico-reais, de um lado, e um afastamento do pensamento causal-mecanicista, de outro. No que toca especificamente ao nacional-socialismo, o que se verifica é, ao contrário, uma aproximação ao positivismo jurídico, em face de sua contingência valorativa.

4. A adequação social, em que pese sua fluidez conceitual e os riscos inerentes a tal fluidez, não se identifica com uma categoria concebida para atender aos interesses específicos do regime nacional-socialista. Reconhece-se, inclusive, que tal categoria ainda cumpre papel de relevo na dogmática contemporânea, seja para fins de filtrar aspectos que

199. BACIGALUPO, 1999, p. 93.

devem se manter fora do tipo, seja para fins de delinear os contornos do risco permitido, ao plano da imputação objetiva.

5. O desenvolvimento da teoria da culpabilidade, por sua vez, estabeleceu as bases atuais da teoria do crime, notadamente no que toca ao esvaziamento valorativo do dolo (como *dolus malus* nas teorias do dolo) e à inserção da categoria da potencial consciência da ilicitude. Ainda que a teoria da culpabilidade tenha, por sua maleabilidade, permitido a instrumentalização para absolvições de criminosos do regime por delitos graves, disso não se pode extrair que sua concepção se deu com tal objetivo; e

6. Finalmente, a análise da analogia *in malam partem* e a legalidade estrita (supra 8) demonstraram não haver espaço para que se estabeleça um argumento a favor da relação entre a posição teórica de Welzel e o nacional-socialismo. Essa conexão, à luz da legalidade, é insustentável histórica e dogmaticamente.

10. Referências

ALBERTO DONNA, Edgardo. El pensamento de Hans Welzel, entre la oposición al positivismo e al nacional-socialismo. In: Hirsch, Hans Joachim (Org.). *Hans Welzel en el pensamento penal de la modernidade*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2005.

AMBOS, Kai. *Nationalsozialistisches Strafrechts.* Kontinuität und Radikalisierung. Baden-Baden: Nomos, 2019.

AMELUNG, Knut. *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft.* Untersuchungen zum Inhalt und zum Anwendungsbereich eines Strafrechtsprinzips auf dogmengeschichtlicher Grundlage. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der „Sozialschädlichkeit" des Verbrechens. Frankfurt: Athenaum, 1978.

ANSCOMBE, Elizabeth. *Intention*. 2. ed. Cambridge: Harvard University Press, 1965.

AUSBERG, Igo. Materiale Wertethik und Strafrechtsdogmatik: Zum Einfluß der Lehren Max Schelers und Nicolai Hartmanns auf die deutsche Strafrechtswissenschaft. *ARSP* 89, 1, p. 53-74, 2003.

BACIGALUPO, Enrique. *Principios constitucionales de derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 1999.

BAUMANN, Jürgen; WEBER, Ulrich; MITSCH, Wolfgang; EISELE, Jörg. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 12 Aufl. Bielefeld: Ernst und Werner Gieseking, 2016.

BINDING, Karl. *Die Normen und ihre Übertretung*: Normen und Strafgesetze. Bd. II. 3. Aufl. Engelmann, 1916.

BINDING, Karl; *Grundriss des deutschen strafrechts allgemeiner Teil*. Leipzig: Felix Meiner, 1913.

BURKHARDT, Björn. Welzes finale Handlungslehre und die philosophische Handlungstheorie. In: FRISCH, WOLFGANG et al. *Lebendiges und Totes in der Verbrechenslehre Hans Welzels.* Tübingen: Mohr Siebeck, 2015. p. 21-48.

BUSATO, Paulo Cesar. A reforma penal de 1984 e o autoritarismo próprio do finalismo. In: BUSATO, Paulo César; SCANDELARI, Gustavo Britta (Org.). *Direito, universidade e a advocacia*: uma homenagem à obra do Prof. Dr. René Ariel Dotti. Curitiba: GEDAI, 2021. v. 1. p. 409-439.

DAHM, Georg. Die Methodenstreit in der heutigen Strafrechtswissenschaft. *ZStW* 57, p. 225-294, 1938.

DIAS, Augusto Silva. «*Delicta in Se*» e «*Delicta Mere Prohibita*». Uma análise das desconstinuidades do ilícito penal moderno à luz da reconstrução de uma distinção clássica. Coimbra: Coimbra, 2008.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal. Parte Geral.* 2. ed. 2. reimp. Coimbra: Coimbra, 2012. t. I.

ENGISCH, Karl. *Einführung in das juristische Denken*. 12 Aufl. Stuttgart: Kohlhammer, 2018.

FEUERBACH, Anselm v. Ritter. *Lehrbuch des gemeinen in deutschland gultigen peinlichen rechts*. 11. Aufl. Giessen: Georg Friedrich Heyer, 1832.

FITTING, Christoph. *Analogieverbot und Kontinuität.* Entwicklungslinien des strafrechtlichen Analogieverbots seit 1871. Berlin: Duncker & Humblot, 2016.

FLETCHER, Georg. *Rethinking criminal law*. Oxford: Oxford University Press, 2000.

FODOR, Jerry. Making mind matter more. *Philosophical Topics* 17, 11, p. 59-75, 1989.

FREUND, Georg. *Strafrecht, Allgemeiner Teil.* Personale Straftatlehre. 2. Aufl. Berlin: Springer, 2009.

FRISCH, Wolfgang. Das Marburger Programm und die Maßregeln der Besserung und Sicherung. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, v. 94, n. 3, p. 565-598, 1982.

FRISCH, Wolfgang. Welzels Verbrechenslehre seit den siebziger Jahren. In: FRISCH, WOLFGANG et al. *Lebendiges und Totes in der Verbrechenslehre Hans Welzels.* Tübingen: Mohr Siebeck, 2015. p. 217-256.

FRISTER, Helmut. *Strafrecht, Allgemeiner Teil.* 7. Aufl. München: C.H. Beck, 2015.

GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Introducción al derecho penal*. 5. ed. Madrid: Ramón Areces, 2005. v. II.

GLÄSER, Pascal. *Zurechnung bei Thomas von Aquin.* Eine historisch-systematische Untersuchung mit Bezug auf das aktuelle deutsche Strafrecht. München: Karl Alber, 2005.

GRAF zu DOHNA, Alexander. *Der Aufbau der Verbrechenslehre*. Ludwig Röhrscheid, 1936.

GRECO, Luís. *Strafrecht*. Allgemeiner Teil. 5 Aufl. Berlin: Beck, 2020. b. I.

GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. 4. ed. São Paulo: RT, 2014.

HASSEMER, Winfried. *Tatbestand und Typus*. Köhl; München: Carl Heymanns Verlag, 1968.

HIRSCH, Oscar v. *Zum 100.* Geburstag von Hans Welzel. *ZStW*, 116, p. 1-14, 2004.

HIRSCH, Oscar V. Der Streit um Handlungs- und Unrechtslehre, insbesondere im Spiegel der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (Teil II). *ZStW,* 94, p. 239-278, 1982.

JAKOBS, Günther. *Der strafrechtliche Handlungsbegriff*: Kleine Studie. München: Beck, 1992.

JAKOBS, Günther. Handlungsteuerung und Antriebsteuerung – Zu Hans Welzels Verbrechensbegriff. In: AMELUNG, Knut et al. (Hrsg.). *Strafrecht, Biorecht, Rechtsphilosophie.* Festschrift für Hans-Ludwig Schreiber zum 70. Geburstag am 10. Mai 2003. Heidelberg: C.F. Müller, 2003. p. 949-958.

JIMENEZ DE ASÚA, Luís. *Principios de derecho penal*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1958.

JESCHECK, Hans Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Lehrbuch des Strafrechts.* Allgemeiner Teil. Berlin: Duncker &Humblot, 1992.

KAUFMANN, Arthur. *Das Schuldprinzip.* Eine strafrechlich-rechtsphilosophische Untersuchung. Heidelberg: Carl Winter, 1961.

KAUFMANN, Arthur. *Analogie und "Natur der Sache*": Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus. Hamburg: Müller, 1968.

KINDHÄUSER, Urs. Zum Strafrechtlichen Handlungsbegriff. In: PAEFFGEN, Ulrich Hans et al. (Hrsg). *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion*. Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburstag, 2011, p. 39-91.

KLEINSCHROD, Gallus Aloys Kaspar. *Systematischer Entwicklung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinlichen Rechts nach der Natur der Sache und der positive Gesetzgebung. Erster Theil.* 3. Aufl. Erlangen: Palm, 1805.

KNAUER, Florian. Zur Wiederkehr der Sozialadäquanz im Strafrecht – Renaissance einer überholten Rechtsfigur oder dogmatische Kategorie der Zukunft? *ZStW* 126(4): 844–886, 2014.

KUBICIEL, Michael. "Welzel und die Anderen". Positionen und Positioniereung Welzels vor 1945. In: FRISCH, WOLFGANG et al. *Lebendiges und Totes in der Verbrechenslehre Hans Welzels.* Tübingen: Mohr Siebeck, 2015, p. 135-156.

KÜPPER, Georg. *Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik*. Berlin: Duncker & Humblot, 1990.

LOOS, Fritz, Hans Welzel (1904–1977). *JZ* 22, 1115-1119, 2004.

MATUS ACUNA, Jean Pierre. Nacionalismo y derecho penal. Apuntes sobre el caso de H. Welzel. Un homenaje tardio a Joachim Vogel. *ZIS*, 12, p. 622-628, 2014.

MARTELETO FILHO, Wagner. Die Normativierung des Vorsatzes Zwischen epistemischem Prinzip und Verantwortungsprinzip. *ZFIStW*, 2, p. 201-210, 2022.

MENDES, Paulo de Sousa. *O torto intrinsecamente culposo como condição necessária da imputação da pena.* Coimbra: Coimbra, 2007.

MEZGER, Edmund. *Strafrecht*: ein Lehrbuch. 3 Aufl. Berlin: Duncker & Humblot, 1949.

MOURA, Bruno de Oliveira. Deveres de solidariedade no direito penal. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra: Coimbra, ano 30, n. 2, p. 265-295, maio-agosto 2020.

MOURA, Bruno de Oliveira. *Ilicitude penal e justificação.* Reflexões a partir do ontologismo de Faria Costa. Coimbra: Coimbra, 2015.

MOURA, Bruno; MARTELETO FILHO, Wagner. *Revista de Estudos Criminais*, n. 81, p. 225-254, 2021.

NEUMANN, Ulfried. Welzels Einfluss auf Strafrechtsdogmatik und Rechtsprechung. In: FRISCH, WOLFGANG et al. *Lebendiges und Totes in der Verbrechenslehre Hans Welzels.* Tübingen: Mohr Siebeck, 2015. p. 157-178.

NEVES, Antonio Castanheira. O princípio da legalidade criminal. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, Universidade de Coimbra, p. 307-469, 1984.

NICOLINI, Ugo. *Il principio di legalità nelle democrazie italiane, Legislazione e dottrina politico-giuridica dell'età comunale*. 2. ed. Padova, 1955.

NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do Estado de Direito*. Coimbra: Almedina, 2013.

PAWLIK, Michael. Die Aufgabe des Strafrechts und die legitimation von Strafe bei Welzel. In: FRISCH, WOLFGANG et al. *Lebendiges und Totes in der Verbrechenslehre Hans Welzels.* Tübingen: Mohr Siebeck, 2015. p. 49-68.

POLITOFF, Sergio. Sistema jurídico-penal y legitimación política en el Estado democrático de derecho. In: *Nuevo Foro Penal*, n. 45, p. 313-327, 1989.

PORTMANN, Adolf. *Zoologie und das neue Bild des Menchen*: biologische Fragmente zu einer Lehre vom Menschen. Hamburg: Rowohlt, 1956.

ROXIN, Claus. Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention, und Verantwortlichkeit im Strafrecht. In: KAUFMANN, Arthur et al. (Hrsg.). *Festschrift für Paul Bockelmann zum Gebürstag am 7.* Dezember 1978. München: Beck, 1979. p. 279-309.

ROXIN, Claus. *Strafrechtliche Grundlageprobleme.* Berlin: De Gruyter, 1973.

SAX, Walter. *Das Strafrechtliche, analogieverbot*: eine methodologische untersuchung über die grenze der auslegung im geltenden deutschen strafrecht. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1953.

SCHAFFSTEIN, Friedrich, Das Verbrechen als Pflichtverletzung. In: LARENZ, Karl et al. (Hrsg.). *Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft*. Berlin: Junker & Dünnhaupt, 1935. p. 108-142.

SCHÜNEMANN, Bernd. Zur Kritik der sogenannten Radbruchschen Formel - Notizen zu einem kultur- und kommunikationsbezogenen Rechtsbegriff. In:

PRAWA, Panstwo; e KARNE, Prawo. *Jubiläumsschrift für Professor Andrzej Zoll*. Warschau/Polen: Wolters Kluwer, 2012. band II. p. 251-263.

STERNBERG-LIEBEN, Detlev; SCHUSTER, Frank. *Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar.* 29. Aufl. München: C.H. Beck, 2014.

STICHT, Oliver. *Sachlogik als Naturrecht?* Zur Rechtsphilosophie Hans Welzels (1904-1977). Paderborn: Ferdinand Schönningh, 2000.

STOPP, Heike, *Hans Welzel und der Nationalsozialismus.* Zur Rolle Hans Welzels in der nationalsozialistischen Strafrechtswissenschaft und zu den Auswirkungen der Schuldtheorie in den NS-Verfahren der Nachkriegszeit. München: Mohr Siebeck, 2018.

SCHMIDHÄUSER, Eberhard. *Strafrecht, Allgemeiner Teil. Lehrbuch. 2. Aufl.* Tübingen: Mohr Siebeck, 1975.

STUCKENBERG-Carl Friedrich. Vorsatz, Unrechtsbewusstsein, Irrtumslehre. In: FRISCH, WOLFGANG et al. *Lebendiges und Totes in der Verbrechenslehre Hans Welzels.* Tübingen: Mohr Siebeck, 2015. p. 87-110 (Versão em português em STUCKENBERG-Carl Friedrich. Dolo, consciência da ilicitude e teoria do erro. Trad. Wagner Marteleto Filho. In: CEOLIN, Guilherme Francisco. MINORELLI, Lucas (Org.). *Reflexões sobre o direito penal e o processo penal.* São Paulo: Marcial Pons, 2021. p. 45-85).

TAIPA DE CARVALHO, Américo. Prevenção – culpa e pena. Uma concepção preventivo – ética do direito penal. In: ANDRADE, Manuel da Costa et al. (Org.). *Lieber Disciplinorum Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 317-329.

VIANA, Eduardo. Observações sobre o princípio da legalidade. *Revista Científica do CPJM,* [S. l.], v. 1, n. 02, p. 96-125, 2022. Disponível em: [rcpjm.cpjm.uerj.br/revista/article/view/36]. Acesso em: 10.01.2023.

VIVES-ANTÓN, Tomás. *Fundamentos del sistema penal.* 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanc, 2011.

VOGEL, Joachim. Einflüsse des Nationalsozialismus auf der Strafrecht. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, v. 115, n. 3, p. 638-670, 2003.

WELZEL, Hans. Kausalität und Handlung. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, n. 51, p. 703-720, 1931.

WELZEL, Hans. *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, Berlin, Boston: De Gruyter, 1975.

WELZEL, Hans. *Aktuelle Strafrechtsprobleme im Rahmen der finalen Handlungslehre*. Karlsruhe: C. F. Müller, 1953.

WELZEL, Hans. Studien zum System des Strafrechts. *ZStW*, 58, 491-565, 1939.

WELZEL, Hans. Anmerkung zu BGHSt 2, 194. *JZ* 1952.

WELZEL, Hans. *Das deutsche Strafrecht*. 11. Aufl. Berlin: De Gruyter, 1969.

WELZEL, Hans. *Das neue Bild des Strafrechtssystems: eine Einführung in die finale Handlungslehre*. 4 Aufl. Göttingen: Verlag Otto Schawartz, 1961.

WELZEL, Hans. *Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts in seinen Grundzügen*. 2 Aufl. Berlin: de Gruyter, 1943.
WELZEL, Hans. *Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts in seinen Grundzügen*. Berlin: de Gruyter, 1940.
WELZEL, Hans. Der Irrtum über die Rechtswidrigkeit des Handelns. *SJZ*, 7, 367-372, 1948.
WELZEL, Hans. *Um die finale Handlungslehre*. Eine Auseinandersetzung mit ihren Kriterien. Mohr, 1949.
WELZEL, Hans. Über die Ehre von Gemeinschaften. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, v. 57, no. Jahresband, p. 28-52, 1938.
WRIGHT, V. *Explanation and understanding*. New York: Routledge, 2012.
ZIPF, Heinz. Rechtskonformes und sozialadäquates Verhalten im Strafrecht. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, v. 82, n. 3, p. 633-654, 1970.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Áreas do Direito: Penal; Filosofia; Fundamentos do direito

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- A concepção ontológica da liberdade individual e seu déficit de verificabilidade para a fundamentação da culpabilidade jurídico-penal, de Bruno Tadeu Buonicore – *RBCCrim* 163/61-104;
- O funcionalismo penal como continuação dos "percursos" da identidade da teoria do delito, de André Luís Callegari e Raul Marques Linhares – *RBCCrim* 139/15-38;
- Os crimes omissivos impróprios como delitos de violação de dever no nacional-socialismo, de Marcelo Almeida Ruivo – *RBCCrim* 131/223-247; e
- Transplante legal: o domínio da organização em Claus Roxin e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, de Simone de Sá Rosa Figueirêdo e José Mário Ramos Correia de Araújo – *RBCCrim* 197/155-184.

Marteleto Filho, Wagner; Viana, Eduardo. Sobre a suposta ligação entre a teoria penal de Hans Welzel e o nacional-socialismo: desfazendo equívocos e retomando o valor da dogmática finalista. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 198. ano 31. p. 145-182. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2023. DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v198i198.457].

Processo Penal

A garantia do *ne bis in idem* e a proibição de recurso pelo Ministério Público ou Assistente de Acusação contra a absolvição: o precedente "Alvarado/Sandoval"

The "Alvarado/Sandoval" precedent of the Supreme Court, double jeopardy and the prohibition of appeals against acquittal

Andrés Harfuch

Doctor en Derecho (UBA). Profesor de derecho penal y procesal penal (UBA). Director del área de juicio por jurados del INECIP. Vicepresidente de la Asociación Argentina de Juicio por Jurados (AAJJ).
ORCID: [orcid.org/0009-0002-8258-4320].
harfuchan@yahoo.com.ar

Matías Deane

Juez de Tribunal en lo Criminal de la provincia de Buenos Aires. Abogado (UBA) Master en magistratura y especialista en derecho penal (Universidad Austral). Docente universitario. Capacitador del INECIP. Miembro de la Asociación Argentina de Juicio por Jurados (AAJJ).
ORCID: [orcid.org/0009-0000-0945-6811].
matiasdeane@yahoo.com.ar

Alejandro Cascio

Juez de Cámara de Apelaciones y Garantías de la provincia de Buenos Aires. Abogado (UCA). Magíster en derecho penal (Universidad Austral). Docente universitario. Capacitador del INECIP. Miembro de la Asociación Argentina de Juicio por Jurados (AAJJ).
ORCID: [orcid.org/0009-0002-3788-5538].
cascioalejandro@hotmail.com

Cristian Penna

Defensor oficial en lo Criminal y Correccional de la provincia de Buenos Aires. Abogado (UBA). Docente universitario (UBA, UCALP, UMSA). Director de capacitación del INECIP. Miembro de la Asociación Argentina de Juicio por Jurados (AAJJ).
ORCID: [orcid.org/0009-0009-1207-9469].
cristianpenna@gmail.com

H., A.; D., M.; C., A.; P., C.. Tradução de: P., L.. A garantia do *ne bis in idem* e a proibição de recurso pelo Ministério Público ou Assistente de Acusação contra a absolvição: o precedente "Alvarado/Sandoval". *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 198. ano 31. p. 185-210. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2023.
DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v198i198.569].

Tradução de:

Lisandra Panzoldo

Graduada em Direito pela Universidade São Judas Tadeu (USJT).
Estagiária na Defensoria Pública de São Paulo – Unidade Júri (DPESP). Autora do livro "O Tribunal do Júri no Brasil e na Argentina. Estudo Comparado" (também publicado na Argentina).
Lattes: [lattes.cnpq.br/0547310665693155].
ORCID: [orcid.org/0000-0003-2747-5041].
lipanzoldo@gmail.com

DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v198i198.569].

Autores convidados

Áreas do Direito: Penal; Processual; Internacional

Resumo: O *leading case* Ramos vs. Louisiana (Suprema Corte dos Estados Unidos, 2020) restabeleceu a unanimidade do veredicto do júri e realçou a importância de respeitar a estabilidade dos precedentes da Corte (*stare decisis*). A Argentina tem um precedente atual ("Alvarado/Sandoval", 2010) da Suprema Corte sobre o *double jeopardy* e a proibição de recurso contra a absolvição. Este *stare decisis* nunca foi expressamente revogado, apesar da sobrevivência de leis processuais que ainda concedem recurso para a acusação em casos de julgamentos por juízes togados. Na Argentina, no entanto, as leis de júri popular proíbem esta possibilidade. Só o acusado pode recorrer frente a um veredicto de culpabilidade, porque esta é uma garantia constitucional da CADH para proteger a cláusula da dupla incriminação (*double jeopardy*). O artigo ressalta como as leis de tribunal do júri clássico na Argentina são as únicas que correspondem perfeitamente aos requisitos convencionais, uma vez que adotam a firmeza dos veredictos absolutórios no júri.

Palavras-chave: Tribunal do Júri – Unanimidade – *Double jeopardy* – Precedente – Veredicto – Firmeza.

Abstract: The leading case Ramos vs. Louisiana (US Supreme Court 2020) restored the unanimity of the jury´s verdict and stress the importance of respecting the stability of the Court's precedents (stare decisis). Argentina has an actual precedent ("Alvarado/Sandoval", 2010) from the Supreme Court on double jeopardy and the prohibition of appeal against the acquittal. This stare decisis was never expressly revoked, despite the survival of procedural laws which still grant an appeal for the prosecution in cases of bench trials. But the jury bills in Argentina ban this possibility. Only the defendant can appeal a guilty verdict, because it is a constitutional guarantee in the ACHR to protect the double jeopardy clause. The paper points out the way in which the Argentine laws on classic jury trials are the only ones that perfectly match the conventional requirements, since they adopt the finality of the jury's acquittal verdicts.

Keywords: Trial by jury – Unanimity – Double Jeopardy – *Stare decisis* – Verdict – Finality.

H., A.; D., M.; C., A.; P., C.. Tradução de: P., L.. A garantia do *ne bis in idem* e a proibição de recurso pelo Ministério Público ou Assistente de Acusação contra a absolvição: o precedente "Alvarado/Sandoval". *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 198. ano 31. p. 185-210. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2023.
DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v198i198.569].

Sumário: 1. Introdução. 2. Os fatos. 3. As consequências: juízes e júris. 4. *A Day in court* ou uma etapa?. 5. Os problemas da CSJN com o caráter definitivo das absolvições. 6. O que é um precedente? O *stare decisis*. 7. Estrutura do precedente. 8. A ruptura de um precedente: previsibilidade e flexibilidade. A recente decisão *"Ramos vs. Louisina"* sobre veredictos unânimes no júri. 9. A mudança gradual do precedente: correções. 10. Os dois primeiros casos da CSJN: "Arce" e "Alvarado". 11. A recepção da doutrina pela maioria da Suprema Corte: "Alvarado/Sandoval". 12. O descaso com o precedente "Alvarado/Sandoval". 13. Final. 14. Referências.

1. Introdução

A[1] doutrina jurídica atual da *Corte Suprema de Justicia de la Nación* proíbe qualquer espécie de recurso do promotor ou do assistente de acusação contra a absolvição, seja ela proveniente de um tribunal técnico ou de um júri popular, com o fundamento de que ele viola a garantia constitucional *ne bis in idem* e a garantia constitucional do direito ao recurso (CN, 75 inc. 22°).

Foi o professor Alberto Binder, em seu Tratado de Direito Processual Penal v. V, que "*descobriu*" que a jurisprudência estabelecida pela CSJN em duas decisões cruciais, quais sejam, "*Alvarado*" (1998) e "*Sandoval*" (2010), proíbe o recurso da acusação ou do assistente de acusação contra a absolvição, *sendo que dita jurisprudência não foi derrogada por qualquer outro acórdão da Corte até então.* Daí o nome "*Alvarado/Sandoval*" que Binder propõe para nomear esse precedente (*stare decisis*).[2]

A questão não é nova e não é que Binder tenha *descoberto* esse precedente. Outros autores foram capazes de decifrá-lo antes e de uma forma muito trabalhosa, apesar do sucesso das manobras distrativas do sistema judicial como um todo para que passasse despercebido.[3]

1. Artigo traduzido por Lisandra Panzoldo. Destaques mantidos do artigo original em espanhol: HARFUCH, Andrés; DEANE, Matías M.; CASCIO, Alejandro; PENNA, Cristian D. La garantía del ne bis in idem y la prohibición del recurso del acusador público o privado contra la sentencia absolutoria. *LA LEY*, Suplemento Penal y Procesal Penal, n. 5, agosto 2020.

2. BINDER, Alberto. *Derecho Procesal Penal.* Buenos Aires: Editorial Ad Hoc, 2020. t. V. p. 856, no prelo.

3. GOMARA, Juan Pablo: "La tensión entre el derecho a la revisión del fallo condenatorio y el recurso del acusador. Comentarios al fallo "Colman" de Corte Suprema de Justicia de la Nación y de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia". *Pensamiento Penal*, 2020. Disponível em: [www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/48942-tension-entre-derecho-revision-del-fallo-condenatorio-y-recurso-del-acusador].

H., A.; D., M.; C., A.; P., C.. Tradução de: P., L.. A garantia do *ne bis in idem* e a proibição de recurso pelo Ministério Público ou Assistente de Acusação contra a absolvição: o precedente "Alvarado/Sandoval". *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* vol. 198. ano 31. p. 185-210. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2023. DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v198i198.569].

Tão exitoso foi esse esforço para esconder o precedente que alguns dos que melhor escreveram na Argentina sobre o *non bis in idem* e o recurso como garantia dos condenados – Alejandro Carrió e Julio Maier – nunca puderam, sequer, mencioná-lo.[4]

O que Binder *descobriu*, ao contrário do que todos supõem, ou humildemente assumem, e/ou se resignam a assumir sem grandes discussões críticas, é que esse precedente até agora nunca foi revogado expressamente (*como deve ser*), embora a CSJN tenha admitido três recursos subsequentes contra a absolvição. Dois pelo promotor e o outro pelo assistente de acusação.

O cerne desse trabalho, então, é demonstrar que a CSJN não revogou *expressamente o precedente "Alvarado/Sandoval"*, porque não cumpriu as regras mínimas e elementares relativas ao direito dos precedentes que a autorizaria a revogar sua própria jurisprudência horizontal. Por conseguinte, é irrelevante que haja três casos subsequentes contraditórios ao dito precedente.[5]

A CSJN deve – de uma vez por todas – assumir plenamente suas próprias decisões e fazer cumprir seus próprios precedentes. O *stare decisis* da CSJN é fundamental para a República Argentina e, por isso, a Corte deve estabelecer regras claras para modificá-los, tal como acontece nos países mais desenvolvidos.[6]

A CSJN admitiu esses três recursos posteriores sem falar de forma alguma do *ne bis in idem*, nem de *Alvarado/Sandoval*, nem do direito de recorrer como garantia exclusiva do condenado. Limitou-se a admitir os recursos do Ministério Público e do assistente de acusação contra a absolvição, aderindo ao parecer do Procurador. *Sem mais. Sem qualquer desenvolvimento. Como se os anteriores nunca tivessem existido.*

Este é o ponto exato em que Binder situa a discussão que nós trataremos neste artigo: que essa maneira tão leviana de proceder com os precedentes da Corte Suprema de Justiça é inadmissível em uma República.

"*O* stare decisis *é*, *em outras palavras, um bem público.*"[7]

---

4. CARRIÓ, Alejandro. *Garantías constitucionales en el proceso penal.* 6. ed. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 2020. No caso de Julio Maier – onde o recurso como garantia, a dupla jurisdição e o *ne bis in idem* são a coluna vertebral de seu pensamento – a questão é diferente, já que seu famoso Tratado foi originalmente escrito em 1988 e ampliado em 2006. Ou seja, antes do precedente "Alvarado/Sandoval".

5. BRENNER, Saul; e SPAETH, Harold J. "*Stare indecisis*. Las alteraciones del precedente en la Corte Suprema, 1946-1992". Madrid: Editorial Marcial Pons, 2017. p. 16: "A *stare decisis* horizontal diz respeito ao dever de concordância de um tribunal com os seus próprios precedentes [...] é dever dos juízes da Corte respeitar seus próprios precedentes".

6. Por exemplo, na Inglaterra e no País de Gales, a Câmara dos Lordes serviu durante séculos como Suprema Corte de Justiça. Nunca em sua história eles revogaram um precedente. Os tempos mudaram e eles decidiram flexibilizar essa rigidez em 1966. A própria *House of Lords* estabeleceu um regulamento muito rigoroso para modificá-los "e, assim, proporcionar justiça ao Reino". Ver *The Practice Statement* [1966] 3 All ER 77.

7. BRENNER, Saul; e SPAETH, Harold J. Op. cit., p. 18.

H., A.; D., M.; C., A.; P., C.. Tradução de: P., L.. A garantia do *ne bis in idem* e a proibição de recurso pelo Ministério Público ou Assistente de Acusação contra a absolvição: o precedente "Alvarado/Sandoval". *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* vol. 198. ano 31. p. 185-210. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2023. DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v198i198.569].

2. Os fatos

A Argentina alterou sua Constituição Nacional em 1994 e incorporou a ela todos os Pactos Internacionais sobre Direitos Humanos. Portanto, a partir de 1995, a CSJN começou a ditar precedentes para adequar os regulamentos internos do país às novas disposições dos tratados.

Um dos pontos centrais que ela teve que abordar foi se as leis de processo penal da Argentina, que permitem que promotores e assistentes de acusação recorram das absolvições de juízes técnicos, eram constitucionais à luz da Convenção. A consequência óbvia era a obtenção de condenações diretas *sem julgamento* em instâncias superiores, ou o reenvio do caso para novo julgamento (*bis in idem*) que terminam em condenações. Em outras palavras, se a Argentina deveria abandonar o lastro feudal herdado da Inquisição: a bilateralidade do recurso como método autoritário e hierárquico de controle da decisão por parte das castas superiores da organização judiciária.

A dicotomia não admitia meias medidas: ou o recurso era admitido *como garantia* do *indivíduo* (*common law*) ou o recurso continuava como *método de controle do Poder Estatal* (*civil law*).

Todos os Pactos Internacionais sobre Direitos Humanos na Europa, América e Oceania escolheram a primeira opção e *baniram a segunda. Sem exceção.* Eles impedem qualquer recurso do acusador contra a absolvição porque reconhecem que o direito de recorrer é *exclusivamente* do condenado e essa é uma garantia constitucional de primeira ordem. Garantia que, por sua vez, decorre diretamente de outra garantia constitucional básica de qualquer República civilizada, que é o *ne bis in idem.* A sentença absolutória obtida após um julgamento público é final, definitiva, e adquire força de coisa julgada material, uma vez que apenas o acusado pode recorrer.[8]

A CSJN começou a fazer essa tarefa de adequação jurisprudencial em 1997. Este artigo analisa a linha de seis casos em que ela abordou explicitamente em sua *ratio decidendi* (*princípio do caso* ou *holding*) a proibição de recurso da acusação contra a sentença absolutória, por violação das garantias constitucionais e convencionais do *ne bis in idem* e do direito de recurso. Esta linha de casos começa com a decisão "*Arce*" (1997), e continua nos casos

8. BINDER, Alberto. Op. cit., p. 320, grifos do original: "Acontece que por trás de tudo está a matriz teórica da bilateralidade dos recursos, típica do sistema francês e sempre foi adotada como dogma pela doutrina processual: onde um recorre, o outro recorre. *No entanto, essa matriz não existe mais. Ela foi quebrada pelos Pactos Internacionais em todo o mundo.* Precisamente o fracasso da legislação processual em cumprir este mandato claro da Convenção, deve-se ao molde intelectual que muitos intérpretes e doutrinadores ainda possuem. Hoje não existe essa bilateralidade nem nos Pactos, nem mesmo na legislação infra processual. Já há muitos códigos que diferenciam os motivos de um e outro assunto. Portanto, o paradigma atual é completamente o oposto. Os recursos são pensados a partir da disparidade, em função das especificidades de cada interesse. É por isso que, inclusive, não há sequer equivalência entre os recursos do Ministério Público e os do assistente de acusação na legislação."

H., A.; D., M.; C., A.; P., C.. Tradução de: P., L.. A garantia do *ne bis in idem* e a proibição de recurso pelo Ministério Público ou Assistente de Acusação contra a absolvição: o precedente "Alvarado/Sandoval". *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* vol. 198. ano 31. p. 185-210. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2023. DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v198i198.569].

"*Alvarado*" (1998), "*Kang I*" (2007) e "*Lagos Rodas*" (2007); "*Sandoval*" (2010), e termina com a decisão "*Kang II*" (2011).

A saga é assim: em "*Arce*" admite-se ainda recurso do promotor contra a absolvição. Em "*Alvarado*" também, mas inclui um impecável voto minoritário conjunto de Petracchi e Bossert que, anos mais tarde, tornar-se-ia a doutrina do precedente que permanece até hoje.

A CSJN mudou seus integrantes em 2003 e houve uma reviravolta fundamental. "*Kang I*" e "*Lagos Rodas*" em 2007 proíbem pela primeira vez o recurso do Ministério Público contra a absolvição, mas são duas decisões redundantes e confusas – repletas de exasperantes *obiter dictum* – em que a Corte devolve o processo sem resolver o caso.[9]

Mas, em 2010, chega "*Sandoval*" e, aí sim, a CSJN, por larga maioria refere-se aos votos de 1998 de Petracchi e Bossert em "*Alvarado*", rejeita o recurso do promotor por violação aos Pactos e confirma a absolvição. No ano seguinte, a Corte resolveu definitivamente a decisão "*Kang II*" da mesma forma: o recurso do promotor contra a absolvição viola a garantia do *ne bis in idem* e do recurso.

Como se nada disso tivesse acontecido, e sem fazer qualquer referência à sua própria doutrina estabelecida em *Alvarado/Sandoval*, a CSJN dita as decisões "*Piana*" (2014), "*Luna*" (2014) e "G., J.C." (2015).[10] Nelas, nem sequer é analisada a importantíssima questão constitucional aqui debatida, limitando-se a aderir ao parecer do promotor e, em meia página, ordena a revisão das absolvições nos três casos a pedido da acusação. Para piorar a situação, em "*Luna*" a CSJN validou a sentença condenatória obtida após a anulação de uma absolvição em um julgamento.[11]

Isso significa que o precedente *Alvarado/Sandoval* foi revogado? Para a grande maioria da nossa anômica cultura jurídica, *Piana*, *Luna* e *G., J.C.* têm efeito derrogatório.[12] Opomo-nos veementemente a essa visão. Sustentamos que este não é o caso, *e que em nenhum lugar do Ocidente desenvolvido tal coisa seria admitida.*

"Enquanto Harris foi lei por 11 anos, o precedente Apprendi foi a lei por ainda mais tempo; e penso que chegou o momento de pôr fim a esta anomalia na aplicação de Apprendi. Consequentemente, voto para revogar Harris." *Quando um precedente é revogado, o fato é*

9. CARRIÓ, Alexandre. Op. cit., p. 657: "[...] a sua *holding* deve ser buscada naquilo que, por menor que seja, a maioria dos juízes realmente concorde."

10. "*Piana, Enrique José y otros s/causa 7668 infracción a la ley 22.415*" (20/8/2014). CSJN, "*Luna*" L.712. XLIX, 27 de novembro de 2014. "*G., C.J.* S / *P.S.A. abuso sexual agravado*" (22/12/2015), CSJ 647/2013 (49-G)/CS1.

11. GOMARA, Juan Pablo. Op. Cit., p. 4.

12. Para todos, GOMARA, João Paulo. *Op*. Cit., p. 4: "A Corte Suprema de *Justicia de la Nación* não manteve a sua doutrina sobre o *bis in idem* com base nas decisões 'Sandoval' e 'Kang' que se referiam à minoria em 'Alvarado'. Infelizmente, a Corte abandonou essa linha de jurisprudência e validou a emissão de condenações que anulavam uma absolvição decorrente de um julgamento."

H., A.; D., M.; C., A.; P., C.. Tradução de: P., L.. A garantia do *ne bis in idem* e a proibição de recurso pelo Ministério Público ou Assistente de Acusação contra a absolvição: o precedente "Alvarado/Sandoval". *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* vol. 198. ano 31. p. 185-210. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2023. DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v198i198.569].

expressamente anunciado na decisão para que toda a comunidade jurídica tenha conhecimento.[13]

Outro caminho é impossível, como o de esconder a lei e fingir que ela não existe. Tomemos como exemplo o precedente mais famoso do mundo. Ele foi estabelecido pela Suprema Corte dos EUA em "*Roe v. Wade*" (1973). Essa decisão definiu o direito da mulher de optar pelo aborto como um direito constitucional fundamental. Apesar da polêmica desencadeada por essa decisão e do constante repúdio por parte da sociedade, durante esses 47 anos de vigência, a maioria dos juízes da suprema Corte – incluindo alguns juízes republicanos ultraconservadores que teriam decidido o caso negando às mulheres o direito ao aborto – invocaram repetidamente o precedente *Roe vs. Wade* para validar todos os casos subsequentes de aborto que chegaram à Corte. *Tal é a força e a autoridade que um precedente dela tem sobre a sociedade. É como uma rocha sólida.*

Comparemos esse respeito quase devocional pelo precedente com o manejo negligente de *Alvarado/Sandoval*. É injustificável argumentar que isso acontece porque a Argentina não pertence ao *common law.* O problema continua a ser a nossa fraca institucionalidade.

É por isso que, contra tudo o que se possa supor, incluindo o descuido da própria CSJN – que veremos por quais razões tentou esconder, diluir, evitar e borrar sua própria doutrina jurídica e não estar sujeita a nenhum precedente – "*Alvarado/Sandoval*" permanece absolutamente válido até hoje, tanto para a nossa surpresa quanto de outros, *porque não foi expressamente revogado com novos argumentos em sentido contrário.*

Se assim o fosse, teria havido uma grande onda de críticas e argumentos a favor ou contra. Ou seja, um debate saudável em uma audiência pública, transparente e aberta, que é o que acontece nos países de *common law* nas raras ocasiões em que seus Tribunais decidem revogar um precedente.

O precedente *Alvarado/Sandoval*, aliás, é consubstancial a outro *stare decisis* fundamental e indiscutível da CSJN – e anterior aos Pactos – como "*Mattei*" (1968), que impede que o julgamento volte a etapas preclusas já superadas. Especialmente no processo penal, a garantia do *ne bis in idem* deve ser rigorosamente respeitada em caso de absolvição, com o mesmo alcance que lhe foi dada pela Suprema Corte de Justiça dos Estados Unidos na memorável decisão "*Green vs US*" (1957).[14] A única possibilidade de repetir um julgamento pelos mesmos fatos (*bis in idem*) é pela vontade da pessoa condenada e de mais ninguém.

13. Voto do juiz Breyer em "*Alleyne v. Estados Unidos*" *570 U.S. 99 (2013).* Breyer sempre foi contra Apprendi, mas seu respeito por um precedente consolidado é tal que, daí seu voto. Isso é comum na jurisprudência *do common law.*

14. Ver tradução integral da decisão *Green vs US* em espanhol em BINDER, Alberto & HARFUCH, Andrés (Dir.). "El juicio por jurados en la jurisprudencia nacional e internacional. Sentencias comentadas y opiniones académicas del common law, del civil law y de la Corte Europea de Derechos Humanos". *Colección Juicio por Jurados y Participación Ciudadana*, n. 5, Tomo A, p. 293 y ss., Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2016.

H., A.; D., M.; C., A.; P., C.. Tradução de: P., L.. A garantia do *ne bis in idem* e a proibição de recurso pelo Ministério Público ou Assistente de Acusação contra a absolvição: o precedente "Alvarado/Sandoval". *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* vol. 198. ano 31. p. 185-210. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2023. DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v198i198.569].

3. As consequências: juízes e júris

À Suprema Corte de Justiça, nos Estados Unidos e na Argentina, reserva-se a interpretação *final* da constitucionalidade das leis. A consequência lógica para a República Argentina é que todas as leis processuais que permitem que promotores ou assistentes de acusação recorram de absolvições provenientes de *tribunais técnicos* devem ser imediatamente revogadas como inconstitucionais.

Damos ênfase nos tribunais técnicos porque, em contrapartida, todas as leis de *júri popular* no país respeitam os Pactos, a Constituição e o precedente "*Alvarado/Sandoval*". Todas elas proíbem o recurso do promotor ou assistente de acusação contra o veredicto de não culpabilidade, *exceto em casos universalmente admitidos (mesmo no* common law*) de coisa julgada fraudulenta.* Os tribunais superiores provinciais como um todo reafirmaram a constitucionalidade das regras que impedem o promotor ou assistente de acusação de recorrer da absolvição no júri.[15]

As leis de tribunal do júri na Argentina são, atualmente, as únicas que respeitam as disposições expressas nos Pactos Internacionais sobre Direitos Humanos e o precedente *Alvarado/Sandoval*, sem que isso provoque alarme ou cerceamento algum dos direitos dos promotores ou das vítimas de obterem uma decisão favorável após um *fair trial*, *em única instância dos fatos.*[16] Ou seja, durante o curso do único julgamento realizado em igualdade de condições, que é um direito (e não garantia) convencional que os promotores e assistentes têm em processos penais (CADH, 8.1).

O Tribunal de Casación da Província de Buenos Aires estabeleceu dois magníficos precedentes que encerraram a discussão e confirmaram a convencionalidade das normas que proíbem o recurso do promotor e da vítima contra o veredicto de não culpabilidade no júri. Na decisão "*López*" (2016) o recurso foi interposto pelo promotor, porém ele foi rejeitado.[17]

---

15. Além disso, as leis relativas ao tribunal do júri na Argentina são as únicas a regular a coisa julgada fraudulenta. A única exceção admissível para um recurso da acusação é quando não há risco para o acusado, por ter sido ele quem causou a absolvição por meio de suborno, corrupção, propina ou extorsão. Qualquer outra hipótese é inadmissível. Assim, o artigo 89 da Lei 10.746 da Província de Entre Ríos: "*Contra el veredicto de no culpabilidad y la sentencia absolutoria correspondiente no se admite recurso alguno, salvo que el acusador demuestre fehacientemente que el veredicto de no culpabilidad fue producto del soborno, o de los delitos de coacción agravados, o secuestros extorsivos u otras graves intimidaciones que ejercieron una coacción sobre el o los jurados, que hubiesen determinado el veredicto absolutorio.*"

16. "Tutela judicial efetiva" não é o mesmo que "condenação", mas implica dar todas as possibilidades ao Ministério Público ou ao assistente de acusação para buscar resultados em um julgamento oral, público, contínuo e contraditório (julgamento constitucional). Mas nenhum deles tem o direito de recorrer contra a absolvição.

17. *"López, Mauro Gabriel s/ Recurso de Queja interpuesto por Agente Fiscal"*, Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, causa 71.912 (2016): "Esta é uma decisão legislativa que se baseia na natureza que ostenta um julgamento por júri popular. O júri, politicamente, nada mais é do que a exigência – para tornar possível a coerção estatal (a pena) – de alcançar a aquiescência de um

H., A.; D., M.; C., A.; P., C.. Tradução de: P., L.. A garantia do *ne bis in idem* e a proibição de recurso pelo Ministério Público ou Assistente de Acusação contra a absolvição: o precedente "Alvarado/Sandoval". *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* vol. 198. ano 31. p. 185-210. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2023. DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v198i198.569].

Já em "*Bray Paredes*" (2017), o representante da vítima o interpôs e foi rejeitado.[18] *O importante desses dois precedentes é mostrar que essa questão nunca mais voltou a ser levantada. Os promotores e assistentes de acusação na província de Buenos Aires entenderam a mensagem.*

A conclusão deste trabalho não é outra coisa senão reabilitar este precedente da Corte Suprema, erradicar a desídia na sua aplicação, colocar – mais uma vez – a questão na mesa de uma discussão pública e admitir de uma vez por todas a nível infraprocessual as consequências da adesão da Argentina aos Pactos Internacionais de Direitos Humanos. Eles impedem expressamente o recurso de qualquer promotor ou assistente contra a sentença absolutória, por violação da garantia *ne bis in idem* e pela nova concepção de recurso como garantia individual da pessoa condenada (CADH, 8.2.h). A única exceção é a coisa julgada fraudulenta, embora voltaremos a este ponto ao final.

Dessa forma, o julgamento público é a única instância decisiva e final para dirimir um pleito e pôr um fim mensurável no tempo a um litígio. Todos os recursos posteriores que forem admitidos serão *exclusivamente* contra a sentença de condenação ou contra a imposição de medida de segurança.

4. *A Day in court* ou uma etapa?

Dois professores franceses, Antoine Garapon e Ionannis Papadopulos, resumem nesta inesquecível frase o divisor de águas entre as culturas do *common law* e *civil law* em torno do problema central deste artigo: quando começa e quando termina o risco de condenação de

número mínimo de cidadãos, o que simboliza, da melhor maneira possível em nossa sociedade de massas, política e não estatisticamente, a opinião popular (cf. MAIER, DPP cit., v. I, 2004. P. 787); razão pela qual, a absolvição em um júri impede a utilização do instrumento recursivo, qualquer que seja a valoração do veredicto: justo ou injusto perante a lei (cf. MAIER, DPP cit., t. I, p. 634). Em outras palavras: o júri é a expressão da soberania do povo, cuja vontade não pode ser cerceada por nenhum dos poderes do Estado; logo, seria o mesmo se houvesse algum mecanismo legislativo que buscasse distorcer o resultado de uma eleição de autoridades, o que é inadmissível."

18. *Cámara de Casación Penal* de la *Província de Buenos Aires, Sala V, processo 78.302, 2017, intitulado* "*Bray, J.P. y Paredes J. M.*" *s/ Recurso de reclamação (Art. 433 CPP) interposto* pelo representante do *ofendido:* "*A análise da alegação de inconstitucionalidade das regras que determinam a irrecorribilidade da sentença absolutória proferida pelo Tribunal do Júri deve ser levada a cabo tendo em conta dois eixos: a) o direito da acusação – promotor ou assistente – de recorrer da absolvição do acusado não é constitucionalmente reconhecido; e b) o carácter soberano da decisão do júri popular, que é a razão de ser da irrecorribilidade de seu veredicto, como tem sido pacificamente reconhecido há séculos nas democracias ocidentais mais sólidas do common law. [...] A compatibilidade convencional e constitucional das normas que regem a instância recursal no tribunal do júri na nossa província é confirmada se levarmos em conta que o carácter irrecorrível do tribunal do júri não é apenas imposto à vítima ou a qualquer parte em particular, mas é uma característica da própria decisão, que vem sendo regulada desta forma há séculos por todas as democracias que adoptaram este sistema de julgamento, a maioria das quais são signatárias dos mesmos instrumentos internacionais, e em nenhum momento a sua compatibilidade com os direitos e garantias neles consagrados foi posta em discussão.*"

H., A.; D., M.; C., A.; P., C.. Tradução de: P., L.. A garantia do *ne bis in idem* e a proibição de recurso pelo Ministério Público ou Assistente de Acusação contra a absolvição: o precedente "Alvarado/Sandoval". *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* vol. 198. ano 31. p. 185-210. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2023. DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v198i198.569].

uma pessoa acusada de um crime? Quando transita em julgado a absolvição e condenação? O *ne bis in idem* é muito diferente na sua concepção como garantia individual e não significa o mesmo –infelizmente – para as duas grandes culturas do Ocidente.[19]

O livro desses pesquisadores "*Julgar nos Estados Unidos e na França*" – de leitura imprescindível – tem trechos antológicos que destacam melhor do que ninguém o que é para uma cultura a garantia fundamental da liberdade individual e, para a outra, *um mero direito desvalorizado de segunda categoria*.

> "Nos procedimentos de *common law*, o julgamento é o momentum da justiça. Nem antes nem depois de sua realização se pode falar em processo. Nos sistemas inquisitoriais o processo começa muito antes – não se sabe ao certo quando: nos primeiros rumores de uma incriminação? No momento da notificação? No encaminhamento ao tribunal correcional? – e termina muito depois do processo: com a decisão do juiz de execução? Não é possível saber com precisão [...]. O procedimento inquisitorial faz regredir o centro de gravidade do processo penal em direção ao início: por isso uma pessoa – um político, por exemplo – pode permanecer muitos anos em investigação.
>
> Como o teatro clássico, o julgamento no *common law* responde à regra de três unidades: de tempo, de lugar e de ação, à qual se acrescenta o princípio de contestação em todas as etapas e o do imediatismo da prova.
>
> A divergência mais marcante entre as duas culturas vem do fato de que, no *common law*, o *trial* não é nem mais nem menos que o paradigma central da justiça, *enquanto, para um juiz francês, a audiência é apenas uma etapa em um longo processo*. O francês espera justiça não de um juiz, mas de toda uma instituição, ou seja, de um conjunto complicado de vias de recursos, misturando algumas fases secretas e outras públicas.
>
> Há uma clara diferença entre a temporalidade do direito francês e do americano. O processo francês é sempre propenso a ser adiado de alguma forma, é um elo de uma longa cadeia do estabelecimento da verdade judicial, uma etapa precedida por um longo processo de instrução e seguida por uma série de recursos como garantia. *Na França, a letra da lei nunca é definitiva* e está, constantemente, um passo à frente dela mesma.
>
> Na cultura jurídica americana, em contraste, a verdade judicial tem uma carga temporal muito mais forte e óbvia: a culpabilidade ou a inocência são pronunciadas no momento exato do veredicto ao final do julgamento. A Cláusula do Double Jeopardy da Quinta Emenda da Constituição dos Estados Unidos afirma claramente que um veredicto de absolvição em primeira instância é irrevogável."[20]

---

19. GARAPON, Antoine; e PAPADOPOULOS, Ioannis. *Juzgar en Estados Unidos e na França.* Colômbia: Legis, 2006. P. 84 e ss.

20. GARAPON, Antoine; e PAPADOPOULOS, Ioannis. Op. Cit., p. 92: "O julgamento (*trial*) deve responder a um princípio desconhecido em nossas regras processuais: o imediatismo da prova. *A prova deve produzir seu efeito imediatamente após* terem sido apresentadas, o que não é o caso no direito inquisitorial, onde a coleta dos fatos é dissociada no momento da análise de sua ordenação coerente".

H., A.; D., M.; C., A.; P., C.. Tradução de: P., L.. A garantia do *ne bis in idem* e a proibição de recurso pelo Ministério Público ou Assistente de Acusação contra a absolvição: o precedente "Alvarado/Sandoval". *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* vol. 198. ano 31. p. 185-210. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2023. DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v198i198.569].

São duas formas muito diferentes de ver o mundo e o processo judicial, com consequências práticas concretas para a vida em liberdade frente ao poder penal do Estado. Isto é, para um anglo-saxão o risco de condenação (*jeopardy)* começa quando os jurados que decidirão seu destino fazem o juramento no início do debate, e termina *definitivamente* com o veredicto no final desse julgamento. É um julgamento de instância única e realizado alguns meses após o fato, especialmente se a pessoa estiver presa.

Para um latino-americano ou europeu continental, por outro lado, o risco de condenação só terminará depois de muitos anos. Por décadas, ele viverá sua vida – em liberdade ou preso – com uma espada de Dâmocles sobre sua cabeça. A definição e o esgotamento do seu caso durarão o tempo que for preciso para recorrer o longo e kafkiano espinel de fases episódicas, instâncias e tribunais diversos até chegar na Corte Suprema de Justiça. E mesmo lá não se saberá se acabou, pois o promotor sempre pode recorrer da absolvição.

5. Os problemas da CSJN com o caráter definitivo das absolvições

A CSJN nunca se deu muito bem com a garantia do *ne bis in idem.* Nunca. O problema persiste até hoje e forma o núcleo deste trabalho. Talvez seja porque ela nunca esteve *expressamente* consagrada no texto constitucional original de 1853, mas, sim, implícita nas garantias enumeradas do artigo 33 da CN. "A Corte Suprema de Justicia de la Nación tem sido relutante em reconhecer esta garantia...não a encontrando enumerada, como acontece com as outras, tem dificuldade em desenvolvê-la e termina por interpretá-la mal", nos ensina o professor Julio Maier.[21]

Tal ausência no texto constitucional é uma raridade, dado que nossa Carta Magna é quase uma cópia da Constituição dos Estados Unidos de 1789, que surgiu após a Convenção Constitucional da Filadélfia de 1787. A Quinta Emenda da Constituição dos EUA consagra expressamente a proibição do duplo risco de castigo ou *double jeopardy*: "Nenhuma pessoa estará sujeita, pela mesma ofensa, a ser colocada duas vezes em risco de perder a vida ou a integridade física".

Consequentemente, a Suprema Corte de Justiça dos Estados Unidos no famoso precedente *Green vs US* de 1957 (amplamente citado pela CSJN ao longo de sua história *e nunca revogado*) não teve problema algum em dizer sem hesitação ou equívoco o dano que um recurso da acusação contra a absolvição causa na garantia do *ne bis in idem*:

> "Esta Corte aderiu uniformemente a essa premissa básica. Por exemplo, em EUA vs. Ball (1896), a Suprema Corte decidiu por unanimidade: "O veredicto de absolvição tem

21. MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal penal*: Fundamentos. 2. ed. Editores del Puerto, Bs As, 1996. T. I. P. 597, grifos do original: "Isto é provado pelo caso mencionado na nota (Fallos *CSN*, t. 248, p. 232), onde, apesar da grosseira violação do princípio que representa e do excelente parecer do seu Procurador-Geral no sentido correto, que pede para remediar esse dano, negou amparo a um caso claro de *dupla incriminação e dupla condenação*" pelos mesmos fatos.

H., A.; D., M.; C., A.; P., C.. Tradução de: P., L.. A garantia do *ne bis in idem* e a proibição de recurso pelo Ministério Público ou Assistente de Acusação contra a absolvição: o precedente "Alvarado/Sandoval". *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* vol. 198. ano 31. p. 185-210. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2023. DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v198i198.569].

> caráter definitivo e autoridade de coisa julgada material, não podendo ser revisto, seja por erro ou por qualquer outra causa, *sem que se coloque o acusado duas vezes em risco e, portanto, violando a Constituição*"." (Grifos do original).

O *double jeopardy* é uma das maiores salvaguardas do mundo civilizado que o *common law* prezou por séculos e depois se cristalizou em norma constitucional. Binder descreve-o com toda a crueza: "num processo penal acusatório, o acusado põe a cabeça na guilhotina apenas uma vez". Não há recurso contra a absolvição, visto que ela é definitiva, uma vez que foi pronunciada após um julgamento.

Essas vicissitudes históricas não aconteceram por acaso. Todos os países da Europa continental e da América Latina que constituem o *civil law* repudiam a própria noção de que deve haver apenas um julgamento e que as chances de condenar um acusado terminam para o promotor ou assistente de acusação ao final desse julgamento. A gênese gendarme do sistema inquisitorial está em conceder, ontem ao Rei, hoje ao Estado, múltiplas oportunidades de obter a condenação.

Em pleno século XXI, vários países da Europa continental ainda não conhecem o sistema acusatório e continuam com o sistema misto. Espanha, Itália, França e Portugal, entre outros, ainda conservam aquele lastro feudal da Idade Média que é o poderoso juiz de instrução. A América Latina avançou muito mais do que a Europa nesse campo, mas países tão importantes quanto o Brasil e a Argentina (nos níveis federal e nacional) insistem em manter esse modelo medieval que viola as liberdades individuais básicas. O problema é muito grave, pois está enraizado em uma cultura autoritária de exercer a jurisdição com seis séculos de existência.[22]

Verifica-se o oposto em uma cultura liberal, republicana e democrática do *common law*, onde o sistema inquisitorial por expedientes escritos (e tortura) era desconhecido, onde o *ne bis in idem* é um baluarte sagrado da liberdade individual e onde o risco de condenação para o acusado termina definitivamente com o veredicto do júri ou com a sentença do juiz técnico. Uma vez que há absolvição, a pessoa é definitivamente livre. É algo lógico lá, mas indigesto aqui e posto em crise pelos Pactos.

A tradição inquisitorial sempre repugnou a ideia de que o julgamento público fosse a única instância e, consequentemente, que a decisão ao final dele era definitiva.[23] Por ordem do Monarca (que sempre manteve o poder final sobre o caso), os acusadores puderam

22. GARAPON, Antoine; e PAPADOPOULOS, Ioannis. Op. cit., p. 86. "O procedimento inquisitivo funciona, assim, mediante sucessivas apostas na culpabilidade, como evidenciado pela possibilidade de prender um suspeito antes do processo. Essas diferentes abordagens do processo e do *trial* mudam a função da audiência: no primeiro caso, a verdade pede confirmação, no segundo, elaboração. Na França, o resultado do tribunal do júri não deixa dúvida, como indica o número muito reduzido de absolvições, em comparação ao das jurisdições inglesas, em que a cada duas sentenças, uma é quase sempre absolutória".

23. GARAPON, Antoine; e PAPADOPOULOS, Ioannis. Op. cit., p. 89: "O julgamento (*trial*) se opõe, então, à ideia continental de investigação, que é dividida em quantas sessões forem necessárias e que

H., A.; D., M.; C., A.; P., C.. Tradução de: P., L.. A garantia do *ne bis in idem* e a proibição de recurso pelo Ministério Público ou Assistente de Acusação contra a absolvição: o precedente "Álvarado/Sandoval". *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 198. ano 31. p. 185-210. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2023. DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v198i198.569].

contestar as absolvições sem limite algum. O acusador (privado ou estatal) ainda possui no século XXI, mesmo contra a letra expressa dos Pactos de Direitos Humanos, amplos poderes para recorrer da absolvição a toda a cadeia hierárquica da organização judiciária. As garantias do *ne bis in idem*, de instância única e do direito ao recurso são, assim, tornadas letra morta.

Alguns argumentam, para justificar o injustificável, que o *ne bis in idem* toleraria a bilateralidade recursiva porque ambos os pactos proíbem a múltipla persecução contra a "sentença final" (8.4 CADH e 14.7 PIDCP). De fato, um juiz da CIDH tentou confrontar os Professores Maier e Binder com perguntas nesse sentido quando eles foram convocados como especialistas na decisão *Mohammed.* A resposta de ambos foi mais do que lógica: a sentença absolutória ao final de um julgamento público torna-se definitiva, pois o recurso é exclusivamente do condenado (8.2.h). Por outro lado, um perito francês, italiano, alemão, espanhol ou qualquer pessoa com uma mentalidade inquisitiva do *civil law* responderia: "o julgamento final é quando não há mais recursos". Ou seja, nunca.

Devido à deformidade cultural, na Europa continental e na América Latina o risco só termina quando a Corte Suprema de Justiça de cada país se pronuncia. Imagine a demora. Ocorre que, graças à bilateralidade do recurso concedido aos promotores (e parcialmente aos assistentes de acusação), essa mesma Corte Suprema de Justiça condenou réus absolvidos[24], aumentou suas penas ou ordenou novos julgamentos que terminaram em condenação.[25]

Então, qual é a segurança dessas pessoas que só foram a julgamento uma vez e que foram absolvidas, mas têm que passar *por décadas* pela provação insuportável de sucessivas etapas e que, inclusive, deverão conviver com a incerteza de não saber se, finalmente, acabarão condenadas?

A Corte norte americana em *Green v. United States* de 1957 descreveu este percurso desumano como *uma verdadeira via sacra.* Suas exatas palavras foram:

> "A ideia subjacente, que está profundamente enraizada pelo menos no sistema anglo-americano de jurisprudência, é que ao Estado, com todos os seus recursos e poderes, não

procede por acumulação de provas, todas sob a forma escrita e intelectualizada. Trata-se do oposto da presença física das testemunhas requerida por ocasião do *trial*".

24. O caso Carrascosa – pelo assassinato de María Marta García Belsunce – é um paradigma. Absolvido de um assassinato após um julgamento público, impuseram-lhe diretamente prisão perpétua em uma revisão após o apelo da acusação. Tal excesso seria inimaginável em qualquer país democrático com instituições judiciais sólidas.

25. GARAPON, Antoine; e PAPADOPOULOS, Ioannis. Op. cit., p. 93, grifos do original: "Entende-se melhor que o processo nos sistemas civilistas seja, se não um ponto de partida, pelo menos uma etapa entre outras, ao passo que em *common law*, ele é uma finalização. O importante investimento anterior do processo de *common law* mantém o centro de gravidade em primeira instância. A apelação nunca é um direito nos sistemas do *common law*; é necessário demandar uma autorização para que seu processo seja julgado novamente. *O contraste é gritante entre uma justiça em que o essencial se faz no primeiro grau e uma justiça em que as vias de recurso são incontáveis.*"

H., A.; D., M.; C., A.; P., C.. Tradução de: P., L.. A garantia do *ne bis in idem* e a proibição de recurso pelo Ministério Público ou Assistente de Acusação contra a absolvição: o precedente "Alvarado/Sandoval". *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* vol. 198. ano 31. p. 185-210. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2023. DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v198i198.569].

> se deve autorizar a fazer repetidas tentativas de condenar um indivíduo por um suposto ato, sujeitando-o assim à vergonha, a despesas, a provações e forçando-o a viver em um estado contínuo de ansiedade e insegurança, bem como aumentar a possibilidade de que, embora inocente, ele seja considerado culpado.
>
> De acordo com essa filosofia, há muito se estabeleceu que, sob a 5ª Emenda à Constituição, um veredicto de absolvição é definitivo, colocando fim ao risco do réu e, mesmo que não esteja 'seguido de qualquer sentença, é um impedimento para uma persecução posterior pelo mesmo fato' (Estados Unidos v. Ball).
>
> Portanto, um dos princípios elementares do nosso direito penal é que não se pode permitir um novo julgamento por meio de um recurso da acusação, mesmo que a absolvição possa parecer errada."[26]

6. O que é um precedente? O *stare decisis*

O *stare decisis* (precedente) é a doutrina jurídica que obriga os tribunais a seguir, respeitar e observar casos históricos previamente resolvidos ao decidir um caso semelhante. O *stare decisis* garante que casos com cenários e eventos semelhantes sejam tratados da mesma maneira. Os valores que o justificam após oito séculos de vigência estão na eficiência, na continuidade do direito, na justiça ou equidade, na legitimidade e no aperfeiçoamento das decisões da Corte.[27]

Em resumo, ele vincula os tribunais de justiça a seguir os precedentes legais estabelecidos por decisões anteriores. Ele nasceu com expressão latina; *"stare decisis et non quieta movere"*, ou seja, "aderir aos precedentes e não perturbar as coisas que estão estabelecidas".[28]

O *common law* orgulha-se desta tradição atemporal. "Se todas as leis do reino fossem revogadas, a Inglaterra ainda teria um sistema de Direito", gabam-se os ingleses.[29]

Como afirmam Garapon e Papadopoulos, "o *common law* nasce em tempos imemoriais; sempre existiu e, no entanto, não tem passado; é sempre contemporâneo com a questão que deve ser resolvida".[30]

---

26. HARFUCH, Andrés: "La firmeza (finalidad) del veredicto del jurado". *II Congresso Internacional de Juicio por Jurados*, JUSBAIRES, outubro de 2014. p. 85 y ss.: "Dito de outra forma: os julgamentos dos juízes profissionais no *civil law não são firmes, nem definitivos, nem finais porque, dentre muitas outras razões, as absolvições podem ser contestadas sem limites pela acusação (estatal ou privada). São meros conselhos provisórios do Rei; apenas uma tentativa de resolver o caso que precisa da ratificação das hierarquias superiores.*"

27. BRENNER e SPAETH. Op. cit., p. 17.

28. BIANCHI, Alberto B. *El control de constitucionalidad.* 2. ed. Buenos Aires: Editorial Ábaco, 2002. t. I. p. 61.

29. GELDART, W. *Elements of English Law*. 8va. ed. Oxford University Press, 1975.

30. GARAPON, Antoine; e PAPADOPOULOS, Ioannis. Op. cit., p. 34.

H., A.; D., M.; C., A.; P., C.. Tradução de: P., L.. A garantia do *ne bis in idem* e a proibição de recurso pelo Ministério Público ou Assistente de Acusação contra a absolvição: o precedente "Álvarado/Sandoval". *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* vol. 198. ano 31. p. 185-210. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2023. DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v198i198.569].

O *civil law* romano, devido à sua cultura legalista atrelada ao direito codificado e às opiniões doutrinárias dos juristas, sempre esteve em aparente conflito com o precedente, considerando-o uma criação jurisprudencial do Direito. *Mas isso é um erro grave que explica, entre outras coisas, muito do descuido da nossa CSJN com suas próprias decisões.*

O que realmente importa neste momento se a norma jurídica, então legislada pelo Congresso ou pelo Parlamento nos países anglo-saxões, é previamente criada pela jurisprudência reiterada durante séculos que deu origem ao *common law*. O apego à norma jurídica do precedente é indiscutível e essa é a única coisa que interessa.[31]

7. Estrutura do precedente

Um acórdão da Corte é composto por três partes: a *ratio decidendi*, o *obiter dictum* e o parecer divergente.

A *ratio decidendi* é o início do caso. Também é chamado de *holding*. É o coração da doutrina jurídica e a única parte da sentença que se torna autoridade. É o que forma o precedente. Um juiz da Corte iria direto ao ponto da controvérsia e escreveria sem rodeios o que deveria ser decidido. O prestígio das decisões da Suprema Corte de Justiça dos Estados Unidos se deve não apenas ao nível superlativo de seus juristas, mas, em grande parte, a essa característica.

O *obiter dictum* são as observações incidentais do juiz e as motivações pedagógicas ou docentes da sua decisão. No *common law*, classifica-se o *obiter dictum* como aquilo que é dito "por uma questão de completude e que pode ser prescindível para a solução do caso".[32] Em uma decisão equilibrada, o *obiter dictum* nunca pode ofuscar ou substituir a *ratio decidendi*. O leitor sagaz já pode imaginar em que lugar queremos chegar.

A opinião divergente é o raciocínio dos juízes cuja opinião não triunfou na votação final, mas que tratam minuciosamente a *ratio decidendi* com argumentos, por vezes, superlativos. No nosso caso, os votos dos juízes Petracchi e Bossert em "Alvarado".

Garapon e Papadopoulos nos ensinam que o *obiter dictum* e a opinião dissidente "não vinculam jurisdições subordinadas, mas têm um papel persuasivo importante".

31. O poder dos precedentes da Suprema Corte dos EUA é tão influente que criou leis em todo o mundo. A lei do Ministério Público do *civil law* que exige que os promotores divulguem todas as provas que eximem a culpa do réu e, portanto, favoráveis à defesa surgiu de *Brady v. Maryland* (373 U.S. 83 1963). O mais popular de todos é "*Miranda v. Arizona*" (384 U.S. 436 1966), que obrigou todos os policiais e promotores a informar imediatamente os réus detidos sobre seus direitos de defesa, seu direito ao silêncio e informar as acusações contra eles.

32. BIANCHI, Alberto. Op. cit., p. 62.

H., A.; D., M.; C., A.; P., C.. Tradução de: P., L.. A garantia do *ne bis in idem* e a proibição de recurso pelo Ministério Público ou Assistente de Acusação contra a absolvição: o precedente "Alvarado/Sandoval". *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 198. ano 31. p. 185-210. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2023. DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v198i198.569].

8. A ruptura de um precedente: previsibilidade e flexibilidade. A recente decisão *"Ramos vs. Louisina"* sobre veredictos unânimes no júri

As vantagens do precedente sobre a codificação também são famosas e incontestáveis. Elas podem ser resumidas em uma combinação única: extrema previsibilidade na aplicação da lei, autoridade indiscutível e, ao mesmo tempo, flexibilidade para mudar quando necessário.

Os juízes do *common law* se apegam a precedentes e muito raramente os mudam. No entanto, eles sempre foram capazes de rejeitar os casos que consideravam "má lei" *(bad law)*.

Essa mudança pode ser disruptiva ou gradual. Vejamos a primeira. A quebra de um precedente e a adoção de uma norma na direção oposta é ainda mais rara e infrequente, mas a cada algumas décadas esse fenômeno ocorre. Mencionaremos dois exemplos muito claros da Suprema Corte dos EUA: a unanimidade dos veredictos do júri e a não segregação racial nas escolas.

Há alguns dias, a Corte decidiu em "*Ramos vs Louisiana*" (2020) que os veredictos não unânimes no tribunal do júri são inconstitucionais.

Poucos na Argentina sabem que a unanimidade dos veredictos do júri não é apenas um requisito constitucional para a condenação, *mas também para a absolvição*. É a essência do *fair trial.* Quando o júri diz não culpado, é porque a defesa convenceu todos os 12 jurados. Ou, dito ao contrário: o promotor ou o assistente de acusação não convenceram sequer um único jurado. *A unanimidade entre 12 jurados é a base política sobre a qual se construiu e se entende o caráter definitivo e irrecorrível dos veredictos no tribunal do júri.* Essa é a estrutura constitucional – que mais tarde foi adotada pelos Pactos – para impedir que a acusação recorra da absolvição.[33] Obtidos nestas condições, em igualdade de armas e após um

33. HARFUCH, Andrés: *La firmeza...,* Op. cit., p. 88: "De fato, todas as garantias constitucionais – hoje cristalizadas nos Pactos – nasceram da cultura do *common law* inglês e seu sistema de júri. Eles não surgiram exatamente da cultura inquisitorial. Isso é um grande mal-entendido. Os europeus continentais, sempre desconfiados da influência cultural da Inglaterra, apresentaram-se ao mundo como 'democráticos' por pertencerem à tradição da Ilustração, do Iluminismo e da Revolução Francesa. Mas, a verdade é que todos esses instrumentos internacionais, as garantias constitucionais e as próprias constituições, surgiram da tradição do common law que começa com a Carta Magna de 1215 e é afirmada durante séculos de prática na Inglaterra. Lá, um sistema de julgamento oral, público, contraditório e adversarial foi moldado, respeitando os direitos do acusado, seu direito à defesa e perante um tribunal composto por doze de seus pares, para evitar a concentração monopólica de poder nas mãos do Estado.

Antes disso, o Iluminismo e a Ilustração surgidos no século XVI e XVII, muniram-se da experiência inglesa -que admiravam – e a transportaram para o continente europeu com a Revolução Francesa. Assim, a origem das garantias constitucionais – incluindo o direito de recurso do acusado e a proibição do acusador público ou privado de submeter o acusado a um duplo risco de persecução penal – *não surge da tradição continental europeia, que era profundamente inquisitiva, mas decorre da tradição democrática republicana e antitruste do common law*. Todos os instrumentos internacionais de direitos humanos têm sua origem indiscutível de pertencimento a esses instrumentos."

H., A.; D., M.; C., A.; P., C.. Tradução de: P., L.. A garantia do *ne bis in idem* e a proibição de recurso pelo Ministério Público ou Assistente de Acusação contra a absolvição: o precedente "Alvarado/Sandoval". *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* vol. 198. ano 31. p. 185-210. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2023. DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v198i198.569].

julgamento justo e unânime perante um número imponente de juízes, a absolvição é inabalável e qualquer outra tentativa de persecução penal viola a garantia do *double jeopardy* (*ne bis in idem*).

"*Ramos vs. Louisiana*" causou um impacto mundial.[34] Não só pelo seu refinado nível jurídico, ou porque estabeleceu que a unanimidade no veredicto do júri é uma garantia constitucional, mas também porque... *revogou um precedente da mesma Corte que dizia o contrário.*

De fato, em 1972, a Corte emitiu dois julgamentos conjuntos "*Apodaca vs Oregon*" e "*Johnson vs. Louisiana*", nos quais tomou uma das decisões mais controversas da sua história: os veredictos não unânimes do júri não eram inconstitucionais.

Nunca a Corte havia se pronunciado sobre unanimidade (exceto, indiretamente, em um famoso caso de 1930),[35] pois ninguém havia jamais questionado que o julgamento por júri da Sexta Emenda da Constituição, herdado após sete séculos de *common law*, era um júri de 12 pessoas que moram no local dos fatos, com um *voir dire* para recusar motivada e imotivadamente seus membros, um juiz que dá instruções sobre o Direito e com um veredicto unânime e irrecorrível para a acusação.

Finalmente, um caso chegou à Corte. Foi aí quando, no exercício de sua soberania, os Estados de Oregon e Louisiana estabeleceram por lei veredictos não unânimes de 10-2 e 9-3 para certos crimes graves. Dois condenados nessas condições compareceram à Corte, argumentando que a unanimidade era uma garantia constitucional do direito ao julgamento por júri da Sexta Emenda. A Corte, em uma questionável decisão pírrica, confirmou as condenações.

Tão controversa foi essa decisão que a Corte não conseguiu sequer formar maioria, mas uma estranha "pluralidade fracionada" de 5-4. Quatro juízes consideraram que a unanimidade não era uma exigência constitucional em nível federal e/ou local. Outros quatro juízes sustentaram o oposto. O juiz Powell proferiu o quinto voto decisivo de maneira salomônica.

---

34. Tal é a força do precedente que Oregon e Porto Rico imediatamente anularam os veredictos por maioria. E eles o fizeram por ordem de suas supremas cortes locais, já que, devido ao coronavírus, suas legislaturas ainda não podem estar em sessão. Ademais, Oregon alterará sua Constituição local, que permitia veredictos majoritários. Louisiana já havia emendado sua Constituição em 2019 e proibido os veredictos não unânimes.

35. Patton v. Estados Unidos (281 U.S. 276 1930): "2. A expressão 'julgamento por júri', conforme utilizada na Constituição Federal (Art. III, § 2, e na 6ª Emenda) significa um julgamento feito por jurados, conforme entendido e aplicado no *common law*, e inclui todos os elementos essenciais reconhecidos neste país e na Inglaterra quando a Constituição foi adotada; a saber: (1) que o júri seja composto por 12 homens, nem mais nem menos; (2) que o julgamento deve ser na presença e sob a superintendência de um juiz com poder para instruir os jurados sobre a lei e aconselhá-los quanto aos fatos; e (3) que o veredicto deve ser unânime. 3. Esses elementos do *common law* no tribunal do júri estão incorporados às disposições da Constituição Federal a eles relativas e estão além da autoridade do legislador para destruí-los ou limitá-los." Ver a tradução completa da decisão em espanhol em BINDER, A. e HARFUCH, A. El juicio por jurados en la jurisprudência nacional e internacional… Op. cit., 2016. p. 103.

H., A.; D., M.; C., A.; P., C.. Tradução de: P., L.. A garantia do *ne bis in idem* e a proibição de recurso pelo Ministério Público ou Assistente de Acusação contra a absolvição: o precedente "Alvarado/Sandoval". *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 198. ano 31. p. 185-210. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2023. DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v198i198.569].

Ele deu meio voto para um e meio voto para o outro. Powell argumentou que a unanimidade era um requisito constitucional em ordem federal, mas que não poderia ser imposta aos estados locais em virtude da Décima Quarta Emenda. Portanto, seu voto foi um "nenhum dos dois"; uma decisão bizarra.

É por isso que, a partir do momento que esse precedente surgiu, a sensação e a convicção de que algo havia dado muito errado foram latentes. Tratava-se de uma decisão ahistórica e assistêmica tirada com fórceps. *Bad law*. *De fato, 50 Estados mantiveram-se inalterados com a unanimidade.* Nenhum se apressou em mudar a lei. As investigações empíricas dispararam para demonstrar que os veredictos de 10-2 ou 9-3 não correspondiam à qualidade deliberativa do veredicto unânime e que o precedente contrariava uma tradição constitucional intocada que remontava a 1367.

Após 48 anos, chegava a hora de sua substituição por uma decisão superlativa como *Ramos vs. Louisiana*.[36] O estranho era que o início do caso (*ratio decidendi*) não era o problema. A unanimidade do veredicto como exigência constitucional estava fora de discussão. O tempo decorrido tinha amadurecido a decisão; o fato foi notado na votação final (6-3). Mas, qualquer um que leia a decisão percebe que a *verdadeira encruzilhada que os juízes supremos tiveram foi o enorme custo político de ter que derrubar um precedente da própria Corte.* Quase um tabu. E era assim que se vivia nos Estados Unidos.

A partir do momento em que a Corte anunciou que discutiria o caso, a simples ideia de que um precedente anterior desse calibre poderia ser derrubado ganhou a primeira página dos jornais de todo o país. Dezenas de petições *de amicus curiae* foram apresentadas a favor e contra a unanimidade e/ou revogação de um precedente consolidado. Houve debates públicos em canais de TV, universidades e até publicações acadêmicas. A audiência pública em que a Corte ouviu as partes foi seguida por milhões de pessoas nas redes sociais. *Essa é a força comunitária do precedente.*

A peculiaridade do caso é que os três votos minoritários não foram para defender a constitucionalidade do veredicto não unânime (com a qual eles não concordavam), *mas para sustentar que os precedentes "Apodaca" e "Johnson"* não poderiam ser revogados. Os juízes Alito, Roberts e Kagan consideraram que a Corte deveria aderir estritamente ao *stare decisis* de 1972, uma vez que Oregon e Louisiana o haviam aplicado por mais de 40 anos.

Esse tipo de respeito quase sacrossanto pelo precedente é o que estamos sustentando aqui para a nossa CSJN.

O segundo exemplo de uma ruptura com o precedente foi "*Brown vs. Board of Education*" (1954), no qual a Corte repudiou sua própria doutrina "*Separados-Mas-Iguais*" que havia estabelecido na decisão "*Plessy vs Ferguson*" (1896). Até então, os afro-americanos

36. BINDER, Alberto; e HARFUCH, Andrés. La unanimidad del veredicto del jurado. *Colección Juicio por Jurados y Participación Ciudadana*, n. 9, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2020. en prensa, p. 94: O livro é uma homenagem à decisão "*Ramos v. Louisiana*" e inclui sua tradução completa em castelhano e o *amicus curiae* apresentado por Valerie Hans, Shari Diamond e os mais famosos professores de Direito dos Estados Unidos.

H., A.; D., M.; C., A.; P., C.. Tradução de: P., L.. A garantia do *ne bis in idem* e a proibição de recurso pelo Ministério Público ou Assistente de Acusação contra a absolvição: o precedente "Alvarado/Sandoval". *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* vol. 198. ano 31. p. 185-210. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2023. DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v198i198.569].

não podiam frequentar as mesmas escolas que os brancos. A Corte ignorou o *stare decisis* e renunciou a um precedente legal que legitimava a segregação racial nas escolas há mais de 60 anos. *Good law.*

9. A mudança gradual do precedente: correções

O *stare decisis* também permite variações importantes – sem alterar seu princípio geral – a fim de responder a situações não previstas quando o precedente foi criado. Um exemplo clássico que causou e causa surpresa desde então em termos de exclusão probatória foi a *teoria da árvore envenenada*. Atos processuais regulares obtidos com fonte em ato irregular são nulos e sem efeito, decidiu a Corte com o voto de um dos melhores juízes de sua história, Felix Frankfurter.[37]

Ao longo dos anos, a mesma Corte moderou ligeiramente essa doutrina e, assim, surgiu a doutrina da *descoberta inevitável* (eles não são nulos se tiverem sido descobertos inevitavelmente)[38] ou a *fonte independente* (a nulidade é sanada e os atos inválidos reabilitados se puderem ser obtidos de outra fonte independente).[39]

10. Os dois primeiros casos da CSJN: "Arce" e "Alvarado"

A CSJN não conseguiu sentenciar o que sua contraparte americana estabeleceu tão claramente em 1957 em *"Green vs US"*. Apenas os votos corajosos dos juízes Petracchi e Bossert se atreveram a fazê-lo. Admitamos que a Corte dos EUA teve mais facilidade: todo seu *background* cultural aceitaria facilmente a proibição de um recurso da acusação contra a absolvição por violar o *double jeopardy*. Na verdade, era só reconhecer uma prática pacífica há séculos.

Nossa Corte, por outro lado, iniciou um caminho de consolidação da regra, mas o fez de maneira muito mais tímida, errática e distorcida do que sua contraparte americana. O cenário era exatamente o oposto. Era necessário proibir uma regra que era exercida sem discussão desde a era do vice-reinado e que na Metrópole espanhola era praticada desde a Idade Média. Mas o Pacto de San José de Costa Rica enterrou essa possibilidade e impôs uma mudança de paradigma inevitável em relação ao recurso, que agora é um direito humano individual do acusado e somente dele.

A Corte começou de maneira não muito acertada sua nova doutrina jurídica no precedente "Arce", em 1997. Mas, pelo menos, definiu de forma importante outra questão crucial

37. *Nardone v. Estados Unidos* (308 U.S. 338 (1939). A doutrina igual já estava vigente muito antes, embora não com esse nome (*Silverthorne Lumber Co. v. Estados Unidos*, 251 U.S. 385 (1920).

38. *Nix v. Williams*, 467 EUA 431 (1984).

39. *Murray v. Estados Unidos*, 487 U.S. 533, 537 (1988).

H., A.; D., M.; C., A.; P., C.. Tradução de: P., L.. A garantia do *ne bis in idem* e a proibição de recurso pelo Ministério Público ou Assistente de Acusação contra a absolvição: o precedente "Alvarado/Sandoval". *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 198. ano 31. p. 185-210. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2023. DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v198i198.569].

para o futuro: *Qual é o significado do termo "pessoa" enunciado no art. 8.2.h da CADH*? Resolver a questão era fundamental, sobretudo para determinar se a vítima também tinha algum direito convencional ao recurso, como pessoa humana individual.

A CSJN aqui foi categórica e não usou meios termos. Da comparação da CADH com o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, a CSJN respondeu que

> "[...] a combinação de ambas as normas mostra que a *garantia do direito ao recurso foi consagrada apenas em benefício do acusado*. Pode-se concluir, então, que, uma vez que o Ministério Público é um órgão do Estado, e não o destinatário do benefício, ele não está coberto pela norma com hierarquia constitucional, *sem que isso impeça o legislador de, caso considere necessário, conceder-lhe os mesmos direitos*." (Grifos do original).

Julio Maier até hoje expressa sua amargura por esta última frase destacada, que é a própria negação da garantia do recurso do Pacto.

> "A sentença 'Arce' da Corte Suprema de Justicia de la Nación adere a esta versão tímida da garantia judicial para o acusado, uma vez que, apesar de reconhecer o direito do condenado a recorrer, adverte que a lei processual pode conceder um recurso a qualquer acusador contra a sentença de um julgamento criminal que não respalde plenamente sua acusação e a sua demanda criminal. Decisões como esta [...] equivalem a desfigurar as palavras da lei, neste caso constitucional, a ponto de fazê-las perder todo o sentido racional."[40]

O berço dessa doutrina que supera e respeita a norma constitucional encontra-se na dissidência conjunta dos juízes Petracchi e Bossert no segundo precedente da saga, "*Alvarado*" *(1998).* A maioria da Corte voltou a admitir o recurso da acusação contra a absolvição e ordenou um novo debate, apesar do disposto na Convenção, mas o voto divergente foi o que passou para a posteridade. Ele constitui o núcleo duro do *stare decisis* que a maioria da Corte manterá (apesar da própria Corte).

Petracchi e Bossert fizeram uma revisão exaustiva de todos os precedentes da Suprema Corte dos EUA sobre o *double jeopardy* posteriores ao *leading case* "*Green vs US*"[41] e concluíram que não era constitucionalmente possível submeter Alvarado a um novo risco de

40. MAIER, Julio. Transformer ¿recurso del condenado? In: *Mientras estés conmigo. ...* Buenos Aires: Editorial Ad Hoc, 2017. p. 304. Disponível em: [www.juicioporjurados.org/2016/02/julio-maier-destaca-sentencia-de.html#more].

41. "Benton v. Maryland", 395 EUA 784-1969; "Ludwig v. Massachusetts", 427 U.S. 618-1976; "Estados Unidos v. Martin Linen Supply Co.", 430 EUA 564 -1977-; "Smalis et al. V. Pensilvânia", 476 E.U.A. 140 anos - 1986 e "Justices of Boston Municipal Court v. Lydon" 466 EUA 294 -1984.

H., A.; D., M.; C., A.; P., C.. Tradução de: P., L.. A garantia do *ne bis in idem* e a proibição de recurso pelo Ministério Público ou Assistente de Acusação contra a absolvição: o precedente "Alvarado/Sandoval". *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* vol. 198. ano 31. p. 185-210. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2023. DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v198i198.569].

condenação, após ele ter sido absolvido por meio de um julgamento concluído com observância às formalidades do processo.

Apenas um parágrafo: "Portanto, quer o julgamento seja perante um júri ou um tribunal técnico [*bench*], submeter o réu – após sua absolvição – a um processo para determinar os fatos, seja com o objetivo de provar sua culpa ou inocência, viola a cláusula do *non bis in idem*".

Além disso, equipararam essa doutrina jurídica ao citado "*Mattei*" (Acórdãos: 272:188, 1968). Fizeram isso sem qualquer esforço, uma vez que em *Mattei* os princípios da progressividade e da preclusão foram operacionalizados para evitar submeter um acusado, por uma culpa que não era sua, às penosas contingências de um julgamento criminal, segundo razões de segurança jurídica e a necessidade de administrar a justiça num prazo razoável, em estrito respeito pelo princípio material da dignidade humana.

Assim, chegamos aos parágrafos 13 e 14 do voto de Petracchi-Bossert:

> "13) Que tais precedentes confirmam a decisão que, com base no pronunciamento de 'Mattei', já era possível antecipar. Uma sentença de absolvição emitida após um julgamento validamente concluído exclui qualquer possibilidade de reabrir o debate por consequência de uma contestação acusatória. Uma decisão diferente daria ao Estado uma nova oportunidade de levar a cabo o seu pedido de condenação, em clara violação ao princípio constitucional do *non bis in idem* e suas consequências, a progressividade e preclusão dos atos do processo.
>
> 14) Portanto, qualquer que seja o argumento pelo qual o pedido de novo julgamento esteja embasado, a verdade é que – em casos como este – para o réu absolvido, isso constitui novo julgamento, basicamente idêntico ao primeiro, em que sua honra e liberdade são novamente colocadas em risco. Isso basta, portanto, para que a garantia do *non bis in idem* impeça o Estado de provocá-la."

11. A recepção da doutrina pela maioria da Suprema Corte: "Alvarado/Sandoval"

Com a posse do novo governo em 2003, quatro juristas de grande prestígio foram incorporados à Corte e esse voto divergente tornou-se maioria no *caso* "*Sandoval*" *(2010),* decisão que constitui, assim, o *leading case* a partir do qual já é possível sustentar que, de acordo com a interpretação da Corte Suprema de Justicia de la Nación, ao aceitar que o promotor ou assistente de acusação têm o direito de recorrer contra as absolvições, viola-se a garantia de *non bis in idem* e, por conseguinte, qualquer disposição a este respeito é inconstitucional.[42]

42. Mesmo quando, ao contrário do que aconteceu em "Alvarado", não só a sentença absolutória, mas também o próprio julgamento em si, tinham sido declarados nulos.

H., A.; D., M.; C., A.; P., C.. Tradução de: P., L.. A garantia do *ne bis in idem* e a proibição de recurso pelo Ministério Público ou Assistente de Acusação contra a absolvição: o precedente "Alvarado/Sandoval". *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* vol. 198. ano 31. p. 185-210. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2023. DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v198i198.569].

Como passo intermediário para essa consagração plena, no entanto, não devemos omitir o binômio formado pelos casos "*Kang*" e "*Lagos Rodas*" (2007). Nestes casos, embora a Corte não tenha resolvido o mérito da questão e tenha se enrolado em *obiter dictums* muito longos e desconcertantes, ela também afirmou que a *Cámara Nacional de Casación* Penal, ao dar provimento ao recurso do Ministério Público, anulando a absolvição e ordenando a realização de um novo julgamento, havia omitido a decisão sobre a demanda ligada à violação do *non bis in idem*. A Corte, por maioria, afirma que essa regra "não apenas proíbe a aplicação de uma segunda pena para o mesmo fato, mas também a exposição ao risco de isso acontecer". Não é por acaso, portanto, que os juízes Petracchi, Zaffaroni, Argibay e Maqueda tenham se referido, nem mais nem menos, à minoria em "Alvarado" para decidir desta forma.

Assim começa a consolidar-se a doutrina da Corte desde aquela dissidência transcendental e histórica dos juízes Petracchi e Bossert, justamente quando o tribunal intermediário foi obrigado a decidir sobre o delito da proibição contra a dupla incriminação de acordo com esse *standard*.

Este posicionamento não é outro senão aquele que três anos depois a Corte expressaria em "*Sandoval*". Sandoval foi absolvido *a pedido do promotor em suas alegações finais* em um tribunal de primeira instância na província de Río Negro. *O assistente de acusação recorreu da absolvição* e, quando o caso chegou no Superior Tribunal de Justiça provincial, anulou-se parcialmente a sentença e o julgamento, remetendo o caso para que o tribunal de origem *julgasse outra vez*. A base dessa decisão foi que a turma julgadora, diante das contradições dos peritos, aplicou a presunção de inocência quando – para aquela mais alta instância provincial – deveria, em vez disso, ter tido uma opinião final de um especialista para resolver, de ofício, a controvérsia (ou seja, para condenar de qualquer forma).

Sandoval foi julgado pela segunda vez e finalmente condenado. A defesa percorreu o interminável caminho de recursos e instâncias e, assim, chegou à CSJN com a demanda concreta da proibição do *non bis in idem,* que culminou na realização do segundo julgamento, que terminou por condená-lo, graças a um recurso inconstitucional concedido à vítima (assistente de acusação).

Assim, a Corte teve diante de si a oportunidade de se pronunciar sobre o mérito e aplicar esse *standard* de Petracchi e Bossert. Anulou a *apelação interposta pelo assistente de acusação* com o voto de quatro de seus membros, sendo três deles – Lorenzetti, Petracchi e Fayt – com referência direta à minoria em "*Alvarado*", e o quarto – Zaffaroni – chegando à mesma conclusão, mas enfatizando que a falta observada, motivo pelo qual foi declarada a nulidade do primeiro julgamento, não foi atribuível ao acusado. Portanto, os princípios de preclusão e progressividade analisados supra tiveram que ser aplicados, o que levou a uma decisão de acordo com o *precedente* "*Polak*" (Acórdãos: 321:2826), segundo o qual "o Estado não tem direito a um novo julgamento quando *é ele* quem origina esses erros, porque a situação é equivalente a uma falha na apresentação do caso".

Este precedente histórico "*Alvarado/Sandoval*" foi reafirmado no final de 2011, quando o caso "*Kang*" foi levado ao conhecimento da Corte. Ocorre que, em decorrência do que foi

H., A.; D., M.; C., A.; P., C.. Tradução de: P., L.. A garantia do *ne bis in idem* e a proibição de recurso pelo Ministério Público ou Assistente de Acusação contra a absolvição: o precedente "Alvarado/Sandoval". *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* vol. 198. ano 31. p. 185-210. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2023. DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v198i198.569].

decidido em 2007 nos mesmos autos, a *Cámara Nacional de Casación Penal* concedeu o recurso defensivo, entendeu que o *non bis in idem* havia sido violado e, consequentemente, negou ao Ministério Público a possibilidade de recorrer da absolvição. O Procurador-Geral fez um esforço no seu parecer para ressuscitar a decisão "*Arce*" do mundo dos mortos, salientando que não tinha sido a acusação que causou o erro, e sim o tribunal de primeira instância que absolveu o acusado ao apontar deficiências probatórias da acusação, sendo que tinha sido o próprio tribunal que teria rejeitado as provas oferecidas pela parte na fase preliminar.

Com base nessa premissa, o Procurador concluiu que o Promotor não seria afetado pela proibição da dupla incriminação, uma vez que ele não havia causado ditas deficiências. Esses argumentos sem sentido algum, não é demais dizer, não influenciaram nem um pouco a Corte, que, ao contrário, destacou que a deficiência apontada era alheia ao acusado, fato decisivo e relevante para tornar operacional a garantia do *non bis in idem* (votos concordantes de Lorenzetti, Fayt, Petracchi e Maqueda), que mais uma vez se referiu ao *precedente* "*Alvarado/Sandoval*".

12. O descaso com o precedente "Alvarado/Sandoval"

Por que esse precedente passou despercebido? Por que durante os sete anos em que a CSJN jamais admitiu um recurso contra a absolvição, essas normas não foram revogadas nos códigos de processo penal argentinos? Por que não se buscou seu fiel cumprimento pelas instâncias inferiores? Por que a Corte escondeu um precedente de tal magnitude e que foi primorosamente construído? Por que anos mais tarde e de forma tão negligente foram admitidos três casos anódinos e desconhecidos por meio de um recurso da acusação contra a absolvição, como se *Alvarado/Sandoval* nunca tivesse existido?

Parte da resposta a essas perguntas é exposta com clareza cristalina por Alejandro Carrió. O autor é lapidário com o estilo exasperante de sentenciar da Corte e suas decisões históricas –que deve ser alterada a inconstitucional – para assumir-se como a *terceira instância ordinária* de apelação em diversas esferas (cível, comercial, previdenciária, trabalhista, com milhares de julgamentos anuais e, obviamente, sem audiências públicas).

> "Muitos casos, com muitos fundamentos dos diferentes juízes da Corte ao longo dos anos, conspiram seriamente sobre a tentativa de trazer ordem a esta questão complexa. A tendência dos juízes da Suprema Corte, especialmente com sua mais recente integração, *de escrever muito e concordar pouco*, transformou a tarefa dos comentaristas em um empreendimento laborioso e com uma margem de erro apreciável. É possível que os juízes não percebam o desserviço que prestam à administração da justiça quando, para a solução de uma gama de casos, tantos e tão variados fundamentos são oferecidos com pouca observância à doutrina do precedente."[43]

43. CARRIÓ; Alexandre. Op. cit., p. 660, grifos do original.

H., A.; D., M.; C., A.; P., C.. Tradução de: P., L.. A garantia do *ne bis in idem* e a proibição de recurso pelo Ministério Público ou Assistente de Acusação contra a absolvição: o precedente "Alvarado/Sandoval". *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 198. ano 31. p. 185-210. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2023. DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v198i198.569].

A Corte pode reverter rapidamente este rumo errante. De fato, ela já deu um grande passo ao adotar o hábito saudável da Corte norte-americana de anunciar sua agenda de casos a cada semestre. Mas é impossível deter-nos aqui nesses problemas. Apesar dela mesma, os precedentes existem e estão lá.

13. Final

Ninguém melhor do que Binder – que inspirou este trabalho e descobriu a validade do precedente – para concluir. Em palavras simples, Binder detalha esse descaso com "*Alvarado/Sandoval*" e ratifica *que não houve revogação do referido precedente porque não houve expressamente argumento contrário*:

> "Uma transcrição mais longa dos votos dos ministros Petracchi e Bossert foi necessária porque a própria Corte parece querer escondê-los – apesar de tomá-los como sua própria doutrina – quando, na verdade, eles têm grande relevância. Com o leading case Sandoval/Alvarado, voltamos ao que já havia sido claramente anunciado no parecer do Procurador-Geral no caso 'Martínez de Perón' e que hoje podemos dizer que constitui a doutrina central da Suprema Corte em relação ao non bis in idem: 'o Estado, com todos os seus recursos e poderes, não deve ser autorizado a fazer repetidas tentativas de condenar um indivíduo por um suposto crime, sujeitando-o, assim, a perturbações, despesas, sofrimentos e forçando-o a viver em um estado contínuo de ansiedade e insegurança, aumentando também a possibilidade de que, mesmo sendo inocente, seja considerado culpado [...]. Assim, um dos princípios elementares de nosso Direito Penal estabelece que o Estado não pode dar início a um novo julgamento por meio de um recurso, mesmo quando a absolvição possa parecer errônea.
>
> Em 'Sandoval/Alvarado' extrai-se a consequência mais direta: a absolvição exclui qualquer possibilidade de posterior processo criminal pelo mesmo fato. E não basta apontar, como diz a própria Corte, que o novo julgamento é diferente do primeiro, visto que, ao julgar novamente os fatos daquele caso, trata-se do mesmo caso. O problema da invalidade do julgamento, que já desenvolvemos anteriormente, permanece.
>
> Uma interpretação de acordo ao entendimento da Corte apenas permite a anulação do julgamento em casos muito graves, com base na quebra intencional das formas essenciais ou em casos de prevaricação. Por fim, com muito esforço e pouca clareza, a Corte estabelece uma doutrina que remete à interpretação própria da tradição acusatória. Todas as outras ideias de unidade de processo, de validade do recurso, de reavaliação de provas são, segundo a doutrina da Corte, inadmissíveis segundo o sentido desse princípio constitucional."[44]

44. BINDER, Alberto. Op cit., p. 856.

H., A.; D., M.; C., A.; P., C.. Tradução de: P., L.. A garantia do *ne bis in idem* e a proibição de recurso pelo Ministério Público ou Assistente de Acusação contra a absolvição: o precedente "Alvarado/Sandoval". *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* vol. 198. ano 31. p. 185-210. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2023. DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v198i198.569].

Mais de 25 anos se passaram desde a adoção da Constituição Argentina ao Pacto de San José Costa Rica, e ainda está em vigor em todos os códigos processuais penais – ou pelo menos em sua grande maioria – a contemplação por essas regras que permitem à acusação recorrer contra a absolvição. Naturalmente, a única exceção solitária e que tem sido pacificamente admitida também pelos tribunais superiores de cada província é a incorporação do tribunal por júri, onde ante um veredicto de não culpabilidade emanado não se admite, em absoluto, qualquer recurso por parte do Ministério Público ou assistente de acusação.

Este é o verdadeiro sentido de todas as garantias.

14. Referências

BIANCHI, Alberto B. *El control de constitucionalidad*. 2. ed. Buenos Aires: Editorial Ábaco, 2002. t. I.

BINDER, Alberto. *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Editorial Ad Hoc, 2020. t. V. no prelo.

BINDER, Alberto & HARFUCH, Andrés (Dir.). El juicio por jurados en la jurisprudencia nacional e internacional. Sentencias comentadas y opiniones académicas del common law, del civil law y de la Corte Europea de Derechos Humanos. *Colección Juicio por Jurados y Participación Ciudadana*, n. 5, Tomo A, p. 293 y ss., Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2016.

BINDER, Alberto; e HARFUCH, Andrés. La unanimidad del veredicto del jurado. *Colección Juicio por Jurados y Participación Ciudadana*, n. 9, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2020.

BRENNER, Saul; e SPAETH, Harold J. "*Stare indecisis*. Las alteraciones del precedente en la Corte Suprema, 1946-1992". Madrid: Editorial Marcial Pons, 2017.

CARRIÓ, Alejandro. *Garantías constitucionales en el proceso penal*. 6ta. ed. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 2020.

GARAPON, Antoine; e PAPADOPOULOS, Ioannis. Juzgar en Estados Unidos e na França. *Legis*, Colômbia, 2006.

GELDART, W. *Elements of English Law*. 8va. ed. Oxford University Press, 1975.

GOMARA, Juan Pablo. 'La tensión entre el derecho a la revisión del fallo condenatorio y el recurso del acusador. Comentarios al fallo "Colman" de Corte Suprema de Justicia de la Nación y de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia". *REVISTA PENSAMIENTO PENAL*. ISSN: 1853- 4554. 29 de mayo de 2020.

HARFUCH, Andrés. La firmeza (finalidad) del veredicto del jurado. *II Congresso Internacional de Juicio por Jurados*, JUSBAIRES, outubro de 2014.

MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal penal*: Fundamentos. 2. ed. Editores del Puerto, Bs As, 1996. t. I.

H., A.; D., M.; C., A.; P., C.. Tradução de: P., L.. A garantia do *ne bis in idem* e a proibição de recurso pelo Ministério Público ou Assistente de Acusação contra a absolvição: o precedente "Alvarado/Sandoval". *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 198. ano 31. p. 185-210. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2023. DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v198i198.569].

MAIER, Julio. Transformer ¿recurso del condenado? In: *Mientras estés conmigo*. Buenos Aires: Editorial Ad Hoc, 2017.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Áreas do Direito: Penal; Processual; Internacional

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- Funções, métodos e limites do direito penal comparado, de Albin Eser e Luiz Henrique Carvalheiro Rossetto – *RBCCrim* 178/19-46;
- Intersecção entre o direito penal e o direito administrativo sancionador e aplicação do *ne bis in idem*, de Daniele Machado Toledo – *RDPec* 14/107-128;
- O dever constitucional de não incorrer em bis in idem: identificação do concurso aparente entre normas penais e administrativas e a prevalência da esfera penal, de Sirlene Nunes Arêdes – *RBCCrim* 155/175-212; e
- O mandado de detenção europeu: a questão do ne bis in idem no espaço penal da união europeia, de Bernardo Araujo da Luz – *RBCCrim* 179/71-104.

H., A.; D., M.; C., A.; P., C.. Tradução de: P., L.. A garantia do *ne bis in idem* e a proibição de recurso pelo Ministério Público ou Assistente de Acusação contra a absolvição: o precedente "Alvarado/Sandoval". *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 198. ano 31. p. 185-210. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2023. DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v198i198.569].

Verdade e prova: problemas de epistemologia jurídica no processo penal

Truth and proof: problems of legal epistemology in criminal procedure

Eliomar da Silva Pereira

Doutor em Direito (Universidade Católica Portuguesa – Escola de Lisboa), com Pós-Doutorado em Filosofia (Universidade de Brasília – Departamento de Filosofia). Investigador Integrado do *Ratio Legis* (Centro de Investigação e Desenvolvimento em Ciências Jurídicas da Universidade Autónoma de Lisboa).
Lattes: [http://lattes.cnpq.br/9833903206987713].
ORCID: [https://orcid.org/0000-0001-7792-7654].
eliomar.esp@outlook.com

DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v198i198.474].

Recebido em: 09.04.2023
Aprovado em: 12.06.2023
Última versão do autor: 16.06.2023

Áreas do Direito: Processual; Penal

Resumo: A verdade permanece sendo uma finalidade das investigações criminais do processo penal, assim como tem sido da investigação em geral, apesar de concepções que postulam sua desnecessidade ou redundância. O objetivo desse artigo é discutir algumas das principais teorias da verdade, buscando enfatizar seus problemas e possibilidades no contexto jurídico do processo penal, segundo uma abordagem semiótica. Após discutir o problema dos portadores de verdade, bem como algumas concepções da verdade como correspondência no âmbito jurídico, buscaremos enfatizar as dimensões semântica, sintática e pragmática da verdade, nas quais diversas concepções teóricas podem ser situadas. Esperamos com isso tornar claro como uma abordagem pragmática nos permite lidar com as várias teorias, bem como assimilar a noção de prova como critério de verdade.

Abstract: The truth remains a purpose of the criminal investigations of the criminal procedure, as it has been of the investigation in general, despite conceptions that postulate its unnecessary or redundancy. The purpose of this article is to discuss some of the main theories of truth, seeking to emphasize their problems and possibilities in the legal context of criminal procedure, according to a semiotic approach. After discussing the problem of truth bearers, as well as some conceptions of truth as correspondence in the legal field, we will seek to emphasize the semantic, syntactic and pragmatic dimensions of truth, in which different theoretical conceptions can be situated. We hope with this to make clear how a pragmatic approach allows us to deal with the various theories, as well as to assimilate the notion of proof as a criterion of truth.

Pereira, Eliomar da Silva. Verdade e prova: problemas de epistemologia jurídica no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 198. ano 31. p. 211-240. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2023.
DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v198i198.474].

Palavras-chave: Prova – Verdade – Correspondência – Coerência – Concordância.

Keywords: Proof – True – Correspondence – Coherence – Concordance.

Sumário: 1. Introdução: ao dizermos "há provas de que X", o que supomos?. 2. Os portadores de verdade no processo penal. 3. A verdade como correspondência: uma intuição primária. 3.1. Correspondência como congruência com os fatos. 3.2. Correspondência como ideal de que nos podemos aproximar. 3.3. Correspondência como correlação de convenções. 4. As dimensões semióticas da verdade. 4.1. A concepção semântica da verdade. 4.2. A perspectiva sintática: coerência. 4.3. A perspectiva pragmática: concordâncias. 5. Condições de satisfação, intencionalidade e compromisso epistemológico. 6. Verdade e significação: conclusões. 7. Referências.

1. Introdução: ao dizermos "há provas de que X", o que supomos?

A finalidade do processo penal é – entre outras que se reconhecem no direito – obter uma decisão acerca da ocorrência de um crime, bem como da sua autoria. As provas, nesse sentido, têm relevância processual porque permitem justificar a crença dos sujeitos processuais de que há ou não algum crime praticado por alguma pessoa a quem se possa imputar a responsabilidade penal, aplicando-lhe uma pena prevista em lei. Supondo que possamos sintetizar essa crença na conclusão final do processo penal, pode-se dizer que "há provas de que X" ou que "S prova que X" (S*pq*X) – em que *S* é algum sinal probatório, *X* quer dizer que "A cometeu um ato Y" e *Y* quer dizer "alguma situação histórica prevista no tipo de crime da lei penal". Esse relato, compreensível a juristas, bem como a filósofos, pode sugerir que não precisamos de qualquer referência ao termo "verdade" – como o supõem certas teorias da redundância em filosofia ou certas concepções práticas do processo penal preocupadas com outro tipo de problemas jurídicos, a exemplo da justiça da decisão penal.

Considerando, contudo, que não podemos falar de justiça sem alguma verdade (Laudan, 2013, p. 23; Taruffo, 2011, p. 62-71; Ferrajoli, 2002, p. 31-33) – porque também se insere no quadro de direitos fundamentais da pessoa sob processo a verdade –, parece-nos que ela se encontra pressuposta nos enunciados probatórios, orais ou escritos, de atos processuais, ainda que não encontremos a ocorrência da palavra "verdade" em qualquer documento. Devemos, portanto, supor que, ao dizermos que "há provas que X", apenas o dizemos como justificação de alguma verdade acerca da crença que temos sobre X, bem como sobre Y, ainda que não o digamos expressamente nas asserções públicas. Mas embora possamos enfatizar a verdade das crenças, segundo uma intencionalidade mental – o que permanece sendo um recurso de apoio explicativo de que nos vamos utilizar ao final –, há bons motivos para considerarmos, inicialmente, a verdade dos diversos enunciados processuais, orais ou escritos, por razões que esperamos deixar mais claras na discussão que faremos ao tratar do problema dos portadores de verdade no processo penal (item 2).

Pereira, Eliomar da Silva. Verdade e prova: problemas de epistemologia jurídica no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 198. ano 31. p. 211-240. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2023. DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v198i198.474].

Apenas após explicar essa decisão preliminar, pretendemos explorar algumas das principais teorias da verdade que dominaram as discussões no último século, buscando evidenciar o que nelas nos aproveita a uma melhor discussão acerca do que pode interessar à verdade no processo penal (item 3). Acreditamos que assim orientada a discussão, além de atender a expectativas específicas do contexto processual, podemos efetivamente obter uma melhor compreensão de certas teorias – a exemplo especialmente da concepção semântica de Tarski – cuja confusão com a concepção correspondencial precisa efetivamente ser afastada no meio jurídico. Sobretudo porque nesse âmbito de discussão há uma distinção fundamental ao processo penal entre *quaestio facti* (QF) e *quaestio iuri* (QI) que Luigi Ferrajoli tem considerado como verdade fática e verdade jurídica, mas ambas supostas em conclusões do tipo "há provas que X", em que *X* é uma *QF* e *Y* uma *QI*, compondo uma unidade indissociável. Doravante, portanto, iremos usar essa notação aqui pressuposta.

Ao final – tendo essa distinção em consideração, bem como outras entre definição e critérios de verdade, além de especialmente a distinção semiótica entre as dimensões semântica, sintática e pragmática (item 4) –, esperamos poder concluir, dando conta da diversidade de teorias, em um relato unificador que ainda possa fazer sentido ao jurista em sua prática processual. Nesse ponto, iremos assumir deliberadamente a proposta de uma pragmática da investigação – como encontramos bem detalhadamente na epistemologia de Luiz Henrique de Araújo Dutra (2022) –, por considerarmos que seu relato corresponde precisamente ao tipo de questões com que o jurista se depara na prática, oferecendo-nos algumas boas razões para afirmar o papel instrumental da verdade em empreendimentos cognitivos institucionais como o processo penal (item 4.3.) –, mas lhe acrescendo um relato intencional complementar que nos ajuda a compreender outras perspectivas da verdade (item 5).

Ademais, ao longo de nossa discussão, assumiremos a concepção de Dutra acerca da verdade como acordo, por considerar que ela efetivamente nos permite lidar com a diversidade de questões que a verdade no processo penal exige, bem como assimilar aspectos relevantes das demais teorias conforme seja o caso. Em conclusão, tendo essa concepção em conta, esperamos deixar evidente que, além de todas as coisas que se podem colocar de acordo na discussão da verdade no processo penal, em última instância podemos observar que o acordo se estabelece entre o objeto e o interpretante da prova, considerados como relação de referência e relação de significado, que pressupomos em uma consideração semiótica da prova como signo do crime (item 6). É nesse sentido que podemos falar de uma verdade probatória dos signos.

2. Os portadores de verdade no processo penal

As diversas teorias da verdade se distinguem inicialmente – entre outros pontos que serão evidenciados – pelo portador de verdade que escolhem para discutir o que consideram relevante. A escolha não é arbitrária e sem consequências, porque carrega consigo toda uma tradição filosófica de campo. Assim, encontramos entre os mais recorrentes

portadores os enunciados, as sentenças, as proposições e as crenças (Dutra, 2022, p. 94-114; Kirkham, 2003, p. 67-109; Haack, 2002, p. 178). Sem abrir mão das relações possíveis que existem entre os vários portadores, que nos podem auxiliar na discussão geral da verdade no processo penal, por várias razões que iremos evidenciar, optamos por considerar como ponto de partida os enunciados[1].

A primeira razão decorre de serem os enunciados aquilo que mais imediatamente o jurista reconhece como um portador de fácil assimilação, a considerar o exemplo das sentenças penais como as que iremos detalhar melhor. A segunda razão decorre de essa ser a escolha que se encontra na filosofia da linguagem cujas bases teóricas nos parecem atender bem ao que interessa à discussão da verdade no processo penal, considerado na prática de seus atos orais ou escritos, o que nos aproxima mais da dimensão pragmática da questão. Ademais, a considerar que tem sido comum recorrer à teoria dos atos de fala para discutir a intencionalidade de estados mentais (Searle, 2002), essa perspectiva nos permite também considerar as crenças pressupostas nos enunciados, bem como uma discussão acerca da intencionalidade presente nos dois momentos, o que nos será relevante ao final da discussão.

Os enunciados – mesmo havendo uma crença suposta naquilo que enunciamos – são eventos públicos de proferimento de uma sentença qualquer que se pode repetir em vários outros enunciados, sejam eles escritos ou orais. Em outras palavras, como sintetiza Luiz Henrique de Araújo Dutra (2022, p. 111), pode-se dizer que "um enunciado é o uso de uma sentença em determinada circunstância". Assim, a sentença penal proferida pelo juiz, em sua parte dispositiva acerca do crime – a considerar que possui outras partes como relatório e motivação, além da aplicação da pena, nos casos em que conclui haver crime –, poderá repetir a mesma sentença linguística que se encontrava na denúncia inicial do órgão de acusação, bem como poderá repetir a mesma sentença linguística contida no ato de indiciamento do inquérito. Mas essa mesma sentença penal pode se expressar com outra sentença linguística, não necessariamente igual, embora ainda possam todos os enunciados processuais – indiciamento, denúncia e sentença penal – ter a mesma proposição básica que "S*pq*X", na qual todos os sujeitos creem ser verdadeira. Há, portanto, uma relação de continuidade entre enunciados e sentenças, proposições e crenças, mas escolhemos os enunciados porque, ao assumirmos as provas como signos pressupostos nos atos processuais, os enunciados são os portadores que mais diretamente se podem assemelhar aos signos probatórios como signos linguísticos de segunda ordem, tendo em conta a noção peirceana de sequência ilimitada de interpretantes (Peirce, 2017)[2]. Contudo, há nesse reconhecimento,

1. Essa também é a opção que se encontra em Jordi Ferrer Beltran (2017, p. 21-58), ao falar dos enunciados probatórios na sua discussão sobre prova e verdade no direito. Ao falar do problema da verdade processual, Luigi Ferrajoli (2002, p. 38-57) se refere mais frequentemente a "proposições" de uma sentença, mas às vezes fala de "decisões", no que nos parece supor também as sentenças penais como "enunciados".

2. Ao falar em "interpretante", seguindo a tradução corrente de *interpretant* que se encontra na semiótica peirceana, pedimos ao leitor que o considere como uma *ideia* ou como uma forma de *argumento*, em todas as ocorrências deste artigo, não o confundindo com um "intérprete".

Pereira, Eliomar da Silva. Verdade e prova: problemas de epistemologia jurídica no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 198. ano 31. p. 211-240. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2023. DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v198i198.474].

apesar das vantagens de transferir a abordagem semiótica das provas para os atos processuais enunciados, uma objeção séria a que coisas possam ser portadores de verdade. Afinal, como já se suscitou, é problemático considerar que coisas físicas possam ser portadores de verdade, mas essas objeções se encontram já na consideração das sentenças linguísticas antes e independentemente de terem sido enunciadas em determinada circunstância.

A considerar que uma sentença é uma sequência de símbolos de uma língua, ao reconhecê-la como portador de verdade, isso nos levaria a dizer que a verdade existe como algo que ocorre entre dois objetos físicos, criando o que, embora sustentável, seria uma "metafísica exdrúxula" na avaliação de Dutra (2022, p. 108). Essa é uma posição que Richard L. Kirkham (2003, p. 91) chega a suscitar como possível, em "uma atitude tolerante a respeito dos portadores de verdade", mas não gostaríamos de trazer toda essa carga metafísica para o âmbito do processo penal, embora saibamos que alguns compromissos metafísicos sejam sempre inevitáveis em uma discussão acerca da verdade. O melhor, portanto, parece-nos ser considerar que, como espécie de signo – uma sentença, assim como um enunciado –, pode-se analisar segundo uma estrutura semiótica (Peirce, 2017b), na qual além do meio físico com que se apresenta, supomos que ele se refere a algum objeto, tendo em conta um significado do interpretante, no qual encontramos, entre outras possibilidades, as proposições. Assim, portanto, torna-se incontornável supor alguma metafísica, mas a supomos expressamente com base na filosofia da mente, na qual se discutem os estados mentais em termos de intencionalidade, em que se supõe um conteúdo da representação, conforme um modo psicológico (Searle, 2002). Essa é uma saída possível aventada por Dutra (2002, p. 113), que aceitaremos para discutir o problema da verdade, mesmo tendo em conta os enunciados probatórios.

A sentença penal – entre os diversos atos processuais que podemos assimilar como enunciados – é o nosso enunciado probatório mais exemplar, com o qual podemos mais facilmente discutir as questões relativas à verdade[3]. Embora também se possam assimilar como enunciados probatórios as denúncias dos órgãos oficiais de acusação – bem como os atos de indiciamento, laudos periciais e relatórios de inquérito dos delegados –, é na sentença penal que uma série completa de investigação se conclui e se estabiliza a ponto de poder acrescer uma decisão sobre a pena decorrente da responsabilidade penal reconhecida processualmente. Antes disso, todos os demais atos carregam alguma crença verdadeira que se expressa nos enunciados parciais, mas nenhum ainda pode ser considerado como conclusivo acerca da verdade probatória dos signos discutida em todo o processo penal. É certo que, ainda após a sentença penal, pode-se ter um recurso que leva a sentença penal a uma rediscussão da verdade reconhecida, chegando a um novo enunciado probatório, mas isso apenas reforça o procedimento legal de averiguação da verdade inicialmente estabelecida, ainda que ao final a sentença penal venha a ser reformada pelo último

3. Para que não se faça nenhuma confusão, tenha-se em conta que a "sentença penal" – assumida como enunciado – é um texto que contém várias outras sentenças, em sentido gramatical do termo, quer dizer, várias frases ou orações.

enunciado probatório do processo: o acórdão dos tribunais, que nada mais é que uma sentença penal de segundo grau.

Ademais, embora possamos reconhecer nos atos de indiciamento e de denúncia – mas não nos laudos e outros informes de agentes da autoridade policial – um esboço daquilo que vai constar na sentença penal, é nesta que podemos observar mais claramente a discussão sobre a *quaestio facti* (QF) e a *quaestio iuri* (QI), que nos permitem entender duas espécies de verdade na decisão final do processo. A respeito dessas duas questões, que teremos sempre em conta nas discussões que se seguem, assumimos a distinção feita por Luigi Ferrajoli (2002, p. 41), no sentido de que um enunciado probatório se constitui de duas sentenças – uma que se refere à asserção de que "A cometeu um fato X" (*QF*), na qual temos uma questão de verdade fática; outra que se refere à asserção de que "X está definido como crime Y" (*QI*), na qual temos uma questão de verdade jurídica. Essa nos parece ser uma distinção necessária a fazer, embora Ferrajoli se refira às proposições – não a sentenças contidas em enunciado como sugerimos – e o faça supostamente com base na teoria semântica de Alfred Tarski, segundo uma errônea interpretação correspondencial que esperamos deixar evidente nas discussões que se seguem.

3. A verdade como correspondência: uma intuição primária

A correspondência é geralmente aceita como a noção que melhor atende a uma intuição primária dos juristas, embora permaneça sendo questionada por várias razões que esperamos deixar evidente, tendo em conta o que ela nos exige no âmbito de uma discussão acerca da verdade probatória em processo penal. A começar pelas diversas formas de compreender a correspondência – a exemplo das duas mais proeminentes teorias que a associam à noção de congruência ou à noção de correlação –, é necessário decidir o que corresponde a que, quando falamos em verdade processual. Inicialmente, convém termos em conta as diversas questões (fática e jurídica) com que os juristas costumam se debater processualmente, para percebermos que não se trata apenas de fatos, e mesmo quando tratamos apenas deles, não os podemos alcançar diretamente, tendo em conta que o crime não se encontra presente, mas apenas como objeto de representação das provas que se apresentam. Assim, quando o jurista se pergunta se há alguma verdade no âmbito do processo penal, embora não queira discutir a verdade que se diz acerca das provas, mas a que se diz acerca dos crimes, dificilmente poderá evitar esse tipo de questão preliminar. Seria algo como perguntar se é verdadeiro o que se diz acerca dos sinais probatórios, se eles têm aptidão probatória para permitir afirmar o que se diz acerca do crime. Trata-se de questões pressupostas em uma perspectiva mentalista, na qual supomos haver alguma crença dos sujeitos processuais em que certos sinais lhes permitem alguma asserção acerca dos fatos em enunciados probatórios, orais ou escritos, nos quais há também uma asserção acerca da questão jurídica: que aqueles fatos são crimes segundo uma tipicidade legal. São essas

questões preliminares que precisamos ter em conta na análise das concepções teóricas acerca da correspondência.

3.1. Correspondência como congruência com os fatos

A teoria da correspondência de Bertrand Russell se sustenta na noção geométrica de *congruência*. Ele considera que as crenças – inicialmente, mas depois fala em proposições – são verdadeiras porque correspondem a fatos. Veremos por que razões sua concepção é criticada, mas convém ter antes em conta como sua teoria se comporta no processo penal, porque ela parece atender àquilo que intuitivamente os sujeitos processuais compreendem como verdade. A considerar, contudo, que nos interessam os enunciados, eles seriam verdadeiros porque contêm proposições que correspondem aos fatos do crime, ou antes porque as crenças dos sujeitos processuais, que lhe permitiram enunciar um ato processual, correspondem aos fatos do crime. Há muitas questões práticas que se podem opor a essa concepção – sobretudo em razão de o suposto fato no caso não estar disponível, mas apenas suas provas, além de a mera crença apenas atender a expectativas do sujeito que crê, não nos demais sujeitos processuais – contudo, iremos nos deter nas questões problemáticas à filosofia, por serem elas pressupostos das demais. E, nesse sentido, a objeção principal tem sido o suposto isomorfismo da teoria: afinal, como pode haver correspondência entre coisas tão diferentes, como fatos e crenças ou proposições? (Dutra, 2022, p. 23; Haack, 2003, p. 133).

A primeira concepção teórica de Russell se encontra em um ensaio filosófico de 1910, aceca da "natureza da verdade e da falsidade", no qual inicialmente parece tratar tanto de enunciados, quanto de proposições, embora acabe por enfatizar as crenças consideradas como juízos, como aquilo que se encontra na mente, fazendo disso depender a verdade do enunciado como "noção derivada da verdade das crenças" (1978b, p. 152). E, nesse sentido, Russell afirma algo que nos parece relevante, ao considerar que "não pode existir nenhuma verdade ou falsidade a menos que existam mentes para julgar" – essa é uma condição primária, porque exige necessariamente ter em conta os sujeitos processuais com suas crenças, a considerarem algo como verdadeiro. Mas isso, conquanto necessário, não é suficiente, afinal, "não obstante, é evidente também que a verdade e a falsidade não dependem de modo algum da pessoa que julga, mas unicamente dos fatos acerca dos quais julga" (197c, p. 153). A verdade, nesse sentido, tem o que ele chama de "base objetiva". Partindo, assim, dessa dualidade entre mente e fatos, Russell avança para suscitar diversos atos cognitivos – como acreditar, duvidar, descreditar, apreender, perceber e imaginar, que podemos supor também nos sujeitos processuais – para ressaltar que a mente tem objetos diferentes de si própria ao fazer juízos, concluindo que estes consistem em "relações da mente com os objetos". Esse breve relato parece antecipar aquele que posteriormente J. R. Searle (2002) desenvolve acerca da intencionalidade dos estados mentais, embora neste se encontre uma distinção interna (entre conteúdo representativo e modo psicológico) não considerada claramente por Russell, mas que nos parece ser uma forma de abordagem que levaremos em conta ao final deste artigo. Antes, contudo, precisamos compreender as objeções feitas a

essa concepção de Russell, bem como as concepções alternativas que nos podem ajudar a obter mais argumentos.

A principal objeção se encontra no seu suposto isomorfismo de estruturas entre as crenças e os fatos, fundada em seu atomismo lógico que se vai tornar mais explicito quando opta por enfatizar as proposições como portadores (Russell, 1978a, p. 55), voltando a afirmar que um fato é "a espécie de coisas que torna verdadeira ou falsa uma proposição". Nessa nova consideração, Russell se empenha em explicar o fato como algo que exige uma sentença inteira para se expressar, não apenas como coisas que podemos nomear – seria algo como o que nos interessa numa sentença penal, ao enunciar que "X matou Y". A ideia de Russell, nesse sentido, focado na proposição como algo que pode ser verdadeiro ou falso, não se confunde com os nomes de coisas que damos independentemente da discussão sobre a verdade. Isso parece fazer sentido, se entendermos que não queremos saber no processo penal a verdade sobre o nome que damos à palavra "matar", já que apenas a supomos na sentença completa. Mas esse exemplo nos suscita um problema probatório porque podemos questionar se o ato atribuído a *X* pode inicialmente ser considerado um ato de matar no sentido que se supõe no tipo penal. Há, portanto, não apenas na proposição completa, mas antes no conceito suposto ao ato, bem como se "alguém" no tipo pode corresponder a *Y* no enunciado, mas isso apenas nos adverte que não são apenas proposições e enunciados, mas muitas outras coisas se podem dizer verdadeiras, como o veremos. Contudo, em qualquer caso, a noção de congruência precisa ser discutida, afinal, como podemos obter alguma qualquer congruência entre proposições – ou qualquer outro portador – e fato, a considerar a diferença ontológica entre essas entidades? Aqui, podemos ver que, por mais que Russel se esforce por oferecer um exemplo simples como descrever "a faca está à esquerda do livro" (1987c, p. 157-158) – o que está longe do tipo de sentença que requer um enunciado probatório processual –, mesmo esse exemplo já nos demonstra que precisamos de mais intervenientes teóricos para permitir concluir por alguma crença verdadeira.

A concepção teórica de Russel, assim, parecerá atraente aos juristas inicialmente porque satisfaz a expectativas imediatas com que podemos entender a questão da verdade dos enunciados probatórios em atos processuais como a sentença penal. Contudo, ao discutir alguns problemas mais salientes de sua concepção, podemos perceber alguns inconvenientes, a respeito dos quais algumas outras concepções teóricas têm algo a dizer de uma forma mais sofisticada, mas ainda considerando a verdade como correspondência. Uma primeira objeção séria diz respeito ao grau de correspondência que se pode obter entre fatos e crenças ou proposições, a considerar que nunca podemos alcançar uma verdade completa acerca das coisas. Uma segunda objeção diz respeito a que tipo de correspondência efetivamente podemos ter, a considerar que a noção de congruência parece não corresponder efetivamente ao que existe entre crenças e fatos. É dessas duas questões que nos ocupamos a seguir.

3.2. Correspondência como ideal de que nos podemos aproximar

A noção de verdade aproximada sustenta por Richard Boyd (1983) parece ser uma resposta possível à primeira objeção. Ela parece atender a uma atitude falibilista que também encontramos em Karl Popper (2006), ao falar de correspondência como ideal do qual nos podemos aproximar, ideia que pareceu a Luigi Ferrajoli (2002), no âmbito do direito, promissora para explicar uma antiga querela entre verdade material e verdade formal, que nos interessa entender melhor. Antes, contudo, convém antecipar algum crédito ao próprio Russell, porque nele já encontramos algo que parece reconhecer essa aproximação.

Logo no início de sua filosofia do atominismo lógico, Russell (1978a, p. 54) tinha advertido que, ao falar de "dados inegáveis", não pretendia considerá-los em termo de "dados verdadeiros", porque "inegável" aí estaria como um termo psicológico, ao passo que verdadeiro, não. Ele considera que, mesmo ao falar de "dados inegáveis", deveríamos admitir algo como "um tanto quanto vagos e ambíguos", e que o processo de filosofar envolve justamente passar desse vago até algo mais preciso e claro. Assim, ressalta ele: "as coisas que chegamos a assumir como premissas em qualquer tipo de trabalho de análise são as coisas que *nos* parecem inegáveis". Russell está, nesse sentido, ciente de que não podemos obter uma proposição completamente correspondente aos fatos, embora não o tenha dito expressamente como encontramos em Boyd e iremos encontrar em Popper, mas uma advertência sua é indicativa disso, ao dizer que: "o desejo de segurança perfeita é uma daquelas armadilhas em que sempre estamos caindo, e é tão insustentável no meio do conhecimento quanto qualquer outra coisa".

A ideia de verdade aproximativa também parece estar presente na noção de correspondência como ideal do qual podemos mais ou menos, mas nunca completamente, aproximar-nos, o que Karl Popper (2006, p. 293 e ss.) trata como uma questão de verossimilhança. Ao partir ainda do que considera uma "teoria da verdade objetiva", explicando-a em termos de "correspondência com os fatos" – no que, portanto, ainda está muito próximo do que Russell defendia –, Popper estava interessado, contudo, em discutir especialmente a verdade das teorias científicas, para o que ele apresentou a ideia de que devemos escolher, entre duas teorias concorrentes, aquela que apresente maior verossimilhança em relação à verdade. Há muitos problemas que se encontram na concepção de Popper – especialmente quanto à interpretação que confere à teoria semântica de Tarski, como iremos evidenciar oportunamente –, mas de imediato gostaríamos de tornar evidente sua concepção de verdade como correspondência, tendo em conta sua ideia de que, "apesar de não sabermos quão perto, ou quão longe, estamos da verdade, nós podemos – e frequentemente conseguimos *aproximar-nos cada vez mais da verdade*" (Popper, 2006, p. 314). Está aí já o embrião daquilo que depois Ricard Boyd desenvolve como verdade aproximada, mas antes que possamos tratar dela, é preciso observar o quanto de problema essa concepção nos traz, sobretudo ao âmbito do processo penal, porque ela foi assumida por Luigi Ferrajoli (2002, p. 42) para explicar a disputa teórica que existe no direito entre verdade material e verdade formal.

Contudo, podemos antecipar a compreensão de seus problemas, perguntando como nos é possível escolher entre duas teorias rivais – a exemplo das posições entre acusação e defesa em um processo penal, tendo por base os mesmos sinais probatórios, cada uma com sua hipótese acerca do valor probatório – se não temos nenhum parâmetro além do que se apresenta ao juiz, por exemplo? Como já se observou acerca da teoria da verdade de Popper, sua concepção se presta apenas para comparar teorias em que alguma delas possui proeminência sobre a outra, algo como uma posição de parâmetro para considerar as demais. Afinal, se não sabemos o quão longe ou quão perto estamos da verdade, como efetivamente podemos saber que estamos nos aproximando dela? É por isso que, apesar de falar de aproximação da verdade, o mais importante na teoria de Karl Popper, e que nos parece ter seduzido Luigi Ferrajoli no âmbito do processo penal, consiste na concepção de verdade como ideal de correspondência do qual nos podemos aproximar, mas nunca igualar. E isso de fato parece oferecer algum sentido à disputa histórica entre verdade material (aquela que corresponde efetiva e completamente aos fatos do crime) e verdade formal (aquela que conseguimos alcançar aproximativamente no processo penal). Mas, assim considerada, a verdade acaba mesmo não passando de um ideal de conhecimento, como a justiça é um ideal de política, o que não nos ajuda em termos práticos no processo penal. Luigi Ferrajoli (2002, p. 42), contudo, considera que, tendo em vista uma perspectiva preliminar, "nisto reside precisamente seu valor: é um princípio regulador (ou modelo limite) na jurisdição, assim como a ideia de verdade objeto é um princípio (ou modelo limite) na ciência". É a mesma noção defendida por Popper (2006, p. 307), para quem também "não temos nenhum critério de verdade, mas somos, não obstante guiados pela ideia de verdade como princípio regulador". Com isso, contudo, parece-nos que, em lugar de nos oferecer qualquer ideia sobre a verdade, a concepção apenas nos oferece uma razão para adotarmos uma atitude comedida em relação à verdade, uma atitude preventiva contra dogmatismos que sugerem a possibilidade de chegarmos a verdade absolutas sobre as coisas, o que ao processo penal é realmente algo que tem sua importância, mas ainda não nos diz muito acerca da verdade dita aproximada, sobretudo como podemos saber que estamos mais próximos ou não, que é o tipo de questão que interessa não apenas a teorias científicas, mas também ao processo penal em que o juiz se depara com teses contrárias entre acusação e defesa.

A considerar essas questões, a concepção de Richard Boyd (1983) tem algo mais a nos dizer, recorrendo a certos recursos, a exemplo do "refinamento denotacional" entre outros, além de admitir a possiblidade de conjugar correspondência e coerência. Iremos nos dedicar inicialmente apenas ao primeiro, deixando o segundo para o momento posterior ao falar da teoria da coerência. Iniciando com um exemplo – no qual compara a mecânica newtoneana e a mecânica relativista –, Boyd explica que o julgamento e a escolha sempre se baseiam em "concepções teóricas atuais", naquilo que entre os filósofos da ciência se reconhece como uma espécie de "*standard realist picture*" (Boyd, 1983, p. 358), o que geralmente se faz com base em uma tradição de pesquisa historicamente considerada. Esse parece ser precisamente a noção com que Karl Popper imagina a aproximação da verdade.

Contudo, na concepção de Boyd (1983, p. 364), ao falarmos de verdade aproximada, precisamos abandonar o empirismo tradicional, recorrendo a uma noção causal de referência, segundo uma concepção naturalista, para entender que "a referência de um termo é estabelecida por conexões causais entre o uso do termo e (instâncias de) seu referente". No que isso interessa especialmente, Boyd ressalta que "a referência é em si uma noção epistêmica e os tipos de conexões causais que são relevantes para referência são apenas aquelas que estão envolvidos na regulação confiável da crença". Aqui, pode-se objetar que essas teorias da referência não nos dizem tudo que precisamos saber a respeito da relação de referências – tendo em conta as discussões entre internalistas e externalistas, como ressalta Searle (2002) –, mas no essencial a concepção de Boyd nos adverte sobre a necessidade que temos de uma teoria da referência para termos acesso epistêmico a uma discussão acerca da verdade. O mais importante é que, ao voltar ao tema da verdade aproximada, Boyd enfatiza que isso passa por um processo progressivo de refinamento denotacional da referência, no sentido de que obtemos aproximação da verdade à medida que conseguimos obter algum refinamento da referência, o que geralmente envolve aprimoramentos metodológicos. Seria algo como conseguir um refinamento de termos linguísticos que encontramos na linguagem do tipo penal, excluindo certas referências aparentes que não se devem incluir na hipótese geral do tipo, e, portanto, não nos deve preocupar juridicamente. Mas isso por si nos demonstra que precisamos falar do significado dos termos que se referem, porque eles pressupõem que lhe damos um sentido probatório.

É importante, contudo, ter em mente que a concepção de Boyd se faz no âmbito de uma defesa ao realismo científico, contra o construtivismo e, portanto, contra qualquer concepção exclusivamente mental do significado, razão por que busca enfrentar a objeção até que ponto o realismo é "independente da mente", a respeito do que ele admite que somente busca enfrentar brevemente no artigo que estamos usando. Assim, Boyd não adota a postura de negar qualquer papel à mente, porque admite que

> "a adoção de teorias, paradigmas, estruturas conceituais, perspectivas – ou ter interesses, intenções, fins, etc. – de alguma forma constitui, ou contribui para a constituição dos poderes causais e as relações causais entre os objetos que os cientistas estudam no contexto dessas teorias, interesses, etc."

Ao reunir tudo em um mesmo pacote, Boyd não distingue aquilo que Searle distinguiria como *background*, rede de estados mentais e estados mentais específicos, nos quais encontramos os conceitos, entre outros tipos de significado, embora nos pareça que há alguma diferença. Diversamente, ele considera expressamente que esses elementos intervêm todos no estabelecimento das teorias, mas "são eles próprios fenômenos causais (...)" (1983, p. 370). A diferença de perspectiva não é uma sutileza sem implicações, mas no que nos interessa ao problema da verdade, importa entender que todas essas supostas causas – que Boyd se recusa a admitir como contribuição de tipo lógico, conceitual, socialmente construtivo

ou qualquer coisa semelhante – integram o problema do significado com que podemos chegar a qualquer verdade aproximativamente[4].

Boyd admite a contribuição da mente, mas apenas uma contribuição que interpreta como igualmente causal em comparação com os demais dados empíricos a respeito do que uma teoria trata. Isso fica mais claro quando Boyd, mesmo mantendo a defesa do realismo científico, admite que "as considerações evidenciais na ciência são profundamente dependentes da teoria" (1983, p. 383). Ao que nos interessa no âmbito do processo penal, resumidamente, Boyd nos oferece a estrutura básica com que podemos entender a verdade como aproximação empírica, tendo em conta as noções de referência e significado, embora lhes atribua uma explicação estritamente naturalista e causal, sem conferir à mente qualquer poder distinto como costumamos encontrar em um relato intencionalista, ao qual voltaremos ao final, depois de reunir outras concepções que nos ajudem a compreender melhor o problema da verdade. Entre essas concepções, é especialmente relevante a que Austin desenvolve com base na ideia de convenções.

3.3. Correspondência como correlação de convenções

J. R. Austin (1961) nos propõe uma outra forma de entender a verdade como correspondência, que nos é especialmente relevante ao direito, admitindo ainda que considera um enunciado verdadeiro "quando corresponde aos fatos", porque isso não lhe parece errado, embora possa parecer enganoso. Afastando crenças, sentenças e proposições como portadores de verdade, Austin se concentra nos enunciados, considerando-os como aquilo que é produzido em um evento histórico – a exemplo da sentença penal que nos interessa – cuja pronúncia é feita por um falante (no nosso caso, um sujeito processual especifico, o juiz) ou escrita (em um ato processual documentado), mas em qualquer caso "para uma audiência com referência a uma situação histórica, evento ou qualquer outra coisa" (Austin, 1961, p. 87-88). Ele ressalta, contudo, que ao dizer "enunciado", não pretende se apegar a uma palavra, podendo também falar-se em "asserção" que lhe parece funcionar na maioria das vezes da mesma forma: "Ambos têm a função de referir-se claramente ao uso histórico de uma sentença por um locutor e, portanto, precisamente não serem equivalentes a 'sentença'".

Austin considera que, para podermos falar da verdade, precisamos satisfazer algumas condições, entre muitas outras como um estoque de símbolos, que se possa transmitir entre um falante e uma audiência, mas também algo sobre o que falar no mundo, além de sobretudo o que lhe parece essencial, dois conjuntos de convenções (Austin, 1961, p. 89):

4. Nesse ponto, temos em mente a interpretação que lhe confere Dutra (2022, p. 72): "ele afirma que a verdade depende do significado e, dado que este é um fenômeno natural, não apenas a noção de verdade aproximada seria então uma questão a ser tratada *a posteriori*, mas o seria também a própria noção de verdade exata".

1) "Convenções *descritivas* correlacionando as palavras (= sentenças) com os *tipos* de situação, coisa, evento, etc., encontrados no mundo".

2) "Convenções *demonstrativas* correlacionando as palavras (= enunciados) com as situações *históricas*, etc., encontradas no mundo".

Assim, segundo sua definição de verdade – que tem os enunciados como portadores –,

> "diz-se que um enunciado é verdadeiro quando o estado de coisas histórico ao qual ela está correlacionada pelas convenções demonstrativas (aquela a que se refere) é do tipo com o qual a sentença usada para fazê-la está correlacionada pelas convenções descritivas" (Austin, 1961, p. 90).

A explicação de Austin, nesse sentido, é especialmente relevante ao processo penal. Chamando atenção para os "fatos", ele considera problemático seu uso para situações históricas, porque o que lhe parece melhor ser dito no lugar de "fatos" seria "enunciado verdadeiro". E nos oferece um exemplo do detetive que, quando diz "vamos aos fatos", não se põe a rastejar no chão, mas se põe a proferir uma série de enunciados, até chegar ao enunciado dos fatos que lhe interessa (Austin, 1961, p. 91). Pode-se, contudo, objetar Austin, dizendo que antes de enunciar os fatos, os sujeitos processuais – sobretudo os primeiros que se deparam com a cena do crime – lidam com sinais acerca dos fatos que querem enunciar – talvez não rastejando pelo chão como ele sugere, mas seguindo os rastros do crime –, até que possam fazer um enunciado dos fatos. Mas Austin admite que "quando um enunciado é verdadeiro, há, é claro, um estado de coisas que a torna verdadeira", embora insista ser também claro – como se torna claro no processo penal – "que só podemos descrever esse estado de coisas em palavras".

Austin considera que dizer "corresponde", nessas circunstâncias, causa muitos problemas, "porque geralmente é dado um significado muito restrito ou muito colorido, ou um que neste contexto não pode suportar" (1961, p. 92). Por isso, ele insiste na noção de *correlação* entre convenções (descritivas e demonstrativas), ressaltando que "somos absolutamente livres para designar qualquer símbolo para descrever qualquer tipo de situação, desde que seja apenas verdade". A sentença penal, nesse sentido, embora se possa enunciar em palavras de nossa língua, poderia estabelecer uma notação simbólica própria, desde que ainda tenha em conta ser compreendida pela audiência a que se destina. Com isso, Austin quer ressaltar que não temos qualquer necessidade de usar uma palavra específica que possa supostamente "espelhar" os fatos, desde que tenhamos convenções suficientemente claras acerca da correlação entre descrição e demonstração. E, ao falar de "espelhamento", embora não o diga expressamente, Austin parece estar claramente se opondo à concepção de Russell acerca da correspondência como congruência.

A recusa à noção de espelhamento das palavras com que criamos sentenças nos é especialmente relevante ao problema probatório no processo penal porque, se há algum suposto espelhamento, ele poderia se encontrar apenas na relação dos sinais com o fato passado do crime – se pensamos no tipo peirceano de signos com referência ao objeto, como o ícone, e

mesmo neste segundo graus distintos, mas já não em relação ao índice que supõe outro tipo de relação de referência. Ao falarmos, portanto, de símbolos, com os quais se constroem os enunciados, estamos mesmo no campo das convenções, mas é por isso que Russell acabou se voltando às proposições, como pressupostas na discussão da verdade. É preciso, nesse sentido, admitir que, mesmo ao falarmos de enunciados como proferimentos públicos de sentenças, estamos tratando de signos, que supõem não apenas a referência aos fatos, mas também um significado, que estão, portanto, em relação com os sinais probatórios. É sobretudo relevante termos em conta – pelo menos ao âmbito dos signos probatórios que podem conferir evidência aos enunciados verdadeiros do processo penal – que os enunciados somente podem ser verdadeiros por intermediação de uma discussão semiótica acerca dos sinais, seus significados e suas referências. Mas esse detalhamento não exclui a relevância do esquema convencional de Austin aplicado aos enunciados. E ele nos oferece um exemplo esclarecedor ao processo penal.

Imaginando um caso em que o *Sr. Q* escreve em um quadro de avisos que "O Sr. W é um ladrão", Austin supõe que um julgamento público é realizado para decidir se o enunciado não seria uma calúnia. Primeiramente, considera necessário saber se há um fato a considerar em substância – diz Austin, para somente depois decidir se a declaração é verdadeira. Aparentemente, reconhece Austin, as duas discussões requerem uma mesma evidência, mas conclui que não é correto pensar assim. E o jurista o pode entender facilmente, nesse caso, porque precisamos ter antes em conta a existência de uma convenção descritiva do tipo de situação ou evento que consideramos calúnia (como temos nos tipo penal de calúnia previsto nas leis), seguida de alguma convenção demonstrativa da situação histórica (o que geralmente encontramos no histórico de jurisprudência dos tribunais a reconhecer certos fatos como crime de calúnia), embora no que concerne ao direito penal brasileiro, para falarmos de calúnia tivéssemos de ter uma declaração pública mais especifica como "o Sr. W furtou o computador da sala de professores". Em todo caso, sabemos que precisamos de convenções, para podermos relacionar o fato – nesse caso uma inscrição pública em quadro de aviso – ao tipo penal. Mas precisamos entender que, ao falar de convenções, estamos a fazer uma distinção pressuposta que exige, além de uma linguagem-objeto, também uma metalinguagem – que no âmbito do direito parece se encontrar em uma teoria analítica do crime, naquilo portanto que os juristas reconhecem como "doutrina", distinta da lei e da jurisprudência – o que parece exigir algumas considerações complementares que iremos encontrar apenas na compreensão mais detalhada de uma teoria semântica da verdade.

4. As dimensões semióticas da verdade

Ao falar de enunciados como portadores de verdade, Austin nos permite orientar a discussão da verdade para uma perspectiva semiótica, porque os enunciados, considerados como eventos físicos históricos, se podem assimilar facilmente a signos e detalhar segundo seus elementos constituintes que C. S. Peirce (2017b) chamava de meio do signo (o

enunciado), seu objeto e seu interpretante, compondo uma relação triádica fundamental. Esses elementos, portanto, se podem pressupor tanto nas sentenças do tipo "está provado que X" quanto nos sinais que chamamos de provas nessa sentença, cujo enunciado se pode compreender como um signo secundário. Trata-se aqui de compreender um postulado fundamental da semiótica, pelo qual se reconhece que um signo sempre se compõe a partir de outros signos, o que implica reconhecer que o enunciado – como signo – se compõe a partir de outros signos (Walther-Bense, 2010). Se podemos falar de uma verdade dos enunciados, nesse sentido, parece que isso decorre, portanto, porque antes supomos alguma verdade acerca da qual os sinais se apresentam como prova. E se evitamos falar de verdade dos sinais diretamente, é porque – como nos faz ver Austin – precisamos de palavras para falar de verdade, mesmo que estejamos tratando de outros signos distintos de palavras. Enfatizar, portanto, os enunciados se torna assim uma primeira atitude mais pragmática que, contudo, esperamos complementar com um relato mais intencional ao final. É, nesse sentido, importante ter como imagem em mente que os sinais probatórios se interpõem entre o enunciado probatório e o crime passado, considerando este como objeto de prova acerca do que a sentença penal pretende alguma verdade. O mais importante, contudo, é que, assim considerados os enunciados como signos, podemos igualmente pensá-los segundo aquelas relações diádicas que C. Morris (1983) buscou enfatizar ao falar de semântica, sintaxe e pragmática. Essa é uma sugestão que no direito encontramos em Luigi Ferrajoli (2002, pp. 38-72), para quem podemos falar de dimensões semióticas da verdade, para podermos assimilar mais de uma teoria, conforme a dimensão, o que nos parece ser uma ideia promissora, embora tenhamos que discordar de sua equivocada compreensão da teoria semântica de Tarski como correspondência.

4.1. A concepção semântica da verdade

As diversas teorias da correspondência – ao sugerirem a dependência de fatos ou de quaisquer estados de coisas – pretendem ser uma versão moderna da clássica versão de Aristóteles, para a qual Alfred Tarski (2007a, 2007 b, 2007c) espera oferecer o que lhe parece ser a versão mais correta – uma concepção semântica da verdade. Em resposta a objeções que recebeu a sua teoria, Tarski sustenta que a sua concepção pretende ser "completamente neutra" em relação a várias questões, ressaltando que "podemos aceitar a concepção semântica da verdade sem abandonar qualquer atitude epistemológica que possamos ter tido" (2007 b, p. 189-190). Essa advertência de Tarski – entre outras que enfatizaremos – certamente levou alguns pensadores a aproveitarem a concepção semântica para vários campos, a exemplo de Karl Popper (1999, p. 294-308), na teoria da ciência, e Luigi Ferrajoli (2002, p. 40-41), na teoria do direito, embora concluindo erroneamente acerca de sua natureza correspondencial. No que se segue iremos expor sucintamente a teoria de Tarski, visando a evidenciar como ela pode ser assimilada no campo do processo penal, mas sem lhe conferir qualquer ideia correspondencial, pelas razões que esperamos deixar claras.

A concepção semântica é uma teoria complexa que envolve muitos conceitos e sobretudo condições que o próprio Tarski impõe, especialmente para limitar sua proposta ao campo das linguagens formalizadas da qual a linguagem cotidiana, como a que usamos no processo penal, dificilmente se poderá aproximar, apesar do programa proposto por Donald Davidson (1967), visando a expandi-la. A concepção de Tarski (2007b, p. 158--165) pretende apenas oferecer uma *definição da verdade* que seja *materialmente adequada e formalmente correta*, tendo em conta uma distinção necessária entre *linguagem-objeto* e *metalinguagem*, partindo de um esquema – *(T) "X" é verdadeira se e somente se p* – no qual "X" é o nome de uma sentença e 'p' é a sentença propriamente dita. Assim, para termos uma compreensão contextual em processo penal, poderíamos dizer que: "A sentença penal (de fls. tal no processo de n. tal), na qual consta que 'S cometeu o fato descrito na lei penal'(X) é verdadeira se e somente 'S cometeu o fato descrito na lei penal como crime' (p)". Mas isso não é ainda uma definição de verdade na concepção de Tarski, é apenas um critério de adequação material com o qual espera ter algo equivalente ao seguinte: "A sentença 'a neve é branca' é verdadeira se, e somente se, a neve é branca". Apesar da possibilidade de interpretar o lado esquerdo do esquema (T) como uma correspondência com fatos – como erroneamente Karl Popper (1999) faz, no que é seguindo igualmente por Luigi Ferrajoli (2002) – nada na concepção de Tarski nos permite concluir nesse sentido, afinal ele insiste que está falando de "sentenças" e "nomes de sentenças" em uma linguagem, o que se torna claro quando ele enfrenta a relação da verdade com a prova em outro estudo posterior. Ademais, a considerar o problema da verdade no processo penal, basta que pensemos nas duas questões de verdade (*QF*, *QI*) para entendermos que a concepção semântica nesse caso se pode aplicar tanto à *QF* quanto à *QI*, não havendo razão para considerá-la uma questão de correspondência com os fatos. Apenas porque Popper (2006) se interessa na concepção semântica para tratar de teorias na ciência e Ferrajoli (2002) enfatiza inicialmente a *QF*, é que eles conseguem enxergar a definição de Tarski como correspondencial. Mas bem considerada essa concepção semântica, tendo em conta os demais elementos de sua teoria, podemos entender que não é disso que se trata.

Desde a sua primeira concepção teórica, Tarski (2007a, p. 20) observava que "a extensão do conceito a ser definido depende, de maneira essencial, da linguagem particular sob consideração" – quer dizer, no que nos interessa, depende da linguagem usada do processo penal –, enfatizando, contudo, que a linguagem comum – em razão de sua universalidade, dada a propensão a traduzir qualquer outra linguagem na sua – teria dificuldade de atender a certas condições de correção formal, porque dificilmente conseguiria estabelecer uma distinção entre *linguagem-objeto* e *metalinguagem*. Sem essa distinção, portanto, que nos permite considerar a verdade da linguagem-objeto apenas na metalinguagem, não podemos alcançar uma consistência semântica, e esse é precisamente o problema da linguagem processual, embora possamos nos esforçar por fazer algum esboço assimilativo e trabalhar para alcançar o que Tarski considera uma "estrutura especificada com exatidão" (2007 b, p. 170). A considerar que a linguagem-objeto é aquela "a cujo respeito se fala" e a metalinguagem, aquela na qual "falamos a respeito" da linguagem-objeto, se tivermos em conta a

sentença penal como portadora de verdade, precisaríamos ter na discussão do acórdão em segunda instância uma metalinguagem que pudesse abranger a linguagem da sentença, especificando os termos em que a sentença seria considerada verdadeira. Contudo, a considerar que "a própria definição e todas as equivalências implicadas por ela devem ser formuladas na metalinguagem" (Tarski, 2007, p. 171), não vemos como isso possa se dar sem as inconsistências da linguagem comum, o que muito constantemente podemos identificar na prática processual. É claro que podemos observar na linguagem dos enunciados probatórios alguns termos semânticos, geralmente oriundos das diversas teorias analíticas do crime, que permitem às sentenças penais arbitrarem sobre o significado de certos termos da linguagem-objeto dos tipos penais, quando consideram a interpretação devida a certas leis, mas há tanta diversidade de teorias analíticas – considerando não apenas o causalismo, o finalismo e o funcionalismo, mas mesmo nestes as diversas concepções teóricas – que dificilmente podemos pensar em alguma estabilidade metalinguística que permita uma formalização rígida nos termos que Tarski imagina. No entanto, considerando que a metalinguagem requer uma "condição de riqueza essencial" (Tarski, 2007b, p. 172), essa é precisamente a condição das teorias analíticas, o que o jurista pode reconhecer facilmente, tendo em conta a diversidade de categorias conceituais que encontramos nas discussões sobre tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade, entre outras subcategorias que a teoria da imputação objetiva tem desenvolvido no direito penal.

Em qualquer caso, contudo, precisamos ter em conta uma ressalva importante que faz Tarski (2007c, p. 221; 1969, p. 69), ao considerar a relação entre sua definição de verdade e qualquer procedimento probatório, ressaltando que "a definição não traz consigo um critério operativo que possa decidir quando sentenças particulares dessa linguagem são verdadeiras ou falsas (e, de fato, a definição não é projetada com esse propósito)"[5]. Nesse sentido, comparado ao exemplo que Tarski nos oferece no campo da geometria – na qual "apenas uma investigação geométrica permitirá decidir qual é realmente o caso" – advertindo que observações análogas se devem considerar no domínio de qualquer outra ciência específica, também no processo penal, apenas investigações – em sentido amplo, não limitadas à fase processual de inquérito, mas no sentido de todo o contexto de descoberta do processo – podem "decidir em que casos determinada sentença é verdadeira". Tarski, portanto, insiste em que uma definição de verdade qualquer – não apenas a sua definição semântica – não proporciona nenhum critério desse gênero, mas, tendo em conta que a procura da verdade nesse sentido é precisamente o que move as ciências em particular, assim como o processo penal especificamente, "parece ser um problema importante encontrar pelo menos alguns critérios parciais de verdade e desenvolver procedimentos que permitam determinar ou negar a verdade" (Tarski, 2007c, p. 222). Assim, apenas no processo

5. O texto traduzido que usamos (Tarski, 2007c) fala em "verdade e demonstração", enfatizando assim o exemplo das ciências dedutivas que é desenvolvido pelo autor, mas em consulta também ao texto original (Tarski, 1969), podemos constatar que o autor fala genericamente de "Truth and Proof", o que nos é especialmente relevante ao tema em discussão.

penal com seus procedimentos de investigação, nos quais obtemos provas com as quais as sentenças penais podem fazer enunciados acerca do crime, podemos estabelecer os critérios de verdade. E, nesse sentido, embora Tarski se tenha empenhado em uma definição para linguagens formalizadas, bem como tenha se dedicado a falar de prova em demonstrações de ciências dedutivas, ele admite que mesmo nesses casos a noção de sentença verdadeira atua como "um limite ideal que nunca pode ser atingido", concluindo que "parece provável, embora por diferentes motivos, que a noção de verdade exerce um papel semelhante no domínio do conhecimento empírico" (Tarski, 2007c, p. 233).

Essa é uma razão – entre outras encontradas na concepção de Tarski – que tem motivado muitas interpretações a favor da sua utilização em campos empíricos como o processo penal, no qual Luigi Ferrajoli (2002, p. 52) – embora partindo de uma interpretação equivocada sobre a natureza correspondencial da teoria semântica – sugere que podemos admitir essa definição de verdade, em perspectiva semântica, para avançamos com critérios de verdade, tanto em dimensão sintática quanto em dimensão pragmática. É como pensamos ser possível considerar a coerência como concepção de verdade.

4.2. A perspectiva sintática: coerência

A considerar a distinção entre definição e critérios – que inclusive Russell (1978, p. 152) já tinha em mente e encontramos atualmente bem aceita (Haack, 2002, pp. 127-129) –, a noção de correspondência que algumas teorias da verdade defendem como definição parece melhor se enquadrarem como um critério de verdade – no caso, um critério para sentenças que falam de fatos, mas não para sentenças que falam de outra coisa – embora em qualquer caso, portanto, um critério entre outros que se defendem, a exemplo da coerência que no processo penal parece ter um grande apelo a ser considerado, ainda que geralmente se insista ser a correspondência uma definição da verdade (Ferrajoli, 2002, p. 40).

Um critério de verdade é, nesse sentido, aquilo que nos permite dizer se, por exemplo, uma sentença penal acerca dos fatos é verdadeira, tendo por pressuposto uma definição qualquer. Assim, enquanto uma definição nos dá apenas o significado do termo verdadeiro – ao dizer que uma sentença penal é verdadeira se, e somente se, "p" –, o critério de verdade precisa especificar o tipo de procedimento ou de prova com que podemos dizer que é o caso. Nesse sentido, podemos entender que o critério – no caso de uma sentença penal de crime de homicídio ("matar alguém") – exige como prova o corpo de alguém morto (não necessariamente sua ostensão em audiência, apenas um laudo de corpo de delito), bem como prova de um ato de matar (a exemplo de uma arma de fogo com vestígios de pólvora na arma e nas mãos do condenado), o que pode ser considerado em termos de correspondência. Na prática processual penal, sabemos que há muitos outros detalhes a considerar, mesmo em termos de mera correspondência, tendo a simplificação aqui apenas o objetivo de facilitar a discussão. Podemos, assim, objetar que a mera correspondência dos sinais probatórios (mesmo considerados segundo convenções demonstrativas e descritivas) não oferecem um

critério seguro de verdade, a considerar que há outros muitos sinais probatórios que precisam ser considerados sobretudo segundo alguma coerência entre eles. Esse é o tipo de problema com que a teoria da coerência parece se debater, tendo sentido em falar de perspectiva semântica porque, considerados todos os sinais probatórios de um processo penal, o que interessa é saber se eles conseguem estar todos em coerência para sustentar uma frase sentencial condenatória que sintaticamente tenha sentido.

A respeito da relação possível entre correspondência e coerência, inicialmente convém ter em mente que mesmo Richard Boyd (1983), ao defender sua concepção correspondencial de verdade aproximada, tinha considerado possível falar de uma coerência, em uma defesa do realismo científico, admitindo o que chamou de "fenômeno da coerência local", assim explicado por ele:

> "Os achados explícitos e quase explícitos da ciência comum examinados sincronicamente parecem confirmar fortemente, ainda que apenas tacitamente, as explicações particulares para a confiabilidade dos julgamentos de projetabilidade sobre os quais repousa o empreendimento explicativo do realista e eles parecem fazê-lo de uma forma que submete os julgamentos dependentes do contexto de aspectos relevantes de aproximação que eles contêm ao requisito apropriado de coerência" (Boyd, 1983, p. 281).

Mas é em Otto Neurath (1981, pp. 2-5-214) que podemos encontrar uma defesa mais explícita da coerência, ao sustentar o ideal de uma ciência unitária na qual tentamos criar "um sistema livre de contradições" composto de proposições protocolares (aceitas sem maiores discussões) e não protocolares (submetidas a discussões). Ele considera que "quando uma nova proposição nos é mostrada, nós a comparamos com o sistema disponível para nós e descobrimos se a nova proposição está ou não em contradição com o sistema" (Neurtath, 1981, p. 209). Se a proposição estiver em contradição, podemos eliminá-la ou aceitá-la, mas, nesse último caso, sob a condição de alterar o sistema de tal forma que possa abarcar a nova proposição sem termos uma contradição. O importante, para Neurath, é termos em mente que "não há como tomar sentenças protocolares conclusivamente estabelecidas ou partir das ciências". Considerando o conjunto de provas de que dispõem os sujeitos processuais, se pudermos igualmente considerar o processo penal como um microssistema de pensamento, mesmo diante das provas mais persistentes que asseguram proposições desde a primeira fase, segundo a experiência acumulada na criminalística, criando uma espécie de sistema probatório, se em alguma fase processual uma proposição probatória se tornar contraditória com outras que sustentam o conjunto das provas mais consistentes, será necessário eliminá-la ou alterar o sistema. Assim, suponha-se que temos em um processo penal um corpo morto e tudo mais que nos permite considerar que houve um homicídio por arma de fogo, incluindo uma arma compatível com as perfurações, marcas de pólvora no morto, na arma encontrada e nas mãos do acusado, mas ao final este consiga apresentar prova igualmente consistente – por meio de registros de imagens, uso de cartão de crédito entre outras – que demonstram que no dia do homicídio ele estava em clube de tiro, em

outra cidade distante, usando outra arma que não a sua, o que explica as marcas de pólvora compatíveis com o tempo do evento criminoso.

O mais importante é que nenhuma proposição seja aceita como, no dizer de Neurath, "noli me tangere", ou seja, como intocável porque supostamente atende a um critério de correspondência, segundo proposições protocolares É dizer, em outras palavras, nenhuma proposição pode ser protocolar ao ponto de estar livre de qualquer objeção, considerada esta no conjunto de outras proposições que permitem tornar o sistema de pensamento coerente em seu conjunto. A concepção de Neurath, portanto, consiste em recusar a qualquer proposição alguma natureza primária tal que a exclua de uma possível eliminação, quando contraditória com as demais que estão em conformidade com o sistema de pensamento. No processo penal, portanto, deve-se ter em mente que, mesmo as proposições assumidas como verdadeiras desde o início da investigação, passando pela acusação e sentença penal que as confirme – se foi deixada de fora uma proposição sustentada pela defesa que, embora fortemente convincente, requer uma correção do sistema completo – não se podem salvar se forem contraditórias, em detrimento de uma coerência completa do processo. É preciso reconstruir a conclusão do enunciado, tendo em conta as diversas proposições. Assim considerado, conforme o ressalta Neurath, não se admite que algumas proposições possam ser assumidas como protocolares, é dizer, que não requeiram verificação pragmática para serem aceitas, enquanto apenas outras não protocolares sejam postas sob prova. Uma postura assim no processo penal poderia levar a aceitar apenas as proposições da acusação como protocolares, livre de discussão no conjunto do sistema do processo, apenas submetendo as proposições da defesa a verificação.

A verdade, nesse sentido, embora se possa discutir com critérios de verificação de alguma correspondência com os fatos, exige para reforçar-se alguma coerência com o sistema de conhecimento do processo penal, não conferindo, contudo, qualquer proeminência a alguma proposição, seja da acusação, seja da defesa, tampouco até mesmo ao sistema probatório que se tenha estabelecido em primeira instância, supondo que este se pode alterar para abranger a maior quantidade de proposições em um conjunto coerente de conhecimento no acórdão de segunda instância. É nesse sentido que nos parece compreensível a famosa frase de Neurath (1981, p. 206) – ao dizer que "somos como navegadores que precisam transformar seu navio no meio do mar, sem nunca poder desmontá-lo em uma doca e reconstruí-lo com os melhores materiais" – o que nos é perfeitamente compreensível no âmbito da prática do processo penal, em que nenhuma proposição protocolar é assumida em detrimento de uma ampla possibilidade de defesa sempre, pelo menos quando o objetivo seja mesmo o de assegurar uma verdade acerca do crime, não apenas de fazer do processo penal uma encenação teatral em que figuram interesses obscuros.

4.3. A perspectiva pragmática: concordâncias

As questões que se suscitam na discussão da verdade, sobretudo quando passamos a considerar seus critérios probatórios, parecem sempre inevitavelmente depender de

alguma atitude pragmática que pode nos exigir uma investigação, como até mesmo Tarski em sua concepção semântica tinha advertido ao distinguir verdade e prova. E, nesse sentido, uma abordagem pragmática parece ter muito a acrescer na compreensão do problema da verdade acerca da qual a prova pretende atender a certos critérios de garantia. Ademais, algumas muitas concepções dessa perspectiva – como as que encontramos em Peirce, James e Dewey – nos permitem considerar certos aspectos da verdade que costumam não ser postos em evidência, mas que nos interessa especialmente ao âmbito do processo penal, no qual uma variedade de outros interesses realmente intervém nas discussões acerca da verdade. Mas ao final, ainda sob uma perspectiva pragmática, podemos ter um relato de como a verdade pode ser compreendida sem perder de vista aquilo que constitui o essencial da definição proposta de Tarski, se tivermos em conta a concepção de verdade como acordo, segundo a proposta pragmática de Luiz Henrique de Araújo Dutra (2022).

A começar por C. S. Peirce (2017b, p. 90), ele havia considerado que "a verdade consiste na compulsão decisiva da inteligência investigadora", o que certamente nos permite entender que assim ele considerava a verdade como finalidade da investigação, como ressalta Dutra (2022, p. 194) em sua concepção da verdade como acordo, sustentando que a verdade é nesse sentido ineliminável de qualquer investigação, pois se trata de um elemento operativo. Isso é perfeitamente compreensível ao jurista, no campo do processo penal, mas não nos deve conduzir a uma postura dogmática que postule qualquer certeza. A respeito, em outra ocasião, Peirce havia ressaltado que "o único objeto da investigação é o estabelecimento da opinião" (2008, p. 43), porque, embora tenhamos sempre a impressão de que isso não é o suficiente, tão logo uma crença é firmemente alcançada, costumamos ficar satisfeito com nossa crença, seja esta verdadeira ou falsa – o que no processo penal parece corresponder bem a como costumam proceder os sujeitos processuais oficiais que se dedicam a investigar, denunciar e julgar crimes. Assim, embora em várias passagens de seus elementos de lógica, Peirce pareça sugerir alguma ideia de correspondência, há nele sempre uma atitude falibilista que o mantém na cautela de que "o máximo que se pode sustentar é que buscamos uma crença que *pensamos* ser verdadeira". As razões para isso se tornam muito mais claras na concepção pragmática de verdade concebida por William James, para quem também a verdade se deve compreender como acordo ou concordância, enfatizando a necessidade sempre de certos atos de investigação.

Assumindo que a verdade "é uma propriedade de certas ideias nossas", James (2006, p. 112) admitia que se podia falar nesse caso de um "acordo" ou "desacordo" com a "realidade", no sentido de uma "concordância", mas não segundo qualquer ideia de cópia do pensamento, dando-nos um exemplo de um relógio de parede, acerca do qual podemos ter uma ideia muito precisa de sua aparência externa, mas somente se fossemos relojoeiros, poderíamos ter uma ideia de cópia adequada considerando seus elementos internos. Assim, adverte-nos que "onde nossas ideias não podem copiar definidamente o objeto" – a exemplo do crime objeto de prova, cuja existência passada e detalhes nos são desconhecidos – deve haver outra noção de concordância. E, nesse sentido, ele sugere que "as ideias verdadeiras são aquelas que podemos assimilar, validar, corroborar e verificar". A respeito, com maiores

explicações, Luiz Henrique de Araújo Dutra (2020, p. 155) nos dirá que é o que podemos "averiguar" em uma análise pragmática da investigação, na qual podemos estabelecer o acordo entre muitas coisas, não apenas ideias e realidade, mas também hipóteses e base de dados, a exemplo do que encontramos em contextos reais de investigação, como acontece no processo penal. É nesse sentido que igualmente podemos entender a advertência de James, ao recusar qualquer "relação estática inerte" da verdade com mundo, explicando que:

> "A verdade de uma ideia não é uma propriedade estagnada nessa ideia. *Acontece* ser a verdade uma ideia. Esta *torna*-se verdadeira, é *feita* verdadeira pelos acontecimentos. Sua verdade é, de fato, um evento, um processo, o processo, a saber, de verificar-se, sua *verificação*. *Sua validade é o processo de sua validação*" (James, 2006, p. 113).

Trata-se de um relato imediatamente compreensível pelo jurista que entende o processo penal como um procedimento no qual a verdade, inicialmente sustentada como hipótese na fase de inquérito ou qualquer outro instrumento jurídico, após as investigações preliminares que reúnem uma primeira base de dados, não se estabelece em definitivo, pois continua a ser verificada por outros sujeitos processuais, em continuidade de investigações que permitem novos dados e averiguação da verdade. Esse é um relato que podemos encontrar na análise pragmática da investigação de Dutra (2020, p. 155 e ss.) – com mais riqueza de detalhes e considerações complementares –, mas que nos diz o essencial da verdade em perspectiva pragmática. É certo, por exemplo, que a cada passo desse processo, cada sujeito processual terá estabelecido seu acordo entre suas hipóteses e sua base de dados, o que poderá ser corroborado por outros sujeitos, a exemplo do órgão de acusação, mas também poderá ser refutado por outros, a exemplo da defesa. O importante é que – como ressalta James (2006, p. 113) – "a posse de pensamentos verdadeiros significa a posse de valiosos instrumentos de ação", quer dizer, apenas com base na posse do que considera verdadeiro, os sujeitos processuais agem no processo penal, dando seguimento com outras medidas que consideram necessárias, a exemplo de pedidos e decretação de medidas restritivas de direitos – como sequestro de bens ou até mesmo prisão preventiva, antes da prisão definitiva ao final. Assim, embora se possa recusar a ideia de mera utilidade da verdade – dissociada de qualquer relação com a realidade, o que certamente não foi afirmado pelos pragmatistas –, pode-se compreender por que James (2006, p. 114) considera que "a posse da verdade, longe de ser aqui um fim em si, é somente um meio preliminar em direção a outras satisfações". Se há na verdade algum valor teórico interno, "o valor prático de ideias verdadeiras é, pois, derivado primariamente da importância prática de seus objetos para nós". E isso não o pode ignorar o jurista, a considerar a punição perseguida pelo processo penal como utilidade última.

William James, contudo, consente que muito constantemente procedemos com base em verdades não verificadas, pelos menos enquanto elas não se tornam problemáticas a ponto de exigirem uma verificação, mas mesmo quando o exigem, muito constantemente

também nos contentamos com o conhecimento possível com que costumamos nos bastar, dando o exemplo de fatos históricos muito antigos para os quais admitimos os relatos da história como suficientes, pelo menos se eles não estão em séria disputa. Isso significa que "nossos pensamentos e crenças 'passam', na medida em que nada os desafiam", o que no processo penal é muito comum entre os sujeitos processuais oficiais, que atuam no interesse do Estado, visando a obter uma punição, encontrando resistência geralmente apenas na defesa que constitui o ponto de desafio, a exigir então alguma verificação intersubjetiva. Assim, a respeito da verdade, somos também movidos por aceitações mútuas, o que James chama de "sistema de créditos", no sentido de que "você aceita minha verificação de uma coisa, eu, de outras" (2006, p. 116). Há, nesse sentido, sistemas apenas parciais de verificação, o que James explica em razão de nosso sistema de crenças, no qual outras ideias precedentes permitem o ajuste ou a concordância por meio de uma verificação indireta. Mas, em qualquer caso, James ainda mantém a ideia de que, seja total ou parcialmente, seja direta ou indiretamente, um objeto qualquer apenas advém da verificação de sua significação[6], o que será enfatizado pela teoria da investigação de John Dewey. Em qualquer caso, portanto, parece-nos estarmos falando de investigação – insistimos, em um sentido amplo, que ao jurista não se deve confundir apenas com a fase preliminar de inquérito, mas abranger todo o contexto de descoberta do processo penal, desde o inquérito até a sentença penal, e mais além até se houver recurso e discussão no tribunal (Pereira, 2019, 2022).

Assim, podemos entender a ideia de *assertabilidade garantida* de John Dewey (1950, p. 139) para quem "as formas lógicas acedem ao objeto quando este está submetido à investigação controlada". A perspectiva principal de Dewey consiste em enfatizar o conhecimento como processo que se desenvolve em investigações particulares, chamando atenção para o fato de que, antes que possamos falar de verdade como produto, temos que percorrer um caminho, no qual não apenas ideias, mas também ações devem ser consideradas. É com base nessa concepção que podemos entender o relato pragmático de Dutra (2022, p. 155), para quem "algum tipo de acordo está o tempo todo sendo feito nos processos de investigação", mas enfatizando também certos "padrões coletivos ou socialmente admitidos, regras e convenções", a exemplo do que o jurista pode reconhecer facilmente em um processo penal, devido ao conjunto de regras de procedimento e de organização do poder. Em razão desses padrões normativos, podemos reconhecer em torno da verdade muitos compromissos que conformam os sujeitos processuais ao contexto particular de investigação no qual buscam provas, mas nenhum é mais fundamental que esse compromisso com a verdade. Assim, entende-se por que James (2006, p. 126) falava de uma obrigação para com a verdade, porque: "Nossa obrigação no sentido de procurar a verdade é parte de nossa obrigação de fazer o que compensa". Mas ao falar de compensação aqui, James estava a pensar nas condições de satisfação, com o que nos devemos voltar a uma perspectiva mental da verdade.

6. Na tradução utilizada, James (2006, p. 115) diz: "O advento do objeto é a verificação da significação".

5. Condições de satisfação, intencionalidade e compromisso epistemológico

As discussões teóricas em torno de enunciados, sentenças e proposições – considerados como portadores de verdade – embora nos permitam ter uma boa compreensão da verdade, parecem ficar incompletas sem percebermos o contexto pragmático em que ela desempenha um papel em investigações reais como as que encontramos no processo penal, mas também parece faltar algo se ignorarmos o que se desenvolve na mente dos sujeitos processuais em termos de intencionalidade. Como ressalta Dutra (2020, p. 196), mesmo em uma análise pragmática da investigação, tendo em conta a noção de verdade como acordo, é a intencionalidade que nos permite "dar sentido ao comportamento dos diversos investigadores" – no caso do processo penal, dos diversos sujeitos processuais. Dessa forma, portanto, "podemos considerar a investigação como um evento intencional no sentido de que ela é dirigida para um fim – a verdade, o acordo". E nesse relato intencional, vamos encontrar questões como as condições de satisfação e o significado na sua relação com a verdade, conforme explicamos a seguir.

Até mesmo Alfred Tarski (2007b, p. 174, grifos do original) – após apresentar sua concepção semântica da verdade, cuja estrutura complexa nos deixa efetivamente em dúvida se podemos alcançá-la em linguagens comuns como a usada em processo penal – havia considerado que "uma definição de verdade pode ser obtida, de maneira muito simples, da definição de outra noção semântica, a noção de *satisfação*". É essa simplicidade que parece ter sido bem traduzida no conceito de verdade como acordo que Luiz Henrique de Araújo Dutra nos oferece, ao tornar evidente que é apenas isso que fazemos ao colocar várias coisas em acordo – no caso uma hipótese e a base de dados – cuja noção de satisfação se encontra primeiramente na mente dos sujeitos processuais, para ficarmos em nosso exemplo. Assim, deve ser perfeitamente compreensível ao jurista que, ao tratar de coisas como crimes e provas, antes que possa fazer asserções públicas em enunciados probatórios, os sujeitos processuais, a partir de seu lugar de atuação e cada um ao seu tempo, deverão estabelecer quais condições de satisfação atendem a sua intencionalidade no contexto em que se encontram. O acordo se dá, assim, inicialmente consigo mesmo, devendo seguir em acordos que se reforçam ao longo do processo, embora, como se sabe, possa haver muitos desacordos também.

A respeito do papel da intencionalidade nesse contexto, J. R. Searle (2002) nos oferece um bom relato, sobretudo ao espelhar a intencionalidade dos estados mentais na intencionalidade dos atos de fala, o que nos permite colocar em diálogo os diversos portadores com que cada teoria da verdade se desenvolve. Partindo do modelo de atos de fala (enunciados), Searle sugere-nos que podemos identificar a mesma estrutura de intencionalidade nos estados mentais, atribuindo a ele uma primariedade da qual aqueles seriam derivados. Embora saibamos que a intencionalidade dos enunciados supõe outros elementos que não se limitam a reproduzir os estados mentais, a proposta nos ajuda a sintetizar os diversos relatos como se segue. A considerar a busca da verdade como uma forma de intencionalidade

– no sentido de que a mente está dirigida ao fim de obter alguma verdade (Dutra, 2022, p. 196) –, podemos entender que o problema da verdade surge naqueles estados mentais (como crenças) ou nos atos de fala (como enunciados) cuja direção de ajuste se dá na direção mente/palavra-mundo (Searle, 2002, p. 10). Assim, decorre da própria intencionalidade dos sujeitos processuais – para voltarmos ao tema de nosso interesse sobre a verdade acerca de um crime – ao terem uma crença ou fazerem algum enunciado, estabelecerem uma direção de ajuste: "As crenças, tal como os enunciados – ressalta Searle – podem ser verdadeiras ou falas, e pode-se dizer que têm uma direção de ajuste 'mente-mundo'". Isso decorre porque, ao proferir um enunciado com conteúdo afirmativo – a exemplo do que faz o juiz ao final do processo com uma sentença penal –, há um conteúdo proposicional, como o qual o sujeito expressa um estado intencional, e como ressalta Searle (2002, p. 12), "esse estado intencional é a consideração de sinceridade desse tipo de ato de fala". Em outras palavras, o proferimento de um enunciado é uma expressão de um estado intencional correspondente, por isso não faz sentido que o sujeito processual enuncie "A" e acredite em "B", embora sempre seja possível mentir ou realizar um ato de fala sem sinceridade. Mas, como bem observado em outra ocasião por Searle (2021, p. 239), "uma afirmação necessariamente compromete o falante com a verdade da proposição, quer ele creia que a proposição é verdade, quer não". Em outros termos, deve-se enfatizar que "parte da definição de uma afirmação é ser um *compromisso* com a verdade". Assim, mesmo que o enunciado não tenha a intenção de ser verdadeiro, ao enunciá-la, supondo o compromisso com a verdade dos enunciados, a verdade se torna um padrão crítico de quem o ouve ou o lê.

É por essa razão que Searle (2002, p. 13) insiste em que "a noção de condições de satisfação" se aplica tanto aos atos de fala quanto aos estados mentais intencionais, sempre que podemos ter uma direção de ajuste – mesmo quando temos um caso de desejo, cujo sentido é mundo-mente – mas no caso de crenças e atos de fala, essa direção no sentido mente-mundo exige considerar seriamente um compromisso com a verdade. Assim, podemos atribuir um sucesso ou um fracasso aos enunciados, assim como às crenças, se satisfeitas as condições impostas pela direção específica do ajuste, segundo o propósito do ato de fala ou da crença, o que no caso do processo penal consiste em saber se há ou não um crime, se certa pessoa é ou não seu autor, entre outras circunstâncias que concorrem para a responsabilidade penal e seus critérios de aplicação de uma pena. Nesses termos, diz-nos Searle que "um enunciado é satisfeito se, e somente se, for verdadeiro" (2002, p. 14); e, se quisermos voltar à correlação entre crenças e enunciados, diremos que "o ato de fala [enunciado] será satisfeito se, e somente se, o estado psicológico expresso for satisfeito e forem idênticas as condições de satisfação do ato de fato e do estado psicológico expresso". Donald Davidson (1967, p. 310) havia chegado a conclusão similar, ao interpretar a definição da verdade de Tarski em conexão com o conceito de significado, explicando que "a definição funciona dando condições necessárias e suficientes para a verdade de cada sentença, e dar condições de verdade é uma forma de dar o significado de uma sentença", embora ele tenha admitido que em sua concepção o significado possa acabar se encaminhando para o que geralmente se discute na teoria da referência. Mas essa é uma questão que também Searle enfrenta, afinal, ao

falarmos de condições de satisfação em termos de verdade, subsiste a questão se elas "são intencionais ou extensionais?" (Searle, 2002, p. 33).

É claro que, a considerar uma direção de ajuste mente-mundo como se impõe por crenças e enunciados, é no mundo que devemos buscá-las, mas Searle adverte que essa pergunta está tentando elucidar se "são intencionais ou extensionais as *especificações* das condições de satisfação", o que, portanto, depende de como sejam especificados os enunciados e as crenças. A considerar, nesse sentido, que ao falarmos de crime – como objetos culturais que, embora suponham dados da realidade, não se esgotam nesses dados, porque exigem uma atribuição de significado aos atos ilícitos, segundo o tipo da lei penal – é muito improvável que as condições de satisfação de uma sentença penal estejam na mera ostensão de dados, considerados aqui como sinais probatórios do crime, sem que lhe façamos uma especificação intencional de significados. É nesse sentido, portanto, que podemos entender Searle, ao dizer que a chave de compreensão do significado está na imposição dessas condições de satisfação: "a chave do problema do significado é perceber que, na realização do ato de fala, a mente impõe intencionalmente à expressão física do estado mental expresso, as mesmas condições de satisfação do próprio estado mental" (Searle, 2002, p. 229). Isso parece fazer sentido no contexto do processo penal em que se fala de um crime, cuja referência se encontra no mundo, mas o significado depende daquilo que o tipo penal da lei inicialmente estabelece, antes que a sentença penal a assimile e pressuponha também no seu enunciado probatório, bem como antes que os sujeitos processuais possam ter suas crenças.

6. Verdade e significação: conclusões

Ao falar da verdade, embora por diversos caminhos, tudo parece sempre nos levar a considerar os fatos – quer os consideremos como objeto, quer como relação de referência –, fazendo parecer que o significado não exerce qualquer papel em sua discussão, mas ao chegar no relato intencional, podemos observar que ao falarmos da verdade em termos de condições de satisfação, elas nos encaminham ao problema do significado inevitavelmente, ainda que o possamos entender em um sentido meramente extensional. Parece-nos claro, portanto, que em todas as concepções acerca da verdade, mesmo quando não falam do significado, ele é pressuposto implicitamente em algum sentido, mas há quem o considere expressamente. É com essa consideração final que gostaríamos de concluir nossa exposição acerca da verdade probatório dos signos.

A considerar que, no tema de nosso interesse, entre crenças ou enunciados e os fatos acerca do que a verdade é discutida, interpõem-se sinais aos quais atribuímos uma função probatória, dando-lhe um papel de atuar como critérios de verdade, não podemos esquecer que antes precisamos lhes atribuir um significado probatório particular, bem como assumi-lo genericamente em um sentido probatório geral, antes mesmo de qualquer uso específico. Em um relato mais claramente assimilável ao jurista, no processo penal em que se busca estabelecer uma verdade acerca do crime, sabemos que os sujeitos processuais se

deparam inicialmente com sinais aos quais atribuem um significado probatório, buscando conferir um sentido que esteja de acordo com o tipo penal previsto em lei. Inicialmente, o primeiro sujeito processual que se depara com o sinal fará uma imposição intencional do mesmo significado que considera estar requerido pela lei penal, assumindo os sinais como condição de satisfação de sua crença, dando-se por satisfeito em sua "íntima convicção" – para usar aqui uma expressão que é compreensível aos juristas. Nisso, podemos dizer que há um acordo preliminar. Mas se quiser fazer um enunciado público, precisará dar conta de suas razões, motivando a crença que possui, apresentando as condições de satisfação que considera, especificando o significado que atribui aos sinais em comparação com o tipo penal. E, nesse caso, não podemos dizer que as mesmas condições de satisfação sejam suficientes, porque não bastará a íntima convicção do sujeito processual, mesmo que este seja o juiz ou o tribunal – é o que o direito tem chamado de íntima convicção *motivada*. Contudo, ainda que suas condições de satisfação não sejam compartilhadas, ainda que encontre oposição, terá sido o significado atribuído intencionalmente, o que lhe permitiu considerar a referência ao objeto em questão, assim como proceder à averiguação se é o caso do enunciado feito acerca do crime e seu autor. É apenas a partir e com base no significado que parece ser possível inclusive proceder com a averiguação da verdade como acordo, seja inicialmente pelo sujeito processual em sua crença privada, seja publicamente entre os demais sujeitos processuais.

Nesse sentido, há um texto tardio de Russell (1966, 1978c), sobre a relação entre verdade e significado, no qual ele volta a falar das proposições como portadores de verdade, mas enfatizando que elas são os significados das sentenças. Assim, ainda que possamos falar de enunciados, sentenças ou crenças, são as proposições – mas como tipo de significado entre outros possíveis, segundo a tipologia peirceana que inclui conceitos e argumentos – que se tornam portadores de verdade. E a verdade decorre de sua relação com o objeto de referência da sentença. A passagem, embora não esteja tão clara como o supomos, parece-nos esclarecedora: "verdade e falsidade, diz Russell, dependem de uma relação entre a significância da sentença e algo que não corresponde nem a palavras nem a imagens, a não ser que a sentença seja sobre palavras ou imagens" (1966, p. 176; 1978c, p. 158)[7]. Ao evitar falar em fatos, como encontramos em seus textos mais antigos, ao falar de "algo que não corresponde nem a palavras nem a imagens", Russell parece ter em mente uma relação de referência dos signos com o objeto, seja este o que for, não o confinando ao mundo dos fatos como fazia, o que vem adequadamente a favor das duas possibilidades de verdade no processo penal, tendo em conta a *QF* e a *QI*. Assim, mesmo que estejamos falando de uma verdade jurídica

7. No original inglês de 1966, embora use o termo "meaning" no título (*An Inquiry into Meaning and Truth*), nessa passagem Russell usa o termo "significance": "Truth and falsehood depend upon a relation between the significance of the sentence and something which is neither words nor images (except when the sentence is about words or images)". Aceitamos a tradução "significância", sugerida pela versão portuguesa, mas assumindo *significance* como *meaning*, não como *significação*, porque em outras passagens Russell fala também de *signification,* e considera a "significance" como "preposição": "é esta significância que deve ser chamada de 'proposição' " (Russell, 1978c, p. 159).

decorrente do acordo entre um enunciado fático e um tipo penal, como acontece na *QI*, ainda podemos falar de uma relação obtida de duas outras relações, a de significado e a de referência.

A título de conclusão, portanto, gostaríamos de tornar mais evidente esse reconhecimento, argumentando por fim que, embora ainda nos possamos orientar segundo uma ideia de verdade como acordo, esse acordo em sua mais profunda consideração semiótica parece dar-se entre significado e referência, o que quer dizer que, tendo em conta as provas como signo do crime, elas se apresentam como evidência da verdade que se encontra, seja nas crenças ou nos enunciados, seja nas sentenças, mas sempre como um resultado de uma terceira relação de duas outras supostas, a relação de referência do signo com o objeto e a relação de significado do signo com seu interpretante, no qual encontramos proposições, mas também conceitos e argumentos relacionados em tema probatório. O acordo, assim, para manter a noção de Luiz Henrique de Araújo Dutra, pode-se encontrar entre hipótese e base de dados, mas essa base de dados, considerada como sinais probatórios, supõe antes um acordo entre significado e referência acerca dos fatos que a hipótese admite existir. Mas a verdade não se encontra aqui como uma consequência, como relação secundária de duas relações; é antes a sua busca que permite colocar significado e referência em conexão, e no que se refere ao objetivo probatório dos sinais do crime, é apenas porque antes os orientamos no sentido de uma função probatória que podemos dizer acerca deles que são evidência da verdade discutida, segundo a especificação do significado.

7. Referências

AUSTIN, J. L. Truth. *Philosophical Pappers.* Oxford: Claredon Press, 1961. Disponível em: [https://archive.org/details/philosophicalpap013680mbp].

BOYD, R. Realism, approximate truth, and phiposophical method. In: SAVAGE, C. Wade (Ed.). *Scientific Theoris.* University of Minnesota Prese, 1983.

DAVIDSON, D. Truth and Meaning. *Synthese*, v. 17, n. 3, p. 304-323, set. 1967.

DEWEY, J. *Logica:* teoria de la investigación. Mexico: Fondo de Cultura Economia, 1950.

DUTRA, L. H. A. *Verdade e investigação*: o problema da verdade na teoria do conhecimento. Ribeirão Preto, SP: Agrya Editora, 2022.

FERRAJOLI, L. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. São Paulo: Ed. RT, 2002.

FERRER BELTRAN, J. *Prova e verdade no direito.* São Paulo: ed. RT, 2017.

FREGE, G. Sobre o sentido e a referência. *Lógica e filosofia da linguagem.* São Paulo: Cultrix-USP, 1978.

HAACK, S. *Filosofia das lógicas.* São Paulo: Editora Unesp, 2002.

JAMES, W. *Pragmatismo.* São Paulo: Martin Claret, 2006.

KIRKHAM, R. *Teorias da verdade.* São Leopoldo, RS: Editora Unisinos, 2003.

LAUDAN, L. *Verdad, error y proceso penal.* Madrid/Barcelona/Buenos Aires/São Paulo: Marcial Pons, 2013.
MORRIS, C. *Fundamentos de la teoria de los signos.* Barcelona/Buenos Aires/Mexico: Ediciones Paidós, 1985.
NEURATH, O. Proposiciones protocolares. In: AYER, A. J. *El positivism logico.* Mexico: Fondo de Cultura Economica, 1981.
PEIRCE, C. S. Elementos de lógica. *Semiótica.* São Paulo: Perspectiva, 2017.
PEIRCE, C. S. Dedução, indução e hipótese. *Ilustrações da lógica da ciência.* Aparecida, SP: Ideias&Letras, 2008.
PEREIRA, E. S. *Saber e poder:* o processo (de investigação) criminal. Florianópolis, Tirant Lo Blanch, 2019.
PEREIRA, E. S. *Teoria da investigação criminal.* 3. ed. São Paulo, Almedina, 2022.
POPPER, K. Verdade, racionalidade e o desenvolvimento do conhecimento científico. *Conjecturas e Refutações.* Coimbra: Almedina, 2006.
POPPER, K. *Conhecimento objeto.* Belo Horizonte: Itatiaia, 1999.
RUSSELL, B. *Os problemas da filosofia.* Almedina: Edições 70, 2019.
RUSSELL, B. A filosofia do atomismo lógico. *Lógica e conhecimento*. São Paulo, Abril Cultural, 1987a (Coleção Os Pensadores: Russell).
RUSSELL, B. Da natureza da verdade e da falsidade. *Ensaios filosóficos*. São Paulo, Abril Cultural, 1978b (Coleção Os Pensadores: Russell).
RUSSELL, B. *Significado e verdade.* Rio de Janeiro, Zahar, 1978c.
RUSSELL, B. *Inquiry into Meaning and Truth.* Londres: George Allen & Unwin Ltd., 1966. Disponível em: https://archive.org/details/in.ernet.dli.2015.458710).
SEARLE, J. R. *Intencionalidade.* São Paulo: Martins Fontes, 2002.
SEARLE, J. R. A intencionalidade individual e os fenômenos sociais na teoria dos atos de fala. *Consciência e linguagem.* São Paulo: Martins Fontes, 2021.
TARSKI, A. O conceito de verdade nas linguagens formalizadas. *A concepção semântica da verdade*: textos clássicos de Tarski. São Paulo: Editora Unesp, 2007a.
TARSKI, A. A concepção semântica da verdade e os fundamentos da semântica. *A concepção semântica da verdade*: textos clássicos de Tarski. São Paulo: Editora Unesp, 2007b.
TARSKI, A. Verdade e demonstração. *A concepção semântica da verdade*: textos clássicos de Tarski. São Paulo: Editora Unesp, 2007c.
TARSKI, A. Truth and Proof. *Scientific American*, v. 220, n. 6, p. 63-77, jun. 1969.
TARUFFO, M. *La prueba de los hechos.* Madrid: Editorial Trotta, 2011.
WALTHER-BENSE, E. *A teoria geral dos signos.* São Paulo: Perspectiva, 2010.



PESQUISAS DO EDITORIAL



Áreas do Direito: Processual; Penal

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- A prova testemunhal no processo penal brasileiro: uma análise a partir da epistemologia e da psicologia do testemunho, de Caio Badaró Massena – *RBCCrim* 156/23-59;
- Justiça, verdade e prova penal, de Diogo Erthal Alves da Costa – *RBCCrim* 161/187-225;
- Notas tempestivas sobre a verdade no processo penal, de Daniel Leonhardt dos Santos e Yuri Felix – *RTSP* 4/51-61; e
- O processo penal busca a verdade, mas não a qualquer custo: os novos caminhos para uma antiga controvérsia, de Felipe da Costa De-Lorenzi e Guilherme Francisco Ceolin – *RBCCrim* 177/71-132.

Pereira, Eliomar da Silva. Verdade e prova: problemas de epistemologia jurídica no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 198. ano 31. p. 211-240. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2023. DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v198i198.474].

A expressão "ordem pública" como fundamento da prisão preventiva: uma perigosa relativização da presunção de inocência

The expression "public order" as the basis for pre-trial detention: a dangerous relativisation of the presumption of innocence

Tarsis Barreto Oliveira

Doutor em Direito pela Universidade Federal da Bahia, UFBA (2011). Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia, UFBA (2007). Professor Associado de Direito Penal da UFT. Professor Adjunto de Direito Penal da UNITINS. Advogado.
Lattes: [http://lattes.cnpq.br/2822267824059777].
ORCID: [https://orcid.org/0000-0003-0931-8915].
tarsisbarreto@uft.edu.br

Vinicius Pinheiro Marques

Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, PUC Minas (2016). Mestrado Profissional em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos pela Universidade Federal do Tocantins, UFT (2015). Professor do curso de Direito e do Programa de Pós-Graduação (Mestrado Profissional) em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos da Universidade Federal do Tocantins (UFT). Advogado.
Lattes: [http://lattes.cnpq.br/7300803447800440].
ORCID: [http://orcid.org/0000-0002-1294-8603].
viniciusmarques@uft.edu.br

Alessandro Hofmann Teixeira Mendes

Mestre no Programa de Pós-Graduação Mestrado Profissional e Interdisciplinar em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos (UFT/ESMAT). Juiz de Direito titular da 1ª Vara Criminal da Comarca de Porto Nacional/TO.
Lattes: [http://lattes.cnpq.br/4768820860413551].
ORCID: [https://orcid.org/0000-0002-1465-828X].
alessandrohofmann1@yahoo.com.br

DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v198i198.150].

Recebido em: 15.02.2022
Aprovado em: 29.05.2023
Última versão dos autores: 19.06.2023

O., T. B.; M., V. P.; M., A. H. T.. A expressão "ordem pública" como fundamento da prisão preventiva: uma perigosa relativização da presunção de inocência.
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 198. ano 31. p. 241-261. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2023.
DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v198i198.150].

Área do Direito: Penal

Resumo: O propósito deste artigo é averiguar se a expressão "garantia da ordem pública", justificativa mais utilizada no dia a dia forense para a decretação da prisão preventiva, abre a possibilidade de uma perigosa relativização do princípio da presunção de inocência. Para tanto, faz-se imprescindível indagar se a constante adoção dessa hipótese autorizadora institui uma conveniente ferramenta de manutenção da desigualdade social ao efetivar a segregação imediata da população pobre, negra e periférica. Com isso, propõe-se verificar se tal justificativa, corriqueira nos aprisionamentos preventivos, inserida no autoritário Código de Processo Penal de 1941, é consequência de uma prática estruturalmente racista do sistema de justiça criminal. Pretende-se, por último, analisar se esse fundamento, com os seus vários sentidos, sem comprovação concreta da sua necessidade cautelar, representa um desvirtuamento, gerador de insegurança no sistema, da natureza jurídica das prisões antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Palavras-chave: Prisão preventiva – Ordem pública – Presunção de inocência.

Abstract: This article aims to investigate whether the expression "guarantee of public order", the most commonly used justification in everyday forensic practice for ordering pretrial detention, opens up the possibility of a dangerous relativization of the presumption of innocence principle. Consequently, it is essential to inquire whether the constant adoption of this enabling hypothesis establishes a convenient tool for maintaining social inequality by immediately segregating the poor, black, and peripheral populations. The purpose is to verify whether this commonplace justification for pretrial detention, inserted in the authoritarian Brazilian 1941 Code of Criminal Procedure, is a consequence of a structurally racist practice within the criminal justice system. Lastly, the objective is to analyze whether this foundation, with its various meanings and without concrete evidence of its precautionary necessity, represents a distortion that generates insecurity within the system regarding the legal nature of pretrial detention before the final judgment of the criminal sentence.

Keywords: Pretrial detention – Public order – Presumption of innocence.

Sumário: 1. Introdução. 2. A natureza jurídica da prisão preventiva após a Constituição Federal de 1988. 3. A expressão "ordem pública" e o Código de Processo Penal de 1941. 4. A contribuição do fundamento "ordem pública" para a manutenção de práticas seletivas racistas no sistema prisional brasileiro. 5. A não recepção da expressão "garantia da ordem pública" pela Constituição Federal de 1988. 6. Considerações finais. 7. Referências. 8. Legislação.

1. Introdução

O sistema cautelar penal brasileiro tem enfrentado dificuldades de diversas ordens. Uma delas diz respeito à utilização demasiada do discurso da manutenção da *ordem pública*, por meio de seus vários sentidos, para justificar decretos prisionais antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

O., T. B.; M., V. P.; M., A. H. T.. A expressão "ordem pública" como fundamento da prisão preventiva: uma perigosa relativização da presunção de inocência.
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 198. ano 31. p. 241-261. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2023.
DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v198i198.150].

O modelo autoritário de processo penal implantado pela codificação processual de 1941 se expressa, cotidianamente, por meio da decretação da prisão preventiva, com base na ordem pública ou termos equivalentes, amparada no casuísmo, a fim de facilitar uma resposta rápida ao eventual crime praticado. Uma das marcas registradas do Código de Processo Penal, inspirado na legislação processual fascista italiana de 1930, era a adoção de cláusulas indeterminadas a fim de justificar a aplicação de uma pena antecipada.

A manutenção desse fundamento, desde a edição do Código de Processo Penal de 1941, serve para que o sistema jurídico processual, na atualidade, continue sendo operado, na prática, por meio de instrumentos, calcados na subjetividade, repressivos. Trata-se de um fundamento que, utilizando-se da prisão preventiva, permite a rápida incapacitação. Assim, o objetivo declarado deste ensaio é analisar se a exaltação dessa justificativa legal, diante da impossibilidade da comprovação fática no caso concreto de sua necessidade cautelar, constitui conduta deliberada de desvirtuamento da real natureza jurídica das prisões antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Também é preciso averiguar se o uso cotidiano da expressão *ordem pública*, por meio de seus vários significados, compromete a finalidade constitucional da prisão cautelar, gerando, no ordenamento jurídico, um fundamento prisional que pode ser manobrado, pelos agentes públicos, em todos os sentidos.

Para tanto, por questões metodológicas, optou-se por dividir este artigo em quatro partes. A primeira tem como finalidade expor, diante do texto constitucional de 1988, a real natureza jurídica da prisão sem pena. Com isso, ter-se-á como enfoque o viés interno do direito fundamental à presunção de inocência que o concebe como uma regra de tratamento.

Na segunda parte, buscar-se-á uma reflexão a respeito do contexto histórico em que a hipótese autorizadora *garantia da ordem pública* foi inserida no Código de Processo Penal. O certo é que a expressão *ordem pública*, destinada a ser uma hipótese autorizadora da prisão facultativa na redação originária do diploma processual de 1941, na prática, após a retirada da prisão obrigatória do sistema, configura enquanto justificativa mais utilizada nos aprisionamentos preventivos brasileiros.

Feitas essas abordagens, poder-se-á ingressar na terceira parte a fim de buscar uma compreensão de viés criminológico crítico da justificativa prisional ordem pública, em conformidade com o seu verdadeiro lugar na operatividade do dia a dia forense, ou seja, um recurso recheado de critérios metajurídicos que expõe uma prática estruturalmente racista do sistema de justiça criminal.

A justificativa ordem pública, na práxis forense, por sua abstratividade conceitual, permite arranjos discursivos que escondem um agir autoritário, seletivo e discriminatório das agências estatais persecutórias. Dentro desse panorama, é importante analisar, na quarta parte, se a utilização da justificativa ordem pública permite uma perigosa relativização do princípio da presunção de inocência. Já a finalidade da quarta parte é demonstrar se a utilização do termo ordem pública, operada sem limite, geradora de punição antecipada, desnatura um princípio essencial do sistema constitucional de proteção da liberdade individual.

A metodologia utilizada no presente trabalho será de natureza bibliográfica, com abordagem qualitativa e exploratória, para isso fazendo uso os autores de consulta a livros,

O., T. B.; M., V. P.; M., A. H. T.. A expressão "ordem pública" como fundamento da prisão preventiva: uma perigosa relativização da presunção de inocência.
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 198. ano 31. p. 241-261. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2023.
DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v198i198.150].

artigos e *sites* sobre a matéria. Assim, por meio de análise jurídico-dogmática, promove-se exame crítico da práxis forense, reiteradamente observada no âmbito jurisdicional, como derivação de uma exegese equivocada do termo ordem pública presente na legislação processual penal.

2. A natureza jurídica da prisão preventiva após a Constituição Federal de 1988

A promulgação da Constituição Cidadã de 1988 significou uma mudança de paradigma na aplicação dos institutos de Direito Processual Penal. Do seu texto se exprime uma concepção de persecução criminal totalmente diferente daquela que presidiu a elaboração do Código de Processo Penal de 1941 (GOMES, 1981).

A Carta Maior conferiu, expressamente, logo no seu início, uma série de direitos e garantias direcionados a toda a marcha persecutória penal. Segundo Lopes Jr., "a Constituição Republicana de 1988 se preocupou em transformar o processo penal em um instrumento limitador do poder punitivo estatal e garantidor de direitos e garantias ao sujeito a ele submetido" (2012, p. 78). A referida Constituição reconheceu a modificação do desenho político criminal contemporâneo, sendo que institutos disciplinados pelo Código de Processo Penal não mais podem ser vistos como exclusivos instrumentos (mecanismos repressivos) a serviço da rede de punição estatal formal (LOPES JR., 2012).

Atualmente, a filtragem constitucional do diploma processual penal é imprescindível. Só com a *oxigenação constitucional* (ROSA, 2013, p. 310) será possível a efetiva proteção dos direitos humanos, postos como fundamentais em nosso ordenamento jurídico.

Encontram-se, no Texto Maior de 1988, explicitamente, verdadeiros princípios direcionados a limitar a atuação estatal durante a persecução penal. Esses axiomas garantistas servem como alicerces para a correta interpretação e aplicação dos dispositivos previstos na legislação processual infraconstitucional disciplinadores da prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Entre os princípios, a Constituição Federal de 1988 foi a primeira, entre todas as outras Cartas Maiores brasileiras, a expressamente acolher a presunção de inocência no rol dos direitos e garantias fundamentais, contida assim no art. 5º, LVII. Para Casara (2017, p. 150), um princípio "constitucional que determina um não agir e retrata uma opção política pelo valor liberdade". Essa previsão em um texto constitucional causou profundas alterações sobre o entendimento da real natureza jurídica do *carcer ad custodiam*. As arbitrariedades ocorridas durante os períodos autoritários, na história recente brasileira, foram fundamentais para a inclusão desse princípio no Texto Maior de 1988.

A presunção de inocência, dentro de suas várias facetas, impõe, ao longo da persecução criminal, uma regra de tratamento (NICOLITT, 2023). Isso implica uma obrigatória mudança de comportamento dos atores jurídicos estatais durante a fase investigatória e, também, no curso do processo. Existe, atualmente, no ordenamento jurídico brasileiro, um

O., T. B.; M., V. P.; M., A. H. T.. A expressão "ordem pública" como fundamento da prisão preventiva: uma perigosa relativização da presunção de inocência.
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 198. ano 31. p. 241-261. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2023.
DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v198i198.150].

comando constitucional dirigido a todos os órgãos de controle social no sentido de que os seus atos devem ser pautados pela preservação do estado de inocência do suspeito, investigado ou acusado (NICOLITT, 2023).

Porém, essa opção não pode levar a um simples entendimento de que a Constituição Federal estabelece um modelo de processo penal que não permite a privação da liberdade da pessoa, presumidamente inocente, submetida à persecução penal. Aliás, esse é o entendimento de Luigi Ferrajoli: para o autor italiano, a prisão sem julgamento é incompatível com os axiomas garantistas processuais, principalmente o da presunção de inocência. Assim, segundo ele, é possível existir um processo sem intervenção na esfera de liberdade, já que o primordial princípio garantido ao processo penal assegura ao imputado "a presunção juris, como sói dizer-se, isto é, até prova em contrário" (SILVA, 2013).

Apesar das colocações de Ferrajoli servirem para reforçar a eficácia prática do princípio da presunção de inocência no processo penal, o próprio constituinte de 1988 reconheceu que não há como se falar em um sistema de justiça criminal eficiente sem abrir mão, em certos casos, da prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

A intervenção na esfera de liberdade do imputado, para situações inusitadas provocadas por uma indevida conduta deste, é necessária para assegurar o curso normal da persecução penal. Assim, em casos excepcionais e de absoluta necessidade, a Constituição Federal autoriza, temporariamente, restringir o princípio da presunção de inocência.

Nesse sentido, é possível admitir uma compatibilidade constitucional entre a prisão antes do trânsito em julgado e a presunção de inocência. Nenhum ordenamento jurídico assegura o direito fundamental à presunção de inocência de maneira absoluta (SANGUINÉ, 2014). Mas, as ingerências estatais na esfera de liberdade pessoal devem ser imprescindíveis para alcançar um objetivo constitucional pretendido e, ainda, precisam ter uma finalidade protetora de direitos ou valores também constitucionalmente legítimos (SANGUINÉ, 2014).

É importante ressaltar o caráter excepcional da prisão sem julgamento definitivo, pois, devido à presunção de inocência, a regra, no sistema processual penal constitucional vigente, é a liberdade. Não resta dúvida que existem, ao longo da persecução penal, interesses antagônicos em jogo. Não se pode esquecer o interesse social de garantir a normalidade do processo penal a fim de se chegar a um julgamento justo. Porém, esse interesse só pode ser alcançado, em um Estado Democrático de Direito, com o estrito respeito aos direitos fundamentais do imputado. Na realidade, a ideia de um procedimento penal correto ou justo passa pela busca do equilíbrio entre esses dois interesses, a fim de assegurar a normalidade exigida para uma marcha persecutória eficiente.

Reconhece-se a possibilidade de o comportamento do imputado atrapalhar o desenvolvimento da persecução penal. Em certos casos, pode acontecer uma situação atípica, provocada pela conduta indevida do investigado ou processado, que coloque em perigo a efetividade da tutela jurisdicional. Diante dessa circunstância anormal, desencadeada por uma conduta injustificada do acusado, impõe-se a aplicação de medidas interventivas

O., T. B.; M., V. P.; M., A. H. T.. A expressão "ordem pública" como fundamento da prisão preventiva: uma perigosa relativização da presunção de inocência.
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 198. ano 31. p. 241-261. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2023.
DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v198i198.150].

urgentes na esfera de sua liberdade para assegurar que o desenvolvimento do processo retorne a sua normalidade.

São medidas excepcionais que atingem a liberdade e a dignidade da pessoa do imputado; por isso, elas só podem propiciar o distanciamento provisório da presunção de inocência para atender, exclusivamente, a finalidades constitucionais de acautelar o processo.

A prisão antes do trânsito em julgado é, assim, uma medida cautelar de caráter excepcional, subsidiária e provisória (SANGUINÉ, 2014). A compreensão da real diferença entre a prisão cautelar e prisão-pena é de fundamental importância a fim de não se permitir que prisões antes do trânsito em julgado sejam, na prática, usadas com objetivos reconhecidamente extraprocessuais.

Para garantir que as prisões antes do trânsito em julgado não percam sua natureza cautelar, o princípio da presunção de inocência deve ser analisado conjuntamente a outros princípios também previstos constitucionalmente.

Para reforçar o caráter de excepcionalidade das prisões cautelares, elas devem estar previstas em um texto legal, ou seja, as prisões cautelares precisam estar autorizadas por uma disposição legal, mas não se trata de qualquer norma legal, pois ela só habilitará as ingerências cautelares se for interpretada à luz do princípio da presunção de inocência. Somente por meio da compatibilidade estrita da legislação infraconstitucional, com o mencionado princípio, é possível se obter a segurança jurídica necessária para a aplicação efetiva daquela.

A prisão sem pena é um desvio excepcional do direito fundamental à presunção de inocência que só é permitida em casos estritamente enumerados e taxativamente previstos em lei (SANGUINÉ, 2014). Desse modo, é primordial que a norma legal estabeleça requisitos claros definidores de sua cautelaridade (SANGUINÉ, 2014). Esses requisitos precisam estar dispostos de forma precisa na lei, a fim de evitar que a faculdade para prender resulte de inferências subjetivas.

Seguindo essa linha de raciocínio, é preciso adentrar na análise dos requisitos essenciais para a decretação da prisão preventiva, previstos na parte final do *caput* do artigo 312 do Código de Processo Penal. O aprisionamento preventivo é decretado ante ao *periculum libertatis* e *o fumus comissi delicti*, visando, segundo Nicolitt (2015), afastar os riscos à instrução do processo ou o risco para aplicação da pena definitiva.

O exame da questão envolvendo o cabimento da prisão pressupõe, primeiramente, a verificação concreta da existência do *fumus comissi delicti*, dizendo respeito à prova da existência de um crime e aos indícios suficientes de autoria. Zanoide de Moraes fala em "alto grau de probabilidade da materialidade" (2010, p. 374). Cuida-se de um juízo de probabilidade sobre a responsabilidade penal, no qual é primordial a presença de "fatos objetivos que levem a considerar a pessoa suspeita do cometimento de um crime" (SANGUINÉ, 2014, p. 106).

O *periculum libertatis* é, também, imprescindível para avaliar a necessidade concreta da decretação da prisão preventiva. Ele é conhecido por meio da existência de uma das hipóteses previstas no artigo 312 do Código de Processo Penal: garantia da ordem pública,

O., T. B.; M., V. P.; M., A. H. T.. A expressão "ordem pública" como fundamento da prisão preventiva: uma perigosa relativização da presunção de inocência.
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 198. ano 31. p. 241-261. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2023.
DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v198i198.150].

da ordem econômica, conveniência da instrução criminal e assegurar a aplicação da lei penal. Esses fundamentos legais também são denominados pela doutrina como a razão de existência ou justificação da necessidade da custódia preventiva (GIACOMOLLI, 2013). Constituem verdadeiros perigos processuais devido a uma conduta anormal do suspeito, investigado ou processado que se encontra em liberdade.

Por último, no sentido de amoldar o Código de Processo Penal, a Lei Maior e os Tratados internacionais de Direitos Humanos, nota-se que o legislador ordinário, por meio da Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime), alterou a redação do artigo 312 do mencionado diploma, acrescentando, também como requisito para a decretação da prisão preventiva, a demonstração de "perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado".

3. A expressão "ordem pública" e o Código de Processo Penal de 1941

O aumento das prisões preventivas com base na garantia da ordem pública pode ter como justificativa a manutenção de ideias conservadoras responsáveis pela criação do Código de Processo Penal de 1941, visto que esse diploma processual foi erigido tendo como inspiração os ensinamentos difundidos por duas escolas na Itália nos primórdios da década de 30 do século passado.

A Escola Positivista tinha como objeto de análise o fenômeno do delito por meio dos elementos coletados das ciências biológicas e sociais. No campo criminológico, o representante mais conhecido dessa Escola foi Lombroso. Ele era adepto da concepção biológica do determinismo. Por meio de sua tese relacionada ao criminoso atávico, afirmou que certas características biológicas do indivíduo representavam um indicativo para a prática de crime. Para os positivistas, dentro de uma ótica político-criminal, a presunção de inocência dificultava sensivelmente o combate à criminalidade (MENDONÇA, 2016).

Já a Escola Técnico-Jurídica compreendia a presunção de inocência como "uma absurda extravagância decorrente da revolução francesa, em razão de exageros individualistas" (MENDONÇA, 2016, p. 70). A mencionada Escola atacava diretamente a presunção de inocência, argumentando supostas deficiências técnicas desse princípio, mas seus ensinamentos escondiam, na verdade, uma visão autoritária em que os interesses do Estado deveriam prevalecer sobre o interesse do indivíduo (MENDONÇA, 2016).

Vicente Manzini e Arturo Rocco foram os principais idealizadores da Escola Técnico-Jurídica. Mencionados juristas entendiam que era necessário, para se ter uma persecução penal eficiente, repudiar a presunção de inocência. Na visão desses doutrinadores italianos, o objetivo do processo penal era a verificação do fundamento da pretensão punitiva no caso concreto; com isso, segundo a ordem natural das coisas, o que deveria ser presumida é a procedência da imputação, e não o oposto.

No que se refere à prisão antes do trânsito em julgado, os adeptos da Escola Técnico-Jurídica não escondiam sua fixação pela antecipação de pena. A *prisão provisória*, como era denominada por eles a prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória,

O., T. B.; M., V. P.; M., A. H. T.. A expressão "ordem pública" como fundamento da prisão preventiva: uma perigosa relativização da presunção de inocência.
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 198. ano 31. p. 241-261. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2023.
DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v198i198.150].

era o instituto mais significativo na desigual relação autoridade-liberdade, renegando totalmente a presunção de inocência. Nesse sentido, a prisão sem julgamento definitivo, para a Escola que inspirou a legislação processual fascista de 1930, deveria ser utilizada, quase na totalidade dos casos, com finalidades repressivas, ou seja, desempenhando funções típicas da pena (retribuição, prevenção geral e especial), "em uma sobreposição da perspectiva substancialista sobre a tipicamente processualista" (MENDONÇA, 2016, p. 71).

No Brasil, em pleno Estado Novo, produziu-se um Código de Processo Penal que, editado sem passar pelo Congresso Nacional, pudesse dar vazão ao arbítrio autoritário reinante naquele período. Com isso, foi introduzido, no ordenamento jurídico brasileiro, por meio do Decreto-Lei 3.689, de 03 de outubro de 1941, um diploma processual com forte influência principalmente da Escola do Tecnicismo Jurídico.

A nova codificação processual brasileira, com uma estrutura inquisitória, levou a sério a necessidade de se presumir a culpa do réu; aliás, este era considerado um inimigo a ser perseguido pelas forças de segurança e devidamente punido (SANGUINÉ, 2014).

Observa-se, naquele período histórico, que na redação original do referido diploma processual foi prestigiada a ideia da prisão sem julgamento definitivo como medida de antecipação de pena. Com isso, a codificação processual daquela época, mesmo usando a denominação *cautelar* ou *processual*, estabelecia o encarceramento do imputado como regra, e a liberdade, denominada de *provisória*, como uma exceção das exceções.

Nesse cenário, o Código de Processo Penal de 1941 introduziu no sistema processual penal, como um dos fundamentos da prisão preventiva, a expressão *garantia da ordem pública*, prevista na redação original do artigo 313.

A expressão *ordem pública* resistiu ao longo do tempo a uma Constituição Cidadã e a várias reformas pontuais do Código de Processo Penal. Ela se tornou poderosa ferramenta para o juiz criminal, usando seu poder criativo, prender antecipadamente o investigado ou o acusado ao longo da persecução penal. No entanto, a prisão preventiva, com base na ordem pública, não era o principal instrumento do sistema prisional daquela época. Prado (2016, p. 123) assevera que, como mecanismo de regime autoritário, a prisão preventiva recebeu uma nova roupagem de obrigatoriedade nos casos imputados graves e, ainda, recebeu um fundamento legal tendo como finalidade servir como *válvula de escape* para a manutenção da ordem ou segurança pública.

O mecanismo coercitivo por excelência previsto na redação original do Código de Processo Penal de 1941 era a prisão preventiva *obrigatória*. No período da ditadura Vargas, o legislador, ao editar o diploma processual brasileiro, a fim de poder seguir fielmente o Código de Processo Penal italiano de 1930, estabeleceu, no ordenamento jurídico, a obrigatoriedade da prisão da pessoa sobre a qual era imputada a prática de um crime grave. Segundo o artigo 312 da redação original do referido diploma, a prisão preventiva era obrigatória nos crimes cuja pena cominada fosse de reclusão por tempo igual ou superior a dez anos. Era preciso apenas a demonstração da existência do fato imputado e indícios de autoria para que o magistrado não tivesse autorização legal para examinar a necessidade da prisão, passando ela, no sistema jurídico, a ser automática para a preservação da segurança pública.

O., T. B.; M., V. P.; M., A. H. T.. A expressão "ordem pública" como fundamento da prisão preventiva: uma perigosa relativização da presunção de inocência.
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 198. ano 31. p. 241-261. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2023.
DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v198i198.150].

A redação original do Código de Processo Penal também estabeleceu, conforme já adiantado, a prisão preventiva facultativa. O encarceramento preventivo facultativo, devido à prisão obrigatória, tinha seu campo de incidência prático reduzido. Ela só era utilizada, em regra, em crimes inafiançáveis e, excepcionalmente, nos delitos afiançáveis, se o imputado fosse considerado *vadio*, quando houvesse dúvida sobre sua identidade e não pudesse fornecer ou indicasse dados suficientes para esclarecê-la (MENDONÇA, 2016). Os casos de decretação da prisão preventiva facultativa, devido à previsão da modalidade obrigatória, só abrangiam crimes menos graves praticados por pessoas consideradas de alta periculosidade.

O que se nota é que o Estado da época precisava de uma ferramenta que pudesse abranger situações, principalmente relacionadas às características pessoais do imputado, não atingidas pela prisão obrigatória. Assim, existia um vínculo entre prisão preventiva e antecipação de pena, sendo que o legislador, nos casos que não se enquadravam na custódia obrigatória, autorizava o juiz a prender, com base na ordem pública, os grupos sociais etiquetados como perigosos pelas agências de controle formal daquela época. Com isso, desde a redação original, o Código de Processo Penal sempre prestigiou adoção das prisões provisórias, como medidas de segregação de setores pobres e marginalizados socialmente. Posteriormente, o legislador a aboliu prisão preventiva obrigatória prevista no Código de Processo Penal do ordenamento jurídico. Com a retirada do ordenamento jurídico dessa subespécie de prisão preventiva, abriu-se espaço para a ordem pública como motivo autorizador da prisão preventiva, sendo que esta, convenientemente, por sua abstratividade do conceito, passou a ser a mais utilizada pelo sistema de justiça criminal.

O juiz, com saltos argumentativos, poderia estabelecer quais as situações que deveriam ensejar a prisão a fim de assegurar a manutenção da ordem pública. Logo, os juízes, ainda inspirados pelas Escolas Positivista e do Tecnicismo Jurídico e beneficiados por uma legislação infraconstitucional que nunca perdeu seu caráter repressivo, substituíram a prisão preventiva obrigatória pela custódia justificada na garantia da ordem pública, sendo que os dados oficiais demonstraram que esse fundamento passou a ter uma funcionalidade direcionada à gestão e ao controle autoritário dos grupos indesejáveis.

O certo é que a trajetória do instituto destinado a ser facultativo pela lei, na prática, após a retirada da prisão obrigatória do sistema, passou a ter uma funcionalidade associada a práticas punitivas extremamente autoritárias marcadas nitidamente pelo racismo. Isso graças à justificativa garantia da ordem pública: um recurso retórico utilizado como forma de encobrir o uso de fatores extraprocessuais, reveladoras de uma racionalidade excludente, na decretação da prisão preventiva.

O., T. B.; M., V. P.; M., A. H. T.. A expressão "ordem pública" como fundamento da prisão preventiva: uma perigosa relativização da presunção de inocência.
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 198. ano 31. p. 241-261. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2023.
DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v198i198.150].

4. A contribuição do fundamento "ordem pública" para a manutenção de práticas seletivas racistas no sistema prisional brasileiro

A expressão *garantia da ordem pública* não foi delimitada pelo legislador. Trata-se de uma técnica legislativa em que predomina "uma linguagem polissêmica e propositadamente vaga ou genérica" (FERRAJOLI, 2002, p. 504). O mencionado termo possui um evidente juízo de valor em razão de sua vagueza e ambiguidade (LIMA, 2003), por isso as autoridades públicas responsáveis pela persecução penal invocam, em nome da manutenção da ordem pública, frases de efeito, sem significado preciso, que camuflam a falta de comprovação concreta da necessidade cautelar da custódia preventiva.

Também não existe uma delimitação jurisprudencial, expondo o tema à vontade do arbítrio e não à discricionariedade (CHOUKR, 1993). Essa prática rotineira de encarceramento está servindo, na prática, para a "implacável persecução dos indesejáveis" (DEVOS; KHALED JR., 2015, p. 95). São prisões, decretadas por meio da criatividade conceitual, que "proporcionam um alargamento dos espaços de opressão estatal" (BIZZOTTO, 2019, p. 20). Fato é que, conforme dados recentes fornecidos pelo Departamento Penitenciário Nacional (Depen), entre os presos, 61,7% são pretos ou pardos. Também, de acordo com essa pesquisa, 75% dos encarcerados têm até o ensino fundamental completo, indicador de baixa renda.

Mencionados dados informam um agir seletivo, racial e excludente das agências públicas responsáveis pela persecução penal. Também indicam que as pessoas pobres e negras são vítimas preferenciais da seletividade criminalizante dos atores do campo jurídico. Sendo assim, é importante analisar, a partir da criminologia crítica, a contribuição do fundamento *ordem pública* para a manutenção de práticas seletivas racistas. A lógica persecutória discriminatória, baseada na Escola Positivista italiana do século XIX, ainda serve de inspiração para que as agências estatais persecutórias utilizem expressões indeterminadas a fim de escamotearem práticas seletivas.

O processo penal brasileiro está associado a um ideário autoritário, excludente e punitivista, pois, além de ser um dado histórico-cultural, manifesta "relações estruturais de poder, segurança e dominação" (CASARA, 2015, p. 219). Por isso, o processo utiliza instrumentos que permitem a punição antecipada de pobres e negros, ou seja, das pessoas marginalizadas socialmente. Isso demonstra que a repressão também se sustenta no racismo que estrutura historicamente o Estado e as suas instituições (ALMEIDA, 2018). Essa situação fica mais crítica diante da constatação de que, na prática, se evoca a hipótese autorizadora *ordem pública* reincidentemente para segregação rápida da população negra. É uma lógica perversa de exclusão daqueles que não serão incorporados ao mercado de trabalho. Assim, a prisão, principalmente a sumária e imediata, é um instrumento eficaz para o controle social daqueles que o neocapitalismo não tem como dar conta. Batista (2011, p. 28) afirma que, "para conter as massas empobrecidas, sem trabalho e jogadas a própria sorte, o neoliberalismo precisa de políticas cada vez mais duras de controle social", de mais prisões

O., T. B.; M., V. P.; M., A. H. T.. A expressão "ordem pública" como fundamento da prisão preventiva: uma perigosa relativização da presunção de inocência.
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 198. ano 31. p. 241-261. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2023.
DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v198i198.150].

sumárias e de menos direitos. É uma maleabilidade conceitual (GOMES FILHO, 1991) que oculta um quadro de racismo estrutural caracterizado pela seletividade repressiva.

O fundamento ordem pública continua sendo, na prática forense, parte de uma engrenagem complexa de intolerância que precisa de fórmulas legais para justificar (acobertar) práticas naturalizadas e normalizadas de inferiorização e incapacitação da população negra. No dia a dia forense, o fator racial se tornou uma espécie de metarregra velada para o preenchimento da hipótese autorizadora *ordem pública*. É um agir constante, camuflado pela expressão *ordem pública*, que fixa o sujeito negro no lugar de suspeição e perigo. Assim, o racismo, por meio de arranjos discursivos, encontra-se arraigado de forma muito intensa no sistema de justiça criminal brasileiro. Isso se observa no uso da terminologia *ordem pública*, pois se constitui um uma forma imediata de se definir (tratar) o negro como criminoso antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Aliás, a decretação da prisão preventiva, por meio de juízos fundados em suposições, representa uma prática desvinculada do plano concreto e incompatível com o Estado Democrático de Direito.

O império da impunidade não deve interessar a ninguém, mas também não se pode admitir que o discurso da garantia da ordem pública se transforme em principal força motriz de controle, por meio da prisão imediata, da população negra, sob pena de reduzir o direito fundamental da presunção de inocência "à categoria de mito" (SANGUINÉ, 2014, p. 186). Trata-se de uma específica medida *prima ratio* processual dirigida à manutenção dos negros como alvos da seletividade penal. As instituições do Sistema de Justiça Criminal utilizam o discurso da manutenção da ordem pública para, por meio da prisão sem pena, etiquetar de imediato os negros como inimigos da sociedade. Com isso, é possível afirmar que existe um racismo arraigado, também, no sistema de justiça criminal, exercendo um poder paralelo supraconstitucional, que utiliza saltos argumentativos para permitir que o processo penal constitua uma ferramenta geradora de desigualdades. O racismo "fornece o sentido, a lógica e a tecnologia para a reprodução das formas de desigualdade e violência que moldam a vida social contemporânea" (ALMEIDA, 2019, p. 15-16).

No entanto, existe um discurso oficial da academia que defende a justificativa ordem pública a fim de proteger a sociedade diante do aumento exponencial da criminalidade. Seguindo essa linha, justifica-se o aprisionamento preventivo a fim de assegurar a paz social abalada pela constante prática de crimes. Nesse sentido, observa-se a importância de ferramentas legais de intervenções rápidas na liberdade pessoal para se garantir um sistema eficiente de Justiça Penal.

Na praxe forense nota-se que, para assegurar uma eficiência, muitas vezes se utiliza como forma de preenchimento da expressão ordem pública, o argumento da necessidade da prisão preventiva devido à periculosidade do agente. Esse termo também se constitui em um recurso utilizado para granjear a exclusão social. Os números da prisão no Brasil atestam que a raça do imputado pode constituir um verdadeiro atestado de periculosidade. Assevera Regis Prado que "a periculosidade é um conceito muito usado como motivo prisional" (PRADO, 2017, p. 139). No mesmo sentido, Freitas (2013) aduz que a

periculosidade do agente tem sido apontada como um "fator preponderante para a custódia cautelar" (FREITAS, 2013, p. 109). A suposta "periculosidade" do negro decorre dos processos históricos, sociais e políticos no Brasil, sendo que a internalização e a reprodução do racismo ocorre de forma naturalizada pelas autoridades públicas persecutórias.

Tal suposição, em grande parte, decorre dos argumentos expostos na representação pela polícia. Os doutrinadores revelam que os aprisionamentos preventivos com base na periculosidade seguem as argumentações contidas nas manifestações dos policiais. Segundo Prado e Santos, nesse tipo de prisão, o magistrado apenas "formaliza a decisão tomada pelos agentes de segurança pública" (PRADO; SANTOS, 2018, p. 145). As linguagens das decisões judiciais refletem o grande valor conferido à opinião policial e às informações relatadas sobre a periculosidade do agente. Logo, a periculosidade do agente, na maioria das vezes, alegada pela polícia, ainda é capaz de gerar o aprisionamento preventivo. Essa prática cotidiana de preenchimento da ordem pública, segundo Prado e Santos (2018, p. 147), "transforma as prisões preventivas em instrumentos automáticos".

Diante desse contexto, Zaffaroni afirma que o poder punitivo real é exercido pela polícia. Ela exerce, estruturalmente, um rígido controle das pessoas indesejadas pelo sistema. Na verdade, trata-se de um "controle de exclusão social" (ZAFFARONI, 2013). O preso pobre e negro com base na periculosidade é um excluído de nossas cidades, ou seja, segundo Zaffaroni (2013), é um não-humano, um elemento descartável, que se aglomera nas periferias urbanas e que, por meio do encarceramento, é controlado pela polícia; sendo que os juízes, coniventes com o sistema, não podem fazer mais do que ratificar, nos processos de criminalização secundária, as ações policiais seletivas e racistas (ZAFFARONI, 2013).

Os dados oficiais indicam a imputação pelo crime de tráfico de drogas, depois da imputação pelos crimes contra o patrimônio, como a que mais promove o encarceramento nacional (CARVALHO, 2015). Observa-se, na praxe forense, que a polícia, por ser a primeira a atuar no caso, exerce o "poder penal imediato" (BIZZOTTO, 2020, p. 110) de etiquetar os negros automaticamente como pequenos varejistas das periferias das grandes cidades (CARVALHO, 2015). Essa frequente rotulação é reflexo de uma guerra contra as drogas que, semelhante ao que acontece no Brasil, se trata de um controle pela "política do medo, da divisão, do bode expiatório e do controle [social]" (ALEXANDER, 2017, p. 21), em que, embora a raça não seja o elemento fático que preenche a justificativa que utiliza a ordem pública no aprisionamento de um suspeito da prática de tráfico de drogas, nota-se como, na maioria das vezes, a "cor" do "suspeito" é encoberta ou mascarada por outros *standards* decisionais (atitude suspeita, presença em área do crime, antecedentes criminais) (CARVALHO, 2015).

O., T. B.; M., V. P.; M., A. H. T.. A expressão "ordem pública" como fundamento da prisão preventiva: uma perigosa relativização da presunção de inocência.
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 198. ano 31. p. 241-261. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2023.
DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v198i198.150].

5. A não recepção da expressão "garantia da ordem pública" pela Constituição Federal de 1988

As prisões preventivas, lastreadas na ordem pública, têm uma natureza jurídica anormal. Esses aprisionamentos preventivos não podem ser intitulados de medidas cautelares, pois, na verdade, constituem medidas, emitidas pelo Poder Judiciário, garantidoras da antecipação da pena. Logo, têm-se prisões, fundamentadas em uma expressão vaga, geradoras de insegurança jurídica e seletividade racial, não embasadas em dados concretos reveladores da necessidade de proteção do processo.

Com efeito, as prisões preventivas, fundamentadas por meio de sentido vago, possuem uma natureza diversa da preconizada pelo princípio da presunção de inocência. Isso significa dizer que os objetivos pretendidos por essas prisões, alicerçadas na ordem pública, não estão de acordo com a opção de presumir a inocência prevista no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988, por isso, a importância de se ter uma postura crítica sobre essa hipótese autorizadora de intervenção estatal na liberdade individual do imputado, pois, apesar de autorizadas pela legislação infraconstitucional, por trás dessa permissão se esconde a intenção de conferir ao aprisionamento preventivo a finalidade de burlar o direito fundamental da presunção de inocência e antecipar a pena do imputado.

Não se permite mais, no Direito Processual Penal de cariz democrático, a prisão preventiva com função de prevenção geral ou especial, sendo que, ao aceitar esse tipo finalidade, equipara-se o tratamento processual do imputado ao de culpado. O aprisionamento preventivo não tem como objetivo punir, mas deve ser considerado uma forma excepcional de proteção da persecução penal, já que restringe o direito fundamental a presunção de inocência.

É preciso ter a real compreensão da diferença entre a prisão preventiva e a prisão-pena a fim de se afastar do ordenamento jurídico, por total incompatibilidade com o sistema constitucional, justificativa, com conceito indeterminado, que impõe à custódia sem sentença uma finalidade de antecipação provisória da pena privativa de liberdade. A prisão preventiva não pode estar vinculada ao resultado da causa ou com a culpa. Por isso, em nenhuma hipótese, é possível que o aprisionamento preventivo seja, na prática judiciária, usado para a realização de funções típicas da pena.

A pena privativa de liberdade é imposta para a proteção de bens jurídicos tutelados pela norma penal incriminadora. Ela só pode ocorrer depois de um devido processo legal que constatar, por meio das provas empíricas, a responsabilidade do imputado. Logo, inexiste a possibilidade, diante da presunção de inocência, de antecipar as funções da pena com a prisão preventiva. Sendo assim, o artigo 312 do Código de Processo Penal deve ser objeto de uma releitura mais acorde com o princípio da presunção de inocência, sem que este seja interpretado de forma restritiva para se encaixar em uma expressão genérica de cunho seletivo e punitivo contida no diploma processual legal desde sua redação original.

Com efeito, o fundamento legal ordem pública, presente no Código de Processo Penal desde sua redação original, não deve ser recepcionado pela Constituição Federal, pois se

O., T. B.; M., V. P.; M., A. H. T.. A expressão "ordem pública" como fundamento da prisão preventiva: uma perigosa relativização da presunção de inocência.
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 198. ano 31. p. 241-261. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2023.
DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v198i198.150].

constitui em uma verdadeira presunção, conferida pelo juiz, de culpabilidade ou de periculosidade sem demonstrar, empiricamente, base sólida indicadora da necessidade de proteção do processo. Nesse sentido, Choukr (1993) aduz a impossibilidade da fórmula genérica da "garantia da ordem pública" se coadunar com o texto constitucional. É importante ainda asseverar que só as fundamentações baseadas nas expressões legais "necessidade da investigação ou da instrução criminal" e "garantia da aplicação da lei penal" exercem funções cautelares (constitucionais) a fim de evitar um risco ao regular desenvolvimento do processo ou na produção de seu resultado útil.

O legislador ordinário, ao confeccionar a Lei 12.403/2011, perdeu a oportunidade de abolir o fundamento ordem pública ou, pelo menos, "demonstrar o seu limite de significação" (LIMA, 2015, p. 124). No entanto, as recentes modificações legislativas tiveram a intenção de modificar, pontualmente, o Código de Processo Penal a fim de deixá-lo em harmonia com a Constituição Federal de 1988. Além do mais, as alterações no referido diploma legal demonstraram a preocupação com o uso reiterado da prisão preventiva, constituindo uma nova proposta de política criminal no sentido de evitar que o aprisionamento preventivo continue a ser rotina na práxis judicial, provocando uma inversão no tratamento exigido constitucionalmente ao imputado.

Pela recente reforma no sistema cautelar do Código de Processo Penal, o encarceramento preventivo deve ser a última alternativa para resguardar a efetividade da persecução penal. Visando consolidar o caráter instrumental e subsidiário do aprisionamento preventivo, as Leis 12.403/2011 e 13.964/2019 introduziram uma série de exigências para a sua fundamentação. Nesse contexto, nota-se, inicialmente, que o § 2º do art. 313 do CPP, com a nova redação fornecida pela Lei 13.964/2019, não permite a decretação da prisão preventiva com a finalidade de antecipação de pena ou como decorrência imediata da instauração de uma investigação ou do oferecimento ou recebimento da peça inicial acusatória.

Tal alteração legislativa só vem a confirmar o contido na Constituição da República no sentido de que a prisão preventiva só se harmoniza com o princípio da presunção de inocência se for concebida como uma medida pessoal de natureza cautelar. Já § 2º do art. 312 do CPP, acrescentado pela Lei 13.964/2019, determina que, ao se fundamentar a decisão concessiva da prisão preventiva, é preciso que seja explicitado o "receio de perigo e a existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada". Assim, com a referida Lei, não basta apenas mencionar o contexto pelo qual resultou a prisão: exige-se uma sólida base fática da existência de um risco atual e relevante para o processo, partindo da conduta do imputado.

A finalidade cautelar da prisão preventiva, devido à mudança no disciplinamento provocada pela Lei Anticrime, deve estar suficientemente motivada por meio de dados contemporâneos extraídos do caso concreto, já que, com o passar do tempo, fica fragilizada a necessidade dessa intervenção na esfera de liberdade do imputado.

Outra significativa alteração proporcionada pela Lei 13.964/2019, a nova redação do art. 315 do CPP, diz respeito à especificação de situações em que não se considera preenchido o dever de fundamentação da decretação da prisão preventiva e demais atos jurisdicionais

O., T. B.; M., V. P.; M., A. H. T.. A expressão "ordem pública" como fundamento da prisão preventiva: uma perigosa relativização da presunção de inocência.
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 198. ano 31. p. 241-261. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2023.
DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v198i198.150].

decisórios. A nova redação do art. 315 do Código de Processo prescreve o seguinte: as alterações no Código de Processo Penal, conferidas pela Lei 13.964/2019, ressaltam a necessidade de se construir uma fundamentação judicial a partir de uma base empírica sólida e contemporânea – comprovadora dos fins cautelares da prisão preventiva.

Com a nova Lei, não se admitem, ao longo da persecução penal, decisões justificadas com mera referência ao fundamento legal ou expressões imprecisas. A Lei 13.964/2019, ao criar o § 6º do artigo 282 do CPP, estabeleceu que o não cabimento da substituição por outra medida cautelar deve ser justificado de forma fundamentada nos elementos presentes do caso concreto. Como adverte Cruz (2017), a prisão preventiva somente deve ser decretada, em casos excepcionais, quando outros mecanismos idôneos para os interesses do regular desenvolvimento da persecução penal tenham falhado.

Desse modo, o Supremo Tribunal Federal tem precedente no sentido de que

> "a demonstração concreta e objetiva de que é insuficiente o cabimento de outras medidas cautelares, nos termos do art. 282, § 6º, do Código de Processo Penal, pelo qual a prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar" (STF, HC 137234, rel. Min. Teori Zavascki, 2ª T., j. 13.12.2016, *DJe* 13.02.2017).

Logo, o magistrado deve apontar, claramente, na decisão, por qual motivo as medidas alternativas do art. 319 do CPP são insuficientes no caso concreto.

Convém salientar que, apesar das inovações implantadas pela Lei 13.964/2019 exigindo uma especial fundamentação das decisões que decretam a prisão preventiva, observa-se a insistência do legislador em criar subsistemas que destoam totalmente do texto constitucional. O § 2º inserido no artigo 310 do CPP propicia a manutenção da prisão em flagrante, durante a persecução penal, sem a necessidade de fundamentação com bases cautelares. O legislador manteve, com o referido § 2º do artigo 310 do CPP, a mesma estrutura da redação originária do Código de Processo Penal que prestigiava medidas de antecipação de pena. Esse dispositivo se encarregou de criar lógicas distintas ao sistema prisional cautelar possibilitando que, na prática, se continue o esvaziamento do princípio da presunção de inocência.

É importante asseverar que o Supremo Tribunal Federal decidiu, anteriormente, pela total inconstitucionalidade e flagrante desrespeito ao sistema constitucional cautelar, principalmente os princípios da presunção de inocência e da obrigatoriedade de fundamentação, todas as medidas legislativas que estabeleciam esta modalidade de prisão obrigatória, como o art. 2º, II, da Lei de Crimes Hediondos e o art. 44 da Lei Antidrogas.

Diante do uso excessivo da prisão preventiva embasada na expressão garantia da ordem pública, é importante mencionar o "Relatório sobre o uso das prisões preventivas nas Américas", elaborado pela Comissão Interamericana de Direito Humanos. Esse documento reconhece que o uso excessivo dessa espécie de aprisionamento é um "problema complexo produzido por causas de distintas naturezas, principalmente questões de desenho legal,

deficiências estruturais dos sistemas de administração da justiça e tendências enraizadas na cultura e prática judicial" (OEA, 2013, p. 6).

O mesmo relatório ainda estabelece que o aumento do uso da prisão preventiva, especialmente nos países da América do Sul, não é a via adequada para o cumprimento dos objetivos da segurança cidadã. Nesse sentido, a Comissão Interamericana não encontrou "nenhuma informação empírica que demonstre que um aumento no uso da prisão preventiva contribua para diminuir os níveis de delinquência ou de violência" (OEA, 2013, p. 6).

Para a comissão interamericana, estar em liberdade enquanto durar o processo penal é um direito do imputado, e somente pode ser limitado de maneira excepcional e nos casos de absoluta necessidade.

6. Considerações finais

O instituto da prisão preventiva só pode ser utilizado quando ficar demonstrado, concretamente, o risco de que, com a demora no julgamento, possa o indiciado ou acusado estando solto, impedir a correta solução da causa ou a aplicação da sanção punitiva. Com isso, para evitar que ocorram prisões imediatas arbitrárias e seletivas, o aprisionamento preventivo deve ser qualificado pela excepcionalidade, por isso não basta, na decisão que a decreta, uma justificação somente na garantia da ordem pública.

Diante do princípio da presunção de inocência, o indiciado ou acusado deve permanecer em liberdade, sendo que somente nos casos de extrema necessidade, comprovados empiricamente, este pode ser preso preventivamente durante a persecução penal. Além do mais, só no caso da impossibilidade real de outras medidas e, também, a existência de elementos contemporâneos, concretos e justificadores de sua necessidade, a custódia sem pena deve ser adotada. No entanto, é preciso ressaltar que as medidas encarceradoras, criadas pelo Código de Processo Penal de 1941, estavam direcionadas para a máxima eficiência punitiva e, ainda, para o controle de pessoas indesejadas.

Atualmente, existe uma clara instrumentalização do processo para efetivar a segregação da população pobre, negra e periférica. A garantia da ordem pública, como fundamento da prisão preventiva, inserida no CPP de 1941, foi desenvolvida para permitir que os atores jurídicos estatais dispusessem de uma medida que pudesse segregar os setores marginalizados da sociedade, porém, a Carta Maior, definitivamente, reconheceu a modificação da natureza jurídica das prisões antes do trânsito em julgado, sendo que elas não podem mais ser usadas como instrumento sumário e seletivo de punição antecipada.

Nesse diapasão, é importante aduzir que existe, ainda, o entendimento de que os preceitos constitucionais devem ficar em plano inferior ao Código de Processo Penal. Isso se reflete na utilização da prisão preventiva com base na ordem pública, já que é comum a escolha por essa medida, como reforço repressivo e seletivo do Estado, sem estar calcada em fatos concretos que demonstrem sua necessidade cautelar, por isso não é mais admitida, no

O., T. B.; M., V. P.; M., A. H. T.. A expressão "ordem pública" como fundamento da prisão preventiva: uma perigosa relativização da presunção de inocência.
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 198. ano 31. p. 241-261. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2023.
DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v198i198.150].

Estado Democrático de Direito, a invocação automática da ordem pública a fim de justificar o aprisionamento imediato, seletivo e racista.

Faz-se necessário que todos os envolvidos na marcha persecutória tenham consciência da importância de se preservar o *status libertatis*, e, só em casos excepcionais e extremos, terão a possibilidade de destruir esse estado. Dessa forma, o princípio da presunção de inocência atua, durante toda a persecução penal, como uma barreira de contenção, sendo que, diante dessa regra de tratamento, só se admite a prisão *ante iudicium* a fim de reduzir riscos para o processo. É importante destacar, ainda, que o direito fundamental à presunção de inocência deve influenciar a regulação da prisão preventiva e também deve estabelecer precisos limites a esse instituto.

A prisão preventiva é uma medida drástica, devendo ser utilizada em situações processuais anormais, perigo de fuga e perigo de obstrução da colheita de provas, comprovadas empiricamente. Isso quer dizer que ela deve estar fundada na ameaça concreta à coleta de elementos probatórios ou na garantia da aplicação da lei penal. É preciso ocorrer uma adequação da prisão preventiva, prevista no Código de Processo Penal, aos valores máximos preconizados na Constituição Federal de 1998.

A persecução penal não pode dispor de mecanismos que estabelecem um juízo de culpabilidade não consagrado em uma sentença condenatória transitada em julgado. Nesse sentido, o preceito constitucional da presunção de inocência não permite que o imputado seja preso, antes da sentença definitiva, com base apenas em inferências subjetivas de caráter punitivo, seletivo e racista O número excessivo de prisões preventivas, com base na ordem pública, conferindo poderes excepcionais às agências estatais, proporcionando uma objetificação do imputado e tratando-o como culpado, é incompatível com o princípio da presunção de inocência.

Sendo assim, o sistema de justiça criminal não poderia se apoiar na garantia da ordem pública para encarcerar sem sentença definitiva, pois essa expressão é vaga e tendenciosa. Cabe ao princípio da presunção de inocência balizar as condutas dos envolvidos na persecução penal a fim de evitar a exclusão de uma população negra submersa em tantas vulnerabilidades, reflexo das diversas faces de um racismo estruturalmente arraigado.

7. Referências

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Vladés. 2. ed. Madrid: Centro de estúdios Constitucionales, 1997.

ALMEIDA, Silvio Luiz de. *Racismo estrutural*. São Paulo: Pólen, 2019.

ALEXANDER, Michelle. *A nova segregação*: racismo e encarceramento em massa. Tradução de Pedro Davoglio. São Paulo: Boitempo, 2017.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*: introdução à sociologia do direito penal. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

O., T. B.; M., V. P.; M., A. H. T.. A expressão "ordem pública" como fundamento da prisão preventiva: uma perigosa relativização da presunção de inocência.
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 198. ano 31. p. 241-261. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2023.
DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v198i198.150].

BARATTA, Alessandro. Direitos humanos: entre a violência estrutural e a violência penal. Trad. Ana Lúcia Sabadell. *Fascículos de Ciências Penais*, Porto Alegre, ano 6, v. 6, n. 2, p. 44-61, abr.-jun. 1993.

BARDIN, Laurence. *Análise de conteúdo*. São Paulo: Edições 70, 2011.

BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução crítica à criminologia brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BIZZOTTO, Alexandre; RODRIGUES; Andréia de Brito. *Processo penal garantista*. 2. ed. Goiânia: AB, 2003.

BORGES, Ademar. Uma proposta de redução do encarceramento positivo. *Jota*, 19 jan. 2017. Disponível em: [www.jota.info/stf/do-supremo/uma-proposta-de--reducao-encarceramento-preventivo-19012017]. Acesso em: 01.01.2019.

BORGES, Ademar. *A inversão ideológica do discurso garantista*: a subversão da finalidade das normas constitucionais de conteúdo limitativo para a ampliação do sistema penal. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2009.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1996.

CARVALHO, Salo de. O encarceramento seletivo da juventude negra brasileira: A decisiva contribuição do poder judiciário. *Rev. Fac. Direito*, Belo Horizonte, n. 67, p. 623-652, jul.-dez. 2015.

CASARA, Rubens R. R. *Estado pós-democrático neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

CASARA, Rubens Roberto Rebello. *Mitologia processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2015.

CHOUKR, Fauzi Hassan. A ordem pública como fundamento da prisão cautelar: uma visão jurisprudencial. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 1, n. 4, p. 89-93, out.-dez. 1993.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Audiência de custódia*. Disponível em: [http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de--custodia/perguntas-frequentes]. Acesso em: 24.12.2018.

CRUZ, Rogério Schietti. *Prisão cautelar*: dramas, princípios e alternativas. 3. ed. Salvador: JusPodvim, 2017.

DEVOS, Bryan Alves; KHALED JR., Salah Hassan. A cautelaridade do sistema penal brasileiro: uma hipótese sobre a reversão ideológica da Lei 12.403/11. In: SOUZA Bernardo de Azevedo e; SOTO, Rafael Eduardo de Andrade (Org.). *Ciências criminais em debate:* perspectivas interdisciplinares. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. v. 1.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

FERRAJOLI, L. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. Trad. Ana Paula Zomer; Fauzi Hassan Choukr; Juarez Tavares; Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Ed. RT, 2002b.

O., T. B.; M., V. P.; M., A. H. T.. A expressão "ordem pública" como fundamento da prisão preventiva: uma perigosa relativização da presunção de inocência.
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 198. ano 31. p. 241-261. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2023.
DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v198i198.150].

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*: nascimento da prisão. 23. ed. Trad. e Org. Roberto Machado. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2000.

FRANCO, Alberto Silva. *O compromisso do juiz criminal no estado democrático*: justiça e democracia. São Paulo: Associação Juízes para a Democracia, 1997, v. 3.

FREITAS, Jaime Walmer de. *Prisão cautelar no direito brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GIACOMOLLI, Nereu José. Atividade do juiz criminal frente à constituição: deveres e limites em face do princípio acusatório. In: GAUER, R. M. C. (Coord.). *Sistema penal e violência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

GIL, Antonio Carlos. *Métodos e técnicas de pesquisa social*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar.* São Paulo: Saraiva, 1991.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Teresa Fonseca. *(Re)pensando a pesquisa jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

KHALED JR., Salah Hassan. *Livre convencimento motivado:* império do decisionismo no direito**.** 2017. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/355683799_Livre_convencimento_motivado_o_imperio_do_decisionismo_no_Direito [Acesso em: 06.08.2018.

LIMA, Camile Eltz de. A garantia da ordem pública como fundamento da prisão preventiva: (in) constitucionalidade à luz do garantismo penal. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 3, n. 11, p. 148-161, 2003.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Nova prisão cautelar:* doutrina, jurisprudência e prática. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

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

LOPES JR., Aury. *Prisões cautelares*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão preventiva na Lei 12.403/2011:* análise de acordo com modelos estrangeiros e coma convenção Americana de direitos humanos. Salvador: JusPodivm, 2016.

MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro*: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

NICOLITT, André. *Manual de processo penal*. 11. Ed. São Paulo: D'Plácido, 2023.

NICOLITT, André. *Lei 12.403/2011*: o novo processo penal cautelar, a prisão e as demais medidas cautelares. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2015.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Relatório sobre o uso da prisão provisória nas Américas*. OEA/Ser.L/V/II. Doc.46/13, 30 de dezembro de 2013. Disponível em: [www.oas.org/pt/cidh/ppl/pdfs/relatorio-pp-2013-pt.pdf]. Acesso em: 10.06.2023.

PRADO, Luiz Regis. *Prisão preventiva*: prisões e medidas cautelares à luz da constituição. Florianópolis: Empório do direito, 2016.

RODRIGUES, Andreia de Brito. Bullying *criminal*: o exercício do poder no sistema penal. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2011.

ROSA, Alexandre Morais da. *O que é garantismo jurídico?* Florianópolis: Habitus, 2003.

SANGUINÉ, Odone. *Prisão cautelar*: medidas alternativas e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SILVA, Larissa Marila Serrano da. Prisão preventiva fundada no clamor público – A ditadura da maioria no processo penal. In: MACHADO, Felipe; VIANNA, Túlio (Coord.). *Garantismo penal no Brasil*: estudos em homenagem a Luigi Ferrajoli. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. Como se prova qualquer tese em Direito. *Consultor Jurídico*, 26 abr. 2012. Disponível em: [www.conjur.com.br/2012-abr-26/senso-incomum-prova-qualquer-tese-direito]. Acesso em: 06.08.2018.

TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: Cedam, 1975.

WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

WARAT, Luiz Alberto. La linguística jurídica, la problemática definitoria e el condicionamiento del accionar humano. In: WARAT, Luis Alberto; MARTINO, Antonio Anselmo. *Lengauge y definición jurídica*. Buenos Aires: Cooperadora de Derecho y Ciências Sociales, 1973.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *A questão criminal*. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

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

8. Legislação

BRASIL. *Código de Processo Penal*. 44. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRASIL. DEPEN. *Departamento Penitenciário Nacional*. 2017. Disponível em: [http://www.sejus.es.gov/download/diagnostico-depen-pdf]. Acesso em: 01.01.2019.

BRASIL. Ministério da Justiça. *Sistema Integrado de Informações Penitenciárias (InfoPen)*. jun. 2011. Disponível em: [http://portal.mj.gov.br/services/DocumentManagement/FileDownload.EZTSvc.asp?DocumentID={FBEBE363-0DC9-4BAD-9066-0B8335BED0A6}&ServiceInstUID={4AB01622-7C49- 420B-9F76-15A4137F1CCD}]. Acesso em: 03.08.2018.



PESQUISAS DO EDITORIAL



Área do Direito: Penal

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- "Presunção de inocência" VI encontro AASP, de Antonio Cezar Peluso – *RBA* 1/231-245;
- A prisão para garantia da ordem pública e (des)ordem constitucional: reflexões sobre linguagem e alteridade, de Fernando Oliveira Samuel – *RBCCrim* 149/171-193;
- Garantismo penal e presunção de inocência: uma análise do *Habeas Corpus* 126.292, de Emetério Silva de Oliveira Neto – *RBCCrim* 142/133-170;
- Novos paradigmas da prisão preventiva: um claro retrocesso, de Flávio Mirza – *RBCCrim* 122/115-134; e
- Sobre a decisão que decreta uma prisão preventiva, de André Szesz – *RBCCrim* 111/181-206, *Doutrinas Essenciais Direito Penal e Processo Penal* 7.

Veja também Jurisprudência relacionada ao tema

- STF, HC 131.905, j. 16.02.2016; *DJe* 07.03.2016 – *RT* 967/405;
- STJ, HC 47.712, j. 13.12.2005 – *RBCCrim* 59/391; e
- TJAC, HC 000047-94.2016.8.01.0000, j. 28.01.2016 – *RT* 967/671.

O., T. B.; M., V. P.; M., A. H. T.. A expressão "ordem pública" como fundamento da prisão preventiva: uma perigosa relativização da presunção de inocência.
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 198. ano 31. p. 241-261. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2023.
DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v198i198.150].

Criminologia

Compreendendo o sistema de enfrentamento à violência de gênero contra a mulher no Distrito Federal a partir das representações sociais das vítimas

Understanding the gender-based violence judicial system in Brazilian Federal District from the social representations of the victims

Alberto Carvalho Amaral

Doutorando em Sociologia (UnB – 2018). Mestre em Direito (UniCEUB – 2016). Especialista em Direito Processual (UniSUL – 2009). Especialista em Ciências Penais (UniSUL – 2008). Bacharel em Direito (UniCEUB – 2005). Professor da Escola da Defensoria Pública do Distrito Federal (EASJUR). Pesquisador do Grupo de Pesquisa Política Criminal (UniCEUB) e de O Direito Achado na Rua (UnB-CNPq). Idealizador e Coordenador do Curso de Capacitação de Defensoras e Defensores Populares do Distrito Federal (DPDF-UnB). Membro do IBCCrim. Professor universitário. Defensor Público do Distrito Federal.
Lattes: [http://lattes.cnpq.br/4335413036294656].
ORCID: [https://orcid.org/0000-0002-6117-865X].
prof.albertoamaral@gmail.com

DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v198i198.29].

Recebido em: 10.10.2021
Aprovado em: 05.01.2023
Última versão do autor: 09.03.2023

Áreas do Direito: Penal; Direitos Humanos

Resumo: Neste artigo, objetiva-se compreender como as pretensões das mulheres vítimas de violência doméstica são percebidas pelo sistema judicial de enfrentamento à violência de gênero no Distrito Federal, o qual, em seu fazer orientado, possui suas lógicas próprias e que, a um só tempo, responde às necessidades internas e frustra as expectativas das vítimas. A hipótese é que ainda há um distanciamento entre as finalidades buscadas pelas vítimas e o atendimento jurídico propiciado pelo sistema judicial. Para essa finalidade, analisa dados e resultados obtidos em pesquisa de campo, na qual, pela

Abstract: In this article, the objective is to understand how the pretensions of women victims of gender-based violence in Brazilian Federal District are perceived by the judicial system for combating gender violence, which, in its oriented action, has its own logic and, at the same time, responds to its internal needs and frustrates victims' expectations. The hypothesis is that there is still a gap between the purposes sought by the victims and the legal assistance provided by the judicial system. For this purpose, it analyzes data and results obtained in field research, in which, by observing the routines of legal operators and

Amaral, Alberto Carvalho. Compreendendo o sistema de enfrentamento à violência de gênero contra a mulher no Distrito Federal a partir das representações sociais das vítimas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 198. ano 31. p. 265-302. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2023.
DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v198i198.29].

observação das rotinas dos operadores jurídicos e de participantes de audiência judicial, foram realizadas entrevistas semiestruturadas com as vítimas de violência doméstica, antes e após a audiência judicial para manifestação sobre a continuidade do processo, buscando como representavam socialmente os atores jurídicos envolvidos. As representações sociais obtidas indicam juízes anestésicos às pretensões das vítimas, promotores de justiça desconhecidos e defensores públicos ausentes. Além da ausência de assistência jurídica para a vítima, naquele momento, verificou-se uma considerável lacuna entre as pretensões das mulheres vitimizadas e o fazer procedimental judicial, que frustra suas expectativas cognitivas. Lado outro, o cenário indica procedimentos de extinção prematura do processo, por táticas de pressão, que obstam o atendimento jurídico integral anunciado pela Lei Maria da Penha.

Palavras-chave: Violência doméstica contra a mulher – Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) – Sistema judicial de enfrentamento à violência de gênero – Representações sociais – Vitimização.

participants in a court hearing, semi-structured interviews were conducted with victims of domestic violence, before and after the court hearing for a manifestation about the continuity of the process, from social representations about the judicial actors involved. The social representations obtained indicate anesthetic judges to the victims' claims, unknown prosecutors and absent public defenders. In addition to the lack of legal assistance for the victim, there was a considerable gap between the claims of the victimized women and the judicial procedure, which frustrates their cognitive expectations. On the other side, the scenario indicates procedures for premature termination of the process, by pressure tactics, which prevent the full legal assistance announced by Maria da Penha Law.

Keywords: Domestic violence against women – Maria da Penha Law – Judicial system against gender-based violence in Brazil – Social representations – Vitimization.

Sumário: 1. Introdução. 2. Ouvindo mulheres vítimas de violência doméstica: a pesquisa de campo. 3. As dissonâncias entre vítima e sistema judicial: juízes anestésicos, promotores desconhecidos, defensores ausentes. 4. Fluxo estruturante *versus* expectativas cognitivas: o dilema da areia movediça judicial. 5. O fazer das organizações jurídicas e as frustrações das expectativas das vítimas. 6. A extinção processual prematura: táticas de pressão. 7. Considerações finais. 8. Referências. 9. Legislação.

1. Introdução

Buscar compreender os efeitos operados pela intervenção do sistema judicial nas pessoas vítimas de determinada violência pode ser uma medida válida para a análise de políticas públicas voltadas para o enfrentamento a essa agressão, podendo fornecer elementos interessantes para a compreensão do fenômeno criminal, inclusive da reiteração delituosa e dos efeitos prejudiciais decorrentes. Quando se trata de violência contra as mulheres, muito

embora existam previsões inovadoras, ainda se constata que as mulheres agredidas ainda assumem – ou são posicionadas em – um papel secundário.

Ao contrário das previsões legais, especialmente aquelas consignadas na Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006) e alterações posteriores, que trazem diretrizes e determinações voltadas para a retirada da mulher do ciclo de violência e sua progressiva superação, concretamente, o que se verifica nos processos judiciais é uma dissociação, um descompasso na prática judicial em relação às diretrizes normativas. Em um ambiente de pouca interação, pautado por regras procedimentais delimitadoras e distanciamento grande, pouco (ou quase nada) se investiga na órbita das mulheres agredidas e dos motivos para a busca de auxílio judicial.

Mulheres desacompanhadas de advogados ou defensores públicos, atos e procedimentos repetidos ou realizados ao alvedrio de previsão legal ou de necessidade real, prolongamento demasiado dos feitos e reforço a uma conciliação puramente formal, como sinônimo de paz conjugal, são facilmente vislumbrados nessas audiências, ao mesmo tempo que se vê uma posição marginal em que é situada a grande interessada no assunto, a mulher em situação de violência doméstica. Os ritos e atos judiciais, ao invés de assegurar um ambiente de progressivo desestímulo ao ciclo de violência e submissão, não propiciam que ela possa agir com certa liberdade. Não é devidamente ouvida, vista, compreendida ou instigada.

Isso não representa, porém, má-fé. O que há é a pura constatação que o sistema judicial de enfrentamento à violência doméstica é, por definição, um subsistema jurídico, com uma lógica própria e que, ainda que haja motivações sociais, políticas e apelos, presenciais inclusive, operará de acordo com suas características básicas. Ele atuará dentro desses limites e, para todo o restante, nada verá, em uma verdadeira cegueira institucional. E as rotinas lógicas do subsistema judicial se afastam, sensivelmente, das necessidades das vítimas e das previsões normativas específicas.

O problema deste artigo consiste em saber como as pretensões das mulheres vítimas de violência doméstica são percebidas pelo subsistema judicial de enfrentamento à violência de gênero, que, em seu fazer orientado, possui suas lógicas próprias e que, a um só tempo, responde às necessidades internas e frustra as expectativas subjetivas das vítimas.

A hipótese deste artigo é que, apesar de existir um sistema judicial de enfrentamento à violência doméstica devidamente estruturado no Distrito Federal, há distanciamento entre o perseguido pelas vítimas e o propiciado pelo sistema judicial.

Com esse objetivo, além da referência às leituras e aos estudos teóricos atinentes à temática, o presente artigo irá recuperar dados e resultados verificados em pesquisa de campo, na qual foram observadas rotinas dos operadores jurídicos e foram realizadas entrevistas com vítimas de violência doméstica em momentos anteriores e posteriores à audiência judicial para manifestação sobre a continuidade do processo. Essa pesquisa empírica qualitativa, que arvorou-se primordialmente pela teoria das representações sociais (MOSCOVICI, 2013), da teoria sistêmica (LUHMANN, 1996, 2010; MACHADO, 2015) e do campo jurídico (BOURDIEU, 1989; AMARAL, 2017a, 2019), foi devidamente submetida para o

Amaral, Alberto Carvalho. Compreendendo o sistema de enfrentamento à violência de gênero contra a mulher no Distrito Federal a partir das representações sociais das vítimas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 198. ano 31. p. 265-302. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2023. DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v198i198.29].

Comitê de Ética e Pesquisa responsável pela "Plataforma Brasil" e foi aprovada, sendo realizada com atenção a todas as diretrizes para pesquisas em seres humanos (Resolução 196/CNS), sendo que todas as participantes tiveram conhecimento amplo e consentiram expressamente com a sua realização. As entrevistas semiestruturadas, grupo focal e observação de rotinas ocorreram em 2015.

A partir de suas respostas, interações e da observação das rotinas das audiências, foi possível obter representações sociais (MOSCOVICI, 2013) sobre o sistema judicial de enfrentamento à violência doméstica, situando papéis e imagens associadas aos juízes, promotores de justiça e defensores públicos, e evidenciando dificuldades na resolução de conflitos que permanecem com as vítimas, ao alvedrio das pretensões normativas.

O artigo está dividido em seções. Na primeira, apresenta-se a pesquisa de campo e suas características primordiais. Também será detalhado o processo para obtenção das representações sociais de profissionais do direito atuantes nas audiências pelas vítimas que participaram das entrevistas e grupos focais.

Na segunda, será analisada a sala de audiências e como esse ambiente, diverso do exterior e com ritualística própria, enseja a exclusão dos pleitos e anseios das mulheres vitimizadas, na mesma medida em que reforça as lógicas essenciais do sistema judicial.

Após, a partir de uma análise sistêmica, será observado como o fazer judicial encerra um fluxo estruturante, orientando a organização e o fazer sistêmico das organizações jurídicas, voltado para uma resposta (direito *x* não direito), com lógicas próprias e que frustra as expectativas que as mulheres aguardavam do sistema judicial.

Por derradeiro, busca-se compreender como esse subsistema encerra medidas que perseguem uma extinção prematura das demandas formalizadas, não necessariamente importando-se com as medidas buscadas pelas mulheres.

Ao desvelar as assimetrias entre o perseguido pelas mulheres em situação de violência doméstica e o oferecido pelo subsistema judicial de enfrentamento à violência de gênero no Brasil, pode-se aprofundar o conhecimento sobre os limites e as problemáticas presentes, que auxiliariam na adoção de táticas e instrumentos que diminuam as distâncias e permitam uma melhor comunicação entre pessoas e órgãos públicos, enfim, de políticas públicas que possuam maior efetividade para essa temática. Diminuindo-se os hiatos, talvez seja possível compreender adequadamente as nuanças culturais que insistem em reafirmar esse indesejável traço machista da nossa sociedade.

2. Ouvindo mulheres vítimas de violência doméstica: a pesquisa de campo

O pesquisador fala a partir do mundo em que se encontra inserido. Ele está no mundo e suas reflexões, pensamentos e, inclusive, pretensões acadêmicas situam-se nesse mundo. A pesquisa, portanto, "não pode ser o produto de um observador postado fora das significações que os indivíduos atribuem aos seus atos", mas, pelo contrário, deve se mostrar como

o "desvelamento do sentido social que os indivíduos constroem em suas interações cotidianas" (CHIZZOTTI, 2000, p. 80).

Conhecer as opções metodológicas desvela, além das preferências do pesquisador ao compreender o fenômeno que busca estudar, os caminhos pelos quais os resultados foram apresentados, possibilitando que outros pesquisadores e interessados na temática possam utilizar a pesquisa para o aprimoramento dos estudos sobre a temática, indo além do originariamente proposto.

A relevância dessa temática decorre, inevitavelmente, da permanência de um cenário vilipendiador dos direitos das mulheres, em que existe uma masculinidade hegemônica (CONNELL, 1995; CONNELL; MESSERSCHMIDT, 2013; CONNELL, 1995), que utiliza, como um de seus caracteres primários, a submissão feminina a uma dominação masculina, que se imiscui em diversos aspectos, resultando em submissões no âmbito cultural, social, profissional, inclusive no bojo da família nuclear. As pesquisas quantitativas continuam a evidenciar que a temática é, sim, contemporânea e desafiadora às opções políticas que, em um discurso manifesto, se posicionam em enfrentamento a esse tipo de violência (AMARAL, 2017a).

A pesquisa de campo foi realizada durante o ano de 2015, com mulheres em situação de violência doméstica, e consistiu em entrevistas semiestruturadas, grupo focal e observação de rotinas, em um juizado especial de violência doméstica no qual fosse procedimento usual a ocorrência padronizada de audiências "preliminares", com o objetivo de tentar verificar como as mulheres em situação de violência doméstica representavam socialmente os órgãos do enfrentamento judicial à violência de gênero previstos na Lei Maria da Penha.

Foram seguidas todas as diretrizes para pesquisas em seres humanos, previstas na Resolução 196 do Conselho Nacional de Saúde[1]. Todas as participantes assinaram Termo de Consentimento Livre e Esclarecido, declarando expressamente ciência e concordância com os aspectos éticos de sigilo, espontaneidade, confidencialidade e demais insertos na normativa de regência.

Assim, foram realizadas entrevistas semiestruturadas, em profundidade, com 10 mulheres que aguardavam a realização de audiência, em um dos juizados de violência doméstica do Distrito Federal. As entrevistas aconteceram antes e após a realização das audiências, sendo indagadas sobre situação social, econômica, acerca da dinâmica do casal, questões que levaram ela a procurar auxílio judicial, bem como suas representações sociais sobre os órgãos judiciais de enfrentamento à violência de gênero. Durante as entrevistas, houve respeito a sua especial situação naquele momento e tentou-se garantir o sigilo das entrevistadas. Foram observadas as rotinas procedimentais adotadas e as atuações de diversos profissionais do direito, vítimas e agressores na sala de audiências, durante a ocorrência

1. O projeto, juntamente com a folha de rosto do sítio "Plataforma Brasil" e questionários de perguntas foram submetidos e aprovados pelo Comitê de Ética e Pesquisa do Centro Universitário de Brasília (CEP-UniCEUB), inclusive relatórios parcial e final da pesquisa, permanecendo arquivados naquele sítio. Processo n. 42804215.0.0000.0023.

do ato judicial, em dias distintos, com profissionais diferentes, desde o início da audiência ("pregão" dos envolvidos) até o seu término.

Além das entrevistas, foi realizado grupo focal com as mulheres, buscando-se aprofundar a pesquisa e o alcance de eventuais significados encontrados durante as entrevistas. Nessas ocasiões, a interação deu-se em sala específica, assegurada a privacidade e um ambiente em que fosse possível indagar e visualizar os cenários pretérito e presente que justificavam a sua presença no fórum, bem como as expectativas e os sentimentos que possuíam em relação àquele dia.

Após as entrevistas e grupo focal, as falas foram degravadas e entabuladas, utilizando-se critérios que buscaram aproximar a escrita das verbalizações – inclusive alguns significativos instantes de silêncio ou de manifestação de sentimentalidades –, a compilação de temáticas e a identificação de pontos que convergiam e divergiam. Devidamente estruturadas as entrevistas e posicionando-as[2], primeiramente a partir de grandes temas e, após, de termos que as aproximavam e as distanciavam, percebeu-se que, ao lado de interesses comuns (ou muito próximos) das vítimas, não ligados, necessariamente, às consequências jurídico-penais pelos fatos típicos realizados por seus agressores, restou claro um atuar constante e orientado do subsistema judicial, decorrendo daí a verificação de uma cultura organizacional, com características próprias e que, em seu fazer orientado, muito pouco é influenciado pelas dinâmicas vivenciadas nos casos particulares expostos nas audiências.

Optou-se pela escolha de um dos juizados especiais de violência doméstica do Distrito Federal situado em zona periférica, de região sensivelmente habitada, com grande parcela de público menos abastado atendido e, dessa forma, que se encontra no patamar-alvo dos serviços pela Defensoria Pública pelo limitado poder aquisitivo. Também se escolheu uma localidade em que a assistência jurídica prestada pela Defensoria Pública às mulheres não fosse ampla, mas eventual e esporádica, pela ausência de defensor designado especificamente para sua tutela jurídica – cabendo registrar que, todavia, existia a lotação de um defensor público para realizar a defesa técnica dos acusados naquele juízo. O Juizado de Violência Doméstica, durante os dias em que foram realizadas as entrevistas, realizava uma média de 20 a 30 audiências "preliminares" em uma tarde, notando-se uma alta frequência de vítimas, desacompanhadas de advogados ou defensores públicos, e agressores, normalmente auxiliados por defensores públicos e esporadicamente por advogados. A sala de espera, compartilhada também por outras varas que realizavam audiências naquele mesmo período, sempre permanecia cheia e não contava, previamente, com locais específicos e diferenciados para as vítimas, as quais invariavelmente acabavam dividindo com os agressores aquele espaço.

2. Ainda que existam aplicativos e soluções eletrônicas que facilitem algumas análises, o fazer procedimental para a obtenção das representações sociais ainda se vale, em grande medida, de um procedimento artesanal para a configuração de categorias e obtenção de sentidos (ARRUDA, 2002; AMARAL; BELMONTE AMARAL, 2019). Na pesquisa, essa abordagem também foi essencial.

Nesse particular, enquanto a observação das rotinas dos profissionais jurídicos em audiência desvela características relevantes sobre o fazer jurídico em audiência, inclusive sobre o tratamento dispensado às partes e sobre os destinos processuais, a teoria das representações sociais (MOSCOVICI, 2013) foi essencial para visualizar fatos, dados, imagens e pensamentos que definem e interpretam o real (AMARAL, 2016, p. 4), especialmente sobre como as mulheres vitimizadas representam socialmente os operadores do Direito que atuaram naquela audiência. Em acréscimo, foi utilizada a análise do discurso do sujeito coletivo (LEFEVRE; LEFEVRE, 2006), para ampliar a visualização das representações sociais, o que possibilitou expandir as reflexões sobre as expectativas das vítimas, suas visões sobre os órgãos e profissionais envolvidos naquele ato, o direito que é construído naquele momento diferenciado da audiência judicial, o primeiro contato, de muitas, com o sistema judicial de enfrentamento à violência doméstica, externando também problemas que poderiam comprometer sensivelmente as finalidades buscadas pela Lei Maria da Penha, especialmente quanto à quebra do ciclo de violência, à aproximação de uma rede de afeto e atenção para as vítimas e da necessária repressão das condutas ofensivas que colocavam as mulheres em situação de sensível vulnerabilidade por seus consortes.

Mostra-se importante acentuar, ainda, que embora as entrevistas tenham sido realizadas durante o ano de 2015, distanciando-se, portanto, cerca de oito anos da presente data, seus resultados ainda se apresentam relevantes e atuais. As diversas e recentes alterações normativas[3] não ensejaram, necessariamente, a modificação de práticas e rotinas que, a seguir relatadas, apresentam-se como grandes óbices e desafios para a implementação de um sistema de justiça mais acolhedor e atento para as dinâmicas envolvendo uma relação conflitual desigualada pela violência patriarcal.

3. Por exemplo, ser assegurado o atendimento da mulher por equipe de policiais e peritos especializados, previamente capacitados e do sexo feminino, atentando-se para evitar a revitimização e o agravamento de sua condição (Lei 13.505/2017); a tipificação do delito de descumprimento de medida protetiva (Lei 13.641/2018); a possibilidade de aplicação de medida protetiva de urgência pela autoridade policial (Lei 13.827/2019); a competência do Juizado de violência doméstica para apreciar ações de divórcio, separação, anulação de casamento ou dissolução de união estável (Lei 13.894/2019), a obrigatoriedade do agressor frequentar centros de educação e reabilitação (Lei 13.984/2020), a instituição do programa Sinal Vermelho contra a violência doméstica, com o agravamento da pena de lesão corporal simples e da criação do tipo penal de violência psicológica (Lei 14.188/2021); a criação do Formulário Nacional de Avaliação de Risco, para a prevenção do feminicídio (Lei 14.149/2021); a inclusão da temática prevenção à violência de gênero nos currículos de educação básica (Lei 14.164/2021) e a determinação do registro imediato das medidas protetivas de urgência concedidas em banco de dados mantido pelo Conselho Nacional de Justiça (Lei 14.310/2022).

Amaral, Alberto Carvalho. Compreendendo o sistema de enfrentamento à violência de gênero contra a mulher no Distrito Federal a partir das representações sociais das vítimas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 198. ano 31. p. 265-302. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2023. DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v198i198.29].

3. As dissonâncias entre vítima e sistema judicial: juízes anestésicos, promotores desconhecidos, defensores ausentes

A partir dos elementos identificadores das representações sociais (ancoragem e objetivação), que foram visualizados nas falas das vítimas durante as entrevistas, grupo focal e na observação de rotinas, e após longa análise dos diversos elementos obtidos, evidenciou-se a figura de juízes anestésicos, promotores desconhecidos e defensores ausentes.

O/a juiz(a) anestésico[4] é caracterizado pelo distanciamento das pessoas que estão demandando uma atuação estatal em seus dilemas e conflitos. São legalistas, formalistas e, diante de uma inconfessável fé no sistema jurídico e na lógica jurídica que permeia seus discursos e ações, afastam-se dos pleitos das vítimas (AMARAL, 2017a, p. 260). Em que pesem sentirem-se e afirmarem-se enquanto concretizadores de direitos humanos previstos legalmente, na aplicação concreta, sua atividade acaba por ser orientada de forma mecanizada, sem contato profundo com as tragédias e complexidades vivenciadas pelos demandantes. A crença na eficácia simbólica da norma não permite que ele consiga abarcar a complexidade da realidade mundana, impedindo uma análise crítica sobre sua própria fé cívica nos efeitos da norma (SEGATO, 2016, p. 170). Suas manifestações e decisões, nesse contexto, partem de ritos abstratos, da lógica jurídica impermeável e que idealiza um cenário de coisas, não necessariamente reais, sem aprofundar-se sobre questões concretas, mas não necessariamente qualificadas como jurídicas, e que são imprescindíveis para a compreensão do cenário de violência vivenciado.

O/a Promotor(a) de Justiça, para aquelas mulheres que se viam, pela primeira vez, no Judiciário, foi uma figura ambígua, de difícil determinação (AMARAL, 2017a, p. 272). No âmbito de compreensão das mulheres que participaram da audiência, sensivelmente daquelas que vivenciavam pela primeira vez o contato com esse procedimento judicial, não foram devidamente reconhecidos, tampouco a função desempenhada e de que forma poderiam auxiliar sua situação de violência. A princípio, posicionando-se ao lado dos magistrados, porém não sendo um juiz, teve sua figura vinculada a defensores das vítimas ou servidores auxiliares de juízes, o que corrobora com certo desconhecimento que se constatou em pesquisas quantitativas[5].

4. A nomenclatura "anestésico" remete-se à categoria "anestesia", de David Sánches Rubio (2007), e que se refere ao distanciamento existente entre os operadores de direito e a realidade que necessita intervenções em prol de direitos humanos.

5. Em pesquisa realizada pelo Conselho Nacional do Ministério Público (2017), verificou-se relevante desconhecimento dos participantes, sendo que 79% nunca entraram em contato com o Ministério Público. 45,8% não sabem quando procurar o Ministério Público e, para 25% dos entrevistados, sequer foi possível relacionar palavras sobre o órgão Ministério Público (25%). Os termos Justiça (13%) e defesa (7,4%) surgem antes de fiscalização (2%), denúncia (1,6%), investigação (1,2%), de forma espontânea. A partir de palavras estimuladas, as palavras justiça (20,4%) e defensor público (16,3%) aparecem antes de promotor de justiça (5,7%). Sobre os cargos do Ministério Público, assumem a liderança defensor público (30,3%) e juiz de direito (25,6%), antes de promotor de justiça

Pela ausência, sentiu-se a falta de defensores públicos para auxiliarem as mulheres (AMARAL, 2017a, p. 287). Por uma questão político-institucional, com exceção de um núcleo de atendimento central, localizado em Brasília e no qual atuam duas defensoras para essa atribuição, com uma equipe de apoio, nos diversos fóruns do Distrito Federal não existiam, previamente, defensores públicos com lotação específica para o auxílio jurídico das mulheres vítimas de violência doméstica (AMARAL, 2017b, p. 6). A ausência de auxílio jurídico refletiu alijamento e dificuldade para compreender elementos básicos sobre aquele momento e sobre o desenrolar de suas vidas, o que, naquele momento, era imperioso para as mulheres. Denotava, também, descumprimento do postulado essencial previsto na Lei Maria da Penha, que indica a relevância de a mulher ser devidamente auxiliada por um órgão de assistência jurídica como a Defensoria Pública, exibindo opções político-institucionais que, diante da escassez de pessoal e da limitação orçamentária, acabam refletindo na delimitação da proteção jurídica desse grupo socialmente vulnerabilizado[6].

Durante as audiências, visualizou-se a desconsideração da vontade e do bem-estar com fatos rotineiros, mas que guardam uma simbologia relevante, como o não oferecimento de água que era oferecida aos operadores jurídicos e a ausência de copos em quantidade suficiente para que levantassem e utilizassem o filtro que estava ali. Seguindo a tradição negativa da ritualística processual, as vítimas participavam sem primazia e sem relevância, para além de se constituírem como "objeto de prova", semelhante ao que ocorre com as demais vítimas no CPP, sistematicamente desconsideradas e posicionadas em grau inferior de relevância.

Apesar de possuírem representações distintas, juízes, promotores e defensores compartilhavam diversos elementos que, no contexto da audiência e do fluxo sistêmico, mostraram-se contrários aos pleitos das mulheres vitimizadas.

4. Fluxo estruturante *versus* expectativas cognitivas: o dilema da areia movediça judicial

As representações sociais dos profissionais que compõem o sistema de justiça criminal já sinalizam sobre o tipo de atuação reservada para as mulheres que necessitam desse

(24,1%), advogado (22,4%) e procurador de justiça (16,4%). Sobre o conhecimento, a importância e a confiança das instituições, figuram-se após a Defensoria Pública. Sobre instituições procuradas para denunciar irregularidades, aparecem, antes do MP (18,7%), polícia (32,8%), prefeitura (26,1%), Procon (23,3%) e Defensoria Pública (20%).

6. Atualmente, a Defensoria Pública do Distrito Federal tem buscado formas para diminuir essa celeuma no atendimento, seja pela criação de defensorias substitutas de direitos humanos, para que esse trabalho seja realizado em conjunto com outras atribuições de defensores, seja selecionando advogados(as) para o programa Voluntários da Cidadania (instituído pela Portaria 29, de 19.01.2019), mediante processo seletivo, para atuarem com ênfase na tutela das mulheres vítimas de violência doméstica, especialmente em audiências dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher nas circunscrições jurisdicionais do Distrito Federal (DPDF, 2021).

serviço. Todavia, não esgotam a complexidade do que ali acontece, pois resta induvidoso que há um acontecer sistêmico estruturante e que diferencia, sobremaneira, o fazer do sistema de justiça criminal do agir das pessoas que se socorrem dele.

Nesta seção, pretende-se discorrer sobre a dualidade entre as pretensões sistêmicas e os interesses das mulheres que se valem dos instrumentos previstos na Lei Maria da Penha. Neste momento, será analisado como as percepções de Bourdieu acerca dos sistemas simbólicos permitem uma compreensão dos caracteres envolvidos durante a audiência judicial. No próximo tópico, ampliando essa visão e comunicando-a, pretende-se discorrer acerca do sistema de justiça a partir da concepção sistêmica de Luhmann. A partir da análise conjugada desses pensadores é possível apreender como o distanciamento entre operadores do direito e vítimas se perfectibiliza.

Em diversas películas, especialmente na década de 1980, era comum ver, em determinado momento da estória, um dos protagonistas, por desatenção ou ao fugir de algum contratempo, cair em um poço com areia movediça. Esse era um aspecto reiterado em filmes de aventura e que indicava que, mesmo entre os mais valentes, a atenção precisava estar contínua, diante da imobilização por um evento da natureza inesperado. Nesses filmes, ressaltava-se, sobremaneira, a necessidade de permanecer imóvel, enquanto outra pessoa viesse a auxiliá-lo. Existe uma dependência do outro, o que, em muitos filmes, tornava mais humano o protagonista-herói, que dependia de outras pessoas para ajudá-lo naquela situação sob pena de falha de sua empreitada pessoal. Essa imagem cultural é relevante para compreender a analogia da areia movediça judicial.

A audiência judicial, de acordo com as previsões legais, seria o momento em que as mulheres agredidas poderiam encontrar-se com as pessoas que concretizam o sistema judicial de enfrentamento à violência doméstica e, diretamente, seria um espaço para pleitear as medidas necessárias para o término das violências sofridas. Naquele instante, estariam presentes profissionais com atuação específica na matéria, com aptidão e capacidade para desvelar as opções mais eficientes para cessar violências e restabelecer um espírito de paz e harmonia, inclusive, se o caso, com o manejo da coercitividade jurídica ou da penalização criminal. A Lei Maria da Penha credita a esses órgãos variadas funções, as quais encontrariam um momento primoroso para análise durante esse ato, na presença de agredida, agressor e profissionais do direito. Entretanto, ao observar as rotinas e o atuar desses profissionais, visualiza-se que as audiências, ao invés de aproximarem as mulheres do sistema judicial, tiveram potencial para questionar a eficácia da opção legislativa presente na Lei Maria da Penha e a própria efetividade do sistema judicial de enfrentamento, afastando-as.

Sistemas simbólicos são instrumentos de conhecimento e de comunicação (BOURDIEU, 1989, p. 9/10), sendo que o poder simbólico é o poder que constrói a realidade, estabelecendo ordem, conferindo sentido ao mundo, estabelecendo integração social por possibilitar o *consensus* entre as pessoas, a partir da força dos símbolos, inclusive de sua utilidade como instrumento de dominação. É inegável, também, a relação de poder decorrente do monopólio exercido pela autoridade jurídica, que configura um sistema próprio de estrutura de campo e princípios (BOURDIEU, 1989, p. 226).

A "audiência", compreendida de forma mais ampla e com atenção a todas as peculiaridades como não apenas local físico em que é realizada, com sua peculiar disposição de móveis e de lugares predeterminados para os diferentes operadores, mas como cenário de dinâmicas lá ocorrentes e toda a ritualização inerente, é o espaço de interações entre os operadores jurídicos por excelência (AMARAL, 2017a). Ali se desenvolve um *habitus* próprio (BOURDIEU, p. 61) entre juízes, promotores, defensores e advogados, resultando no conhecimento propiciado pela interação. Os profissionais envolvidos adquirem capital simbólico em suas posições de fala, o qual, além de reconhecível nesse *campus,* assenta-se, pelo *habitus*, em juízes, promotores e defensores, definindo seus *status*, locais de fala e de atuação, como Estado-julgador, Estado-acusação e Estado-defensorial[7]. Apesar de não serem instituições públicas, como as anteriores, os advogados também interagem nesse campo e possuem relevante capital simbólico na sua atuação.

Os profanos, que no caso das audiências que ocorrem no âmbito dos juizados de violência doméstica, são as vítimas e os agressores que comparecem eventualmente àquela realidade, não possuem esse capital, sendo destinatários de um serviço direcionado, impessoal e automatizado, com rituais e procedimentos não naturais e linguagem técnica e rebuscada, afasta e distingue os que possuem o capital simbólico daqueles que estão à mercê desse poder.

É da natureza desse campo "audiência" a dificuldade de interação entre os interlocutores (juiz, promotor e defensor), que possuem afinidades e proximidade grande[8], e as vítimas. Elas não conseguem traduzir, da linguagem jurídica utilizada por esses profissionais, o que necessitam. Ante a inexistência de um sujeito que poderia realizar a codificação dos interesses da vítima, já que não há um defensor para lhe auxiliar, a interação entre interlocutores e mulheres é ainda mais dificultada, resumindo-se os diálogos a questões formais, impessoais, inexistindo espontaneidade.

Outra observação também se constata. Como muitas estavam participando daquele ato pela primeira vez, não detinham qualquer conhecimento sobre os seus termos ou interações. As frustrações que sentiram, em grande essência, podem ser resultado disso, da violência simbólica pela submissão às regras que, até então, pareciam-lhes abstratas e afastadas, bem como pelo uso da linguagem técnica, que afasta os operadores do sistema das demais pessoas.

Dentro do campo, não lhes cabe – não é permitido, inclusive expressamente algumas vezes, e não há possibilidade para essa faculdade – trazer outros elementos, exceto se os detentores do capital identificarem como válida essa intervenção, dentro de suas próprias

7. A constitucionalização da assistência jurídica por órgão estatal, ocorrida no Brasil com a instituição da Defensoria Pública, enfatiza a importância do órgão e indica, ainda, a existência de gritantes desníveis sociais a justificar essa atuação Estatal, sobrevindo, daí, a nomenclatura Estado-defensorial, princípio democrático que se diferencia da mera postulação em juízo, assegurando o papel político-institucional (SOUSA JUNIOR; AMARAL; RAMPIN, 2019; SUXBERGER; AMARAL, 2016).

8. Aqui é importante compreender que há uma diferenciação com as interações que visualizaram o sistema frouxamente articulado (PORTO, 2015; MACHADO; PORTO, 2015).

lógicas. Inúmeras cenas foram visualizadas de interrupção ou de negativas simples e abruptas a solicitações e indagações das vítimas. Sequer houve uma consciência mínima acerca do desconhecimento jurídico daquela participante do ato, que permanecia em silêncio e, quando se manifestava, parecia incomodar. Essa submissão é a lógica da relação desigual de poder. As mulheres não possuem força senão o seu próprio *status*. A lei as posiciona na audiência, afirma o interesse delas naquele processo e em suas consequências, mas a prática jurídica lhes trata como estranhas, não participantes, meras destinatárias de serviço.

A vítima encontra-se em terreno instável, sujeito a variações. Não possui lugar para se segurar. Não há porto seguro. Esse é o dilema da areia movediça judicial. Se se movimentar, o terreno poderá engoli-la. É muito instável. Permanecer inerte não prejudica, mas não melhora a sua situação. A situação está ruim e permanecer assim não é um cenário animador. Precisa mover-se para sobreviver, pois, mesmo parada, o nível da areia aumenta e sua liberdade diminui. Porém, ninguém irá comparecer para lhe auxiliar, pelo menos diante da ausência de defensores(as) ou outros profissionais jurídicos que poderiam facilitar aquele momento, traduzindo as questões jurídicas em falas mais apreensíveis para os não iniciados no direito.

Como campo de interações entre os operadores, não há espaço para os pleitos da vítima – aqueles que não se encontram na estrutura jurídica previamente desenhada, sendo que os anseios da vítima não encontram ressonância, diálogo. Não é possível dissociar a audiência e toda a ritualística que a cerca dessa força simbólica, conceituada por Bourdieu, que, por instrumentos específicos, transforma juízes, promotores e defensores na figura estatal, enquanto destina à vítima o espaço de destinatária daquela prestação.

A audiência, como espaço delimitado e próprio para os operadores do Direito participarem, com suas regras e técnicas próprias, representa claramente o formalismo mágico dos rituais (BOURDIEU, 1989, p. 225). Vestimentas, falas, disposições, posturas, tudo a indicar que o local é diverso do exterior, assim como suas estruturas seguem uma lógica própria.

Apesar de terem sido realizadas entrevistas com vítimas que foram ouvidas por juízes diferentes, notou-se certa padronização na realização das audiências preliminares, muito embora não haja, processualmente, rigor a ponto de determinar que se siga um modelo ou outro. A norma processual indica um caminho, mas não há a necessidade de seguir, exatamente, o mesmo rito.

Em regra, a audiência começava com o "apregoamento", realizado pelo servidor do Judiciário, quando chamava as partes (vítima e agressor) para que comparecessem à sala de audiência. Muitas vezes, o pregão era realizado sem que a audiência anterior tivesse definitivamente encerrada, com pessoas ainda na sala de audiência, lendo os termos da ata. Para algumas vítimas, essa "pressa" em realizar a audiência denotou desprezo pelo que vivenciavam, diminuindo a importância da violência que sofreram. Após a chamada, presente a vítima – nem sempre o agressor se fez presente –, ela era posicionada em uma cadeira, na frente do representante do Ministério Público e no lado oposto ao que sentaria o agressor,

o qual estaria acompanhado de advogado ou, na impossibilidade financeira de contratá-lo, de defensor público. Como visto, embora legalmente devesse estar auxiliada por um defensor, essa participação não foi visualizada.

Ao observar as audiências, constatou-se que todos os agressores foram auxiliados juridicamente, seja pela Defensoria Pública (oito), seja por advogado particular (dois), enquanto as vítimas não tiveram qualquer auxílio jurídico, com exceção de uma delas, que teve ao seu lado uma advogada colaboradora vinculada à DPDF – aparentemente, naquele dia, essa advogada "auxiliou" as vítimas que tiveram audiência naquele Juizado. Embora estivesse presente, vislumbrou-se pouca interação entre a advogada e a vítima, com poucas trocas de palavras, sem que fosse prestado o necessário auxílio jurídico prévio ou posterior, figurando naquele local de forma quase simbólica.

Em seguida, com certas alterações, realizam-se algumas perguntas para as vítimas – alternam-se juízes e promotores nessa função durante as semanas em que foram observadas as audiências –, voltadas, principalmente, a indagar se continuaram as agressões e violências e, se tiverem cessado, se ela tem interesse em dar continuidade do processo. Em regra, as perguntas feitas às vítimas são direcionadas, a ponto de não comportarem muitas respostas além de "sim" e "não", e apenas no caso de a vítima afirmar descumprimento de medidas ou outras ofensas graves, houve um maior aprofundamento, com perguntas mais abertas. Caso a vítima manifestasse o seu desejo em "arquivar" o processo, a ata era confeccionada e, enquanto liam e assinavam os termos da audiência, os próximos participantes (agressor e vítima) eram chamados para a próxima audiência. Mais uma vez, ingressavam ainda na presença de participantes da audiência anterior.

Esther notou essa dinâmica de ingresso e saída da sala sem que os anteriores tivessem saído de suas cadeiras. No grupo focal, isso também foi observador por Kátia.

> "Esther: Ali, com certeza, é que tem muitos *pra* ele atender *né*? Então a gente percebe que ele *tá* sem tempo pra ficar com uma pessoa na sala; eu tomei um susto quando eu entrei e tinha uma sentada e antes de eu sair já tinham chamado outra – então você percebe que é um ambiente "entra e sai" (...) ainda estava sentada, e se meu irmão tivesse vindo? Eu acho que ele ia fazer da forma que fez agora, assim, eu acho que teria que perguntar *né*?
>
> Kátia: na verdade, quando eu entrei, tinha um rapaz lá que *tava* sendo (...) que *tava* ainda julgando lá. O juiz, assim, eu não sei, me chamou com esse rapaz lá dentro. Não tinha terminado com ele e eu lá. E depois ele chamou a moça que vinha depois de mim enquanto eu *tava* lá.
>
> Pesquisador: O que você achou disso?
>
> Kátia: eu achei (...) eu não gostei de estar na audiência do rapaz, fiquei constrangida por ele, né, porque expôs ali aquela situação e me expôs também, *pra* moça que entrou, que começou antes de eu sair. Então, eu achei um ponto negativo que me expôs, expôs o rapaz e expôs a moça. Foi todo mundo misturado."

Essa dinâmica de audiência, que parece ser difundida no Tribunal de Justiça local, aparenta ser mais gravosa no rito da Lei Maria da Penha, justamente pelas peculiaridades dessa violência e dos traumas intrínsecos sofridos pelas vítimas.

O padrão de audiência impossibilitou uma maior proximidade das vítimas aos operadores, já que, por não terem sido acompanhadas ou auxiliadas juridicamente, esperavam que, naquele momento, pudessem expor suas angústias, receios, dúvidas. Além disso, pela grande quantidade de audiências designadas, não era possível abrir espaço para nada mais que isso, eis que, aparentemente, uma audiência mais morosa criaria óbice para as demais vítimas serem ouvidas, tornando mais longo o curso de seus processos.

E há, nesse cenário, a presença de sentimentos angustiantes ao se verificar, em diversos casos, vítimas que, na primeira parte da entrevista, traziam fatos relevantes da dinâmica de violência, afirmando que queriam mostrar provas ou informar acontecimentos aos juízes, e sequer tinham possibilidade de exercerem suas vozes, comentarem sobre isso naquela audiência. O desenvolvimento da audiência priorizava uma resposta processual formal (continuidade ou não do processo), em detrimento das causas da presença da vítima e das possibilidades que poderiam ser aproveitadas naquele momento. Jaimina, por exemplo, queria mostrar ao Juiz que o relacionamento não estava bem, que o agressor estava ameaçando divulgar fotos íntimas dela e a estava ofendendo verbalmente.

> "Pesquisador: Mesmo com processo você tiveram contato.
>
> Jaimina: Mesmo com o processo.
>
> Pesquisador: Foi um contato amistoso?
>
> Jaimina: No início foi amigável, a gente *teve* um contato amigável, mas depois ele começou a fazer as *mesma* coisas, ofender, tudo, tanto que eu tenho provas para mostrar pro juiz que ele continuou fazendo a mesma coisa, porque ele não me agrediu fisicamente, ele me agrediu com palavras, entende."

Não teve, porém, essa oportunidade, já que a audiência, em nenhum momento, propiciou-lhe espaço para manifestar-se. Sua pretensão, legítima, foi esvaziada por premissas operacionais do rito processual adotado naquele juízo.

A dinâmica da sala de audiências, que mecanizava o rito para atender à celeridade que a Lei Maria da Penha exige, diante da alta demanda de audiências e das exigências de um processo mais rápido e célere, uma dinamização de atendimento e de posturas que, concretamente, acabava por afastar certas condições mínimas de educação, tratamento e civilidade, que iam da ausência de cumprimentos ao esquecimento dos operadores quanto a apresentar-se aos participantes, culminando no total esquecimento da necessidade de se buscar as pretensões e necessidades da vítima. Ao contrário disso, não se buscam novos métodos, mas se tenta vencer, diariamente, a pauta de audiências que se impõe. A valorização da vítima não é desiderato processual primordial e direto. Basta que ela atenda ao processo, já que isso é suficiente para o subsistema judicial. E, mesmo quando ela não atende, a resposta

sistêmica é propiciada por intermédio de outros mecanismos, que invariavelmente tendem para a extinção do feito.

O processo, que possui discursividade oficial como instrumento e meio de pacificação social, concretamente transforma-se em objeto primário e o principal obstáculo a ser derrotado, e quem deveria ser a maior interessada nos seus rumos é objetificada, como mera detentora de uma necessidade não codificável para aquele sistema. As preocupações judiciais voltam-se, apenas, ao interesse mais explícito da vítima, muitas vezes expressado sem ter ciência de todas as suas implicações, olvidando-se que a manifestação pelo prosseguimento ou não da ação penal nem sempre é livre ou voltada para o término do ciclo de violência. Apesar do intento legislativo e dos movimentos de apoio às mulheres, as vítimas foram relegadas a papel secundário, assumindo como protagonistas os operadores e suas ações lógicas.

Antes de encontrar culpados, é necessário indagar as razões institucionais dessa conformação das audiências e porque se optou por prestar uma justiça rápida, quase sumária, ainda que em detrimento dos interesses das vítimas. Essa sistematização, por óbvio, também pode ser presenciada em outros fóruns e não se limita às audiências preliminares do rito previsto na Lei Maria da Penha. Aparentemente, pode refletir uma peculiar cultura judiciária, nisso residindo a persistência desse modelo nas diferentes conformações de audiência presenciadas durante esta pesquisa, mesmo quando alterados os atores sociais: juízes(as), promotores(as), defensores(as), vítimas e agressores.

A problemática da sala de audiência não pode ser imputada apenas aos profissionais do direito ali atuantes, pois, ainda que haja interesse em prestar adequadamente um serviço relevante à população, as inúmeras metas de eficiência do Judiciário, implementadas e exigidas pelo Conselho Nacional de Justiça, a ampliação da cobertura do Poder Judiciário no Distrito Federal, que descortina um tipo de criminalidade antes recluso ao interior das residências, além de outras situações de modificação nas tratativas entre Judiciário e jurisdicionado, causam atrito nas práticas antes consolidadas, estressam os operadores e exigem tomadas de ação diferenciadas. A mudança que é proposta pela promulgação da Lei Maria da Penha e pelos anseios feministas confronta as práticas do Judiciário, exige uma nova forma de atuação de magistrados, promotores, defensores, delegados e servidores.

Importante considerar como a audiência impacta no contexto das mulheres vitimizadas. Nas audiências que houve uma maior priorização dos interesses das vítimas, ainda que isso causasse uma maior demora na sua realização, aparentemente elas se sentiram melhor com os resultados, com relativa independência em relação aos seus pleitos iniciais de continuar com o processo ou não. Elas buscavam mais que isso, como bem apontado por Elena Larrauri, ao afirmar que:

> "Por el contrario, es mí hipótesis que la mujer que acude al sistema penal no sólo no encuentra resolución a sus problemas materiales, sino que además tropieza con un sistema penal encerrado en su propia lógica que apenas atiende a sus necesidades o pretensiones. En ocasiones, como hemos visto en el epígrafe anterior, el sistema penal se torna en una institución que finalmente acaba amenazándola a ella, y en otras ocasiones la

> descalifica. En efecto, además de los motivos que conducen a la mujer a retirar la denuncia, otra de las cuestiones que parece, si cabe aún más incomprensible, es que muchas mujeres que acuden al sistema penal y consiguen una condena, no quieren separarse" (LARRAURI, 2003, p. 299).

Sem o auxílio jurídico necessário, as vítimas não conseguem, sequer, explicar a situação efetivamente vivenciada por elas. Os operadores jurídicos não as alcançam, pois, com a judicialização, aquele conflito envereda-se por novos caminhos, que obstam o conhecimento da realidade social. Nas audiências em que houve o interesse formal, porém desinteressado, ainda quando seus anseios iniciais eram atendidos, saíam com um sentimento amargo, descrentes da opção judicial. Esse contraste causa impressões divergentes e, ao contrário de propiciar mais proteção às mulheres, faz com que algumas vejam com muitas reservas a opção judicial. A audiência concretiza a exclusão, quando deveria ser o grande artefato protetivo.

As entrevistadas, com relação ao questionamento sobre como se portariam em caso de nova agressão, diante de tamanha frustração, manifestaram interesse em conseguir outro auxílio que não fosse o judicial (AMARAL, 2017a). Esse é um risco de esvaziamento de um relevante mecanismo de proteção às vítimas.

5. O fazer das organizações jurídicas e as frustrações das expectativas das vítimas

Uma das características do procedimento judicial brasileiro é, inexoravelmente, o grande número de audiências realizadas. Essa é uma realidade vivenciada em diversas áreas do Direito, como nas varas de família, cível, trabalhistas. A prática judicial indica que, ao lado das petições e certidões, as audiências caracterizam o nosso andar processual[9]. Ela é, certamente, item relevante para o fazer jurídico pátrio, especialmente porque, em seus limites e por suas características próprias, enseja consequências para os envolvidos.

O contexto da audiência, na perspectiva de Bourdieu, parece indicar que, de fato, a ausência de capital simbólico da vítima, aliada à grande interação e afinidade dos partícipes Juiz(a), Promotor(a) e Defensor(a), silencia aquela, que se submete, invariavelmente, a uma rotina de procedimentos que não se preocupa com seus anseios ou com suas necessidades. Essa visão, apontada com relação à audiência, pode ser ampliada para o próprio funcionamento do subsistema judicial, quando se vislumbra a divergência de pautas e objetivos que

9. Uma nota interessante, a esse respeito, foi a preocupação dos órgãos do Judiciário em, no contexto da pandemia da Covid-19, manter mecanismos para a continuidade das audiências e que, com o uso de intervenções tecnológicas, foi saudado pelo aumento da produtividade. Apenas no período de 1º de maio a 4 de agosto de 2020, foram realizadas 366.278 mil videoconferências para atos processuais, em sua maioria para a realização de audiências e sessões de julgamento (MELO, 2020).

lhe inspiram. E, nessa perspectiva macro, a teoria sistêmica é interessante *approach* argumentativo.

A teoria sistêmica de Luhmann parece apontar para uma conformação mais ampla que o contexto estrutural-funcionalista da sala de audiência, indicando que as organizações do subsistema jurídico-penal atuam com um fluxo estruturante que, por seguir suas lógicas próprias, frustra as expectativas cognitivas das vítimas, entendidas como sistema psíquico.

A ordem social somente foi possível, em sua origem e continuidade, a partir do momento em que foram diminuídas as complexidades, pois inúmeros são os mundos possíveis, e, diante da dupla contingência, quando nenhuma pessoa possui qualquer expectativa com relação à outra, "não existe pauta de previsibilidade do comportamento próprio nem alheio, nada é previsível, onde tudo é possível; não há expectativas; não há comunicação" (GARCIA AMADO, 2004, p. 302). A redução da complexidade, como processo social permanente, ocorre quando algum indivíduo faz algo em relação ao outro, pois, a partir de então, a comunicação é estabelecida, uma primeira estruturação que possibilita as demais, consecutivas, qualquer que seja a resposta. Há alguma ordem, instaura-se a sociedade (LUHMANN, 2005). A sociedade estabelece-se, assim, por essa interação constante, de expectativas compartilhadas (GARCIA AMADO, 2004, p. 302). E, para reduzir a complexidade crescente, são estruturados os subsistemas, como o jurídico, político, religioso, que se especializam no modo como comunicam e dialogam entre si.

Luhmann pressupõe que, ao reduzirmos a complexidade, estamos possibilitando que o sistema se torne mais complexo e, dessa forma, é necessária nova redução da complexidade, que ocorre pela instauração de subsistemas. Ao se definirem e reduzirem a complexidade, propiciam o aumento da complexidade e necessitam especializar-se (LUHMANN, 2005). Há certa circularidade entre redução e aumento da complexidade.

O subsistema interrelaciona com outros subsistemas ou com o ambiente por acoplamentos estruturais, permitindo o reconhecimento sistêmico do ambiente de acordo com as estruturações próprias. A linguagem realiza o acoplamento estrutural no sistema social (QUEIROZ, 2003, p. 84/85, nota 26). O subsistema permanece cognitivamente aberto, dando sentido ao ambiente pela comunicação, mas fechado, pois atua de acordo com a própria lógica. As organizações surgem para reduzir a complexidade[10].

10. "La organización actua más allá del nivel del orden de las interacciones simples y de la dispersión casual de la lectura, y busca garantizar que mucho de lo que acontece simultáneamente, sin embargo, se puede reunir de manera sincronizada y en secuencias de acciones subsecuentes, en un final positivo (...) Bajo organización se debe entender aquí un tipo especial de formación de los sistemas sociales, es decir una manera especial del proceso de diferenciación y de la conservación de los límites. De organización debería hablarse cuando los sistemas se diferencian a sí mismos a través de la diferenciación entre miembros y no miembros, y correspondientemente coordinan dicha membresía selectivamente. De una manera especial, las organizaciones en atención a tareas específicas (programas) de condiciones de tipo psíquico y social, se pueden desacoplar en gran parte, si es que aseguran la continuidad de la membrecía y proporcionar los motivos conducentes para ello" (LUHMANN, 1996, p. 472/473).

As organizações são sistemas que, para reduzir a complexidade, comunicam por decisões (MACHADO, 2015, p. 13), as quais permitem outras decisões. Elas tendem a se equiparar, assumindo codificações dos sistemas próximos, sendo que essas interações organizacionais podem repercutir diretamente nas decisões, consubstanciando um adensamento cognitivo, gerador de uma cultura organizacional própria (MACHADO, 2015, p. 14). Assim,

> "as organizações públicas são sistemas complexos devido ao alto índice de burocracia existente no seu funcionamento, isto é, o tipo de regulamento desenvolvido na burocracia estatal tende a ser aplicado a qualquer organização pública. Dessa maneira, as condições e a organização do trabalho tendem a uniformizar-se no setor público, ou seja, os trabalhadores das organizações públicas tendem a encontrar-se em idênticas situações laborais e de organização do trabalho, proporcionadas pela burocracia estatal, uma vez que os seus dirigentes são responsáveis perante uma autoridade externa à organização pública, gerando, assim, uma tendência à centralização das decisões" (PIRES; MACEDO, 2006, p. 96).

Por serem subsistemas sociais autopoiéticos, atuam de acordo com uma lógica própria, que dá entendimento e conformação para os seus processos particulares. O subsistema jurídico apenas consegue ver e processar aquilo que ele mesmo determina como processável, no caso, as decisões que entenda tratar-se de direito, excluindo o não direito.

> "As organizações são definidas como sistemas sociais autopoiéticos que produzem decisões por meio de rede de decisões autoproduzidas – máquinas não triviais (...) a decisão apresenta-se como comunicação, não constituindo exatamente produto humano" (MACHADO, 2015, p. 14/15).

Os subsistemas realizam constantemente essa análise autopoiética de seus limites, reinterpretando-os constantemente, inclusive com relação ao meio e à sociedade ou outros subsistemas, por acoplamentos estruturais, que permitem essa interlocução, respeitada a sua lógica interna. A prática constante de análise e decisão de inclusão ou exclusão gera, para as pessoas, uma cultura organizacional, que legitima as práticas internas e a ritualística própria, que tende a ser genericamente aceita naquele contexto. A cultura organizacional pode ser definida, dessa forma, como

> "conjunto de características que a diferencia em relação a qualquer outra. A cultura assume o papel de legitimadora do sistema de valores, expressos através de rituais, mitos, hábitos e crenças comuns aos membros de uma organização, que assim produzem normas de comportamento genericamente aceitas por todos" (PIRES; MACEDO, 2006, p. 88).

Inegável o compartilhamento de uma cultura organizacional entre os órgãos que compreendem o sistema de enfrentamento judicial à violência doméstica, Judiciário, Ministério

Público e Defensoria Pública. Atuam constantemente em um fazer dinâmico compartilhado e, apesar de posicionarem-se com particularidades, atuam de acordo com o fluxo estrutural, buscando o desiderato do subsistema – decisão –, a partir dos ritos estabelecidos e das dinâmicas interacionais existentes entre esses atores.

Os subsistemas jurídicos são sistemas fechados, na medida em que "são sistemas axiologicamente construídos, e as suas aberturas, não são, propriamente, aberturas axiológicas, mas aberturas funcionais para o meio ambiente com o pressuposto de responder, enquanto sistema fechado, às questões circunstanciais" (BASTOS, 2001, p. 79). Os advogados podem ser considerados como "agentes propulsores das demandas originárias do meio ambiente" (BASTOS, 2001, p. 84), consideração que é válida, também, para membros do Ministério Público e da Defensoria Pública, no seu fazer procedimental. No processo criminal, esse papel é desempenhado, como autor, na ação penal pública, pelo Ministério Público. O juiz propulsiona, com sua atuação, o sistema de fluxos.

> "Enquanto em outros sistemas sociais os canais de receptação de demandas e os elementos internos de sua composição não têm uma dimensão visualizável, sendo muito difícil identificar a sua capacidade de absorção e decisão sobre demandas. No caso do Poder Judiciário, estes canais funcionais de captação de demandas e o papel dos elementos internos de sua composição são juridicamente institucionalizados. Dessa forma, os inputs absorvidos pelo Poder Judiciário são juridicamente definidos e o procedimento ou a definição dos canais competentes para decisões ou fornecimento de outputs também o são, o que torna a análise visível e possível" (BASTOS, 2001, p. 90).

Na análise do campo, restou evidenciado que o sistema judicial de enfrentamento à violência doméstica, no Distrito Federal, articula seus fazeres de acordo com uma cultura organizacional própria. A cultura organizacional pasteuriza e o sistema tende a adaptar-se à lógica de inclusão e exclusão, dos assuntos e das matérias, excluindo de seu campo de abrangência tudo aquilo que não lhe seja "compreensível". Há um fluxo estruturante que, nas diversas rotinas, indica a produção constante (fazer o direito), buscando, como resultado, a decisão de demandas em série, muitas vezes extinguindo prematuramente os feitos.

Aponta-se, assim, uma aproximação entre juízes e promotores, com uma homogeneização de suas estruturas organizacionais (COSTA; MACHADO, ZACKSESKI, 2016, p. 28; MACHADO, 2007). Essa aproximação também ocorre com os defensores públicos. De maneira análoga ao que descreveu ter ocorrido com o Ministério Público, institucionalmente, a Defensoria Pública, especialmente pela atuação de suas associações e diversas reformas legislativas, aproxima-se do Ministério Público e do Judiciário[11]. Essa é uma estratégia de

11. Essa aproximação se constata na evolução constitucional da instituição, desde sua primeira previsão, na redação original da Constituição de 1988, até a sua atual conformação, após a superveniência das Emendas à Constituição 45/2004, 69/2012, 74/2013 e 80/2014. Essas alterações a posicionaram como instituição permanente e essencial à função jurisdicional, em uma seção própria, distinta da advocacia, conferindo autonomias funcional, administrativa e orçamentária; prevendo prerrogativas e fazendo incidir dispositivos relativos ao Poder Judiciário (arts. 93 e 96, II); assegurando a unidade, a

poder no campo jurídico-penal; mas, também, opção de obtenção de certo isolamento da política, com a previsão de relativo poder sobre, por exemplo, gestão administrativa, orçamentária, garantias para a atuação (MACHADO, 2015, p. 24).

Há aproximação técnica e funcional, seja por todos gozarem de *status* próximos, inclusive em relação a prerrogativas e disposições institucionais, seja pela articulação e contato que é imprescindível para atuarem ordinariamente em audiências e processos. Mesmo na seara penal, em que há grandes embates e, aparentemente, a Defensoria Pública posicione-se com certo distanciamento em razão de configurações necessárias para a articulação dos direitos dos acusados, há uma aproximação cautelosa. O fazer organizacional da Defensoria Pública, nesse caso, seria funcionalmente diverso do Ministério Público e da magistratura. Mesmo com tais distinções, a prática cria esses enlaces, que tendem a criar certas cumplicidades e limitam zonas de desconforto com os Promotores e Juízes.

> "A organização burocrática e a profissionalização das carreiras jurídicas configuram processos funcionais para a autopoiese do sistema jurídico (LUHMANN, 2005a, p. 359 et seq.). No Brasil, as pesquisas com profissões jurídicas sugerem tendência de insulamento em relação ao mundo da política. O ethos profissional remete a dinâmicas próprias nas organizações (BONELLI, 2002, 2003a, 2003b; MACHADO, B. A., 2011)" (MACHADO, 2015, p. 24).

Essa lógica sistêmica obsta que se compreendam os processos cognitivos das mulheres em situação de violência, pois o subsistema apenas pode operar de acordo e para sua lógica interna. Ele é recursivo[12]. Os acoplamentos que realiza com o exterior preservam a sua

---

indivisibilidade e a autonomia funcional de seus membros. No campo infraconstitucional, as normas preveem atuações específicas da Defensoria Pública, em algumas funções antigamente exercidas pelo Ministério Público ou que esse órgão fazia às vezes (por exemplo, curadoria especial) ou em especialização de algumas temáticas (ação civil pública, consumidor, violência doméstica, pessoa com deficiência e pessoa idosa) e traçando um desenho institucional que, em certos aspectos, conforma-se com a estrutura do Ministério Público e do Judiciário (defensor natural, inamovibilidade). Essa aproximação não exclui, porém, características próprias da Defensoria Pública em sua concepção. Também não olvida o fato de que, apesar das alterações normativas recentes, ainda é necessária a sobrevinda de outras normas para o espelhamento do órgão, em áreas sensíveis, como controle concentrado de constitucionalidade, Lei de Responsabilidade Fiscal, foro por prerrogativa e acesso aos Tribunais pelo quinto ou terço constitucionais.

12. O (sub)sistema atua para garantir a recursividade, componente necessário para a reprodução autopoiética. E "la recursividad se encuentra garantizada cuando el proceso aprovecha sus propios resultados. Tenemos reflexividad cuando el proceso se convierte a sí mismo en objeto de sus propias operaciones esto es, cuando puede distinguirse por sí mismo de otros procesos. Lo que surge y se reproduce de manera autopoiética como unidad puede luego ser observado como una unidad agregada, más allá de lo que resulta normalmente exigible. La comunicación como continuación de la comunicación se complementa, se sobreforma y es orientada por la comunicación sobre la comunicación" (LUHMANN, 1996, p. 241).

lógica interna de funcionamento. Essa compreensão subjetiva não lhe alcança. De outro lado, o sistema psíquico, típico das subjetividades das vítimas, não consegue compreender como são desconsideradas suas vontades e intenções. Frustra-se pelo resultado sistêmico que, mesmo quando se direciona em favor do que, concretamente, pretendia (por exemplo, arquivamento do processo), apenas incidentalmente correspondeu, pois, desde sempre, apenas perseguiu aquilo que estruturalmente está predisposto a compreender.

O sistema psíquico e o sistema social, ao operarem, o fazem de forma distinta, com complexidade própria. Apesar de ambos se submeterem às regras de autopoiese, que pressupõe um sistema fechado e que atua para si mesmo, eles também possuem autonomia, com lógicas próprias, definindo suas estruturas, já que o sistema psíquico opera, basicamente, por pensamentos, enquanto o social opera por comunicações, e suas estruturações são formalizadas a partir dessas operações. Fora do psíquico, não há pensamento; nem comunicação, fora do social (LUHMANN, 2010; 2005; MATHIS, 1998, p. 4).

As audiências e oitivas das vítimas, ao estarem limitadas, em grande medida, a perguntas relativas a aspectos processuais – continuidade ou não do processo; prazos de decadência do direito de exercer a queixa-crime; cumprimento de medidas protetivas; necessidades probatórias –, evidenciaram espaço que propicia uma comunicação própria e específica dos órgãos de enfrentamento, que somatiza suas experiências e peculiaridades pela frequência e continuidade que interagem entre si, pelos códigos e sinais que definem esse campo e transforma-se na linguagem comum. A vítima apenas consegue expressar-se em relação a esses tópicos e somente quando o sistema a questiona. A abertura cognitiva é limitada e ela consegue expressar-se apenas nesse código sistêmico. As questões processuais são dirimidas – ou não – e a comunicação é estabelecida.

A limitação da vítima repercute para vários momentos processuais, eis que excluída de decisão ou destituída de valor para o fluxo do subsistema judicial, que busca uma decisão, independentemente de ser favorável ou não. Ela não possui qualquer ingerência sobre a atuação da acusação, pois, após dar o *start* com a representação, se o caso, o fluxo segue seus rumos posteriores. Até a sua ausência não influencia sobremaneira o fazer das instituições, já que o sistema direciona sua atitude para sua própria conformação, determinando que (i) ela seja conduzida coercitivamente, (ii) utilizando-se de sua versão apenas na fase policial, (iii) dando valor a outras provas que suprimam a atitude da vítima ou, eventualmente, (iv) até o ponto máximo de extinguir o processo por ausência de provas, estas que apenas a vítima poderia produzir. Sua ação não influencia o agir do subsistema, que seguirá sua estrutura e o seu fazer já estabelecidos, na busca de uma sentença, seja esta benéfica ou não para a situação peculiar da vítima e das necessidades dela[13].

13. Frise-se, nesse ponto, que não se discute a agência da vítima, mas se enfatiza que, em seu fazer procedimental, o sistema judicial irá operar apesar de como participarem, do processo, acusado e vítima. A busca do sistema é por uma resposta, mesmo que ela não seja a mais adequada para a vítima, ainda que ela fragilize ou que aponte, como solução, uma condenação para o agressor. O sistema, após o *start*, volta-se para oferecer uma solução jurídica, não necessariamente uma que seja conveniente e efetiva para o enfrentamento daquela violência no seio da família (AMARAL, 2017).

O isolamento do sistema judicial[14] às suas demandas marca uma característica importante desse tipo de sistema: o Judiciário, de forma sistemática, circunscreve sua abertura cognitiva para determinados tipos de conflitos, fechando-se para outros[15]. Porém, as vítimas não se direcionam para o Poder Judiciário desconectadas de seus anseios e expectativas, decorrentes dessa intervenção. Não lhes basta a resposta judiciária típica, com a produção de sentença. Pelo contrário, seus anseios principais voltam-se para outras questões, não jurídicas, mas imprescindíveis para o seu viver. Esses temas não interessam ao sistema judicial, que os afasta por não pertencimento. Sequer chega a considerar suas argumentações.

Os profissionais do direito, nesse fazer sistêmico, não percebem exatamente o que as vítimas precisam, necessitam. As vítimas, por sua vez, não conseguem traduzir o que presenciaram e o que demandariam, de acordo com a linguagem direito/não direito. Esse discurso quebra expectativas, frustra anseios.

O fazer orientado também se volta para a produção de decisões. As vítimas buscam outra coisa, procuram segurança, atenção, sensibilidade, afeto. A responsabilização criminal talvez, seja, um aspecto relevante, mas não primordial daquilo que consideram como questões mais importantes. A interação entre os operadores e as vítimas não se faz plenamente. A cultura organizacional lhes desconsidera. A consciência não alcança as possibilidades sistêmicas existentes.

Um dos objetivos de algumas perguntas realizadas nas entrevistas voltava-se para verificar o que as vítimas pretendiam antes da audiência, considerando aqui todas as suas vontades e sentimentalidades, e o que efetivamente obtiveram na audiência. Até que ponto as mulheres tinham ciência sobre a dinâmica da audiência, a interação com os órgãos de enfrentamento à violência doméstica se daria e, principalmente, quais seriam as respostas às suas queixas e vontades. Uma particularidade que foi visível nas atitudes e nos relatos da maioria das mulheres era o aparente receio diante dos operadores jurídicos. Em vários momentos, antes da audiência, falaram sobre o que queriam, suas vontades e questões que gostariam que fossem resolvidas. Expressaram diversas vontades e mostraram que queriam obter, além de qualquer repercussão criminal pelos delitos que sofreram, soluções que alcançassem suas vidas. Porém, em audiência, a dinâmica mudou drasticamente. Prevaleceram as dificuldades para se manifestar, esclarecer pontos ou solicitar quaisquer tipos de

14. Dessa feita, "os conflitos de interesse etc., se absorvidos pelo 'sistema' judiciário, põem em funcionamento mecanismos de correção (técnicas usuais e técnicas dissimuladas), cuja racionalidade sistêmica manifestada nos enunciados normativos reduz as partes conflitantes a certas formalidades processuais e a uma linguagem estritamente técnica, que elimina toda possibilidade do Poder Judiciário viver a dimensão total do conflito social" (BASTOS, 2001, p. 22).

15. Os "fenômenos sociais não são normativos e sim normatizáveis no contexto de sistema ou arranjo funcional. Embora possamos prever e esperar determinadas condutas, estas condutas não só podem não estar normatizadas como (...) também, podem ocorrer diferentemente das prescrições normativas. E o espontaneísmo processual da vida social que nos impede de reconhecê-la e analisá-la segundo a sistemática do mundo jurídico, político, moral etc." (BASTOS, 2001, p. 17).

requerimentos em audiência. Isso é o que se extrai dos relatos de Alessia, Bruna, Diana, Esther e Fabrícia.

> "Alessia: A única pergunta que queria fazer é sobre o divórcio. Eu não sei como agir, o que fazer para me divorciar dele sem ter contato (...) Ele perguntou se realmente eu tinha interesse em continuar com o processo *pra* fim de responsabilizar ele dos atos dele; eu falei que o que eu queria de verdade é que ele me deixasse em paz, que ele vivesse a vida dele e que eu vivesse a minha. *Pra* isso ele deu mais esse prazo aí de três meses, para ver como vai ficar o andamento das coisas.
>
> *Bruna*: Eu queria explicar que eu não tenho nada a ver com o caso da minha mãe ter registrado essa ocorrência, que eu não tenho nada a ver com ela e que não fui eu que foi na delegacia e não entendo como meu nome está como vítima.
>
> *Diana*: É porque (...) "*Ah* a senhora pediu a medida protetiva?" Eu falei "Foi" e ele falou "A senhora pediu afastamento dele da casa...", eu falei que não "*Ah*, mas está escrito aqui", só que no meu pensamento eu tinha falado que não tinha pedido e isso, foi uma coisa que passou batido, porque eu ia contando a história e quem ia digitando delegada *né*? Aí eu não sei se aconteceu alguma coisa assim; depois eles me ligaram perguntando se queria tirar ele de casa e eu falei que não. Só isso. Aí ele falou que antes de assinar tem que ler, eu falei que é. Só falou isso. Só isso (...) Ela só falou isso. Ela ajudou, ela explicou se eu quiser de novo... se eu quiser depois de arquivar (...) se eu queria continuar com (...) de injúria, eu falei que não; se eu quisesse continuar depois e se ele me agredisse eu poderia ir *na* delegacia de novo.
>
> *Esther*: Se eu tivesse com meu irmão, que foi o que me ameaçou, eu gostaria que o juiz conversasse com ele porque aconteceu isso; porque ele está assim; porque eu fui ameaçada; o que está causando isso nele, então, eu queria mais é que acolhesse ele, *pra* ajudar o problema dele e porque ele chegou a fazer isso. Eu achei que deixou muito a desejar, apesar que ele não veio, mas o tratamento seria igual comigo que não tive aquela comunicação (...) você perguntou o caso, como é que chegou a isso (...)
>
> *Fabrícia*: Eu já tinha feito um B.O na Delegacia da Mulher, mas também encontrei dificuldade pra fazer lá a ocorrência porque a policial que me atendeu falou que não tinha motivo, que eu tinha que pensar bem se eu queria ou não fazer a ocorrência e tal; e como eu falei pra ela que eu estava querendo me separar e eu precisava que ele saísse de casa pra dar entrada no fórum para fazer a separação que aquilo não era um motivo pra tirar ele de dentro casa, *né*? Aí quando eu fui mencionando o que eu estava passando eu senti que ela estava tentando minimizar o que eu estava passando e por minimizar ela não quisesse fazer o BO (...) Eu tive a impressão de que eu precisava chegar lá machucada, agredida fisicamente, e que meu estado emocional não queria dizer nada pra eles; eu tinha que estar machucada pra poder, realmente, eles tomarem uma posição imediata com relação a fazer o B.O. e com relação a tratar a situação grave, como uma coisa grave, eu senti um certo descaso (...) A minha intenção era não dar continuidade, eu queria acabar com essa história e virar essa página, mas eu fui informada que se eu acabasse com o processo ia acabar a medida protetiva então eu tomei a decisão que deveria continuar – por medida de segurança."

Nessa discussão entre fluxo estruturante e expectativas cognitivas, sobreveio certa clareza sobre os fins procurados pelo sistema e como eles se traduzem, atualmente, à busca incessante pelo encerramento de processos. Essa busca tem caracterizado a cultura organizacional das instituições que participam da divisão do trabalho jurídico (MACHADO, 2014). Os objetivos perseguidos pelas mulheres – proteção, término das agressões, assegurar direitos – eram diversos dos perseguidos pelo subsistema judicial de enfrentamento – rotinas e procedimentos voltados para uma decisão de inclusão/exclusão, direito/não direito –, não sendo decodificados por ele e não seguiriam a lógica autorreferente. Por serem não direito, não eram processados pelo subsistema.

6. A extinção processual prematura: táticas de pressão

O atuar estruturante do subsistema jurídico, como sistema fechado, parece indicar, além do fluxo para uma decisão, certa insistência para a resolução dos feitos, ainda que prematuramente. A ilusão, fixada pela cultura jurídica, mas, também, pela normatividade inerente ao processo penal, de que a sentença resolve a lide enseja a tomada de atitude, pelos profissionais do direito, que se baseiam em expectativas operacionais de uma sentença que dificilmente repercutirá naquele casal, olvidando-se de outros meios, menos gravosos, não necessariamente resolutivos do processo, que poderiam ser mais eficazes para enfrentar o cenário de violência.

Ao realizar a pesquisa de campo, foram presenciados alguns posicionamentos de juízes que, em uma análise superficial, poderiam indicar uma preocupação em resolver aquele conflito, envolvendo homens e mulheres, com uma perspectiva conciliatória, não necessariamente penalizadora. Com o prosseguir da análise de dados e das narrativas das mulheres, esvaziou-se essa visão.

O sistema jurídico codifica sua atuação para a resposta padrão, que é o valor demanda-sentença. Alguns dos problemas das mulheres em situação de violência doméstica devem-se a esse pensar sistêmico, que na configuração do subsistema se especializa sobremaneira, decorrendo, daí, certos dogmas jurídicos, como a não viabilidade de medidas protetivas de urgência independentes do processo para apuração do crime; atuação da polícia sem a necessidade de oficialização e instauração de boletim de ocorrência ou termo circunstanciado; medidas judiciais, no âmbito do juizado, que se limitam à competência penal, afastando outras matérias como divórcio, separação de bens, afastamento do lar.

Embora haja um entorno sociojurídico, especialmente pelas articulações dos grupos feministas e das decisões do STF, que clamam por mais punição e seus efeitos simbólicos, em uma verdadeira fé cívica na norma, como afirmaria Rita Segato[16], há, em contraposição,

16. A eficácia simbólica da norma, no Direito Penal, remete ao suposto efeito de "prevenção geral", que pode ser entendido, sob o aspecto positivo, como reafirmação do valor da norma e de sua vigência, e, na feição negativa, como desestímulo à prática delitiva. A prevenção do Direito Penal remete a

opções decisórias que, nos casos estudados, indicaram um crescente movimento voltado para a resolução o quanto antes dos processos, baseando-se, muitas vezes, em falas apressadas e contextos mal apresentados. É nítido o descompasso de interesses, que pode ser colocado em um trio intercomunicante de posicionamentos: normativo-processual, movimentos feministas e prática judiciária.

A Lei Maria da Penha clama por medidas que atuem na sociedade, compreendendo a violência como um dado social, que se enraíza nas relações interpessoais e necessita ser encarada com interseccionalidade. A pena, para ela, continua sendo uma medida extrema, já que a atuação interdisciplinar continua sendo imprescindível. A premissa normativa parece indicar a ideia de, antes de punir o agressor, efetivamente proteger a mulher, emponderando-a, com atuação de diversos órgãos, proteção na família, no trabalho e em outras áreas sensíveis, medidas protetivas adaptáveis para as inúmeras particularidades que se apresentam nas relações de afeto, atuação cível dos juizados, para limitar os defeitos da especialização ou da tematização.

Dentro do processo criminal, sem excluir garantias processuais de proteção do agressor, busca modificar a posição de vítima, retirando-a da posição submissa, ser irracional ou causadora de desgraças familiares, historicamente imputada à mulher, e reposicionando-a como merecedora de especial atenção, inclusive com a possibilidade de prisão do agressor. Modificam-se os requisitos para processamento de uma das ofensas mais comumente praticadas contra as mulheres (lesão corporal), afastam-se benefícios que mantêm o ciclo de violência. Limitam-se as possibilidades de retratação, condicionando-a volitiva, temporal e circunstancialmente, evitando que a pena seja convertida para outras medidas. Pretende-se uma punição mais rígida e, também, que ela possa ser didática ao agressor. Apresenta-se como uma norma que, ao instaurar um sistema específico de enfrentamento à violência, não se limita a delitos e penas, buscando afetar o espaço social e privilegiando a especial situação da vítima.

efeitos decorrentes da norma penal, como se isso fosse um atributo automático da norma, por sua promulgação e entrada em vigor. Afirmar ou negar que a norma possua esses efeitos é exercício de viés argumentativo precário, já que é muito difícil dizer em que medida uma norma conscientiza mais ou menos, que ela demove mais ou menos práticas delituosas, que ela é mais ou menos efetiva. A sociedade é complexa, sendo improvável o estabelecimento, por um nexo causal simples e direto, entre norma e eficácias coletivas. Rita Segato, embora entenda ser possível a produção desses efeitos, assinala a necessidade de ser ultrapassado o âmbito oficial de interpretação (Executivo, Legislativo e Judiciário). Afirma que a "ley no solamente debe impactar en la realidad por medio de las sentencias de los jueces, sino que, sobre todo, debe arraigarse en la realidad en el uso cotidiano de sus nombres, mediante campañas de publicidad y también como consecuencia del acatamiento de los nombres que ya circulan entre las personas para indicar las siempre renovadas formas de sufrimiento, otorgándoles reconocimiento como experiencia" (SEGATO, 2021, p. 6). Para esse efeito impactante ou ético, que vai lhe conferir "eficácia plena, ela depende da divulgação ativa de seu discurso e, inclusive, da propaganda. Da aliança entre a lei e a publicidade depende a possibilidade de instalar novas sensibilidades e introduzir mudanças na moral vigente" (SEGATO, 2006, p. 219/220).

Se definida a norma nesses termos, vemos a grande contradição enfrentada por relevante parcela dos movimentos feministas atuais. A resposta simbólica e ineficiente da aplicação da pena parece surgir com muita facilidade, pois retira a necessidade de incrementos sociais, muito menos perceptíveis que a estatística de presos e afasta das nossas vistas, ao menos temporariamente, aquele agressor. Reafirma-se a necessidade de medidas punitivas e recrudescedoras, carentes por efeitos simbólicos, preventivos gerais, descontextualizando outras medidas que poderiam ser tão ou mais eficazes para a conscientização da violência e intervenção nas famílias. A seara penal é o âmbito quase único de atenção e, mesmo com normas que buscam diminuir os distanciamentos, as vítimas ainda permanecem situadas em posição precária e subalterna.

Alijam-se da realidade e prendem-se numa retórica que não alcança o cerne da violência, pois não se considera o sistema jurídico em sua inteireza, e o fato que, na maioria das vezes, uma punição, a um agressor que não tenha sido condenado anteriormente, não implicará regime fechado de cumprimento da pena, pelo menos nos delitos mais recorrentes e com penas mais baixas, como ameaças, crimes contra a honra e lesões corporais leves. No caso de reincidente, quando muito, isso acontecerá, porém em um prazo muito menor do anunciado na norma[17].

Por derradeiro, há movimentações do Judiciário que, ao arrepio das previsões legais ou pretensões de política criminal, aspiram por encerrar os processos, distribuindo decisões – na crença que essa é a prestação jurisdicional adequada, desconsiderando que a maioria dos processos se encerrará sem qualquer decreto que analise a existência ou não dos delitos – todos os crimes contra a honra tendem a se perder pela problemática da dificuldade de ajuizamento da queixa-crime –, por forçar acordos, aceitações ou suspensões informais em audiências nulas, por serem contrárias à Lei e por não refletirem a vontade inicial da vítima. A estratégia de extinção processual em massa decorre, assim, do modo como o subsistema articula a discursividade normativa com suas práticas diárias, por exemplo, a realização uniforme de audiências não obrigatórias e a não prestação de atendimento jurídico às vítimas.

A primeira observação relevante é o flagrante descumprimento da Lei Maria da Penha, pelo menos no que toca às previsões do artigo 16 e que, a princípio, podem ter influenciado na forma como as vítimas compareceram ao Judiciário e formularam suas impressões sobre esse ato judicial. A leitura do artigo indica que o objetivo da norma é que a vítima, após

17. Parece existir, no Brasil, uma dissonância entre a atividade legislativa voltada para a incriminação de condutas, que tende a prever normas mais abrangentes e penas mais altas, e a atividade de gerenciamento prisional, com uma faceta muito mais gerencial, e que possui um arsenal normativo que diminuiu sensivelmente o tempo de prisão, por diversos benefícios e regras que privilegiam o condenado, buscando uma "reinserção" social (progressão de regime, detração, indulto, livramento condicional). Dessa dissonância, surgem movimentos que só podem ser contraditórios, pois ao punir mais, olvidam do cumprimento da pena e dos limites financeiros para abrigar uma imensidão crescente de segregados. Ao pleitear melhor tratamento prisional, não se visualiza a crescente de normas incriminadoras mais rígidas.

comparecer à delegacia e manifestar lá a intenção de processar o agressor pelos crimes que sofreu, apenas pudesse voltar atrás, desistindo do processamento do agressor em audiência específica, na presença de um juiz, desde que antes do recebimento da denúncia e apenas quando se tratasse de crime de ação penal pública condicionada ou, em interpretação extensiva, de crime de ação penal de iniciativa privada. Extrai-se da norma que essa audiência, além de não ser obrigatória, exige, para sua realização, manifestação anterior da vítima, antes do recebimento da denúncia. Do contrário, a norma preveria essa audiência como ato processual obrigatório, mas não o fez, pois estipula expressamente a aplicação do Código de Processo Penal para o processo, julgamento e execução. O Código de Processo Penal não prevê qualquer obrigatoriedade na realização de audiências de retratação, renúncia ou conciliação nos ritos sumário ou ordinário.

Como ato processual dependente de manifestação da vítima, é evitada a possibilidade de a vítima desistir do processo oralmente e sem formalidades, na delegacia ou no balcão da vara, como acontecia por diversas vezes na sistemática da Lei 9.099/1995. Da mesma forma, tornaria mais difícil o intento do agressor em pressionar a vítima para retratar-se da representação, pois apenas se ela decidisse ir até a delegacia ou ao Judiciário, seria designada essa audiência. Modifica-se a regra, retirando-se das mãos da vítima a plenitude acerca do prosseguimento da ação, pois essa desistência, renúncia ou retratação apenas poderia acontecer em audiência específica antes do recebimento da denúncia.

Alterou-se, também, a discursividade normativa, já que a vítima, que anteriormente manifestou sua vontade perante algum órgão do sistema judicial de enfrentamento, não seria compelida a participar de um ato que, em geral, apenas reforça a ideia de que ela deve desistir; que há outros meios para a resolução dos problemas familiares; que aquilo lhe prejudica ou lhe causa transtorno; que ela é a causa do sofrimento da família ou da penúria do agressor.

A ilegalidade desse procedimento, já há algum tempo, foi decidida no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que, no julgamento do agravo regimental no agravo 1.380.117/SE, afirmou: "se a vítima não toma a iniciativa de levar ao conhecimento da autoridade policial ou judiciária sua vontade em se retratar, deve o Magistrado proceder à admissibilidade da acusação", justamente porque a "designação de ofício dessa audiência redunda no implemento de uma condição de procedibilidade não prevista na Lei Maria da Penha, qual seja: a ratificação da representação, o que inquina o ato de nulidade". Há decisões nesse sentido nas duas turmas, como se vê no *Habeas Corpus* 179.446/PR, relator ministro Gilson Dipp, e no *Habeas Corpus* 167.898, relator ministro Og Fernandes, indicando certa pacificação do tema. Veja-se que, mesmo se a vítima não comparecer a essa audiência, não há retratação tácita[18].

18. Assim, no bojo dos EDcl no REsp 1.822.250/SP, afirmou que, nos "termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, 'a audiência do art. 16 deve ser realizada nos casos em que houve manifestação da vítima em desistir da persecução penal. Isso não quer dizer, porém, que eventual não comparecimento da ofendida à audiência do art. 16 ou a qualquer ato do processo seja considerada

O STJ utilizou-se de argumentos técnico-jurídicos, definindo a designação automática dessa audiência uma ilegal criação judicial de condição de procedibilidade e a nulidade pela afronta ao devido processo legal. Porém, há outro viés interpretativo para essa decisão, que ensejaria uma resposta que também é voltada para a inadequação da obrigatoriedade dessa audiência: o do prestígio à autonomia da mulher e do respeito às suas decisões. Quando a norma prevê essa audiência, busca romper o ciclo de reafirmações apresentadas para a vítima em todos os momentos, na sua casa, com parentes, na delegacia, no Instituto de Medicina Legal, no Judiciário. Para renunciar à representação, haveria o prazo legal e o momento processual específico. Para confirmar, não precisaria a mulher fazer nada.

Se a vítima dispusesse plenamente do direito de retratar-se (ou renunciar) da representação, o que ensejaria a extinção do processo que nela é baseado, não haveria motivo em ser determinada, *ex officio*, qualquer audiência. Seria mantida a sua vontade. Se é reconhecida a autonomia da mulher e o seu papel primordial na sociedade, não se pressupõe que ela precisa de uma audiência para verificar o seu estado atual e o cumprimento de medidas protetivas – quem tem autonomia, sabe os caminhos a serem seguidos no caso de violação de seus direitos. Ela já se decidiu sobre isso ao direcionar-se à delegacia. Se fosse o seu interesse, ela poderia dele dispor no Judiciário, dentro do prazo legal e, como ser pleno de suas faculdades, presumindo-se que, no silêncio, permanecia o interesse de manter sua conduta prévia, continuando com o processo. O direito funciona seguindo essa lógica em diversas ocasiões, já que ninguém pode ou é juridicamente autorizado a agir de forma contraditória e ferindo expectativas de terceiros – regra consagrada no direito civil na proibição do *venire contra factum proprium*, mas que pode também ser encontrada na proibição de lograr proveito de sua própria torpeza.

Essa audiência não possui qualquer utilidade quando se trata de crimes que independam de representação para o seu processamento, como os de ação penal pública incondicionada. Sua hipótese de ocorrência limita-se, portanto, a crimes de ação penal pública condicionada à representação e crimes de ação penal de iniciativa privada. Mas esses são os crimes que mais se apresentam nos juizados de violência doméstica. O crime que exige representação da vítima e é o mais comum nos juizados é o delito de ameaça[19]. Em razão das peculiaridades dos crimes de ação penal de iniciativa privada, por exemplo, nos crimes

como 'retratação tácita'. Pelo contrário: se a ofendida já ofereceu a representação no prazo de 06 (seis) meses, na forma do art. 38 do CPP, nada resta a ela a fazer a não ser aguardar pelo impulso oficial da *persecutio criminis*' (AREsp n. 1.165.962/AM, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, *DJe* de 22.11.2017)."

19. Nas entrevistas, foram comuns os relatos de ameaças e crimes contra a honra, corroborando com os dados oficiais. Entre os anos 2011 e 2020, os delitos mais frequentes em inquéritos policiais e termos circunstanciados relativos à violência doméstica contra a mulher no Distrito Federal foram ameaça (2011: 4.840; 2012: 6.255; 2013: 7.128; 2014: 7.414; 2015: 6.769; 2016: 7.928; 2017: 8.246; 2018: 8.382; 2019: 9.246; e 2020: 8.061), injúria (2011: 3.093; 2012: 4.654; 2013: 5.726; 2014: 6.352; 2015: 6.113; 2016: 7.597; 2017: 8.135; 2018: 8.714; 2019: 9.339; e 2020: 8.461) e lesão corporal (2011: 2.682; 2012: 3.481; 2013: 3.892; 2014: 4.250; 2015: 3.718; 2016: 4.247; 2017: 4.808; 2018: 4.732; 2019:

contra a honra (injúria, difamação e calúnia) e que também são numerosos na temática do juizado, é possível interpretar-se o dispositivo para que, se o caso, essa audiência também ocorresse quando a vítima desejasse desistir deles. Dessa forma, a proteção da vítima seria privilegiada, com o acompanhamento próximo e diminuindo a possibilidade de ela sofrer novas agressões para desistir do processo.

Portanto, existindo manifestação da vítima, no caso de crimes que não sejam de ação penal pública incondicionada, e desde que essa manifestação se dê antes do recebimento da denúncia, seria realizada audiência preliminar, colhendo-se a vontade da vítima e, apenas após, o magistrado poderia decidir sobre o rumo do processo, acolhendo a retratação ou dando prosseguimento ao feito. Porém, no Distrito Federal, há diversos juizados que, ao arrepio da norma, por uma questão mais voltada para o arquivamento de processos que para a proteção da vítima, mantinham a prática cartorária de designar audiências para todos os casos, desde que não sejam ação penal pública incondicionada (LIMA, 2011, p. 276). Essa também era uma regra seguida no Juizado em que foi realizada a pesquisa.

A situação é perversa. Considere a decisão de quebra do ciclo de violência, que se inicia com a decisão da mulher em romper a ideia, subjacente, de fracasso da família imputada a ela pelo consorte ou por parentes, e ir até a delegacia de polícia. Na delegacia, a depender do crime sofrido, ela precisará assinar o termo de representação criminal. Lá ouvirá, de agentes e delegados, que aquilo é coisa séria – como se a vítima já não fosse séria em suas responsabilidades como questão pressuposta – e que não poderia desistir. Muitas vezes, sua pretensão será desqualificada ou prováveis condutas delituosas contra si serão minimizadas. Se o caso é de ação penal de iniciativa privada, ela terá que procurar um advogado ou defensor público para a elaboração da peça processual da queixa-crime, quando, novamente, será questionada se realmente pretende buscar a condenação do agressor. Se pretender efeitos civis, como indenização, fixação de alimentos, questões relativas a divórcio, guardas, deverá também procurar auxílio jurídico em outro local. E, em razão dessa prática cartorária, a vítima deverá ir para a audiência, reafirmar o que tinha confirmado. Ouvirá novamente sobre os riscos da continuidade do processo. Será instigada a conciliar, a resolver aquela situação de outra forma. Em suma, são diversos mecanismos que, ao final, tenderão a instigar a desistência dos processos pelas vítimas. Essa é uma mensagem que ficará na mente e nas ações das vítimas, especialmente para os feitos futuros e sobre sua intenção em representar criminalmente contra o ofensor.

A segunda observação sobre as táticas de pressão para extinção processual decorre da própria natureza da queixa-crime e da ausência de efetiva assistência jurídica pela DPDF observada na pesquisa empírica. Se a marcação de audiências para que as vítimas confirmem o que já tinham dito expressamente constituir-se em procedimento padrão, há ainda a rotina de suspender o processo informalmente, como medida para verificar se, no caso concreto, aquelas práticas agressivas do consorte irão cessar. A suspensão informal, que não

4.610; e 2020: 3.860) e vias de fato (2011: 1.336; 2012: 1.705; 2013: 1.903; 2014: 1.799; 2015: 1.733; 2016: 1.919; 2017: 1.947; 2018: 2.067; 2019: 1905 e 2020: 1.431) (MPU, 2021).

possui previsão legal, não suspende ou interrompe o prazo decadencial para ajuizamento da queixa-crime, de seis meses, que começa a transcorrer a partir do momento em que a vítima tem ciência da autoria do fato delituoso. No caso de aceitação da suspensão informal, esse prazo continua em andamento. Nas entrevistas realizadas, verificou-se uma demora de cerca de três meses para a realização da audiência. Assim, no caso de deferimento dessa suspensão informal e ela não for inferior a três meses, ocorrerá inevitavelmente a decadência da queixa-crime. Extingue-se, assim, a possibilidade de manejo de ações penais de iniciativa privada.

Dessa feita, ainda que o relacionamento não tenha se pacificado ou que a vítima esteja preocupada com a sua situação, o processo deve ser extinto, quando se tratar apenas de crimes contra a honra, pois não é possível continuar em face da decadência. E, nos outros delitos, de ação penal pública incondicionada, cabe ao Ministério Público dar prosseguimento, retirando-se das mãos da vítima a decisão sobre seguir ou não o processo, proteger-se ou não por esses instrumentos jurídicos. Soma-se, ainda, o desconhecimento desse requisito formal para inúmeras mulheres vitimizadas, que não são obrigadas a conhecerem a ritualística processual penal, e o não auxílio ordinário pela assistência jurídica da Defensoria Pública. Há, nisso, uma tendência a ostracismos de queixa-crime por essa prática reiterada de marcação de audiências, como se fossem obrigatórias, deferimento de suspensões informais e ausência de auxílio jurídico à vítima.

Esse cenário poderia indicar que há, sim, adoção de medidas pelos operadores com o objetivo de, indiretamente, extinguir os processos, cumprindo as metas de eficácia e desempenho estipuladas pelo Conselho Nacional de Justiça, além de prestarem jurisdição, eis que a razão para o término processual não poderia ser-lhes diretamente responsabilizada.

Em síntese, o mecanismo para extinção prematura de processos, "táticas de pressão", caracteriza-se pelos seguintes elementos: (a) alta demanda processual, de inquéritos, termos circunstanciados e medidas protetivas de urgência; (b) a necessidade de expressar-se a eficiência judiciária pela prolação de sentenças extintivas, ainda que venham a ser condenatórias ou absolutórias; (c) número de servidores e estrutura insuficientes; (d) crimes que não possuem penas altas, que viabilizam prescrições mais céleres, desprestígio da sentença em detrimento de medidas cautelares mais rígidas (prisão preventiva, afastamento); (e) desestímulo ao ajuizamento da ação penal pública de iniciativa privada e a prática de suspensão informal sem qualquer penalidade ou imposição de deveres ao agressor, mantendo o estado de violência adormecido pela existência de um processo em trâmite na Justiça; (f) ausência de orientação jurídica para o ingresso de queixa crime, para o conhecimento das medidas jurídicas disponíveis às vítimas, para a atuação multidisciplinar e conjunta dos juizados – olvidando o ciclo da violência, a vitimização (e revitimização) pelas práticas delitivas e de violência, a cifra oculta e a dificuldade da vítima em romper as prisões, sentimentais e físicas, e acessar o Judiciário; (g) priorização de casos mais graves, que atentam mais contra

os direitos das pessoas e que se constituem com grave repercussão social e midiática (na Lei Maria da Penha, apenas quando envolve estupro ou feminicídio, em regra)[20].

Há, inegavelmente, a reafirmação de valores machistas, que adquirem nova narrativa e permeiam as rotinas judiciais, disfarçados pelos mecanismos aparentemente ineficientes da norma integral. Ao alvedrio da vontade das vítimas, o sistema interaciona e decide sobre as demandas, encerrando-as e sinalizando um aparente funcionalmente programático.

Não fosse suficiente, a própria Lei Maria da Penha, com seu dinâmico aspecto, ao disciplinar uma atuação multidisciplinar, prevê, em diversos dispositivos, amplo rol de atividades do juizado de violência doméstica. Portanto, seria possível, em tese, acolher a vários pedidos trazidos pelas vítimas às audiências preliminares, considerando a amplitude normativa. Muitas mulheres ouvidas possuíam a expectativa de, a partir daquele processo e da aplicação da Lei Maria da Penha, resolver questões diversas, relacionadas ao seu relacionamento com o agressor, como formalmente se divorciarem, separarem os bens comuns, definir alimentos, a guarda ou obrigando-o a se retirar da casa de forma definitiva (AMARAL, 2017a). São pleitos legítimos, os quais, pela grande publicidade dada à Lei, misturavam-se com os anseios daquelas mulheres que estavam vivenciando a violência de gênero. A prática judicial afastou esse desiderato.

Todavia, o sistema judicial, ao estabelecer com rigidez os limites de competência das varas e juizados, mostra-se pouco permeável para essa nova atuação. A Lei Maria da Penha, apesar de seguir um rito próprio, em um juizado específico para violência de gênero praticada, em regra, em desfavor de cônjuges, companheiras ou namoradas, não é aceita integralmente pelo sistema, causando estranhamento e irritação, pois esse mesmo sistema estabelece barreiras e limites, diminuindo a abrangência da norma, enquadrando-a no que é considerado, para ele, o seu lugar ideal. Excluem-se, da análise do juiz que se depara com casos de violência doméstica, a possibilidade de realizar uma maior intervenção, fazendo cessar necessidades urgentes, como a estipulação provisória ou provisional de alimentos para a vítima, a guarda provisória de seus filhos ou, ainda, uma intervenção extrajudicial mais efetiva, com a aceitação do papel orientador do magistrado, enquanto agente de políticas públicas na região em que se localiza sua circunscrição judiciária. O juiz fica restrito, em grandes linhas, à análise da ocorrência da *fattispecie* normativa e aos requisitos das medidas protetivas de urgência, agindo, apenas, quando é demandado. A inércia da jurisdição contamina a atuação do magistrado, ocultando uma atuação que poderia ser mais eficiente na diminuição dessa violência, fora dos autos e no mundo.

20. Olvidando-se que, estatisticamente, as violações mais comuns e mais representativas da violência de gênero – ameaça, vias de fato e crimes contra a honra – fazem parte constante do contexto de violência de gênero e são apontadas como causas dos crimes mais graves diante da reiteração e de sentimentos de domínio e de impunidade (BANDEIRA; MAGALHÃES, 2019, p. 30).

7. Considerações finais

As percepções das mulheres vítimas de violência doméstica, sobre o sistema judicial previsto na Lei Maria da Penha, indicam que, em que pesem previsões normativas e a atuação de diversos órgãos estatais, ainda há um fosso de distância entre as pretensões delas e o que o sistema é capaz de oferecer.

No ensejo de compreender como as pretensões das mulheres vítimas de violência doméstica são percebidas pelo sistema judicial de enfrentamento à violência doméstica no Distrito Federal, verificou-se que o fluxo procedimental frusta as expectativas legítimas das vítimas, com poder deletério para as finalidades anunciadas pela Lei Maria da Penha.

Várias abordagens indicaram as dificuldades concretas postas. De um lado, a formação jurídica anestésica, que é reforçada pelo positivismo jurídico e pela ficção da conformação da realidade social e pacificação pelo édito de sentença, acaba por configurar juízes distanciados e pouco preocupados com as características reais dos dilemas e crises vivenciadas pelas pessoas que utilizam o sistema protetivo da Lei Maria da Penha. A anestesia judicial, que implica na assunção desmedida de procedimentos, pode ser insuficiente para uma atuação não usual e que tenha uma probabilidade de incidir mais eficientemente para quebrar o ciclo de violência. O desconhecimento da figura do promotor(a) de Justiça, que é essencial órgão para o enfrentamento judicial, e a ausência de defensores(as) específicos para lhe auxiliar fragilizam ainda mais, reforçando um cenário de dificuldades para concretização dos postulados da norma de proteção.

A própria sala de audiência, que seria o momento propício para um contato próximo da mulher e dos sistemas protetivos, tem, em sua configuração, caracteres que obstam esse contato. Além da designação automática de um procedimento voltado para o encerramento do feito, o que não possui previsão legal e acaba reforçando o sentimento de "culpa" da vítima pela existência e efeitos do processo, seu desenrolar se dá desconectado das necessidades das mulheres vítimas, com opções procedimentais formais que não tratam da dinâmica fática subjacente. Isso, porém, não se limita às audiências judiciais, guardando conformação na própria estruturação do subsistema judicial, que se volta para um fazer estruturante de lógica binária (direito *x* não direito) e que não consegue traduzir, com eficácia, as pretensões subjetivas das mulheres. Ao reduzir o que pretendem as mulheres para sua lógica estruturante, tende por ocultar diversas características que conformam a violência praticada contra a mulher, o que, em última medida, transforma-se em outro obstáculo para enfrentar o ciclo da violência de gênero.

A dinâmica judicial, que aproxima os profissionais do direito e distancia as vítimas, tende a ser ainda mais gravosa diante da inexistência de auxílio jurídico efetivo para as mulheres vitimizadas.

A mesma rigidez e dificuldade para atuar em face dos diversos dilemas apresentados pela violência de gênero aos magistrados, também é vivenciada pelos promotores de Justiça e defensores públicos, os quais também têm seus limites de atribuição definidos expressamente. Não fosse apenas a enumeração restrita, quase didática, das funções a serem

desempenhadas por esses presentantes, ainda há uma adequação às definições de competência do Poder Judiciário.

Em que pese o distanciamento temporal da data de realização da pesquisa de campo, os problemas e percalços verificados, para o amplo e efetivo atendimento para a mulher vítima de violência, ainda se mostram presentes. A rotina diária de profissionais do Direito que necessitam, ao tempo que atuam para a prevenção da violência, cumprir metas e desenvolver ritos procedimentais, ainda é obstáculo das diversas varas, promotorias e defensorias vinculadas à temática de violência de gênero, ainda mais se vislumbrarmos que se aponta um crescimento no número de medidas protetivas de urgência (solicitadas e concedidas)[21] e de processos de violência doméstica, com especial ênfase após o período de isolamento pandêmico, que acentuou as violências praticadas contra as mulheres (VIEIRA; GARCIA; MACIEL, 2020; PAULO, 2021).

O fechamento dos Tribunais, para a adoção de atendimentos virtuais não presenciais, é outro fator que desencadeou dificuldades grandes para a efetiva proteção, dos casos mais simples, de agressões verbais, aos casos mais graves. As audiências não presenciais, por aplicativos virtuais, parecem impactar diretamente o atendimento prestado àquelas vítimas pelo sistema judiciário, distanciando-se, ainda mais, suas pretensões do fazer judicial. Se presencialmente se sentia o desconforto e a incerteza, que impactaria negativamente aquela experiência para a mulher, objetificada por aqueles ritos e com seu espaço de fala diminuído, como visto pela pesquisa, virtualmente denota-se uma ênfase muito maior no procedimento, nas questões jurídicas relacionadas à tipificação e o cuidado é, quase exclusivamente, destinado a aspectos processuais, voltados para a produção de provas, não necessariamente da ampla proteção que deve ser destinada à vítima, inclusive naquele momento.

E, mesmo ultrapassado o período mais sensível da pandemia, com o gradativo restabelecimento da vida em público e dos serviços públicos disponibilizados, ainda há a preocupação relativa ao efetivo retorno ao atendimento presencial no âmbito dos Tribunais e das consequências, prejudiciais ou não, de rotinas judiciais que facilitaram o agir judicial, mas que, não necessariamente, significam melhoria para o atendimento às vítimas. Como já afirmado anteriormente, o cenário instaurado e as medidas tomadas no período pandêmico têm grande propensão a permanecer em período prolongado no cenário sociojurídico (AMARAL; BELMONTE AMARAL, 2021, p. 95).

Tais dificuldades deixam evidenciada a necessidade de permanente preocupação e cuidado com o tipo de procedimento adotado nos Juizados de Violência Doméstica e com a atuação dos profissionais do Direito, para que o fenômeno da violência de gênero seja compreendido de acordo com sua característica complexa e com a utilização de diversificados

21. O Anuário Brasileiro de Segurança Pública indica um crescimento de deferimentos, de medidas protetivas de urgência solicitadas, de 323.570, em 2020, para 370.209, em 2021 (FBSP, 2023, p. 151). E, apenas nos primeiros cinco meses de 2022, foram registradas 572.159 medidas protetivas de urgência, sendo deferidas cerca de 90% dos pedidos (CNJ, 2022).

instrumentos, de vários órgãos e aportes, como medida de um enfrentamento mais amplo, humano, empático e atento às vicissitudes fáticas.

8. Referências

AMARAL, Alberto Carvalho. *A violência doméstica a partir do olhar das vítimas*: reflexões sobre a Lei Maria da Penha em Juízo. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017a.

AMARAL, Alberto Carvalho. Discursos sobre o enfrentamento à violência doméstica e familiar contra a mulher no Brasil e a (não) aplicação da suspensão condicional do processo. *Argumenta Journal Law*, Jacarezinho, PR n. 23, p. 95-128. Disponível em: [http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/657]. Acesso em: 19.02.2021.

AMARAL, Alberto Carvalho. Mulheres, violência de gênero e as dificuldades no acesso às proteções judiciais da Lei Maria da Penha. *Seminário Internacional Fazendo Gênero 11 & 13th Women's Worlds Congress* (Anais Eletrônicos), Florianópolis, 2017b.

AMARAL, Alberto Carvalho; BELMONTE AMARAL, Luciana Lombas. A Defensoria Pública e a procura de um direito emancipatório em contexto pandêmico. In: AMARAL, Alberto Carvalho; ALVES, Cleber Francisco; MAIA, Maurilio Casas. *Defensoria Pública e Covid-19 no cenário intra e pós-pandêmico*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021.

AMARAL, Alberto Carvalho; BELMONTE AMARAL, Luciana Lombas. Desafios e possibilidades das representações sociais como abordagem teórico-metodológica na pesquisa social contemporânea. *19º Congresso Brasileiro de Sociologia* (Anais eletrônicos). Florianópolis, 2019.

ARRUDA, Angela. As representações sociais: desafios de pesquisa. *Revista de Ciências Humanas*, Florianópolis, especial temática, p. 9-23, 2002.

BASTOS, Aurélio Wander. *Conflitos sociais e limites do Poder Judiciário.* 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

BANDEIRA, Lourdes Maria; MAGALHÃES, Maria José. A transversalidade dos crimes de femicídio/feminicídio no Brasil e em Portugal. *Revista da Defensoria Pública do Distrito Federal*, v. 1, n. 1, p. 29-56, 2019.

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Trad. Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989.

CHIZZOTTI, Antônio. *Pesquisa em ciências humanas e sociais*. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2000.

CONNELL, Robert W. *Masculinities.* 2. ed. Cambridge: 1995.

CONNELL, Robert W. Políticas da masculinidade. *Educação & Realidade*, v. 20, n. 2, p. 185-206, jul. 1995.

CONNELL, Robert W.; MESSERSCHMIDT, James W. Masculinidade hegemônica: repensando o conceito. *Estudos feministas*, Florianópolis, v. 21, n. 1, p. 241-282, abr. 2013.

COSTA, Arthur Trindade Maranhão; MACHADO, Bruno Amaral; ZACKSESKI, Cristina (Org.). *A investigação e a persecução penal da corrupção e dos delitos econômicos*: uma pesquisa empírica no sistema de justiça federal. Tomo I. Brasília: ESMPU, 2016.

GARCIA AMADO, Juan Antonio. A sociedade e o Direito na obra de Niklas Luhmann. In: ARNAUD, Andre-Jean; LOPES JÚNIOR, Dalmir (Org.). *Niklas Luhmann*: do sistema social à sociologia jurídica. Trad. Dalmir Lopes Jr., Daniele Andréa da Silva Manão e Flávio Elias Riche. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

LARRAURI, Elena. ¿Por qué retiran las mujeres maltratadas las denuncias? *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Madrid, n. 12, p. 271-307, jan. 2003.

LEFEVRE, Fernando; LEFEVRE, Ana Maria Cavalcanti. O sujeito coletivo que fala. *Interface*, Botucatu, v. 10, n. 20, dez. 2006. Disponível em: [www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-32832006000200017&lng=en&nrm=iso]. Acesso em: 20.05.2021.

LIMA, Fausto Rodrigues de. Dos procedimentos – arts. 13 a 17. *Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Trad. Javier Torres Nafarrate. Cidade do México: Herder, 2005.

LUHMANN, Niklas. *La ciencia de la sociedad*. Trad. Silvia Pappe, Brunhilde Erker y Luis Felipe Segura. Coord. Javier Torres Nafarrate. Mexico: Anthropos/Universidade Iberoamericana, 1996.

LUHMANN, Niklas. *Organización y decisión*. Cidade do México: Herder, 2010.

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

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

MACHADO, Bruno Amaral. O inquérito policial e a divisão do trabalho jurídico-penal no Brasil: discursos e práticas. *Revista brasileira de Segurança Pública*, São Paulo, v. 9, n. 1, p. 12-33, fev. 2015. Disponível em: [http://revista.forumseguranca.org.br/index.php/rbsp/article/viewFile/439/189]. Acesso em: 08.10.2021.

MACHADO, Bruno Amaral; PORTO, Maria Stela Grossi. Homicídio na área metropolitana de Brasília: Representações Sociais dos Delegados de Polícia, Promotores de Justiça e Magistrados. *Sociologias*, Porto Alegre, ano 17, n. 40, p. 294-325, set.-dez. 2015.

MATHIS, Armin. A sociedade na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. *Anais do XXII Encontro Anual da ANPOCS*, Caxambu, 27 a 31 de outubro de 1998.

Disponível em: [http://portal.anpocs.org/portal/index.php?option=com_docman&task =doc_download&gid=5173&Itemid=217]. Acesso em: 10.01.2021.

MELO, Karine. *CNJ comemora sucesso de audiências e sessões por videoconferência*: sistema lançado durante a pandemia resultou em aumento de produtividade. Agência Brasil, 08 ago. 2020. Disponível em: [https://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2020-08/cnj-comemora-sucesso-de-audiencias-e-sessoes-por-videoconferencia].

MOSCOVICI, Serge. *Representações sociais*: investigações em psicologia social. Trad. Pedrinho A. Guareschi. 10. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2013.

PAULO, Paula Paiva. Uma em cada quatro mulheres foi vítima de algum tipo de violência na pandemia no Brasil, aponta pesquisa. *G1 SP*, São Paulo, 07 jun. 2021. Disponível em: [https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2021/06/07/1-em-cada-4-mulheres-foi-vitima-de-algum-tipo-de-violencia-na-pandemia-no-brasil-diz-datafolha.ghtml]. Acesso em: 10.01.2023.

PIRES, José Calixto de Souza; MACEDO, Kátia Barbosa. Cultura organizacional em organizações públicas no Brasil. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 40, n. 1, p. 81-104, fev. 2006.

PORTO, Maria Stela Grossi. Fluxos e dinâmicas do sistema de justiça criminal nas representações sociais dos operadores envolvidos. *Revista Brasileira de Segurança Pública*, São Paulo, v. 9, n. 1, 82-100, fev.-mar. 2015.

QUEIROZ, Marisse Costa de. O direito como sistema autopoiético: contribuições para a Sociologia Jurídica. *Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos*, Florianópolis, n. 46, p. 77-91, jul. 2003.

SÁNCHES RUBIO, David. *Repensar derechos humanos*: de la anestesia a la sinestesia. Sevilha: Editorial MAD, 2007.

SEGATO, Rita Laura. Antropologia e direitos humanos: alteridade e ética no movimento de expansão dos direitos universais. *Mana*, Rio de Janeiro, v. 12, n. 1, p. 207-236, abr. 2006.

SEGATO, Rita Laura. *Femi-geno-cídio como crimen en el fuero internacional de los Derechos Humanos: el derecho a nombrar el sufrimiento en el derecho*. Disponível em: [www.feminicidio.net/sites/default/files/femigenocidio.pdf]. Acesso em: 16.02.2021.

SOUSA JUNIOR, José Geraldo de; AMARAL, Alberto Carvalho; RAMPIN, Talita Tatiana Dias. Exigências críticas para uma defensoria pública e popular: contribuições desde O Direito Achado na Rua. In: SIMÕES, Lucas Diz; MORAIS, Flávia Marcelle Torres Ferreira de; FRANCISQUINI, Diego Escobar (Org.) *Defensoria Pública e a tutela estratégica dos coletivamente vulnerabilizados*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; AMARAL, Alberto Carvalho. A defensoria pública como garantia constitucional processual de acesso à justiça na América do Sul. *Rev. Bras. Polít. Públicas*, Brasília, v. 6, n. 2, p. 116-131, 2016.

VIEIRA, Pâmela Rocha; GARCIA, Leila Posenato; MACIEL, Ehel Leonor Noia. Isolamento social e o aumento da violência doméstica: o que isso nos revela? *Rev. Bras. Epidemiol*, v. 23, 2020. Disponível em: [www.scielo.br/j/rbepid/a/tqcyvQhqQyjtQM3hXRywsTn/?lang=pt#]. Acesso em: 08.03.2023.

9. Legislação

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Agravo 1.380.117/SE*, rel. Min. Laurita Vaz, 5ª T., j. 22.05.2012, *DJe* 05.06.2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Embargos declaratórios no Recurso Especial n.º 1.822.250/SP*, rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, 6ª T., j. 05.11.2019, *DJe* 11.11.2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus 167.898/MG*, rel. Min. Og Fernandes, 6ª T., j. 14.02.2012, *DJe* 18.06.2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus 179.446/PR*, rel. Min. Gilson Dipp, 5ª T., j. 03.05.2012, *DJe* 10.05.2012.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). 9 em cada 10 pedidos de medidas protetivas são concedidos pelo Judiciário. *Agência CNJ de Notícias*. Disponível em: [www.cnj.jus.br/9-em-cada-10-de-pedidos-de-medidas-protetivas-sao-concedidos-pelo-judiciario]. Acesso em: 30.10.2022.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO (CNMP). Relatório da pesquisa de satisfação e imagem do CNMP e do Ministério Público – 2017. Brasília: CNMP, 2017. Disponível em: [www.cnmp.mp.br/portal/images/Apresentação_da_pesquisa_CNMP_V7.pdf]. Acesso em: 01.10.2021.

DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL (DPDF). Programa voluntários da cidadania. Disponível em: [www.defensoria.df.gov.br/programa-voluntarios-da-cidadania]. Acesso em: 01.10.2021.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA (FBSP). *16º Anuário Brasileiro de Segurança Pública.* Disponível em: [https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2022/06/anuario-2022.pdf?v=15]. Acesso em: 10.12.2022.

MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO (MPU). Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Corregedoria-Geral. *Análise estatística*. Disponível em: [www.mpdft.mp.br/portal/pdf/nucleos/nucleo_genero/estatisticas/Estatistica_VD_2020_NG_MPDFT.pdf]. Acesso em: 15.09.2021.



PESQUISAS DO EDITORIAL



Áreas do Direito: Penal; Direitos Humanos

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- A violência de gênero e a atuação do estado entre o "ser" e o "dever-ser": estudo dos termos de compromisso adotados pela polícia judiciária nos casos de violência doméstica contra a mulher, de Edwar de Alencar Castelo Branco e Juliano de Oliveira Leonel – *RBCCrim* 143/331-352;
- A violência doméstica e familiar contra a mulher quinze anos depois, de Fernanda Carolina de Araujo Ifanger – *Boletim RTO* 19/2021;
- Fatores de risco de feminicídio no Distrito Federal, de Thiago Pierobom de Ávila, Marcela Novais Medeiros, Cátia Betânia Chagas e Elaine Novaes Vieira – *RBCCrim* 180/297-328;
- Grupos reflexivos para autores de violência doméstica contra a mulher: uma proposta para além do punitivismo penal, de Chiavelli Facenda Falavigno e Giovanna Praça Sardeiro – *RBCCrim* 173/247-278;
- "Nunca pratiquei crime, só Lei Maria da Penha": as audiências de custódia e o enfrentamento à violência contra a mulher, de André Pereira Crespo e Bruno Amaral Machado – *RBCCrim* 182/261-291; e
- Quem são elas e o que elas dizem? Representações das mulheres usuárias dos juizados (ou varas) de violência doméstica em seis capitais brasileiras, de Fernanda Cruz da Fonseca Rosenblatt Marília Montenegro Pessoa de Mello Carolina Salazar L'Armée Queiroga de Medeiros – *RBCCrim* 146/329-371.

Amaral, Alberto Carvalho. Compreendendo o sistema de enfrentamento à violência de gênero contra a mulher no Distrito Federal a partir das representações sociais das vítimas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 198. ano 31. p. 265-302. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2023. DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v198i198.29].

Sobre alternativas à crise de direitos fundamentais no sistema prisional brasileiro: da legitimidade da apropriação de elementos jurisprudenciais pelo universo das políticas públicas

About alternatives to the fundamental rights crisis in the Brazilian correctional system: the legitimacy of jurisprudential elements appropriation by the public policies' universe

Rafael Seixas Santos

Doutorando em Direito pelo Instituto de Desenvolvimento e Pesquisa (IDP/DF). Mestre em Direito (UniCEUB/DF). Professor no Centro Universitário do Distrito Federal (UDF) e do Instituto de Educação Superior de Brasília (IESB). Assessor no Superior Tribunal Militar (STM).
Lattes: [http://lattes.cnpq.br/2090058170786245].
ORCID: [http://orcid.org/0000-0003-0901-0574].
rafaelseixas.email@gmail.com

DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v198i198.47].

Recebido em: 09.11.2021
Aprovado em: 10.04.2023
Última versão do autor: 22.05.2023

Áreas do Direito: Processual; Penal; Direitos Humanos

Resumo: O emprego de elementos jurisprudenciais a pautar a atuação estatal compõe a agenda de debates no processo de conformação das políticas públicas. A questão dos Direitos Humanos e Garantias Fundamentais da população carcerária e o ajustamento de políticas nesta arena estão, igualmente, na ordem do dia. Neste diapasão, o propósito é tecer a argumentação de que a institucionalização da produção jurisprudencial, notadamente do Supremo Tribunal Federal, no campo dos direitos dos presos, é de emprego legítimo no campo de políticas públicas. A hipótese é que a apropriação dos elementos provenientes dos julgados, pelo universo dos atores de políticas públicas, revela-se como alternativa à crise dos Direitos Fundamentais das

Abstract: Increasingly, the use of jurisprudential elements to guide the state's actions composes the debates agenda in the shaping public policies process. The prison population fundamental rights issue and the adjustment of policies in this arena are also on the agenda. In this tuning fork, the purpose is to weave the argument that the jurisprudential institutionalization, notably of the Federal Supreme Court, in the field of inmates' rights, is legitimate in the public policies field. The hypothesis is that the appropriation of elements from judged by the universe of public policy actors reveals itself as an alternative to the sentenced people's fundamental rights crisis. It is concluded that an alternative to solve the prisons factual situation is the conduct of public

Santos, Rafael Seixas. Sobre alternativas à crise de direitos fundamentais no sistema prisional brasileiro: da legitimidade da apropriação de elementos jurisprudenciais pelo universo das políticas públicas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 198. ano 31. p. 303-321. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2023.
DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v198i198.47].

pessoas presas. Conclui-se que uma alternativa para solucionar o quadro fático dos presídios é a condução de políticas públicas fortemente legitimadas nos precedentes judiciais; e que a análise da Jurisprudência pode fornecer elementos-chave para a ação pública.

Palavras-chave: Políticas públicas – Prisão – Jurisprudência – Direitos fundamentais.

policies that are strongly legitimized in judicial precedents – the analysis of jurisprudence can provide key elements for public action.

Keywords: Public policies – Inmates – Jurisprudence – Fundamentals.

Sumário: 1. Introdução. 2. Discurso jurisprudencial e políticas públicas: um diálogo possível. 3. Da institucionalização de elementos jurisprudenciais para o campo das políticas públicas. 4. Agregando elementos à seara das políticas públicas por meio de precedentes do STF acerca dos direitos fundamentais dos apenados. 5. Conclusões. 6. Referências. 7. Legislação.

1. Introdução

A violação de Direitos Humanos e Garantias Fundamentais da população carcerária, e a correspondente complexidade de políticas neste campo, têm se manifestado como temas dos mais desafiadores para a atual realidade institucional brasileira. O cenário de superlotação, que se soma às condições degradantes dos presídios, tem contribuído para a recorrente e sistemática violação de tais direitos.

O quadro de ofensivas condições do sistema configura cenário fático de patente violação de Princípios e Direitos constitucionais, tais como a dignidade da pessoa humana, a proibição da tortura, o acesso à justiça, bem como a segurança dos presos.

Portanto, importa trabalhar alternativas jurídicas que reforcem o discurso de defesa dos direitos fundamentais dos indivíduos submetidos ao sistema prisional, tendo em vista o quadro dos presídios brasileiros. Cuida-se de analisar a plataforma de funcionamento das alternativas, por meio do desenho de eixos de formulação e implementação das políticas públicas – enquanto elementos da concretização da ação estatal.

A proposta deste texto é entabular o argumento de que a produção jurisprudencial, especialmente do Supremo Tribunal Federal (STF), no campo dos direitos fundamentais das pessoas presas, produz elementos válidos à condução de políticas públicas nesta seara. É que a institucionalização daquele discurso, calcado em diversas garantias constitucionais, favorece a formação de um quadro redutor de instabilidades jurídicas, a antecipar elementos característicos que sejam regularmente empregados pelas decisões.

Para tanto, defende-se a ideia de que o STF faz o emprego de expressões jurídicas, a exemplo da dignidade, em suas decisões sobre o tema, com o objetivo de garantir direitos àquele grupo social, estruturando uma argumentação orientadora de políticas públicas. Não se trata, no artigo, a respeito do ativismo judicial porque o campo de exploração é

Santos, Rafael Seixas. Sobre alternativas à crise de direitos fundamentais no sistema prisional brasileiro: da legitimidade da apropriação de elementos jurisprudenciais pelo universo das políticas públicas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 198. ano 31. p. 303-321. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2023. DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v198i198.47].

decorrente da atividade ordinária dos tribunais e não da defesa de um decisionismo ativo por parte das Cortes.

O texto também não pretende discutir se a participação do Judiciário na consecução das políticas públicas, no setor mencionado, é devida ou não; ainda mais com a invocação do argumento apriorístico e anacrônico da separação de poderes por muitos procedida de forma usualmente ortodoxa. Ocupa-se de elucidar discussão teórica sobre a possibilidade de a jurisprudência do STF (sobre direitos dos presidiários) embasar a confecção de políticas públicas. Esse é o objeto de estudo do artigo, que pretende, em uma revisão bibliográfica seguida de uma discussão teórica sobre o tema, propor vias para a árdua questão dos direitos fundamentais daquela camada da população. A escrita busca se afastar da discussão geralmente circular entre a opção de ativismo ou contenção judicial.

Encarando-se a hipótese de que o STF realiza a estruturação de uma argumentação eficaz para garantir direitos fundamentais da população de apenados, pode-se discernir que uma das alternativas jurídicas à moldura fática dos presídios é a produção de respostas por meio de políticas públicas lastreadas nos precedentes do Tribunal. Referido processo demanda, certamente, a institucionalização dos elementos contidos na jurisprudência, a fim de que se consolide um quadro seguro de vetores jurídicos que, estruturando a ação estatal, assumam o condão de orientação das políticas públicas setorizadas. Decorre daí a necessária abordagem da judicialização pela qual têm passado diversos temas da agenda pública.

Assim, este trabalho se propõe a analisar fenômenos como: o diálogo entre o discurso jurisprudencial e as políticas públicas; a institucionalização de elementos jurisprudenciais para o campo das políticas públicas, tendo em vista as diversas garantias do processo judicial; e o emprego do discurso do STF na garantia de direitos fundamentais das pessoas presas, como hipótese diante da crise do estado de inconstitucionalidade dos presídios.

Pretende-se verificar se a jurisprudência do STF, como discurso de proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos submetidos aos presídios, pode fornecer elementos-chave para a análise, correção e, eventualmente, formulação de políticas públicas, considerando-se o seu caráter plurivalente.

2. Discurso jurisprudencial e políticas públicas: um diálogo possível

No plano teórico, a concepção das políticas públicas exsurge como uma resposta a algum aspecto da vida social que, de um *status* de equilíbrio, migra para uma posição suficientemente alarmante, a qual demanda intervenção estatal que vise à recondução ao equilíbrio primevo, ou, em outra via, a posição original, de equilíbrio, demanda estímulos em um movimento de ruptura, para uma reconstrução, na busca de um novo equilíbrio (SARAVIA; FERRAREZI, 2006).

No campo pragmático, anote-se que as políticas públicas são instâncias em que o plano e o planejamento funcionam como catalizadores de normas (BERCOVICI, 2005): é usual o

Santos, Rafael Seixas. Sobre alternativas à crise de direitos fundamentais no sistema prisional brasileiro: da legitimidade da apropriação de elementos jurisprudenciais pelo universo das políticas públicas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 198. ano 31. p. 303-321. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2023. DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v198i198.47].

fato de as políticas bem-sucedidas serem precedidas por agendas coletivamente elaboradas, direcionadas e engendradas com recursos financeiros suficientes (SEN, 1999).

As políticas públicas, no cenário contemporâneo, encontram-se insculpidas ou, de alguma forma, direcionadas em normas jurídicas, a exemplo dos direitos sociais, constantes da Constituição Federal. São, cada dia mais, relacionadas com diversos estratos de juridicidade: seja para lhes conferir regulamentação, seja para lhes conferir eficácia. Esta esfera jurídica das políticas públicas percorre caminhos diversos e transversais, em uma concepção do direito que alberga a carga discursiva advinda dos tribunais.

A construção de políticas interage com o "fazer", com as normas concretas (HABERMAS, 1997) da Administração Pública, em razão de a prática administrativa envolver elevado grau de análise conjuntural e de incertezas, razão pela qual não pode ser, de plano, determinada no nível normativo (MASSA-ARZABE; PEREZ, 2006).

Com efeito, a interpretação e a jurisdição constitucionais têm se demonstrado como elos políticos entre indivíduos e Estados, traçados pelos direitos fundamentais e pelas políticas que lhes devem conferir concretude, em vista do que, o STF, em suas decisões multifacetadas, tem se tornado objeto de diversos estudos.

Deste modo, o Judiciário tem assumido o papel de corresponsável pela afirmação dos direitos fundamentais, e isto é socialmente perceptível porque razoavelmente assimilado pelos diversos grupos sociais.

A proeminência dos tribunais nos cenários políticos doméstico e exterior é destaque, e suas orientações do emprego de elementos de direitos humanos como mecanismo de justificação de políticas públicas em direitos fundamentais têm influência nas decisões das demais instâncias judiciais, políticas e econômicas do país.

O fortalecimento da autoridade do STF (e dos tribunais em geral) parece ter sido uma consequência da assimilação de suas decisões como elementos integrantes das arenas políticas nos planos nacional e regional, enquanto legítimos garantidores dos direitos, e na expansão do sistema econômico de mercado. De fato, para os detentores de poder econômico (e de influência política), os tribunais mostram-se como um meio confiável para garantir a segurança jurídica, estabilidade e previsibilidade, sem a ocorrência dos arroubos que inspiram os legisladores democráticos.

Assim, a ideia de judicialização facilita a difusão dos mecanismos jurídicos de argumentação e de decisão para fóruns diversos de debate, institucionais, ou *ad hoc*, em uma construção social involuntária (ou não) da primazia do discurso jurisprudencial. Destaque-se, neste ponto, o crescimento da litigância em sociedades marcadas por um Estado Social que não consegue gerir a implementação de políticas públicas universalizantes de modo eficaz, a desencadear a busca pelos mecanismos judiciais como garantias derradeiras de obtenção das prestações constitucionalizadas (SANTOS, 2007).

Com efeito, desenha-se uma relação entre o espaço carente da ação Estatal (que, socialmente, é mais reconhecida do que a eficiência estatal em outros campos) com a judicialização das relações sociais e dos direitos fundamentais, o que termina por convolar cidadãos em clientes judicialmente demandantes.

Santos, Rafael Seixas. Sobre alternativas à crise de direitos fundamentais no sistema prisional brasileiro: da legitimidade da apropriação de elementos jurisprudenciais pelo universo das políticas públicas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 198. ano 31. p. 303-321. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2023. DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v198i198.47].

É neste contexto que se fundamentam, juridicamente, as percepções das políticas públicas. O que se dá, então, é a construção de um padrão de provisão social, de distribuição de "bens" pelo Estado (ESPING-ANDRESEN, 1999), em que se constata a presença de programas de assistência a certos grupos determinados nas democracias (GOUGH, 1999); programas estes que deveriam ser empregados, em medida muito maior, em situações em que pertinentes aos direitos das pessoas presas.

Some-se a isso o conteúdo de justificação do discurso jurisprudencial, especialmente, se de cunho minoritário (ou contramajoritário), na defesa dos direitos de grupos afastados dos processos decisórios ordinários.

Notório que as Cortes têm assumido uma posição, na proteção e na garantia dos direitos fundamentais, de produtoras de argumentos – jurisprudenciais – contrários a considerações estatais teoricamente de bem-estar geral (DWORKIN, 2002) e, por isso mesmo, carregadas de um decisionismo por parte dos demais Poderes (Executivo e Legislativo), por diversas vezes, meramente financista, ou seja:

> "Em outras palavras, como pretensão individual/social deve pautar-se pelo binômio que compreende, de um lado, a razoabilidade desta pretensão de direito individual ou coletivo, manejado por processo judicial para a defesa do direito ao mínimo existencial; de outro lado, pela existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar concretizadas e efetivas as prestações positivas que são exigidas do Estado. A decisão judicial deve se pautar pelo princípio da razoabilidade/proporcionalidade, ao analisar, em comparação de valores e direitos constitucionais, a cláusula de reserva do possível orçamentário por meio de verbas públicas disponíveis à política pública definida pela decisão judicial." (HESS, 2011, p. 265.)

Entrementes, o resultado da apreciação de certos casos pelo STF, na ocasião em que fundamentando a ação pública em elementos próprios de aplicação ou garantia de direitos humanos, deve conduzir à conceituação da relação e à sedimentação do princípio da dignidade humana enquanto matiz válido de interpretação de normas atinentes àqueles direitos (humanos e fundamentais), nesse sentido conceitual (SANTOS; VARELLA, 2016).

Tal fato decorre da crescente pressão das organizações internas e internacionais para que se promovam e cumpram tais direitos, os quais ostentam a dimensão humana, de sorte que cabe anotar que "as organizações nacionais de direitos humanos demandam respeito aos direitos humanos de seus governos e aliam-se às redes das organizações internacionais para publicizar violações a direitos humanos e demandar mudanças"[1] (LUTZ; SIKKINK, 2000).

Há vasta crítica à possibilidade de o Poder Judiciário contribuir com a formulação de políticas públicas. É tema no qual não se deterá em demasia no presente texto, uma vez

1. Tradução livre. No original: "Domestic human rights organizations demanded that their governments respect human rights and allied with international human rights networks to publicize human rights violations and demand change." (LUTZ; SIKKINK, 2000).

que aqui não se pretende analisar a ação do Judiciário, no sentido positivo e proativo da expressão, mas sobre a extração de elementos padronizados das decisões judiciais (BARROSO, 2009) – por meio da busca, no campo jurisprudencial, no campo de decisões já proferidas na temática de direitos fundamentais dos presidiários e, ao menos *a priori*, construídos com uma fundamentação jurídico-política que satisfaz as demandas sociais.

O precedente judicial, aqui referido, é encarado como o ponto de partida dos elementos para a formulação e o ajustamento de políticas públicas, e é construção abstrata, jurídica, política e colegiada, mas não é construção autóctone, proativa ou ambulante por parte do STF.

Ademais, o precedente é calcado em princípios, de ampla carga semântica e de amplo campo de alcance, a denotar a finalidade perquirida pela norma constitucional, por certo, orientadora de políticas públicas. A garantia ao direito de petição assume-se, assim, como mecanismo de assegurar a comunicação entre o indivíduo e a jurisdição estatal, em uma sinergia de construção da afirmação como forma de desenvolver o direito e exercer as garantias individuais.

Por isso, é importante apresentar o discurso jurisprudencial – contramajoritário, processualmente amparado, politicamente articulado, do qual exsurgem razões ou justificativas para o emprego da dignidade como plano de sustentação dos direitos de liberdade, de cidadania, de autonomia, de qualidade de vida, enfim, de direitos humanos e fundamentais – como supedâneo para a formulação de políticas públicas, sobretudo de cunho constitucional, quando se leva em consideração a hermenêutica Constitucional.

Eis que, ao apreciar a jurisprudência do STF na temática de direitos fundamentais dos presos, amalgama-se um conceito de dignidade do encarcerado – argumento que ultrapassa o discurso jurisprudencial a atingir a plataforma de composição das políticas públicas – que pode ser encarado como resultante de padrões de comportamento valorativos e recorrentes (GOODIN, 1996). É certo que há limitações ao discurso jurisprudencial, tanto de alcance quanto de aplicação prática. De igual forma, é certo que tais limites são definidos em razão do desenvolvimento histórico-cultural da sociedade e de seus valores (BENDA, 2000).

Cabe anotar, ainda, que o esteio encontrado pelos direitos fundamentais em princípios amplos, como a dignidade, faz esta fundamentação ser utilizada como termômetro do nível de desenvolvimento democrático das mais variadas sociedades. E mais, de se considerar que a teoria crítica dos direitos dos sentenciados urge por uma nova perspectiva, com base em práticas sociais emancipatórias, sob a visão de que são resultados provisórios, e em construção, de lutas sociais por dignidade. Deste modo, trata-se de uma hipótese cuja viabilidade se confirma em vista do corpo social e para cujo capital político contribuem os arranjos institucionais mais eficazes.

Santos, Rafael Seixas. Sobre alternativas à crise de direitos fundamentais no sistema prisional brasileiro: da legitimidade da apropriação de elementos jurisprudenciais pelo universo das políticas públicas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 198. ano 31. p. 303-321. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2023. DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v198i198.47].

3. Da institucionalização de elementos jurisprudenciais para o campo das políticas públicas

A ideia de institucionalização parte do pressuposto de que a agenda coletivamente traçada pode construir uma plataforma síncrona com a harmonização de paradigmas no corpo social. O processo de institucionalizar – no sentido de parametrizar mecanismos de ação e de comportamento dos atores, por meio da construção que produz um melhor equilíbrio (ou busca um desequilíbrio proposital) de forças – tende a favorecer o ideal do eficaz direcionamento do poder.

As mudanças nas relações entre o Estado e a coletividade não favorecem a permanência dos paradigmas clássicos de regulação ou de intervenção, por meio das políticas construídas exclusivamente pelos Poderes Legislativo e Executivo – os avanços de tecnologias gerais de relacionamento institucional e social predizem tal crise.

Fato é que o Poder Judiciário, como componente do Poder Político nacional, ao lado do Executivo e do Legislativo, observa derivar a sua autoridade de sua própria identidade, de sua vocação: a construção do direito interpretado, pelo precedente. Daí a sua vocação natural para atuar no universo das políticas públicas, sobretudo com a invocação, na sua construção institucional, de argumentos principiológicos com elevada carga política, mas em sentido diverso ao contexto dos argumentos políticos erigidos pelos demais Poderes, uma vez que a sua atividade não se alinha ao parâmetro da produção ou da mera aplicação da lei – já que o fito jurídico não pode ser afastado, mesmo que ainda não seja o predominante (DWORKIN, 1975).

Nesse ponto, de se asseverar que a introdução de fórmulas políticas e principiológicas na jurisprudência é capaz de lhe conferir maior grau de legitimação, imunizando as decisões judiciais de críticas baseadas na separação de poderes, ao conduzir a associação da Justiça, proveniente da interpretação do direito, com a sintonização da vontade popular (Silva, 2008, MAIA e Maus, 2000). Isto é decorrência, inclusive, das prerrogativas dos membros do Poder Judiciário, que agem pautados no processo judicial – sequência de atos jurídicos de cunho altamente participativo, eis que deve ser conduzido, por exigência constitucional, com amplo espaço ao contraditório e à ampla defesa.

O processo judicial, precursor da construção do precedente, por meio do *corpus* das decisões judiciais, não se limita a seu valor extrinsecamente considerado (justo, razoável etc.), posto que é inerentemente justo e equitativo, de acordo com os parâmetros socialmente aceitos. É assim porque fundado em padrões "ético-morais aceitos pelo sentimento comum dos homens livres de qualquer época e país, na medida em que se mostre capaz de realizar uma justiça verdadeiramente imparcial, fundada na natureza e na razão"[2] (Comoglio, 1998, p. 5).

2. Tradução livre. Do original, transcreve-se tratar-se de padrões "etico-morali accettati da comune sentimento degli uomini liberi di qualsiasi epoca e paese, in quanto si riveli capace di realizzare una giustizia veramente imparziale, fondata sulla natura e sulla ragione". (COMOGLIO, 1998, p. 5).

Com efeito, o instrumentalismo das decisões judiciais, ao permitir a sua institucionalização, favorece a concepção do direito como campo reflexivo, pertencente ao universo social em que se desenvolve. A interpretação institucional do texto jurídico é produtora de precedentes, enquanto discurso jurídico, na medida em que é mecanismo de apropriação da força simbólica (BOURDIEU, 1989) que se encontra potencialmente estatuída no universo jurídico, na miríade de textos a interpretar.

Os precedentes judiciais, com seu comportamento instrumental, podem assumir a acepção de instituições, ao constituir um cabedal razoavelmente coordenado de procedimentos e regras de atuação do poder público (e político), por meio do estabelecimento de mecanismos juridicamente eficazes de interações entre os atores e as organizações (NORTH, 1990).

Assim, a instrumentalização dos precedentes, por meio de sua institucionalização e do preparo para o seu emprego em um discurso jurídico abrangente, carrega a agenda pública de efeitos característicos próprios e posiciona a jurisprudência como um dispositivo de conteúdo técnico no corpo social, a organizar relações específicas entre o poder público e seus destinatários (LASCOUMES; LE GALÈS, 2012). Em razão da institucionalização como instrumento, inovadoras perspectivas de interpretação e de construção de significados, a fomentar a dinâmica própria da institucionalização, permitem sincronizar o procedimento dos atores na consecução das políticas públicas (FLIGSTEIN, 1997).

Assim, sobre a formação da decisão coesa e capaz de firmar-se legítima, anota-se: "Quem diz 'valor' quer afirmar e impor. Exercem-se as virtudes, aplicam-se as normas, cumprem-se as ordens; mas os valores são estabelecidos e impostos. Quem afirma sua validade tem que fazê-los valer."[3] (SCHMITT, 1961, p. 71.)

A construção do discurso jurídico, ao ser adornada por estruturas, *a priori* ou *a fortiori*, impessoais e genéricas para, na busca da neutralidade, apresentar-se como a interpretação normativa e fundamentada de textos coletivamente reconhecidos como legítimos, produz elementos capazes de aplainar a carência social de justificativas para a coercitiva formulação da ação pública – entendida como preconizada nas políticas públicas. Mas isto não lhe afasta o conteúdo de promessa, característico do texto político e, pelo contrário, conforma a vertente jurídica ao universo das políticas públicas com a formação de precedentes judiciais – em um movimento de produção do jurídico a partir do judicial. Em tradução livre, cite-se:

> "[…] ao invés de afirmar que apenas sentenças desse tipo podem fundamentar jurisprudência legitimamente, podemos dizer que elas têm institucionalmente uma vocação jurisprudencial maior do que qualquer outra decisão judicial."[4] (SERVERIN, 1993, p. 346.)

3. Tradução livre do original: "Quien dice valor quiere hacer valer e imponer. Las virtudes se ejercen, las normas se aplican, las órdenes se cumplen; pero los valores se establecen y se imponen. Quien afirma su validez tiene que hacerlos valer." (SCHMITT, 1961, p. 71.)

4. No original consta : "[...] plutôt que d'affirmer que seuls les arrêts de ce type peuvent légitimement faire jurisprudence, on peut dire qu'ils ont institutionnellement une vocation jurisprudentielle plus grande que toute autre décision juridictionnelle." (SERVERIN, 1993, p. 346.)

As premissas ético-morais que legitimam ideologicamente o "devido processo legal" cuidam de reforçar a necessidade de padrões de conduta eficazes por parte dos sujeitos processuais nas experiências de sistemas legais, na medida em que a construção jurídica é fecundo terreno para a busca de fundamentação da ação pública, eis que os valores de referência "são claramente os do devido processo legal anglo-americano, do sistema de direitos humanos e do modelo internacional de justiça, neles inspirados. Pode-se inferir, de forma peremptória, de diversos índices reveladores de abrangência convergente"[5] dos padrões (COMOGLIO, 1998, p. 20).

É por meio da percepção de certa regularidade no comportamento dos atores que demandam o Judiciário (ou dos próprios magistrados) que são obtidos matizes cognitivos de força normativa já assimilados pelos demais atores institucionais, de modo a orientar as suas práticas. Este é o modo como a institucionalização da jurisprudência, enquanto instrumento orientador do "agir" público promove a estruturação, via justificação, das políticas públicas.

Percebe-se, assim, como os instrumentos (os julgados dos tribunais), funcionando como modalidades peculiares, mas reconhecidos, de instituição, apontam para a forma como os atores tendem a se comportar, conduzindo ao momento de escolha da ação política, induzindo o direcionamento, por exemplo, de recursos financeiros – por meio da inserção nas peças orçamentárias –, e veiculando uma representação válida dos problemas (LASCOUMES; LE GALÈS, 2012).

Esta racionalidade política – do jurídico – é apoiada sobre alguns elementos básicos, dos quais se destacam os aparelhos específicos da ação estatal (que encontram, no campo judicial, a sua coerção por excelência) e um conjunto de saberes, ou, seguindo uma abordagem mais institucionalizada, um conjunto de sistemas de conhecimento (NAPOLI, 2012), de onde se podem estabelecer diversas bases para a formulação de políticas. Essa tecnicidade, da abordagem de elementos construtores de políticas públicas, promove, com fluidez, um paradigma no qual eles se registram, e aprimora o processo de formulação, de execução e de controle das aludidas ações.

4. Agregando elementos à seara das políticas públicas por meio de precedentes do STF acerca dos direitos fundamentais dos apenados

A gestão do sistema penitenciário compõe uma agenda ancorada em pressupostos de que a violência e a criminalidade são problemas irresolúveis, para os quais, em casos pontuais, intenta-se equacionar ações paliativas. No plano pragmático, percebem-se grandes

5. Tradução livre do original: "[i]l valori di riferimento sono, palesemente, quelli del due process of law angloamericano, del human rights system e del modello internazionale di giustizia, ad essi ispirato. Lo si desume, in modo perentorio, da più indici rivelatori di convergente portata." (COMOGLIO, 1998, p. 20.)

dificuldades no pertinente à elaboração de macroações capazes de fazer em face das exigências do tecido jurídico-político concernente à orientação da atuação do poder público (e da sociedade) neste campo.

A pretensão legislativa – notadamente da Constituição Federal, do Código de Processo Penal e da Lei de Execução Penal –, teoricamente de que o processo de execução da pena, sobretudo da privativa de liberdade, componha uma atmosfera de desenvolvimento de direitos humanos, pela promoção da dignidade, a demandar a qualidade estrutural dos presídios, não compõe, ordinariamente, o rol das ações estatais.

Anote-se que as camadas tidas como socialmente minoritárias que não participam do processo político – na hipótese, as pessoas presas –, por disposição constitucional, terão acesso ao Poder Judiciário, como derradeira instância de garantia de seus direitos.

Os casos apreciados judicialmente, em especial, pelo STF, aparecem como instrumentos para conferir concretude à análise ora proposta (MACHADO; SANTOS, 2018). Uma vez superada – eis que o presente texto não integra este vértice – a tão alardeada exasperação do conflito entre as funções do Estado, afigura-se o cabimento, às decisões do STF, não raro, da densa tarefa de aclarar uma opção edificadora do diálogo institucional.

Neste sentido, a interpretação da Constituição em questões sobre direitos dos presos e sobre políticas atinentes a sua concretização deve ser envolta por aportes semânticos, valorativos e simbólicos, de distintos atores – e construída, tal interpretação, com a soma de diversas perspectivas teóricas, encerrando a adoção de posturas, pelos magistrados, que facilitem a capitulação de elementos jurídicos transponíveis para o universo das políticas públicas (SUNSTEIN, 2009).

A construção do diálogo institucional alude a uma concepção da hermenêutica constitucional como um método dialético intrincado. No entanto, a referida construção ampara-se em argumentos abertos e decorrentes da oitiva das vozes da sociedade civil. Ademais, a decisão judicial socorre-se, por diversas vezes, em diagnósticos e perícias de órgãos técnicos regularmente legitimados e observa, na sua consecução, as atribuições dos demais poderes organizados.

Postular que o STF se comporta, com frequência, de forma não representativa, contramajoritária, significa anotar que a instituição está atenta às facetas decorrentes da prestação social – constitucionalmente posta. Não raro, as decisões do Tribunal lidam com o fornecimento de bens públicos, no ímpeto de reconhecer a máxima efetividade dos direitos humanos fundamentais.

Ao visitar a jurisprudência, vê-se que o Tribunal emprega a dignidade para repelir qualquer agressão ao ser humano, a fim de evitar prisões, torturas, maus-tratos e qualquer outra forma de violação da autonomia individual, inclusive em âmbito processual. Assim, é oportuno, a fim de reforçar o caráter plurivalente dos direitos humanos, esteados na dignidade, frisar a lição de que, numa visão abrangente, os direitos fundamentais devem ser considerados como a colocação em prática de disposições críticas em relação ao conjunto de posições desiguais que as pessoas e grupos ocupam (HERRERA FLORES, 2009), e que a decisão

Santos, Rafael Seixas. Sobre alternativas à crise de direitos fundamentais no sistema prisional brasileiro: da legitimidade da apropriação de elementos jurisprudenciais pelo universo das políticas públicas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 198. ano 31. p. 303-321. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2023. DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v198i198.47].

judicial pode assumir o condão de exarar elementos caros à formulação, à implementação e à avaliação de políticas públicas neste setor.

Note-se que o STF constrói bases para os direitos humanos – suas garantias e meios de exercício – ao firmar que a duração prolongada e irrazoável da prisão cautelar de uma pessoa ofende o postulado da dignidade da pessoa humana, caso em que o argumento central do Tribunal é a altanaria do princípio constitucional da dignidade (citando o *Habeas Corpus* 98.878).

Demanda-se o STF a fim de se fazer cumprir a Constituição e garantir um mínimo de dignidade às pessoas presas em estabelecimentos prisionais diversos. Ainda mais porque, como antes referido, as práticas levadas a efeito pelo Poder Judiciário, especialmente, por meio de suas decisões, elucidam elementos potencialmente empregáveis como matéria-prima de políticas públicas e "acenam para onde devem se orientar as ações, institucionalmente, coordenadas dos demais Poderes" (MACHADO; SANTOS, 2018).

A Corte vem registrando que o descumprimento, por parte do Estado, das obrigações que lhe foram circunscritas pela legislação não pode ressoar, de modo negativo, na esfera de direitos dos presos. De se memorar, em julgado cujo entendimento foi ultrapassado, o caso em que o apenado, mesmo dotado do direito subjetivo de iniciar o cumprimento da pena em regime semiaberto, porque assim consignado na sentença, deveria aguardar, em presídio (regime fechado), a superveniência de vaga em colônia agrícola – estabelecimento adequando ao regime que lhe fora determinado (é o caso do HC 93.596).

Certo é que, em virtude da dignidade da pessoa humana e do espírito ressocializador das penas (segundo a Lei de Execução Penal), vislumbrou-se o direito da pessoa presa de não sofrer, durante a execução da pena, "tratamento cruel e degradante, lesivo à sua incolumidade moral e física e, notadamente, a sua essencial dignidade pessoal" (RE 641.320).

Tanto assim que o julgamento da demanda resultou na Súmula Vinculante 56, cujo verbete enuncia a tese de política pública de que "a falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso". Como política pública penitenciária, entende o STF que, na ocasião em que houver déficit de vagas, deverão ser determinados: "a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; a liberdade eletronicamente monitorada; o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado que progride ao regime aberto" (RE 641.320).

Daquele julgado, resultou – como política pública – a instituição do Cadastro Nacional de Presos que, em conjunto com a formação de Centrais de Monitoração Eletrônica e Penas Alternativas, visa regular oferta de trabalho e de estudo às pessoas presas, tudo a promover, em alguma medida, "a concretização da dignidade dos reclusos" (MACHADO; SANTOS, 2018).

Resta sumulada a impossibilidade de excesso de execução penal, esboçando-se o dever de o Estado-Juiz, em havendo déficit de vagas nos estabelecimento, adotar medidas alternativas, "consentâneas com as particularidades do caso concreto", exemplificadas como (i) a saída antecipada dos apenados que cumprem regimes menos graves ou os mais antigos; (ii) a concessão de liberdade eletronicamente monitorada; (iii) o cumprimento de

Santos, Rafael Seixas. Sobre alternativas à crise de direitos fundamentais no sistema prisional brasileiro: da legitimidade da apropriação de elementos jurisprudenciais pelo universo das políticas públicas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 198. ano 31. p. 303-321. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2023. DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v198i198.47].

penas restritivas de direito e/ou a faculdade de estudo, para aquele que progrediu ao regime aberto; (iv) ou mesmo a concessão de prisão domiciliar, até que seja implantada estrutura para aplicação das demais providências (nesse sentido, reiterado no AgRg na Rcl 40.761).

Em tantos outros episódios, o poder público, alegando deficiências estruturais do sistema penitenciário, inviabiliza, materialmente, o cumprimento das consignações da Lei de Execução Penal (LEP). Este cenário, de inadimplemento patente de obrigações, tem sido apaziguado, ainda que pontualmente, por determinações do Judiciário, para o escorreito desempenho de ações pelo Estado que – privilegiando o diálogo entre poderes – deve institucionalizar os elementos das reiteradas decisões judiciais para a formulação de políticas (já consignadas nos planos e na dogmática penal) que promovam um aumento das condições de exercício da dignidade nos instrumentos vocacionados ao cumprimento de pena.

Ora, como já referido pelo Tribunal em julgado acerca da possibilidade do desenho, ainda que rascunhado, de políticas públicas por parte da função Judiciária do Estado, a ação judicial, notadamente, na Corte Excelsa, é concebida para afiançar recursos financeiros mínimos a serem aplicados necessariamente nas ações e nos serviços públicos, em alicerces adequados e convenientes. Em emblemático julgamento neste sentido (MC na ADPF 45), restou consignado que a ação constitucional é instrumento idôneo e apto a viabilizar a materialização de políticas públicas, quando, preditas no texto da Constituição, sejam descumpridas pelas instâncias governamentais competentes.

A atribuição conferida ao Supremo Tribunal Federal, de reconduzir do lápis do desenho das políticas ao gabarito projetado pela Constituição Federal, decorre da própria dimensão política da jurisdição constitucional, incumbência de que não se pode exonerar a Corte, tendo em vista a substanciosa missão de tornar efetivos os direitos fundamentais, em especial, dos presidiários, sob pena de o poder público, por violação da Constituição, danificar a integridade da própria ordem constitucional, de forma inaceitável na democracia brasileira.

De fato, repita-se, o mister da formulação e, por consentâneo, da implementação de políticas públicas, não consta do rol de atribuições institucionais da função judicante – ao menos não ordinariamente. No entanto, o encargo, como visto, recai sobre o bastião do Judiciário quando as instâncias competentes descumprem os mandatos político-jurídicos sobre si incidentes, sempre no trato da integridade no plano da eficácia de direitos de ordem constitucional (KRELL, 2002).

Rememore-se a ação que veicula parte significativa das discussões sobre direitos fundamentais da população prisional que cautelarmente após o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro (MC na ADPF 347) (como destacado em campos, 2015).

No tocante ao reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional enquanto um paradigma autorizativo da opção pela interação entre os Poderes constituídos, veja-se que o dogma partiu do Judiciário, quando poderia ter sido estandardizado em qualquer processo decisório dos demais Poderes da República.

Santos, Rafael Seixas. Sobre alternativas à crise de direitos fundamentais no sistema prisional brasileiro: da legitimidade da apropriação de elementos jurisprudenciais pelo universo das políticas públicas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 198. ano 31. p. 303-321. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2023.
DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v198i198.47].

Aquela ação, além de determinar providências, recomendou a aplicação das medidas cautelares alternativas à privação de liberdade; endossou a obrigatoriedade da realização das audiências de custódia e determinou que se reconheça, no âmbito do Judiciário, que as penas privativas de liberdade têm sido cumpridas sob condições mais austeras do que as legalmente admitidas (MACHADO; SANTOS, 2018).

Caberia, ao STF, segundo a fundamentação dos pedidos da ADPF, deliberar sobre o citado plano nacional específico, para "homologá-lo ou impor medidas alternativas ou complementares [...] para a superação do estado de coisas inconstitucional", bem como "determinar ao governo de cada Estado e do Distrito Federal que formule e apresente ao STF, no prazo de 3 (três) meses, um plano estadual ou distrital, que se harmonize com o Plano Nacional homologado" (ANDRADE; TEIXEIRA, 2016).

Assim, como se vê, é plausível a obtenção, em precedentes do STF, de elementos pertinentes para a referida construção de políticas públicas pelos agentes públicos, ainda mais em virtude do processo catalizador e simplificador de execução – via hermenêutica judicial – pelo qual passam as referidas políticas.

Na ocasião, registrou-se lícita a imposição à Administração Pública da obrigação de fazer reformas e obras nos estabelecimentos prisionais, eis que a posição de supremacia que assume a dignidade da pessoa humana, no quadro carcerário nacional, legitima a intervenção judicial, inclusive, por meio da determinação da elaboração de políticas públicas cujos elementos já restam escritos na Carta Constitucional e no próprio *decisum* do Tribunal.

Ora, acerca da possibilidade de o Poder Judiciário determinar obras em estabelecimentos prisionais, com o fito de assegurar os direitos fundamentais dos apenados rememore-se, por todos, o Tema 220 da repercussão geral (RE 592.581). Oportuno é colacionar trecho do voto do Ministro Roberto Barroso, proferido no julgamento daquele recurso:

> [...] eu não acho – e penso que nenhum de nós ache – que o Poder Judiciário tem melhores capacidades institucionais para reformar o sistema penitenciário do que o Poder Executivo, porque nós não temos, o Judiciário não tem a visão sistêmica das demandas e o Judiciário normalmente é preparado para fazer micro justiça, a justiça do caso concreto, com muita dificuldade de avaliar impactos sistêmicos das suas decisões pontuais. Em um modelo ideal, quem tem que tomar essas decisões e implementá-las é o Poder Executivo. Portanto, gostaria de deixar claro que a decisão do Ministro Lewandowski, à qual estou aderindo, não significa uma pretensão do Judiciário de governar o mundo, nem de ser ele próprio o elaborador de políticas públicas, não só porque seria problemático do ponto de vista da legitimidade democrática, como também porque nós não somos melhores do que os técnicos do Executivo para lidar, por exemplo, com questões penitenciárias."

Em via de anotar mais um componente para reflexão, registre-se que o presente texto não considera que o Judiciário possua vantagens ou capacidades extraordinárias para reverter, de modo mais contundente, o quadro calamitoso do sistema penitenciário do que

o Poder Executivo – referido entendimento também é esposado pelo STF, no seu exercício judicante diário.

No mesmo sentido, de linha exemplificativa, pode-se extrair pequeno trecho do voto condutor de uma outra ADPF sobre o caso instalado nos presídios domésticos – em que, apenas no julgamento das medidas cautelares pleiteadas, já foi construída judiciosa lição de direitos fundamentais e políticas públicas. A Corte esposou uma atraente argumentação, no que concerne à afirmação da viabilidade da dignidade como fundamento: na hipótese, entendendo-se a relevância da impopular pauta dos direitos fundamentais das pessoas presas, as quais consideramos parte de um grupo socialmente estigmatizado (BECKER, 2008), buscou-se a dignidade para deferir algumas das medidas cautelares, consistentes na liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional e na realização de audiências de custódia (MC na ADPF 347).

Ainda, no tocante ao quadro alarmante dos presídios brasileiros e da consequente violação dos direitos dos presos, autorizou-se, pelos mais diversos argumentos – devidamente esposados no julgamento das cautelares – a ampla evocação da dignidade como fundamento para a decisão da implementação e de correção de políticas públicas, quando presentes elementos concretos, construídos no próprio texto, para a prática.

Daquele arcabouço de temas direcionados à proteção e à tutela de direitos fundamentais dos presos, percebe-se o hodierno desenho de um desafio político-institucional lançado a partir da ideia de Estado Moderno, mas com a intenção de superá-lo (o que reconduz a HABERMAS, 2010).

É que a omissão estatal violadora de direitos fundamentais dos presidiários como decorrência do baixo capital político que tal grupo é capaz de produzir é consentânea com a inaudível voz no Legislativo quando, em verdade, privilegiar a importância da atitude positiva na prestação e na promoção dos seus direitos, como outrora sustentado, é medida que se impõe. Veja-se que é:

> "Ele [o povo] tem o direito de ser tratado com a atitude que estes debates pressupõem e refletem – um direito de ser tratado como ser humano cuja dignidade importa fundamentalmente. Esse direito mais abstrato – o direito a uma atitude – é o direito humano básico."[6] (DWORKIN, 2011, p. 335.)

Entretanto, como se encampa o esteio da dignidade, a balizar a ação pública concernente a garantir um nível ao menos básico de existência dos apenados, enquanto arrestados, tem-se que as condições políticas geradas pela representação da população encarcerada não se podem impor como obstáculos intransponíveis para o exercício de seus direitos.

6. Tradução do original: "They [the people] have a right to be treated with attitude that these debates presuppose and reflect – a right to be treated as human being whose dignity fundamentally matters. That more abstract right – the right to an attitude – is the basic human right." (DWORKIN, 2011, p. 335.)

Santos, Rafael Seixas. Sobre alternativas à crise de direitos fundamentais no sistema prisional brasileiro: da legitimidade da apropriação de elementos jurisprudenciais pelo universo das políticas públicas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 198. ano 31. p. 303-321. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2023. DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v198i198.47].

Referidas condições devem ser encaradas como mecanismos pelos quais se formam seus direitos e as relações de verdade (FOUCAULT, 2001) subjacentes, na medida em que a tais condições desfavoráveis se deve acrescentar a ideia jurisprudencial do jurídico, já que a juridicidade das políticas públicas não tem ordinariamente se desincumbindo do ônus de justificar a ação estatal contramajoritária (Sorto, 2004).

Assim, o Tribunal constrói bases para os direitos fundamentais das pessoas presas, suas garantias e meios de exercício, campo em que a demanda por políticas públicas juridicamente legitimadas é latente. Isto considerando-se que as condições políticas geradas pela representação da população encarcerada não se podem impor como obstáculos intransponíveis para o exercício de seus direitos. É que, por meio deste imbricado exercício – de verificar expressões jurisprudenciais – que se delineiam elementos construtores de um conceito operacional de dignidade do preso que, ao se comportar como uma verdade jurídica pode, como visto, assumir o condão de auxiliar a ação pública nesta seara.

5. Conclusões

A proposição de que a produção jurisprudencial atinente aos direitos fundamentais dos presidiários produz elementos válidos à consecução ou, mesmo, de correção de políticas públicas pressupõe a concepção de que a institucionalização daquele discurso (jurídico) favorece a formação de um quadro estabilizador de conceitos operacionais empregáveis pela agenda estatal.

A tarefa de robustecer que a jurisprudência do STF, como fórmula de amparo aos direitos fundamentais dos encarcerados, intentou elucidar a existência – e a empregabilidade – de elementos-chave para a ação pública, considerando-se o seu caráter holístico, cada vez mais conexo com matizes de juridicidade provenientes, inclusive, da processualística que circunda a atividade dos tribunais em geral.

A encampação jurisprudencial da defesa dos direitos de camadas da população excluídas dos processos decisórios ordinários consubstancia plano de sustentação dos direitos de liberdade, de cidadania, de autonomia, enfim, de direitos fundamentais – como supedâneo para a formulação de políticas públicas, sobretudo de cunho constitucional, quando se leva em consideração a hermenêutica constitucional.

Nota-se, de alguns julgados representativos, que a jurisprudência tende a amalgamar-se como plataforma de composição das políticas públicas – resultantes de padrões de comportamento, valorativos e recorrentes, posto que constitucionalmente assistidos. Nesse sentido, de se afirmar que a admissão de vetores principiológicos e políticos na jurisprudência é capaz de lhe adjudicar algum grau de legitimação que favorece a sua instrumentalização.

O instrumentalismo judicante, ao consentir a sua institucionalização, cultiva a percepção do direito como arena reflexiva, pertencente ao universo social em que se insere. A interpretação institucional do componente jurídico do corpo social é produtora de

precedentes e, por isso, é mecanismo de assimilação da força simbólica que se encontra imbricada nas políticas públicas.

Para tanto, a ação decisória das autoridades judiciárias deve ser interpretada como uma tecnologia de aclaração dos elementos construídos para a adequação do tecido social, que vê no adorno principiológico do processo um dos seus elementos de legitimação. Esta racionalidade é amparada por determinados institutos fundamentais, entre os quais se destacam os aparelhos peculiares da ação estatal (tais como as políticas públicas), que desvelam, no campo judicial, a sua maior aplicabilidade.

Ao se verificar que o Tribunal Constitucional alicerça seus julgados, muitas vezes, em argumentos não representativos e contramajoritários, denota-se que a instituição se ocupa de trabalhar no aplainamento dos direitos fundantes, constitucionalmente postos. A Corte arquiteta alicerces para os direitos fundamentais dos presidiários, ao promover a "constitucionalização simbólica" das políticas públicas nos casos analisados, fundamentando que a dignidade é um "valor-fonte" de todo o ordenamento constitucional e, assim sendo, deve ser invocada na defesa de qualquer direito humano, dada a posição central e da essencialidade do instituto.

Assim agindo, a Corte encampou a tese de que a dignidade humana, como basilar fundamento dos direitos da população carcerária, é um princípio constitucional supremo, erigindo, para tanto, o conceito operacional a um imperativo de índole cogente (HABERMAS, 2010).

Verificou-se, portanto, que alguns elementos construtores de um conceito operacional de dignidade do preso são propensos a ostentar uma aparelhagem capaz de facilitar a análise, a formulação e, eventualmente, a correção de políticas públicas nesta messe. Com isso, amalgamou-se uma argumentação para o emprego da jurisprudência como um elemento adicional na análise de políticas públicas setorizadas.

6. Referências

ANDRADE, Bruno Araújo de; TEIXEIRA, Maria Cristina. O Estado de Coisas Inconstitucional – Uma análise da ADPF 347. *Revista do Curso de Direito*, São Paulo, v. 13, n. 13, p. 85-121, 2016.

BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, n. 13, p. 17-32, 2009.

BECKER, Howard S. *Outsiders* – Estudos de Sociologia do Desvio. 1. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

BENDA, Ernst. The protection of human dignity (article 1 of the Basic Law). In: *SMU Law Review*, v. 53, 2000.

BERCOVICI, Gilberto. *Constituição econômica e desenvolvimento*: uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005.

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Trad. Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Difel, 1989.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Da inconstitucionalidade por omissão ao "Estado de Coisas Inconstitucional"*. 2015. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015.

DWORKIN, Ronald. Hard Cases. *Harvard Law Review*, Massachusetts, v. 88, n. 06, p. 1057-1109, abr.1975.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério.* Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. *Justice for hedgehogs*. Cambridge, MA/London: Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

ESPING-ANDRESEN, G. *Social foundations of postindustrial economies*. New York: Oxford University Press, 1999.

FLIGSTEIN, Neil. Social skill and institutional theory. *American behavioral scientist*, v. 40, n. 4, p. 397-405, 1997.

FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: Nau, 2001.

GOODIN, Robert E (Ed). *The theory of institutional design.* Cambridge: Cambridge University Press, 1996.

GOUGH, Ian. Welfare regimes: On adapting the framework to developing countries. Discourse: *A Journal of Policy Studies*, v. 3, n. 1, p. 1-18, 1999.

HABERMAS, Jürgen. The concept of human dignity and the realistic utopia of human rights. In: *Metaphilosophy*, v. 41, n. 4, jul. 2010.

HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms.* Cambridge, Polity, 1997.

HERRERA FLORES, Joaquín. *A (re)invenção dos direitos humanos.* Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

HESS, Heliana Maria Coutinho. Ativismo judicial e controle de políticas públicas. *Revista SJRJ*, Rio de Janeiro, v. 18, n. 30, p. 257-274, 2011.

KRELL, Andreas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha*, Porto Alegre: Fabris, 2002.

LASCOUMES, Pierre; LE GALÈS, Patrick. A ação pública abordada pelos seus instrumentos. *Revista Pós Ciências Sociais*, v. 9, n. 18, 2012.

LUTZ, Ellen L.; SIKKINK, Kathryn. International human rights law and practice in Latin America. In: *International Organization*, v. 54, n. 3, p. 633-659, 2000.

MACHADO, Bruno Amaral; SANTOS, Rafael Seixas. Constituição, STF e a política penitenciária no Brasil: uma abordagem agnóstica da execução das penas. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 8, n. 1, p. 89-112, 2018.

MASSA-ARZABE, Patrícia Helena. Dimensão jurídica das políticas públicas. In: *Políticas públicas* – Reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

MAIA, Gretha Leite; MAUS, Ingeborg. *O Judiciário como superego da sociedade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2010; *Revista Jurídica Cesumar Mestrado*, Rio de Janeiro, v. 15, n. 1, p. 287-291, 2015.

NAPOLI, Paolo. *Naissance de la police moderne* – Pouvoir, normes, société. Paris: La Découverte, 2012.

NORTH, Douglas C. *Institutions, institutional change and economic performance*. Cambridge, Cambridge University Press, 1990.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Para uma revolução democrática da justiça.* São Paulo: Cortez, 2007.

SANTOS, Rafael Seixas; VARELLA, Marcelo Dias. Uma análise conceitual da dignidade como fundamento dos direitos humanos e sua invocação em decisões do STF e da CIDH. *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, v. 14, n. 19, p. 171-194, 2016.

SARAVIA, Enrique; FERRAREZI, Elisabete (Orgs.). *Políticas públicas* – Coletâneas. Brasília: ENAP, 2007. v. 1.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SCHMITT, Carl. La tiranía de los valores. *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, n. 115, p. 65-82, 1961.

SEN, Amartya. *Development as freedom.* New York: Alfred A. 1999.

SERVERIN, Évelyne. Juridiction et jurisprudence: deux aspects des activités de justice. In: *Droit et Société*, 25, p. 339-349, 1993.

SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. *Direitos sociais*: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SORTO, Fredys Orlando. Montesquieu: o espírito geral das leis e o mito da separação dos poderes. *Verba Juris*, ano 3, n. 3, jan.-dez. 2004.

SUNSTEIN, Cass. *A Constitution of many minds*: why the founding document doesn't mean what it meant before. New Jersey: Princeton University Press, 2009.

7. Legislação

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: [https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/constituicao1988].

BRASIL. STF, AgRg na Rcl 40.761/SP, rel. Min. Cármen Lúcia, Red./ac. Min. Edson Fachin, 2ª T., j. 29.06.2020, DJe 24.07.2020.

BRASIL. STF, MC na ADPF 347, rel. Min. Marco Aurélio, TP, j. 09.09.2015. DJe-031 – Divulg. 18.02.2016 – Public. 19.02.2016.

BRASIL. STF, RE 592.581, rel. Min. Ricardo Lewandowski, TP, j. 13.08.2015, Acórdão Eletrônico Repercussão Geral, Mérito DJe-018 – Divulg. 29.01.2016 – Public. 01.02.2016.

Santos, Rafael Seixas. Sobre alternativas à crise de direitos fundamentais no sistema prisional brasileiro: da legitimidade da apropriação de elementos jurisprudenciais pelo universo das políticas públicas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 198. ano 31. p. 303-321. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2023. DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v198i198.47].

BRASIL. STF, HC 98.878, rel. Min. Celso de Mello, 2ª T., j. 27.10.2009, DJe-218 – Divulg. 19.11.2009 – Public. 20.11.2009 – Ement. v. 02383-02, p. 00413; Revista dos Tribunais, v. 99, n. 892, p. 552-557, 2010; LEXSTF v. 31, n. 372, p. 510-518, 2009.
BRASIL. STF, HC 93.596, rel. Min. Celso de Mello, 2ª T., j. 08.04.2008, DJe-081 – Divulg. 06.05.2010 – Public. 07.05.2010 – Ement. v. 02400-02, p. 00335.
BRASIL. STF, MC na ADPF 45, rel. Min. Celso de Mello, j. 29.04.2004, DJ 04.05.2004, p. 00012; RTJ, v. 00200-01, p. 00191.

PESQUISAS DO EDITORIAL

ÁREAS DO DIREITO: Processual; Penal; Direitos Humanos

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- Comentário ao acórdão: o papel do poder judiciário na implementação de políticas públicas instituídas pela Constituição e não efetivadas pelo Poder Público, de Daniela Costa Soares Mattar – *RDCI* 134/49-58;
- Compromisso de ajustamento de conduta: construção de uma política pública para a garantia do direito fundamental à higiene menstrual no cárcere, de Luiz Manoel Gomes Junior e Rafaela Cândida Tavares Costa – *RT* 1052/157-174;
- Possibilidade de controle judicial de políticas públicas no âmbito do sistema carcerário brasileiro, de Mariana Vargas Fogaça – *RT* 1036/143-155; e
- Sistema prisional e direitos humanos no Brasil: a (in)gestão política em tempos de pandemia por Covid-19, de Bruno Truzzi, Carolina Piccolotto Galib e Luis Renato Vedovato – *RBCCrim* 195/187-218.

SANTOS, Rafael Seixas. Sobre alternativas à crise de direitos fundamentais no sistema prisional brasileiro: da legitimidade da apropriação de elementos jurisprudenciais pelo universo das políticas públicas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 198. ano 31. p. 303-321. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2023. DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v198i198.47].

Denúncia criminológica do discurso de justificação do genocídio negro e indígena difundido pela historiografia brasileira do século XIX

Criminological denunciation of the discourse of justification of black and indigenous genocide spread by the Brazilian historiography of the 19th century

Salah Hassan Khaled Junior

Doutor e mestre em Ciências Criminais (PUC/RS). Mestre em História (UFRGS). Especialista em História do Brasil (FAPA). Possui graduação em Ciências Jurídicas e Sociais (PUC/RS) e graduação em História (FAPA). Professor associado da Universidade Federal do Rio Grande – FURG.
Lattes: [http://lattes.cnpq.br/6155872393221444].
ORCID: [https://orcid.org/0000-0003-4918-1060].
salah.khaledjr@gmail.com

Luciano Góes

Doutorando em Direito na Universidade de Brasília (UnB). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC/2015) e graduado em Direito pela Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL/2012). Professor do curso de Pós-Graduação (*lato sensu*) da Faculdade CESUSC e do curso de Especialização em Direitos Humanos e Contemporaneidades da Universidade Federal da Bahia (UFBA). Integrante do Instituto Brasileiro de Criminologia Cultural
Lattes: [http://lattes.cnpq.br/6620359831455900].
ORCID: [https://orcid.org/0000-0002-6033-4964].
lucianogoesadvs@gmail.com

DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v198i198.319].

Recebido em: 16.08.2022
Aprovado em: 06.06.2023
Última versão dos autores: 18.06.2023

Áreas do Direito: Penal; Fundamentos do Direito

Resumo: Este artigo está situado na denúncia feita por Wayne Morrison sobre a omissão da Criminologia em retratar os genocídios cometidos nos últimos séculos, bem como na

Abstract: This article is based on the claim made by Wayne Morrison about the failure of Criminology to portray the genocides committed in recent centuries, as well as on the

problematização proposta por Zaffaroni sobre essa questão, que envolve o emprego das teorias de "técnicas de neutralização" propostas por Sykes e Matza para elucidar as motivações, racionalizações e ideologias relacionadas a genocídios. Com base nessas premissas, a análise enfrenta as narrativas de justificação do genocídio desenvolvidas no âmbito da atuação do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro (IHGB) em três fontes primárias: *Como escrever a história do Brasil*, de Karl Friedrich von Martius (1844), *História geral do Brasil*, de Francisco Adolpho Varnhagen (1854) e *Porque me ufano de meu país*, de Afonso Celso (1900). A metodologia empregada é de revisão bibliográfica conjugada com análise de discurso. Ao final do texto, foi possível sustentar que a historiografia do século XIX produziu uma narrativa que almejou a construção de uma identidade nacional mediante a neutralização da responsabilidade e a legitimação do genocídio colonial.

Palavras-chave: Criminologia global – Historiografia – Racismo – Genocídio – Técnicas de neutralização.

problematization proposed by Zaffaroni on this issue, which involves the use of theories of "neutralization techniques" proposed by Sykes and Matza to elucidate the motivations, rationalizations, and ideologies related to genocide. Based on these premises, the analysis faces the narratives of justification of genocide developed within the scope of the the Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro (IHGB) in three primary sources: How to write the history of Brazil, by Karl Friedrich von Martius (1844), General History of Brazil, by Francisco Adolpho Varnhagen (1854) and Because I am proud of my country, by Afonso Celso (1900). The methodology used is a literature review combined with discourse analysis. At the end of the text, it was possible to sustain that the historiography of the 19th century produced a narrative that aimed to construct a national identity through the neutralization of responsibility and the legitimation of colonial genocide.

Keywords: Global criminology – Historiography – Racism – Genocide – Neutralization techniques.

Sumário: 1. Introdução. 2. Fragmentos apagados por um genocídio – O legado colonial e o problema da constituição da nação. 3. Como se deve escrever a história do Brasil – O advento da mitologia das "três matrizes" e a justificação do genocídio. 4. A História geral do Brasil de Francisco Adolpho de Varnhagen – A cristalização da ocultação do projeto genocida colonial. 5. Porque me ufano de meu país – O verde-amarelismo encobre o genocídio colonial. 6. Considerações finais. 7. Referências.

1. Introdução

Em *Criminology, civilisation and the new world order*, 2006, Wayne Morrison denuncia o fato de que a Criminologia do "centro" pouca ou nenhuma atenção reservou aos genocídios praticados em grande escala durante os últimos séculos, algo que uma Criminologia verdadeiramente "global" deve corrigir. Morrison aponta que a Criminologia é um discurso extremamente unilateral, construído em torno de um mundo de fatos politicamente delimitado, que não incluiu os genocídios e produziu uma espécie de *apartheid* criminológico. O autor propõe um amplo conceito criminológico de genocídio e apresenta uma expressiva

relação de crimes massivos praticados nos séculos XIX e XX, na qual figura com destaque o neocolonialismo europeu. Também enfatiza que parte significativa das justificativas para genocídios, colonialismos e imperialismos sempre consiste na retratação de selvagens colonizados como seres inferiores e afirma que os próprios Estados se formaram por meio de processos violentos, pelos quais os Estados dominaram outros Estados ou sociedades cometendo crimes de Estado. Os autores desses crimes podem estar mortos, mas, muitas vezes, são retratados pela história como heróis e são honrados com nomes de ruas e monumentos.

No curso de uma análise do livro de Wayne Morrison, Eugenio Raúl Zaffaroni aponta que as técnicas de neutralização (MATZA; SYKES, 1964) utilizadas por genocidas remetem a teorias, intelectuais e meios de difusão dessas ideologias, que devem ser objeto de atenção da Criminologia, especialmente, daquela localizada na "periferia". Para Zaffaroni, uma Criminologia global deve ser capaz de permanentemente conduzir uma crítica ideológica (2012). O autor aponta que "nenhum crime de Estado é cometido sem ensaiar ou contar com um discurso justificativo bastante bem elaborado com base em alguns elementos reais" (ZAFFARONI, 2012, p. 10).

Nesse sentido, o presente artigo assume como inspiração a questão levantada por Morrison e explorada por Zaffaroni, consistindo em uma análise e denúncia das narrativas de legitimação do projeto genocida colonial que podem ser encontradas na historiografia oitocentista brasileira, no sentido de que elas fazem parte de um alicerce narrativo que continua a produzir imagens de controle social que responsabilizam a população negra pela criminalidade e a violência, bem como subalternizam a cultura negra e indígena, ressuscitando os racismos que legitimaram o colonialismo. Portanto, embora o discurso tenha sido produzido no Brasil Império como uma justificativa retrospectiva do genocídio colonial e uma legitimação da continuidade da escravidão, ele ainda circula na cultura contemporânea, continuando a fixar uma memória que anula o genocídio passado e perpetua a desigualdade presente.

A análise tem como objeto uma problematização contextualizada das três fontes primárias que foram essenciais para a fundação da identidade nacional brasileira, eco da pretensa universalidade branca, pela intelectualidade da época, no âmbito da atuação do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro (IHGB): *Como escrever a história do Brasil*, de Karl Friedrich von Martius (1844), *História geral do Brasil*, de Francisco Adolpho Varnhagen (1854) e *Porque me ufano de meu país*, de Afonso Celso (1900)[1].

1. Evidentemente, Martius, Varnhagen e Afonso Celso não foram os únicos autores que enfrentaram questões étnico-raciais no Brasil do século XIX e início do século XX. Gobineau, Sílvio Romero, Nina Rodrigues e outros o fizeram a partir de diferentes pontos de vista e com outras conclusões, sendo de Gilberto Freyre a interpretação mais influente sobre a questão, por causa do seminal *Casa-grande e senzala*. Este artigo não tem a intenção de fazer uma abordagem exaustiva sobre a retratação étnico-racial feita pela intelectualidade do período indicado, restringindo o seu foco de análise aos discursos de justificação genocida no âmbito das narrativas nacionais desenvolvidas por intelectuais vinculados ao Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro, cuja missão nos 800 consistiu em inventar

A opção pelo tratamento conjunto dos textos referidos relaciona-se à existência de um fio de continuidade entre os propósitos que levaram à fundação do IHGB, o guia para escrita da história nacional de Martius e a concretização de tais ideais pelo grande relato da nacionalidade de Varnhagen, cujos ideais são reafirmados na obra de Afonso Celso. Os três textos consistem em uma narrativa de justificação do genocídio que não contrariou os valores que eram "dominantes" e, sim, pretendeu reforçá-los, retratando genocídios colonialistas como empreendimentos civilizatórios (ver ZAFFARONI, 2012, p. 11).

A metodologia empregada é de revisão bibliográfica conjugada com análise de discurso. As questões discutidas ao longo do texto são problematizadas com base nos *insights* de Wayne Morrison, Eugenio Raúl Zaffaroni, nas técnicas de neutralização de David Matza e Gresham Sykes, nas linhas teóricas da historiografia pertinente aos textos eleitos como objeto do presente artigo e nas chaves compreensivas do pacto narcísico da branquitude, conforme desenvolvidas por Maria Aparecida da Silva Bento, bem como nas linhas críticas da intelectualidade negra recente.

Este artigo está dividido em quatro momentos distintos. No primeiro deles, é feita uma breve contextualização sobre o advento do Brasil Colônia e a emergência do Brasil Império, cujo foco consiste em questões ligadas aos problemas étnico-raciais que determinaram os rumos do país sobre sua formação identitária, marcada pelo genocídio indígena e negro e pelo destroçamento e apagamento da herança africana com fins de domínio do povo negro, estruturando um complexo sistema de controle da negritude brasileira, produzindo branqueamento, assimilação e alienação. No segundo momento, cujo contexto é conferido pelas discussões políticas sobre a abolição da escravatura e sobre os rumos da história nacional (e como ela deveria ser retratada), a análise é deslocada para *Como escrever a história do Brasil*, texto de Karl Friedrich von Martius que estabelece a ideologia das três matrizes raciais e a concomitante estratégia narrativa de ocultação do projeto genocida colonial. No terceiro, o foco é direcionado para a primeira *História geral do Brasil*, de Francisco Adolpho de Varnhagen, livro que consolida uma visão "oficial" e "estatal" da história do Brasil e conscientemente legitima o empreendimento colonial como um esforço civilizatório. Finalmente, o artigo é concluído com uma breve análise de *Porque me ufano de meu país*, de Afonso Celso, livro que em 1900 consolida narrativamente o pacto narcísico da branquitude, legitimando uma sociedade racista e autoritária na nascente República antinegra e apagando por completo os genocídios estatais da história[2].

---

um passado para a nascente nação que valorizasse a ancestralidade portuguesa e, ao mesmo tempo, estabelecesse uma identidade nacional brasileira, ocultando o projeto colonial genocida da história.

2. Neste artigo, são utilizados como referências específicas sobre o conteúdo das narrativas de Martius, Varnhagen e Afonso Celso autores contemporâneos que nas últimas décadas, no âmbito da historiografia, retrataram e analisaram as suas obras, como Nilo Odalia, José Carlos Reis, Temístocles Cezar, Manoel Luiz Salgado Guimarães e Arno Wehling. Para uma leitura mais abrangente sobre questões étnico-raciais no período, recomenda-se a leitura de intelectuais que discutiram questões raciais no contexto brasileiro, como Lilia Schwarcz, Francisco Bethencourt, Renato Ortiz e Antônio Sérgio Alfredo Guimarães.

2. Fragmentos apagados por um genocídio – O legado colonial e o problema da constituição da nação

O primeiro trecho deste artigo visa estabelecer e retratar o contexto histórico que precede e em torno do qual se mostrou necessária a invenção da identidade nacional brasileira no século XIX, no âmbito do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro (IHGB), fundamentalmente por três autores: Martius, Varnhagen e Afonso Celso.

Nesse sentido, é fundamental verificar quais foram os fatores que concorreram para o advento da historiografia brasileira dos oitocentos e para o conteúdo dos discursos de justificação que ela desenvolveu no âmbito do IHGB. Uma genealogia detalhada da colonização, do extermínio genocida da população nativa e do sequestro de outra população inteira da África não seria compatível com os limites e os propósitos do presente artigo. No entanto, alguns elementos que precedem o desafio com o qual se deparou a intelectualidade branca do século XIX e que a levaram a adotar uma série de estratégias de justificação de violências certamente merecem alguma atenção para que possa ser estabelecida a necessária contextualização. Essa é uma etapa necessária para uma análise do conteúdo das narrativas elaboradas sob a perspectiva das técnicas de neutralização empregadas por seus autores para justificar as atrocidades cometidas no curso do empreendimento colonial português.

Pensar criticamente sobre a invenção – e não sobre o descobrimento – do Brasil exige um comprometimento com o desmascaramento do "conto de fadas" branco, sob o qual se tentou ocultar a história por trás das múltiplas violências desumanizantes (genocídios, sequestros, epistemicídios, estupros e tantas outras), ou seja, uma postura muito diferente daquela encontrada na narrativa desenvolvida nos oitocentos, que pode ser definida como um exercício de legitimação do esforço colonizador e espoliador genocida português.

A América não estava à espera de Colombo, assim como o Brasil não estava à espera de Cabral. Como aponta Morrison dialogando com Carl Schmitt (2019, p. 3):

> "Do ponto de vista do descoberto, a descoberta como tal nunca foi legal [...] Descobertas foram feitas sem autorização prévia do descoberto. Assim, o título legal das descobertas residia em sua superior legitimidade. Elas só poderiam ser feitas por povos intelectualmente e historicamente avançados o suficiente para apreender o descoberto devido ao seu conhecimento e consciência superiores."

Problematizando essa perspectiva, é possível dizer que a dominação também foi epistêmica e os colonizados lutaram por sua liberdade contra a epistemologia que pretendia que eles se tornassem o que os colonizadores os "conheciam" ser (MORRISON, 2020). O Brasil é uma criação dos conquistadores europeus (CHAUI, 2001, p. 57), que resultou de uma imposição violenta de significado. Essa violência epistêmica fundadora atribuiu ao território que viria a ser inventado como América portuguesa e à população nativa subjugada um sentido muito particular, vinculado a diferentes tradições lusitanas que legitimaram o projeto genocida colonial como um empreendimento civilizatório, mas que consistia em uma

espoliação dos povos indígenas e do próprio território. Para além da erradicação cultural e da violência epistêmica, o sistema exportador instalado pelos portugueses combinava três variáveis, que foram constantes durante todo o período colonial e foram em grande medida mantidas mesmo depois da independência: a grande propriedade, a monocultura e o trabalho escravo.

Desde o princípio, a colônia foi constituída para atender aos propósitos de Portugal e compreendida e interpretada com base em chaves de leitura completamente alienígenas a ela. Como destaca Evaldo Cabral de Melo, o sentimento, no primeiro século de colonização (1532-1630), não era de originalidade, mas, sim, de orgulho pela lusitanidade da nova terra. O Brasil não era reconhecido por suas próprias características, mas como uma espécie de extensão da cultura portuguesa, localizada no além-mar. Couto aponta que os visíveis progressos alcançados no final do século XVI fizeram com que fosse considerado que a promissora província sul-americana era uma Nova Lusitânia ou um outro Portugal (1999, p. 48). O jesuíta Fernão Cardim afiançava essa afirmativa: "este Brasil já é outro Portugal." (MELO, 1999, p. 73.)

Logicamente, ainda que os portugueses pudessem ter essa compreensão, ela não condizia com a realidade concreta da colônia e com os mecanismos de extração das forças dos nativos implementados nela. Houve um deslocamento perverso de significado: inicialmente, os povos indígenas foram vistos como nativos belos e altivos, como gente inocente, que habitava as terras de Deus; depois passaram a ser vistos como coisas, que poderiam ser utilizadas para os mais diversos fins: o pragmatismo que movia a empreitada ultramarina impunha a apropriação produtiva e/ou o extermínio genocida de seus corpos.

A leitura jurídica sobre a condição dos nativos muito bem demonstra o deslocamento de sentido em questão. No que diz respeito ao aspecto objetivo, os nativos foram considerados inferiores aos conquistadores-colonizadores. Isso não chega a ser motivo de surpresa: obviamente, os infiéis não teriam o mesmo *status* que os crentes na verdade católica, mas tinham almas e, portanto, poderiam ser "salvos" pelos missionários que pregavam a ideologia cristã em tons de cruzada genocida. Já no aspecto subjetivo, alguém só era considerado sujeito de direitos quando estivesse na plena posse da vontade, da razão e dos bens necessários à vida, que eram seu corpo, sua liberdade e os bens móveis e imóveis que lhe pertenciam. Como é fácil perceber, as condições não eram preenchidas pelos povos indígenas, em razão de seu estado de "selvageria". Afinal, os nativos eram uma gente "sem fé, sem lei e sem rei". Com base nesse discurso, a inferioridade objetiva e subjetiva dos nativos deveria levar necessariamente ao reconhecimento de sua condição de escravos e, logo, à livre escolha da servidão voluntária – os colonizados se tornariam o que os colonizadores os "conheciam" ser, como referido anteriormente. Mas isso não ocorreu. Foi necessário utilizar a força para dominá-los e a escravidão se tornou um expediente imposto pelas armas. Com base nessa estrutura compreensiva perversa, foi construída uma justificativa epistêmica para ressurreição da escravidão (praticamente, abandonada desde a Antiguidade) no mundo moderno: a "modernidade" inicia no final do século XV, com a missão

"civilizatória" que sob pretexto da "cristianização" impõe a dominação colonial sobre populações "irracionais" (DUSSEL, 2016).

O ponto de vista dos colonizadores propriamente dito era mais pragmático e simples. Para eles, "os índios eram um gado humano, cuja natureza, mais próxima de bicho do que de gente, só os recomendava à escravidão" e ao intercurso sexual, como é bem sabido (RIBEIRO, 1995, p. 53). Com o desenvolvimento contínuo da colonização, os indígenas se tornaram intrusos em suas próprias terras. Despidos de sua identidade original e, posteriormente, aculturados pelos jesuítas, os indígenas convertidos ao catolicismo também não eram considerados iguais aos brancos (RIBEIRO, 1995, p. 72). Só lhes restava o limbo, o não ser, a crise existencial: eles se deitavam em suas redes e se deixavam morrer, como só eles têm o poder de fazer. Nas palavras de Ribeiro, "Morriam de tristeza, certos de que todo o futuro possível seria a negação mais horrível do passado, uma vida indigna de ser vivida por gente verdadeira" (RIBEIRO, 1995, p. 72). Sob o controle dos jesuítas, não eram considerados escravos, nem servos. Eram hereges sendo recuperados para si mesmos, supostamente em benefício de sua salvação eterna. No plano jurídico, seriam equivalentes a um homem livre, posto sob tutela, em condições semelhantes às de um órfão entregue aos cuidados de um tutor.

Eventualmente, a escravidão seria encerrada, mas não especificamente por causa da resistência indígena e das práticas genocidas em grande escala, ou da intervenção dos jesuítas. Como apontou Chaui, "o tráfico negreiro abria um novo e importante setor do comércio colonial, fundamental para a Metrópole" (2001, p. 66). Sendo assim, a perspectiva de lucro com o tráfico de escravos negros, cuja empreitada já se mostrava um sucesso por meio das colônias portuguesas nas ilhas de São Tomé e Cabo Verde, e a implantação de uma rede comercial triangular que unia Portugal, África e América teve relação com o fim "oficial" da escravidão indígena no Brasil, ainda que as "guerras justas" permanecessem, principalmente, nas regiões mais pobres, como São Paulo.

Um dos expedientes retóricos de justificação da introdução da escravidão negra no país que ainda persiste de modo difuso na cultura contemporânea é a suposta preguiça indígena, densificada na indisposição natural dos povos indígenas para o trabalho e na correspondente disposição dos negros para essa finalidade. Pelo direito objetivo, os negros eram considerados inferiores do mesmo modo, mas pelo direito subjetivo, os cativos entravam em cena pela faculdade de se dispor dos vencidos em guerra. Com isso, a partir da segunda metade do século XVI, "[...] o processo de aculturação foi enriquecido com o elemento africano, iniciando-se então a gradual simbiose entre as componentes euro-afro-americana que viria a moldar biológica e culturalmente a formação da sociedade brasileira" (COUTO, 1999, p. 65). De qualquer modo, deve ser levado em conta que Schwartz apontou que os negros eram mais capacitados para certas funções especializadas na lavoura, o que pode indicar que a argumentação não é inteiramente desprovida de fundamento (1988).

Quanto às bases da antinegritude brasileira, ela foi construída antes da invenção do Brasil, sobre uma política de inimizade racial, que programou um punitivismo salvacionista, de e sobre corpos negros. Esse contexto se desenvolveu na Península Ibérica, durante

a Guerra de Reconquista, com o livramento da terra santa de povos negros muçulmanos (mouros – dos quais deriva a palavra moreno), que estruturou a demonização e desumanização negras e um sistema de eliminação de suas insurgências.

A retórica de desumanização fundamentou a escravização africana, ratificada pela Igreja Católica, que concedeu as divinas bençãos cristãs, dinamizando domínio e punitivismo com base na defesa do poder racial que encarna a *necropolítica* como exigência de morte (não meramente física) no sistema colonial, fazendo do corpo negro seu *pharmakon* (MBEMBE, 2017, p. 82), estrutura objetificante que sustentou e enriqueceu o "velho mundo" e foi transplantada para o "novo mundo".

Como pode ser percebido, o empreendimento genocida português recaiu inicialmente sobre a população nativa. Posteriormente, a integração da matriz africana ao projeto colonial se expandiu indefinidamente, de modo que, no início do século XVIII, um terço da população brasileira era formada por escravos, a maior parte dos quais havia nascido na África. No entanto, apesar do seu grande número – e talvez até mesmo por causa dele –, os negros não eram considerados parte integrante, mas, sim, vistos como uma força de trabalho necessária, inimigos internos e uma ameaça em potencial (SCHWARTZ, 1999, p. 115). Eles eram simultaneamente considerados como um requisito para a viabilidade do empreendimento colonial e como um perigo latente, que deveria ser objeto de constante vigilância.

Os africanos não constituíam um grupo coeso: pelo contrário, caracterizavam-se pela pluriversalidade (RAMOSE, 2011), resultante de múltiplas cosmogonias inerentes à imensidão e complexidade do continente negro. Essa riqueza cultural foi explorada pelo colonizador branco para impedir insurgências, ainda nos tumbeiros, extirpando e destroçando as identidades matriciais pelo violento processo de anulação que integrava desterritorialização, desaculturação e apagamento das memórias, separação de comunidades, grupos sociais e famílias. A destruição de laços incluiu a separação de "coisas" que possuíam qualquer ligação ou proximidade linguística para que não houvesse possibilidade de comunicação e, portanto, organização (GÓES, 2016, p. 157). Nessa política de anulação da resistência negra, o imobilismo corpóreo era fundamental. O acorrentamento aniquilava as forças físicas em espaços de até um metro e meio de comprimento com até um metro de altura: "mão direita à perna direita, a mão esquerda à perna esquerda, e atrelados em colunas e longas barras de ferro" (JAMES, 2010, p. 22).

É na redução de povos africanos ao *status* de escravizados que encontramos a gênese da negritude brasileira, engendrada na construção de uma identidade negra diaspórica sob a feitura de laços alinhavados pela ancestralidade. A negritude se reconstituiu a partir dos pedaços e retalhos que puderam ser salvos, sobraram e resistiram, por diversas estratégias, ao processo imposto pelo batismo cristão coercitivo, legalizado nas Ordenações Filipinas, que vigoraram de 1603 até 1830.

A Igreja Católica e o cristianismo em geral atuaram como uma das (senão a) mais importantes agências de controle racial informal brasileira, pois, sob a perspectiva religiosa e a sua sanha salvacionista, o povo negro brasileiro acabou sendo tolhido de suas epistemes

ancestrais. Assim, como instrumento de controle da negritude brasileira, a ideologia cristã, fundamento do sistema de controle racial brasileiro, impôs a demonização das religiões de matrizes africanas. Não pela simples perspectiva da religiosidade imposta, mas como método de anulação política e combate aos quilombos incorporados pelos terreiros.

Foi por meio deles que todo o conhecimento filosófico africano, afrodiaspórico e afro-brasileiro encontrou lugar para potencializar a reconstituição da identidade negra, mediante espaços de resistência radical, compartilhamento e fortalecimento dos vínculos coletivos que fundamentam as matrizes do pensamento negro, que não só denuncia as violências vivenciadas cotidianamente, como constrói estratégias de combate e subversão da ordem racista nacional.

Com a formação de núcleos onde a negritude brasileira se estruturou em termos quilombistas, isto é, projetando a construção de uma democracia plurirracial (NASCIMENTO, 2002), calcada em valores civilizatórios africanos, houve rompimento com o pacto narcísico (BENTO, 2002) que esboçou a nação a partir de, e sobre, a geopolítica basilar do colonialismo com os quilombos. Assim, apesar de todas as violências e obstáculos enfrentados, o povo negro teve papel fundamental na formação do Brasil, inclusive com a elaboração do *pretuguês* (GONZALEZ, 1988) que vai disputar com a língua colonial/colonizante o campo linguístico brasileiro para sublinhar e firmar sua contribuição. Nesse sentido, é significativo observar que os negros, em um esforço singular, dominaram a língua portuguesa, ressemantizando-a e disseminando-a por todo o país: o tupi era mais utilizado do que o português até meados do século XVIII (RIBEIRO, 1995, p. 220). Portanto, a contribuição negra é gigantesca e extrapola a composição étnica da população, uma vez que também inclui aspectos filosóficos, jurídicos, políticos, sociais e culturais. Como indica Ribeiro, desgastados brutalmente na produção daquilo que não consumiam, aculturados pela erradicação de suas formas de organização originais, incorporados a uma matriz luso-indígena já em formação, mesmo assim, sobreviveram, e mais do que isso, se incorporaram e souberam resistir (1995). O povo negro sobreviveu a uma feitoria ultramarina que o degradava moralmente e o desgastava fisicamente. Seus membros homens foram usados como bestas de carga e as mulheres, como fêmeas animais, ao alcance das mãos brancas senhoriais para pôr em marcha o processo de branqueamento e mulatização, por meio do estupro. Ainda assim, foram participantes ativos da formação cultural brasileira (RIBEIRO, 1995).

A colonização propriamente dita se iniciou na terceira década do século XVI, com os primeiros esforços de ocupação do território. Como os portugueses vieram desacompanhados de mulheres brancas, também teve início o processo de miscigenação conhecido como *cunhadio*, o que levou ao surgimento de uma população mestiça. O cunhadio inseria os portugueses no sistema de parentesco ameríndio, integrando-os no universo familiar indígena na qualidade de "parentes" (RIBEIRO, 1995). Como pode ser observado, a população do Brasil Colônia era fundamentalmente mestiça. Nesse sentido, Schwartz aponta que, no século XVIII, talvez cerca de 40% da população fosse formada por pessoas de origem mista, a quem se depreciava e das quais se desconfiava, o que vale até para aqueles "brancos" que não tinham acesso ao *status* de elite e que eram considerados brancos

apenas por padrões ditos brasileiros. O marquês de Lavradio, funcionário da Coroa no Brasil, chegou a dizer que os "brancos" mal passariam por mulatos em Portugal (SCHWARTZ, 1999).

Certamente, era um cenário desafiador para um país que, posteriormente à Independência, pretendia constituir uma nação "civilizada" com base nos moldes europeus, ao mesmo tempo que não estava disposto a abandonar o modo de produção escravista e o genocídio ainda em curso no país. Para além disso, a própria elite não se identificava com o Brasil ou sentia-se brasileira. Nesse sentido, é importante o que expõem Jancsó e Pimenta:

> "os colonos de São Paulo, ao mesmo que tempo que se identificavam como paulistas, eram percebidos pelos espanhóis como portugueses, e assim se sentiam ao confrontá-los. Paulista, baiense ou pernambucano, significava ser *português* – ainda que uma forma diferenciada de sê-lo –, mas não *brasileiro* (1999, p. 137). Observadores estrangeiros consideravam, no início do século XIX, que "Brasil" era simplesmente a designação genérica das possessões portuguesas na América do Sul" (GRAHAM, 2001).

Foi dentro desse contexto que veio a ocorrer a independência do país, em 1822. Entre os propósitos que moveram a elite responsável pela independência do Brasil, destacam-se o desejo de evitar a recolonização por Portugal e a intenção de preservar uma sociedade hierarquizada e escravista. Havia muitos projetos políticos, mas a opção foi por aquele que traria a maior estabilidade e manutenção da ordem, o que garantiu a exclusão dos radicais e do próprio povo. Desse modo, apesar de alcançar a independência, o Brasil manteve o vínculo com Portugal. D. Pedro I preservava a ancestralidade portuguesa, por meio de um governante português e da dinastia de Bragança. Nesse sentido, como colocam Jancsó e Pimenta,

> "[...] a identidade nacional brasileira emergiu para expressar a adesão a uma nação que deliberadamente rejeitava identificar-se com todo o corpo social do país, e dotou-se para tanto de um Estado para manter sob controle o inimigo interno" (1999, p. 174). O problema da identidade nacional estava colocado. Qual seria a estratégia para unificar as partes díspares da nascente nação? Kenneth Maxwell destaca que Bonifácio advertiu "[...] seus contemporâneos, logo no início da independência nacional, sobre os efeitos negativos de longo prazo que o fracasso em lidar com a questão da escravidão e da reforma agrária traria para o futuro do Brasil" (1999, p. 185).

As décadas seguintes foram marcadas por muito dissenso e discórdia. O país somente alcançou estabilidade no Segundo Reinado, com D. Pedro II. Os conflitos entre D. Pedro I e as elites locais não tardaram a acontecer. A própria unidade territorial somente foi garantida mediante a utilização de força. Com a abdicação de D. Pedro I, o Brasil adentrou o período conhecido como Regência, no qual foi sacudido por inúmeros movimentos rebeldes, de Norte a Sul do país. Era preciso construir uma identidade nacional que funcionasse como um lócus de coesão para uma elite que não se identificava com o próprio país

a que pertencia e que, em meados do século XIX, ainda valorizava a ancestralidade portuguesa como um sinal de distinção que a separava dos corpos negros escravizados e da população indígena dizimada. Para confeccionar essa identidade, diferentes elementos teriam que ser levados em conta, sendo os mais pertinentes para a análise aqui proposta a manutenção da escravidão, a existência de uma população mestiça e a justificação do genocídio passado e presente.

O passado colonial havia deixado ao país um legado desfavorável no campo identitário que, de alguma forma, teria que ser equacionado de modo a atender aos interesses da branquitude. Para Wehling, a formação histórica brasileira era um problema, por causa da existência de enormes contingentes de populações marginalizadas: homens livres pobres, indígenas e escravos eram, respectivamente, cidadãos passivos, habitantes não cidadãos e habitantes-objeto de propriedade (1999, p. 88). Como observa Odalia, era um grande problema transformar a ex-colônia numa nação, pois não seria por um passe de mágica que se poderia converter uma colônia marcada por séculos de servidão e rapinagem em uma nação independente e soberana (1979, p. 16).

3. Como se deve escrever a história do Brasil – O advento da mitologia das "três matrizes" e a justificação do genocídio

Foi com esse propósito que o Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro (IHGB) foi fundado, em 1838, tendo que enfrentar a questão da escravidão e do genocídio indígena e negro como parte do esforço narrativo de construção da nação. O Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro tinha diante de si a inadiável tarefa de contribuir para a manutenção do território nacional, oferecendo um arcabouço ideológico capaz de, no plano simbólico, gerar adesão à nascente nação, o que exigia um esforço para invisibilizar as tensões raciais e o genocídio ainda em curso, abrindo caminho para a consolidação de um pacto da branquitude (BENTO, 2002).

As polêmicas sobre o tema já haviam ocupado espaço considerável no Parlamento. José Bonifácio efetivamente colocou em pauta a abolição da escravidão, com sua Representação na Assembleia Geral Constituinte e Legislativa do Império do Brasil, de 1823. Ele apontou que a abolição era um fato inevitável, apenas protelável e, nesse sentido, denunciou não apenas a ideologia cristã como um dos pilares de nossa "justiça social" (sem notar, como "bom cristão", as falsas contradições que entrelaçavam cristianismo e escravização negra e que teciam as tramas da injustiça racial), como também a assinatura sagrada que divinizava o pacto narcísico e o concedia validade eterna (BRASIL, 2012, p. 35).

A denúncia de José Bonifácio incluiu a Igreja Católica e os fervorosos beatos senhoriais do Parlamento e do Judiciário. Por outro lado, o contexto político que antecedeu a implementação de uma estratégia narrativa branca de controle sobre a história do país também contava com projetos ou leis que revelavam as forças antinegritude da época. Embora a

liberdade negra ganhasse algum espaço no campo político, instrumentos de anulação da "ameaça" negra também eram projetados e colocados em prática.

Nesse sentido, importa destacar o projeto do Deputado Clemente Pereira, apresentado em 1826, que previa a extinção do comércio de escravizados em 14 anos; o Decreto de 1829, que determinava que todas as sentenças de pena de morte proferidas contra escravos que matassem seus senhores deveriam ser executadas o mais breve possível e independentemente de subirem à apreciação Imperial, como garantia da segurança pública; em 1830, o Projeto do Deputado Ferreira França para acabar com a escravidão em 50 anos e o Código Criminal que previa, em seu art. 113, o crime de insurreição, com pena de morte aos escravos que lutassem para conquistar suas liberdades; a lei de 7 de novembro de 1831, que proibiu a entrada de escravos no país, a lei "para inglês ver" e a branquitude brasileira descumprir, tutelada por seu sistema de justiça racista, que lhes concedia imunidade perante as violências contra o povo negro; e a Lei 4, de1835, que instituía a pena de morte aos escravizados que matassem, ferissem ou cometessem qualquer ofensa física contra seus senhores.

No entanto, os movimentos legislativos demonstram apenas uma parcela do projeto de continuidade do genocídio estatal. Em 1840, o primeiro presidente do IHGB, Januário da Cunha Barbosa, propôs um concurso que teria como objeto a escolha de um plano para escrever a história do Brasil. O vencedor do concurso foi o bávaro Karl Friedrich Philippe von Martius, com o artigo intitulado "Como se deve escrever a história do Brasil"[3].

Publicado na revista do IHGB em 1844, o texto efetivamente estabeleceu a ideologia das três matrizes raciais e apresentou o que pode ser definida como uma "solução" inédita para o problema que representava a consolidação da identidade nacional: velando a dimensão genocida do projeto colonial português, Martius criou condições para que as elites "brancas" pudessem ter uma imagem positiva de si próprias como "brasileiras" segundo padrões civilizatórios europeus. Embora Martius não tenha executado o projeto por ele proposto, estabeleceu as bases científicas em torno das quais uma história geral do Brasil seria narrada e que Francisco Adolpho de Varnhagen veio a executar posteriormente. Segundo Guimarães, o texto de Martius forneceu as pistas que permitiram a elaboração de uma narrativa dotada de um enredo, de uma fisionomia própria para a nação (2000, p. 406). Reis considera que "a colônia tinha legado uma sociedade heterogênea incompatível social e etnicamente", de modo que "Parecia impossível estruturar uma nação a partir desse legado colonial" (2002, p. 31).

A antiga América portuguesa quase se esfacelou no curso da Regência, um período da história do país caracterizado por inúmeros levantes regionais. Para além disso, o legado

3. Martius nasceu em 1794 em Erlanger, na Alemanha, e faleceu em Munique, em 1868. Ele foi professor de botânica na Universidade de Berlim e diretor do Jardim Botânico de Munique. O naturalista já havia estado no Brasil em missão científica, tendo inclusive publicado uma obra chamada *Viagem pelo Brasil*, conjuntamente com Johann Baptist von Spix, que também havia integrado a missão. Apesar da formação e do interesse pelas ciências da natureza, era herdeiro da tradição iluminista e sócio do IHGB desde os primórdios da instituição. Ainda que um estrangeiro, estava longe de ser um desconhecido (CEZAR, 2003).

colonial genocida de uma composição étnica diversificada afastava o Brasil do padrão europeu a que a elite branca aspirava. O artigo de Martius enfrentou diretamente essa questão, estabelecendo uma estrutura discursiva de legitimação para uma sociedade hierarquizada e, simultaneamente, estabelecendo um pacto da branquitude com o qual as elites poderiam se identificar. Ele reproduziu os valores dominantes, mas deu um passo além: longe de considerar o genocídio como algo reprovável, a narrativa promove uma ocultação de modo concomitante com uma reformulação da percepção histórica sobre o empreendimento colonial. Martius elegeu a questão étnica como postulado do seu argumento, afirmando que a história do Brasil deveria ter como pilar os elementos que concorreram para a formação do povo brasileiro. Para ele, "Qualquer que se encarregar de escrever a História do Brasil, país que tanto promete, jamais deverá perder de vista quais os elementos que aí concorreram para o desenvolvimento do homem." (MARTIUS, 1844, p. 383). E prossegue:

> "São porém estes elementos de natureza muito diversa, tendo para a formação do homem convergido de um modo particular três raças, a saber: a de cor de cobre ou americana, a branca ou Caucasiana, e enfim a preta ou etiópica. Do encontro, da mescla, das relações mútuas e mudanças dessas três raças, formou-se a atual população, cuja história por isso mesmo tem um cunho muito particular."

Para efeito do que Martius propunha, era necessário distinguir o brasileiro do português. Por essa razão, o autor considera que "Nos pontos principais a história do Brasil será sempre a história de um ramo de Portugueses; mas se ela aspirar a ser completa e merecer o nome de uma história pragmática, jamais poderão ser excluídas as suas relações para com as raças Etiópica e Índia" (1844, p. 390). Inicialmente, pode soar como se existisse um reconhecimento propriamente dito do outro. Mas o caráter verdadeiramente racista do texto é revelado logo em seguida, uma vez que Martius (1844, p. 383) desenvolve uma linguagem violenta, na qual a herança do colonizador indiscutivelmente ocupa lugar de destaque:

> "[...] o Português, que, como descobridor, conquistador e Senhor, poderosamente influiu naquele desenvolvimento; o Português, que deu as condições e garantias morais e físicas para um reino independente; que o Português se apresenta como o mais poderoso e essencial motor. Mas também de certo seria um grande erro para com todos os princípios da Historiografia-pragmática, se se desprezassem as forças dos indígenas e dos negros importados, forças estas que igualmente concorreram para o desenvolvimento físico, moral e civil da totalidade da população. Tanto os indígenas, como os negros, reagiram sobra a raça predominante."

Portanto, Martius não se contenta em simplesmente reproduzir Portugal. Para ele, o brasileiro é superior ao português: a miscigenação teria fortalecido e engrandecido a "raça brasileira". Martius declara a outrificação como premissa básica para a supremacia branca e seu domínio sobre as demais raças: a subalternização perante a bravura e o heroísmo português, características do senhor absoluto das terras brasileiras e de seu povo, que é ensinado

a seguir seus passos e a cumprir suas ordens, já que é o único capacitado. Assim, expressa e legitima o predomínio da ancestralidade portuguesa, que vincula a elite brasileira à branquitude pela qual é formatada e se espelha. Como diz Reis, "O Brasil independente queria, portanto, continuar a obra de Portugal, pois a colonização portuguesa era vista como bem-sucedida, trouxera a civilização europeia, a religião cristã e tornara produtiva uma região abandonada e desconhecida" (2002, p. 32).

Uma reformulação das técnicas de neutralização pensadas por Matza e Sykes (1957) torna possível a compreensão de que a legitimação e ocultação do genocídio negro e indígena viabiliza a construção de uma autoimagem positiva para a elite branca. Por mais que se possa raramente admitir alguns excessos, eles são compreendidos como consequências não desejadas e danos colaterais quando interpretados segundo essa estrutura de justificação. Como sustentaram Morrison (2006) e Zaffaroni (2012), uma ideologia assim configurada contorna sentimentos como culpa e vergonha, se contrapondo a interpretações patologizantes e inverossímeis do genocídio como produto de psicopatia, inconcebíveis em casos de genocídios internos para os quais houve a contribuição de uma quantidade incalculável de pessoas.

Embora o texto de Martius (1844, p. 384) possa ser definido como um elogio da colonização portuguesa, o Brasil Império não é caracterizado por ele como uma simples extensão de Portugal. Para ele, a mescla não é negativa. Ao contrário, fortalece e engrandece a raça:

> "Tanto a história dos povos quanto a dos indivíduos nos mostram que o gênio da história (do Mundo), que conduz o gênero humano por caminhos, cuja sabedoria sempre devemos reconhecer, não poucas vezes lança mão de cruzar as raças para alcançar os mais sublimes fins na ordem do mundo. Quem poderá negar que a nação Inglesa deve sua energia, sua firmeza e perseverança a essa mescla dos povos céltico, dinamarquês, romano, anglo-saxão e normando!"

O autor não se contenta com a simples equivalência a outros processos históricos nos quais houve miscigenação em grande escala: é por desígnio divino que o povo brasileiro veio a se constituir. Para ele, "Jamais nos será permitido duvidar que a vontade da Providência predestinou ao Brasil esta mescla" (MARTIUS, 1844, p. 384). Sob essa perspectiva, a ideia de "providência" também atua como expediente retórico de justificação, uma vez que a própria condução genocida do projeto de espoliação do território não se deveu a interesses econômicos colonialistas identificáveis, mas ao "gênio da história", Ou seja, é por desígnio divino que as incontáveis violências foram cometidas.

No entanto, o ponto verdadeiramente perverso vem logo a seguir, quando Martius anuncia que a mescla eventualmente resultaria na eliminação das raças inferiores, absorvidas pela raça superior. Nesse sentido, sob a ideia de mestiçagem, estavam assentadas as bases do próprio projeto de branqueamento do país, construindo uma identidade nacional que segregava a população negra e indígena do projeto de nação. Aqui não é encontrada uma dimensão retrospectiva da ideologia de justificação do genocídio, mas sim uma

dimensão programática e propositiva que, segundo Zaffaroni, irá influir *ex ante*, ou seja, sobre a motivação e não depois, como uma racionalização posterior (2012, p. 12).

Martius foi o primeiro a abertamente defender uma teoria de branqueamento da raça, pois sustentou que os brasileiros não deveriam se alarmar diante da composição étnica do país, já que a síntese por meio da miscigenação viria, efetivamente, a erradicar a diferença. O trecho a seguir demonstra de modo claro o anseio assimilacionista que moveu o autor:

> "O sangue Português, em um poderoso rio deverá absorver os pequenos confluentes das raças Índia e Etiópica. Em a classe baixa tem lugar esta mescla, e como em todos os países se formam as classes superiores dos elementos das inferiores, e por meio delas se vivificam e fortalecem, assim se prepara atualmente na última classe da população Brasileira essa mescla de raças, que daí a séculos influirá poderosamente sobre as classes elevadas, e lhes comunicará aquela atividade histórica para a qual o Império do Brasil é chamado." (MARTIUS, 1844, p. 384.)

Martius atribuiu sentido ao que parecia caótico: o projeto genocida e o problema da miscigenação racial. O modelo apresentado por ele efetivamente reconheceu, para depois sinalizar com uma justificação para a anulação da diferença. A diferença precisava ser eventualmente anulada, para que o brasileiro branco pudesse ter uma imagem de si mesmo como ocidental, como europeu, único modelo civilizado, sem experimentar qualquer sensação de culpa ou vergonha pelo genocídio passado ou presente. Ao mesmo tempo que outro, o Brasil aspirava à condição de mesmo e para isso precisava perceber a sua história como um processo civilizatório e legítimo de aperfeiçoamento racial. Há uma inclusão das demais matrizes na narrativa nacional, mas não um reconhecimento da diversidade, pois esse reconhecimento implicaria na sua eventual eliminação por completo, etapa final do genocídio imposto pelo colonialismo. Desse modo, as diferenças raciais foram instituídas e institucionalizadas como desigualdades que ratificaram a superioridade branca e legitimaram as práticas genocidas do empreendimento colonial português.

Com um único golpe, Martius transformava o que era um obstáculo em motivo para orgulho. Sua narrativa efetivamente fornecia ao Brasil uma imagem desconectada da realidade, mas com a qual as elites poderiam se identificar e se orgulhar. Estavam criadas as condições para que prosperasse uma nova forma de ver o Brasil e de se ver no Brasil, cujos fundamentos possibilitaram que muitas mitologias de democracia racial viessem a ser desenvolvidas no país, de modo a justificar a continuidade do genocídio em curso com a escravidão e a opressão dos povos indígenas sobreviventes. O lugar branco do qual Martius escreve é evidente em seu texto, em inúmeras passagens nas quais os esforços coloniais portugueses são objeto de comemoração e celebração, ao passo que as eventuais resistências dos nativos e da população negra são reprovadas, suprimidas, ocultas ou minimizadas. Para ele, a colonização foi uma proeza civilizatória e heroica, que:

> "era antes uma consequência das grandes descobertas e empresas comerciais dos Portugueses sobre a Costa Ocidental da África, do Cabo, Moçambique e Índia. As mesmas

> razões gerais e poderosas, que imprimiram a uma das nações mais pequenas da Europa um movimento tão poderoso, que a impeliram para uma atividade que faz época na história universal, induziram-na igualmente à emigração para o Brasil." (MARTIUS, 1844, p. 388.)

A narrativa nacional deveria enfatizar uma concepção de identidade reforçada dentro de uma racionalidade de coesão, valores de fidelidade, lealdade e devoção à nação e à Monarquia. Cezar afirma que "Martius propõe uma história calculada, mensurada, bem refletida para combater os oponentes do regime. Esta história militante é o ponto máximo a que a história pragmática pode chegar" (2003, p. 206). Em uma mistura de orientador e redentor da branquitude, as lições para a posteridade e prosperidade do mundo branco, escritas pelo militante engajado Martius, eram mais do que evidentes: "Nunca esqueça, pois, o historiador do Brasil, que para prestar um verdadeiro serviço à sua pátria deverá escrever como autor Monárquico-Constitucional, como unitário no mais puro sentido da palavra." (MARTIUS, 1844, p. 400). Para Reis, as elites brasileiras dos anos 1840-60 precisavam de "Uma história que realizasse um elogio do Brasil, dos seus heróis portugueses do passado distante e recente, que expressasse uma confiança incondicional em seus descendentes" (2002, p. 28).

Martius, enquanto pensador encarregado de salvaguardar a branquitude e a isentar de seus crimes, estabeleceu os parâmetros, mas não executou o projeto por ele proposto. Escrever a história do Brasil seria um encargo reservado a outro autor, como será discutido a seguir.

4. A História geral do Brasil de Francisco Adolpho de Varnhagen – A cristalização da ocultação do projeto genocida colonial

Francisco Adolpho de Varnhagen foi o responsável pela execução do projeto de embranquecimento narrativo da nação e ocultação do genocídio colonial delineado por Martius[4]. Embora ele não apreciasse a comparação que era feita entre a sua obra e *Como se deve*

4. Francisco Adolfo de Varnhagen nasceu em São João de Ipanema, à época pertencente a Sorocaba, no Estado de São Paulo, em 17 de fevereiro de 1816. Foi diplomata, militar e historiador, filho de Friedrich Ludwig Wilhelm de Varnhagen e de Maria Flávia de Sá Magalhães. Seu pai, engenheiro alemão, veio ao Brasil com o propósito de restaurar e ampliar a Real Fábrica de Ferro de São João de Ipanema, em 1809. Com apenas seis anos, em outubro de 1823, Varnhagen deixou o Brasil rumo a Portugal, juntamente com a mãe, portuguesa de nascimento. Lá inclusive reencontrou o pai, que havia deixado o Brasil um ano antes. Varnhagen realizou os primeiros estudos no Real Colégio Militar da Luz de 1825 a 1832. Ainda, em 1832, ingressou na Academia de Marinha, onde estudou matemática. Também realizou estudos em áreas relacionadas com sua posterior atividade de historiador, tais como diplomacia, paleografia e economia política. Iniciou a carreira militar à época das Guerras Liberais, como voluntário nas tropas de Pedro IV de Portugal que lutavam contra Miguel I de Portugal. Foi tenente de artilharia e aperfeiçoou-se em assuntos de natureza militar e de engenharia.

escrever a história do Brasil, sua *História geral do Brasil* adere aos parâmetros estabelecidos pelo texto ganhador do concurso do IHGB, o que certamente não é uma simples coincidência (CEZAR, 2003, p. 179).

No entanto, é importante destacar que o texto de Martius é muito mais abrangente e rico do que o de Varnhagen, que privilegiou o aspecto político no que já foi definido como um esforço narrativo sobre a administração portuguesa nas Américas. Varnhagen considerava que os fatos históricos relevantes eram os políticos e estatais, sempre sob o ponto de vista privilegiado do colonizador (WEHLING, 1999, p. 62). Odalia pontua a racionalidade por trás do esforço de escrita da história: "em sua tarefa, o historiador deve homogeneizar o passado para que as peculiaridades sejam traços distintos de um povo e não no interior de um povo. O passado deve ser retomado, reconstruído em razão do interesse maior já definido, a Nação" (1997, p. 37).

Varnhagen recepcionou a construção do mito sobre as três matrizes e o incorporou, de modo a promover um enaltecimento da branquitude, sendo a sua obra, ao mesmo tempo, uma celebração do genocídio colonial e uma convenção que ratificava e endossava o embranquecimento no sentido evolucionista, na mesma linha proposta por Martius. Isso pode ser percebido em um dos momentos nos quais ele comenta sua própria obra, como quando refere que fez uma:

> "[...] verdadeira apreciação comparativa do grau de civilização dos colonizadores, do de barbárie dos colonos escravos trazidos impiamente da África, e do de selvageria dos povos, últimos invasores nômades, que ocupavam o território que hoje chamamos Brasil." (VARNHAGEN, 1927, p. XX-XXI.)

A argumentação é por definição colonialista e justificadora do genocídio: subalterniza outros povos e culturas usando como parâmetro o padrão civilizado europeu, a partir do qual o autor escreve e se identifica. No seu texto, pode ser encontrado um justificacionismo explícito do empreendimento colonial, no qual ele legitima abertamente a escravidão indígena:

> "E devemos confessar que esta prática, fundada no chamado direito dos vencedores, tinha tendências civilizadoras, e em alguns pontos chegou a produzir o influxo benéfico de poupar muitas vidas, fazendo que os mesmos vencedores guardassem, para resgatar

Ele veio a obter a nacionalidade brasileira, por decreto real, em 24 de setembro de 1841, apesar da irregularidade de ter servido no exército de outro país. Curiosamente, Varnhagen afirmava ter feito uma opção em detrimento de uma brilhante carreira. Sua opção pela nacionalidade brasileira era algo do qual ele se servia como argumento a seu favor, pois "escolheu" ser brasileiro, o que marcou toda sua vida e obra. Varnhagen foi, sobretudo, um historiador oficial, voltado para os interesses do Estado e protegido pelo Imperador. Ele inclusive reconhecia abertamente essa contribuição, valorizando o "alto e valioso" apoio de D. Pedro II na introdução de sua *História geral do Brasil*. De acordo com ele, a própria realização da obra não seria possível sem a sua proteção (ODALIA, 1979, p. 9-10).

> com os nossos, os prisioneiros que segundo seus hábitos deviam matar." (VARNHAGEN, 1959, p. 217.)

Neste trecho, novamente, pode ser encontrada uma técnica de neutralização. Não só o genocídio estaria fundado no "direito dos vencedores", como a escravidão teria poupado vidas que, de outro modo, teriam sido perdidas. Por outro lado, esse suposto "direito dos vencedores" expressa, a um só tempo, o direito exclusivo de contar sua versão da história e o manuseio do epistemicídio (CARNEIRO, 2005) à exaustão, sem qualquer constrangimento, como legítima defesa de sua autoproclamada "superioridade". Como aponta Morrison (2019, p. 4):

> "Através da colonização – respaldada pela jurisprudência ocidental –, o Globo foi submetido a uma apropriação, distribuição e produção históricas que deram origem a um quadro geográfico estruturado por reivindicações legitimamente respaldadas de posse, poder de defesa e compreensão normativa de amigos e inimigos."

Para Varnhagen, o indígena deveria ser derrotado no campo de batalha e, depois, submetido à cultura do vencedor de forma que a posterior conversão legitimaria moralmente a vitória pela força das armas. Assim, como afirma Odalia, a vitória "é, prioritariamente, a constatação da superioridade de uma cultura, de uma civilização, de um modo de vida e de pensamento, sobre outras formas primitivas que acabam por ser interpretadas como um estado de barbárie" (1997, p. 45). Como aponta Zaffaroni, é com frequência que os criminosos (e por extensão, os autores de ideologia de justificação de tais crimes) apontem que pretendem expandir a civilização, impulsionar o progresso e obedecer à história (2012, p. 13).

Varnhagen (1959, p. 301) afirma que:

> "fácil era de ver que os índios, crianças pelo entendimento, só podiam ser conduzidos à civilização, tendo sobre eles os chefes a mesma autoridade e supremacia carinhosa sobre os filhos e pupilos concede a nossa legislação aos pais e tutores."

Seria importante civilizar os bárbaros, missão que ainda estava inconclusa, pois para ele:

> "quanto aos índios, pouco ou nada se haviam melhorado. Ou seguiam nos bosques matando-se e comendo-se uns a outros ou, à custa de esforços, gastos e sacrifícios, se chegavam por muito favor a aldear sem vantagens decididas para a sociedade." (VARNHAGEN, 1959, p. 66.)

Ele inclusive relaciona a introdução dos negros no Brasil aos obstáculos colocados pela proibição da escravização indígena (VARNHAGEN, 1959, p. 221). O autor reproduz a tese do assimilacionismo desenvolvida por Martius, ainda que não faça referência alguma a ele:

> "Como a colonização africana, distinta principalmente pela sua cor, veio para o diante a ter tão grande entrada no Brasil, que se pode considerar hoje como um dos três elementos de sua população, julgamos do nosso dever consagrar algumas linhas neste lugar a tratar da origem desta gente, a cujo vigoroso braço deve o Brasil principalmente os trabalhos do fabrico do açúcar e modernamente os da cultura do café; mas fazemos votos que chegue um dia em que as cores de tal modo se combinem que venham a desaparecer totalmente no nosso povo os característicos da origem africana, e por conseguinte a acusação da procedência de uma geração, cujos troncos no Brasil vieram conduzidos em ferros do continente fronteiro, e sofreram os grilhões da escravidão, embora talvez com mais suavidade do que em nenhum outro país da América [...]." (VARNHAGEN, 1959, p. 223.)

Além de manifestar a sua esperança no eventual branqueamento da raça, Varnhagen ainda insinua que a escravidão no Brasil teria sido mais suave, anunciando, assim, a ideia da benevolência portuguesa que, com "açoites carinhosos", constituiu o maior sistema anti-negro do mundo branco sobre uma "relação fraternal", não de extermínio, desumanização, inferiorização e opressão, mas por laços harmônicos que atavam os nós daquela amistosidade que iria vincular e ditar os (não) trânsitos entre a casa-grande e a senzala.

Varnhagen se excede, extrapolando a plausibilidade, ao atribuir o próprio desaparecimento dos indígenas a um processo de amalgamação, ocultando, também, o extermínio genocida da população nativa da narrativa histórica oficial. Segundo ele, "[...] os mencionados fatos confirmam o que já em outro lugar dissemos: que a gente de origem europeia posta em contato com a da terra não a exterminou, absorveu-a: – amalgamou-se com ela" (VARNHAGEN, 1959, p. 246). Sob essa perspectiva, enquanto intelectual encarregado de relatar a história da nascente nação, o que Varnhagen constrói é uma exaltação de grandes mártires e heróis, sem que exista nenhuma espécie de reprovação, o que resultaria no fracasso da imagem positiva de um Brasil "branco" e "civilizado" que se pretendia alcançar.

Os argumentos desenvolvidos na obra constituem uma legitimação consciente da colonização portuguesa, um discurso que festeja e promove o embranquecimento ao mesmo tempo que oculta o genocídio cometido. Por outro lado, Varnhagen (1959b, p. 246) manifestou um sentimento antiescravista em sua obra:

> "A insuficiência e ignorância do governo da metrópole nessa época descobre-se em outras de suas providências. [...] Tristes deviam ser por certo as consequências de se embotar no coração do pobre escravo os sentimentos mais ternos de humanidade, separando, com as vendas, os pais dos filhos, os maridos das mulheres, o fiel servidor do menino que o acompanhara na infância e a quem velara, na esperança de vir ele algum dia a encontrar nele um senhor amigo e grato. Sem liberdade individual, sem os gozos da família, sem esperanças de associar-se por si ou pelos filhos e netos à glória da pátria, que não fixava um século para sua redenção social, não havia que esperar do homem mui nobres sentimentos..."

De qualquer forma, cumpre ressaltar, como diz Wehling, que, mesmo realizando construção da memória nacional, Varnhagen realizou obra científica pelos padrões da época, a partir da qual contribuiu para um construto ideológico. Não se trata apenas de engajamento sem mérito científico, em que pese ter havido adesão a estratégias de construção da memória (WEHLING, 1999, p. 68-69). Por outro lado, é por meio do método branco cientificado, tido como "neutro", que uma narrativa "neutralizante" do próprio genocídio é construída. Não há dúvida de que "[...] sua preocupação fundamental era com os compromissos da consolidação nacional e da forma de governo" (WEHLING, 1999, p. 68-73). Odalia ressalta que o que interessava a Varnhagen era demonstrar que "[...] a história colonial indica apenas um caminho para o país independente, a absorção dos valores culturais europeus, que são os fundamentos em que repousam e repousarão as possibilidades de nação brasileira" (1997, p. 61).

5. Porque me ufano de meu país – O verde-amarelismo encobre o genocídio colonial

Na ocasião do IV centenário do Brasil (ou seja, dos 400 anos do "descobrimento"), Afonso Celso, Visconde de Ouro Preto, publicou um livro com o singelo título de *Porque me ufano de meu país*, no qual fundou a ideologia do verde-amarelismo, que velava a glorificação da branquitude no orgulho patriótico, produzindo a mais influente negação ideológica do genocídio colonial. O autor foi membro e inclusive presidente do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro[5]. Como já visto, o IHGB foi criado com a intenção de dotar o país de um passado glorioso e um futuro promissor, com o que legitimaria o poder do imperador, a instituição monárquica, garantiria a integridade do território nacional e reafirmaria narrativamente a ocultação do genocídio colonial. O ponto de partida dessa "missão" foi estabelecido pelo naturalista alemão Martius: Francisco Adolpho de Varnhagen concluiu o trabalho iniciado por ele.

5. Afonso Celso (Afonso Celso de Assis Figueiredo Júnior), natural de Ouro Preto/MG, nasceu em 31 de março de 1860 e veio a falecer no Rio de Janeiro/RJ, a 11 de julho de 1938. Filho do Visconde de Ouro Preto, último presidente do Conselho de Ministros do Império, e de D. Francisca de Paula Martins de Toledo, é um dos membros fundadores da Academia Brasileira de Letras. Ingressou no Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro em 1892, na qualidade de sócio efetivo, tendo posteriormente sido elevado a honorário em 1913 e a grande benemérito em 1917. Com a morte do Barão do Rio Branco, em 1912, foi eleito presidente perpétuo dessa instituição, de 1912 a 1938. Afonso Celso participou das atividades da Academia Brasileira de Letras, como um dos membros fundadores, tendo como patrono – na cadeira n. 36 – o poeta Teófilo Dias de Mesquita, sobrinho de Gonçalves Dias, falecido em 1889. Disponível em: [www.academia.org.br/academicos/afonso-celso/biografia]. Acesso em: 10.08.2022.

   No magistério, também manteve atuação destacada, tendo exercido a Cátedra de Economia Política na Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Rio de Janeiro, da qual foi diretor por alguns anos e reitor da Universidade do Rio de Janeiro.

É na obra de Afonso Celso que o projeto é atualizado, dentro de um contexto diferente graças à abolição e ao advento da República, mas no qual o problema do controle social da população negra liberta se colocava de forma explícita. O autor deliberadamente incorpora elementos românticos ao discurso histórico e produz uma narrativa verdadeiramente *sui generis*, na qual não há sequer um compromisso retórico com a cientificidade, como nos trabalhos de Martius e Varnhagen. A intenção pedagógica do texto de Celso (1997) é impressionante. Ele espera que os brasileiros se disponham a tudo pela pátria, inclusive ao sacrifício da própria vida.

Na obra, são demonstrados 11 motivos para a superioridade do Brasil, distribuídos entre a natureza, o povo e a história: o texto é deliberadamente construído para inventar (ou reinventar) uma identidade nacional brasileira orientada pela branquitude. Todos os brasileiros estão familiarizados com essa imagem do Brasil, ainda que não conheçam a sua origem.

O autor reproduz a ideologia das três matrizes exposta anteriormente. Destaca que é uma verdade geralmente aceita a de que, para a formação do povo brasileiro, concorreram três elementos: o selvagem americano, o negro africano e o português. Segundo ele, do cruzamento das três raças resultou o mestiço que constitui mais da metade da população brasileira (CELSO, 1997). Celso afirma que os nativos se mostraram bondosos, serviçais, confiantes e sociáveis no seu amistoso acolhimento. Mas ele é particularmente generoso com aqueles que eventualmente lutaram contra invasores ao lado dos brancos. Quanto aos negros, afirma que sempre se mostraram dignos de consideração pelos seus sentimentos afetivos, resignação estoica, coragem e laboriosidade. Considera que devemos a eles imensa gratidão, pois foram os mais úteis e desinteressados colonizadores da nossa terra, que a fecundaram com o seu trabalho (CELSO, 1997).

Para Celso, a escravidão foi mais benévola no Brasil do que em outros países, especialmente se comparada com a escravidão nos Estados Unidos. Segundo ele, os negros contribuíram com seus serviços para que no Brasil "jamais houvesse preconceito de cor". Essa narrativa se desenvolve no enredo de uma República "igualitária" na qual a negritude se encontra "sem passado", demostrando a política racial brasileira, isto é, não de combate ao racismo, mas à negritude, tentando apagar o passado escravocrata findado com a Lei Áurea que também teria enterrado o racismo e, no auspício de um novo e glorioso dia (o 14 de maio), teria sido fundada uma nação sem raça, pois "somos todos brasileiros".

Como não poderia ser diferente, Celso louva a larga contribuição para o progresso humano que teria sido dada pelos portugueses. Afirma que nosso regime colonial foi mais "suave" do que o de todos os povos americanos. Para ele, raros eram os senhores cruéis e os negros sempre foram tratados como cristãos (CELSO, 1997).

O "tipo nacional", por sua vez, denota a superioridade do Brasil, por causa dos três elementos que contribuíram, segundo Celso e com suas palavras, para sua formação: beleza, força e coragem dos índios; afetividade, estoicismo, coragem e labor dos negros; bravura, brio, tenacidade, união, filantropia, amor ao trabalho e patriotismo dos portugueses. Novamente, o caldeirão étnico entra em cena e o ideal das três matrizes transborda de virtudes,

fundando uma compreensão absolutamente idealizada e distorcida da nação, que isenta o projeto colonial português dos incontáveis crimes cometidos. Para Celso, são dez os nobres predicados do caráter nacional: sentimento de independência; hospitalidade, afeição à ordem, à paz e ao melhoramento; paciência e resignação; doçura e desinteresse; escrúpulo no cumprimento das obrigações contraídas; espírito extremo de caridade; acessibilidade; tolerância ou ausência de preconceitos de cor, raça, religião, posição; e honradez no desempenho das funções públicas ou particulares (CELSO, 1997).

Se assumimos a retórica de Afonso Celso como verdadeira, não resta alternativa a não ser alçar Martius a caráter demiúrgico, como verdadeiro profeta da nação brasileira: o projeto de aperfeiçoamento do português com a absorção das matrizes "menores" teria sido absolutamente exitoso apesar de elas não terem desaparecido por completo; o extermínio genocida passado e a desigualdade ainda presente não são contempladas de modo algum na fábula por ele retratada.

6. Considerações finais

Morrison destaca que a maior parte da Criminologia ainda está focada em questões apresentadas pelo Estado-nação e usa dados fornecidos por esses Estados. Tendo nascido como parte do olhar solidário da soberania hobbesiana/westfaliana, a Criminologia da soberania se constituiu como o discurso racional sobre o crime, que considera que os crimes são atos ou omissões que o Estado pune e que o Estado, quase qualquer Estado, seria preferível à existência não estatal (2019, p. 8). Mas e quando o Estado não é um instrumento civilizatório e sim o agente, ou o instrumento, por meio do qual os crimes são cometidos e justificados mediante narrativas patrocinadas pelo próprio Estado? O que deve fazer a Criminologia?

Zaffaroni considera que poucas dúvidas parecem restar de que a Criminologia de Raffaele Garofalo consiste em um manual de técnicas de neutralização para crimes de Estado. As teorias racistas do direito nazista glorificavam os terríveis crimes de Estado do seu tempo, enquanto o conceito de *estranhos à comunidade* de Edmund Mezger era uma técnica de neutralização dos massacres cometidos em campos de concentração. As técnicas de neutralização de crimes de genocídio, diferentemente das técnicas utilizadas por jovens delinquentes, são desenvolvidas por teóricos especializados no trabalho de fabricação dessas técnicas, frequentemente, dotados de um arsenal acadêmico importante e impressionante. Zaffaroni destaca que as técnicas de neutralização utilizadas em crimes de Estado evidenciam que a Criminologia não pode ser neutra ao enfrentá-los e que isso exige integrar as ideologias e o comportamento dos ideólogos que as teorizaram aos objetos de estudo da Criminologia (2012, p. 14).

A essa tarefa nos dedicamos denunciando o emprego extensivo de técnicas de neutralização na historiografia brasileira de justificação do genocídio colonial. Um contradiscurso criminológico deve assumir não só que discursos políticos devem fazer parte do seu objeto,

como deve assumir a sua própria condição política, abdicando de qualquer pretensão à neutralidade. Sob essa perspectiva, considerando o colonialismo e as narrativas que o justificam como a representação primordial do pacto narcísico fundante da branquitude, é preciso reconhecer que ele é um acordo para o genocídio, a desumanização, a objetificação, a escravização, o sequestro, o estupro e a expropriação. Ele se desdobra em diversos outros pactos brancos que atestam a supremacia em múltiplos âmbitos, em todos os campos nos quais o poder e a dominação racial possam se manifestar para assegurar sua hegemonia e superioridade autodeclarada. Trata-se de uma violência imposta às coletividades racializadas sob legitimações diversas, que neutralizam os inúmeros crimes cometidos no âmbito da própria autoimagem positiva construída por meio da narrativa histórica e de inúmeras outras.

É por meio do conto "inocente" e indecente do descobrimento que é obstaculizado o (re)conhecimento da verdadeira história sobre todo o sangue e quantidade de corpos negros e indígenas que fertilizam o chão pátrio, uma história que deve ser apagada e silenciada sob a promessa cristã de paraíso que reflete o sonho de um mundo branco, salvo de qualquer resquício de fundamentos negros e indígenas ancestrais demonizados (portanto, anti e contracoloniais). Tais artifícios revelam não apenas a natureza racista da narrativa nacional brasileira constituída nos oitocentos, como os dogmas utilizados para eternizar e resguardar "a terra prometida" a corpos brancos e embranquecidos.

A historiografia brasileira do século XIX consolidou um epistemicídio e legitimou um genocídio, construindo uma narrativa que pregava a igualdade em termos de anulação e assimilação dos inimigos do projeto branco de nação. A identidade nacional foi inventada no século XIX pela branquitude, delineada como o caminho, a verdade e a vida, que se contrapôs à diferença por caminhos epistemicidas. É uma narrativa de legitimação da branquitude cristã e genocida, e conhecendo-a, em sua natureza colonial e racista, podemos nos libertar para assumir uma nova percepção da história genocida violentamente construída.

Ao analisar o projeto branco de dominação visível nos textos de Martius, Varnhagen e Afonso Celso, fundamentado em como a história do Brasil deveria ser (re)produzida, foram explicitados vários matizes da necessidade branca por controle sobre saberes e conhecimentos, tendo por objetivo evitar fissuras na estrutura social projetada pela e para a branquitude. Em seu pioneirismo, Karl Friedrich Philippe von Martius deve ser considerado como um dos ideólogos do projeto genocida de embranquecimento do Brasil, em curso desde a implantação da empreitada colonial e continuado pelo nascente Estado brasileiro no século XIX. O projeto foi reafirmado narrativamente por Varnhagen ainda no Império e, posteriormente à abolição da escravatura e já na República, atualizado por Afonso Celso como solução ao problema (do) negro da nação. Essa visão ideológica da história nacional não consistiu somente na mitologização heroica da branquitude, não se limitou a orientar como a história deveria ser escrita e a delimitar arbitrariamente os fatos retratados. Ela legitimou os rumos da política racial genocida estatal ao esboçar um final branco feliz para a história única (ADICHIE, 2019) que estava sendo produzida segundo interesses

identificáveis de construção de identidade mediante a neutralização da responsabilidade e a legitimação do genocídio colonial.

7. Referências

ADICHIE, Chimamanda Ngozi. *O perigo de uma história única*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

BENTO, Maria Aparecida Silva. *Pactos narcísicos no racismo: branquitude e poder nas organizações empresariais e no poder público*. 2002. Tese (Doutorado em Psicologia) Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002. Disponível em: [www.teses.usp.br/teses/disponiveis/47/47131/tde-18062019-181514/publico/bento_do_2002.pdf]. Acesso em: 10.11.2021.

BRASIL. Senado Federal. *A abolição no parlamento*: 65 anos de lutas. 2. ed. Brasília: Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2012.

CARNEIRO, Sueli. *A construção do outro como não-ser como fundamento do ser*. 2005. (Doutorado em Educação) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005.

CELSO, Afonso. Porque me ufano de meu país. Rio de Janeiro: Expressão e Cultura, 1997.

CEZAR, Temístocles. Como deveria ser escrita a história do Brasil no século XIX. Ensaio de história intelectual. In: PESAVENTO, Sandra Jatahy. *História cultural*: experiências de pesquisa. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2003.

CHAUI, Marilena. *Brasil*: mito fundador e sociedade autoritária. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2001.

COUTO, Jorge. A gênese do Brasil. In: MOTA, Carlos Guilherme (Org.). *Viagem incompleta*. A experiência brasileira. 1500-2000. Formação: histórias. São Paulo: Senac, 1999.

DUSSEL, Enrique. Transmodernidade e interculturalidade: interpretação a partir da filosofia da libertação. *Revista Sociedade e Estado*, v. 31, n. 1, jan.-abr. 2016.

GÓES, Luciano. *A "tradução" de Lombroso na obra de Nina Rodrigues* – O racismo como base estruturante da criminologia brasileira. Rio de Janeiro: Revan, 2016.

GONZALEZ, Lélia. A categoria político-cultural de amefricanidade. *Tempo Brasileiro*, Rio de Janeiro, n. 92/93, jan.-jun.1988.

GRAHAM, Richard. Construindo a nação no Brasil do século XIX: visões novas e antigas sobre classe, cultura e Estado. In: *Diálogos,* Maringá, 2001. v. 5.

GUIMARÃES, Manoel Luiz Salgado. História e natureza em Von Martius: esquadrinhando o Brasil para construir a Nação. *História, Ciência e Saúde-Manguinhos*, Rio de Janeiro, v. 7, n. 2, 2000.

JAMES, Cyril Lionel Robert. *Os jacobinos negros*: Toussaint L'Ouverture e a revolução de São Domingos. 1. ed. rev. São Paulo: Boitempo, 2010.

JANCSÓ, István; PIMENTA, João Paulo G. Peças de um mosaico (ou apontamentos para o estudo da emergência da identidade nacional brasileira). In: MOTA, Carlos Guilherme (Org.). *Viagem incompleta*. A experiência brasileira. 1500-2000. Formação: histórias. São Paulo: Senac, 1999.

MARTIUS, Karl Friederich Phillipe von. Como se deve escrever a história do Brasil. In: *Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro*, t. 6, p. 381-403, 1844; 2. ed. p. 389-411.

MAXWELL, Kenneth. Por que o Brasil foi diferente? O contexto da independência. In: MOTA, Carlos Guilherme (Org). *Viagem incompleta*. A experiência brasileira. (1500-2000). Formação: histórias. São Paulo. Senac, 1999.

MBEMBE, Achille. *Políticas da inimizade*. Lisboa: Antígona, 2017.

MELO, Evaldo Cabral de. Uma nova Lusitânia. In: MOTA, Carlos Guilherme (Org.). *Viagem incompleta*. A experiência brasileira. 1500-2000. Formação: histórias. São Paulo. Senac,1999.

MORRISON, Wayne. *Criminology, civilisation and the new world order*. London: Routledge, 2006.

MORRISON, Wayne. On 'visualising the truth of genocide': reflections on whakapapa and finding southern epistemology, occasioned by a tattered album from the nomos of the Holocaust. In: ESKI, Yarin; WALKLATE, Sandra (Orgs.). *Genocide and victimology.* London: Routledge, 2020.

MORRISON, Wayne. 'Yesterday, I saw a rabbit!': unlearnt lessons from the nomos of the holocaust for criminology, or why some principles from anarchism may trump sovereignty in combating genocide. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, Santa, Maria, v. 14, n. 1, 2019.

NASCIMENTO, Abdias. *O quilombismo*. 2. ed. Brasília/Rio de Janeiro. Centro de Estudos Afro-Orientais: Editora da Universidade Federal da Bahia, 2002.

ODALIA, Nilo. *As formas do mesmo* – Ensaios sobre o pensamento historiográfico de Varnhagen e Oliveira Vianna. São Paulo: UNESP, 1997.

ODALIA, Nilo. Introdução. In: *Varnhagen*. São Paulo: Ática, 1979.

REIS, José Carlos. *As identidades do Brasil*: de Varnhagen a FHC. 5. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2002.

RAMOSE, Mogobe. Sobre a legitimidade e o estudo da filosofia africana. Trad. Dirce Eleonora Nigro Solis, Rafael Medina Lopes e Roberta Ribeiro Cassiano. In: *Ensaios Filosóficos*, v. IV, 2011.

RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

SCHWARTZ, Stuart B. "Gente da terra braziliense da nasção". Pensando o Brasil: a construção de um povo. In: MOTA, Carlos Guilherme (Org.). *Viagem incompleta*. A experiência brasileira. 1500-2000. Formação: histórias. São Paulo: Senac, 1999.

SCHWARTZ, Stuart B. *Segredos internos* – Engenhos e escravos na sociedade colonial 1550-1835. São Paulo, Companhia das Letras, 1988.

SYKES, Gresham; MATZA, David. Techniques of neutralization: a theory of delinquency. *American Sociological Review*, v. 22, issue 6, p. 664-670, dez. 1957.

VARNHAGEN, Francisco Adolfo de. *História geral do Brasil*. 3. ed. São Paulo: Melhoramentos, 1927. t. I.

VARNHAGEN, Francisco Adolfo de. *História geral do Brasil.* 6. ed. São Paulo: Melhoramentos, 1959. t. I.

VARNHAGEN, Francisco Adolfo de. *História geral do Brasil*. 6. ed. São Paulo: Melhoramentos, 1959b. t. III.

WEHLING, Arno. *Estado, história, memória*: Varnhagen e a construção da identidade nacional. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. "Introducción" a Criminología, civilización y nuevo orden mundial de Wayne Morrison. *Revista Crítica Penal y Poder*, n. 2, p. 1-17, mar. 2012.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Áreas do Direito: Penal; Fundamentos do Direito

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- A criminologia cultural e a sua recepção no brasil: relato parcial de uma história por ser escrita, de Salah H. Khaled Jr., Salo de Carvalho e José Antônio Gerzson Linck – *RBCCrim* 193/145-186;
- A necropolítica criminal brasileira: do epistemicídio criminológico ao silenciamento do genocídio racializado, de Isabella Miranda – *RBCCrim* 135/231-268;
- A responsabilização internacional do Brasil perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos pelo crime de genocídio contra a população negra brasileira, de João Pedro Duarte Bacelar – *RBCCrim* 139/171-214;
- Editorial – Dossiê "criminologia cultural": fragmentos de um mosaico internacional de resistência criminológica compartilhada, de Salah H. Khaled Jr., José Antônio Gerzson Linck e Michelle Brown – *RBCCrim* 193/19-36;
- Entre o indissociável e o inacessível: o que nos ensinam os estudos sobre justiça criminal e desigualdade racial?, de Poliana da Silva Ferreira – *RBCCrim* 181/163-193; e
- Há mortes anteriores à morte: politizando o genocídio negro dos meios através do controle urbano racializado, de Laís da Silva Avelar e Bruna Portella de Novaes – *RBCCrim* 135/343-376.

Khaled Junior, Salah Hassan; Góes, Luciano. Denúncia criminológica do discurso de justificação do genocídio negro e indígena difundido pela historiografia brasileira do século XIX. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 198. ano 31. p. 323-348. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2023. DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v198i198.319].

Criminologia na periferia

Criminology in the periphery

Vera Malaguti Batista

Doutora (2003) e Pós-Doutora (2009) em Saúde Coletiva pelo Instituto de Medicina Social (IMS) da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Professora Adjunta de Criminologia da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Secretária-Executiva do Instituto Carioca de Criminologia.
Lattes: [http://lattes.cnpq.br/0351270029983184].
ORCID: [https://orcid.org/0000-0002-9118-214X].
criminologia@icc-rio.org.br

DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v198i198.594].

Autora convidada

Áreas do Direito: Penal; Fundamentos do Direito; Internacional

Resumo: O presente artigo trabalha o marco temporal da introdução da Criminologia Crítica na América Latina e no Brasil, entre as décadas de 70 e 90 do século XX. Mediante a análise das principais produções de autores como Lola Aniyar de Castro, Rosa del Olmo e Raúl Zaffaroni, pretende-se aqui apresentar a circulação desta nova plataforma teórica no Brasil naquela conjuntura, na direção de uma Criminologia decolonial, racializada e de gênero.

Palavras-chave: Criminologia crítica – História – Circulação cultural.

Abstract: The present article deals with the time frame of the introduction of Critical Criminology in Latin America and in Brazil, between the seventies and the nineties of the XX century. Through the analysis of the main productions of authors like Lola Aniyar de Castro, Rosa del Olmo e Raúl Zaffaroni it presents the circulation of the new theoretical approach in Brazil, in the direction of a decolonial, racialized and gendered Criminology.

Keywords: Criminology – History – Cultural circulation.

Para falarmos de uma Criminologia na periferia do mundo, temos que iniciar pela tradução crítica de um saber hegemônico, como nos ensinou Sozzo em suas viagens culturais[1]. Entender a Criminologia como um saber/poder datado e espacializado nos leva às

1. SOZZO, Máximo. *Viagens culturais e a questão criminal*. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

totalizações de Milton Santos[2]. Esse saber começa a se impor a partir do surgimento do poder punitivo no século XIII na Europa Ocidental, tendo como pano de fundo as demandas por ordem dos movimentos de centralização da Igreja Católica, o surgimento do Estado e os primeiros movimentos do processo de acumulação de capital. Numa jornada histórica de longa duração, a Criminologia surge com o positivismo do século XIX, gestado nos medos das revoluções populares que sacudiram a Europa, mas também do encontro com as Américas.

O positivismo criminológico no Brasil enfrentou os paradoxos do desenvolvimento de uma teoria que acoplava funcionalmente o racismo colonizador com a demanda por ordem da mais longa abolição da escravidão e da negação da população "liberta" como protagonista de uma República erigida a partir do patriarcalismo branco e proprietário. A obra de Nina Rodrigues, fundador da Criminologia, da Medicina Legal e da Antropologia no Brasil[3], tentava traduzir acriticamente a teoria lombrosiana dando novas feições àquele grande outro constituído na colonização: os outros aqui somos nós mesmos, o povo brasileiro. Mas é importante frisar que, enquanto essa teoria contra nós mesmos se desenvolvia naquela Bahia africana, sua crítica já se desenhava na obra de Clóvis Beviláqua, na de Tobias Barreto e no estilhaçamento que Euclides da Cunha vivenciou ao trabalhar com uma utensilagem positivista e se deparar com a chacina de Canudos, massacre fundacional da República brasileira. Se a Criminologia positivista inaugurada por Nina Rodrigues tentava encaixar nossa realidade a uma teoria hegemônica do Norte, ela também inovava ao produzir uma quantidade expressiva de pesquisas empíricas que tratavam de interpretar o Brasil a partir do chão jurídico-criminológico. Seus estudos sobre os mulçumanos escravizados na Bahia constituíram fontes históricas imprescindíveis, com traduções de 1900 de documentos em árabe, encontrados na Revolta dos Malês, na Bahia em 1835[4].

Se Rosa del Olmo iniciou uma História da Criminologia na América Latina a partir da imposição do positivismo criminológico nas cátedras, seminários e publicações, no Brasil, temos apenas alguns fragmentos de uma história a ser contada[5]. As mais importantes pistas dessa história estão na obra de Roberto Lyra, *Direito penal científico*[6], que nos apresenta os principais personagens brasileiros da Criminologia até seu tempo. Modernista, crítico e abolicionista foi esse grande professor que nos apresentou Euclides da Cunha criminólogo. Salo de Carvalho e Lucas Vianna Mattos situam a posição contra-hegemônica anticarcerária, apesar do "cisco positivista" presente na sua produção. Afinal, no Brasil, o positivismo é uma cultura sedimentada, com permanências arraigadas na

2. SANTOS, Milton. *Espaço e método*. São Paulo: Nobel, 1992.

3. Cf. Mariza Correa. *As ilusões da liberdade*. Bragança Paulista: Edusf, 1998.

4. RODRIGUES, Nina. *Os africanos no Brasil*. São Paulo: Editora da Universidade de Brasília, 1982.

5. OLMO, Rosa del. *A América Latina e sua criminologia*. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

6. LYRA, Roberto. *Direito penal científico* – Criminologia. Rio de Janeiro: José Konfino, 1972.

memória coletiva do país[7]. Eugeniusz Cruz situa a análise crítica do positivismo criminológico de Roberto Lyra no influxo da obra de Tobias Barreto e Sílvio Romero na ruptura com a tradição escolástica, dogmática e tecnicista do ensino jurídico[8]. Em verdade, nosso primeiro passo na direção dessa história nos leva a determinar seus marcos temporais. Durante o século XIX, o declínio do projeto de embranquecimento do Império brasileiro impõe aquilo que denominei de *constituição do sujeito matável*, abrindo caminho para os medos brancos e suas políticas de controle total sobre os corpos dos trabalhadores escravizados de origem africana e dos povos originários. Na longa duração, mais de 500 anos de colonialidade encobrem outras formas horizontais e comunitárias de resolução de conflitos dos povos indígenas e dos povos africanos que para aqui vieram nesse jogo de forças. O positivismo criminológico caiu como uma luva, na virada do século XIX para o XX, para a construção do grande outro a ser criminalizável ou morto.

A demanda por ordem da República autoritária necessitava desse saber estratégico para a produção de uma interpretação racista e exterminadora do povo brasileiro. É sobre essa interpretação que se erigem as instituições de controle social da primeira República. Mas a fundação do Estado previdenciário brasileiro só aconteceu efetivamente a partir da Revolução de 30 e suas promessas de protagonismo popular. A institucionalidade penal se solidifica por meio de um correcionalismo alimentado pelas ilusões positivistas de reabilitação, ressocialização e terapêuticas sociais. Não se deve confundir esse positivismo criminológico com as lutas laicizantes do positivismo como projeto geopolítico para o país. Nem imaginar que Getulio encarnasse esse positivismo como forma de autoritarismo, como escreveram os uspianos das ciências políticas. Esse positivismo estava no cerne do pensamento socialista e sindicalista, como demonstra Gizlene Neder ao dissecar o momento histórico da virada do século XIX para o XX[9]. A fé no correcionalismo talvez fosse a grande utopia prisional dos Estados Previdenciários construídos nas Américas nos anos 30, como nos casos de Roosevelt, Perón e do próprio Getulio.

Se a história do Brasil é uma grande permanência do autoritarismo, poderíamos afirmar que o período posterior, de 1945 até o golpe de 1964, se constituiria num hiato político. A volta de Getulio nos braços do povo conduz o país a um desenvolvimentismo otimista, que vai estabelecer uma parceria com os comunistas que se consolida no movimento conhecido como queremismo. Acossado pelos interesses do capitalismo e do imperialismo, Getulio se suicida em 1954, produzindo uma comoção popular que atrasa o golpe civil-militar em dez anos, como aprendi com Zé Celso Martinez Correa num 24 de agosto na Cinelândia.

7. CARVALHO, Salo; MATTOS, Lucas Vianna. A criminologia socialista e a crítica anticarcerária em Roberto Lyra, resultados parciais da pesquisa "Atualidades e Fontes da Criminologia Crítica Brasileira, desenvolvida no Programa de Pós-graduação em Direito da Unilasalle/RS.

8. CRUZ, Eugeniusz Costa Lopes. *Roberto Lyra: o intelectual militante pelas ciências criminais*. 2022. Tese (Doutorado em Sociologia e Direito) – Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2022.

9. NEDER, Gizlene. *Discurso jurídico e ordem burguesa no Brasil*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1995.

Embora o modernismo vanguardista de Lyra atravessasse esse período, podemos recorrer à tese de Rusche sobre a perda de importância da questão criminal em períodos de ilusões de pleno emprego do keynesianismo do capitalismo do "bem-estar social"[10]. Aquele grande intervalo emancipador prescindia do protagonismo policial como narratividade política. O criminal se mantinha num território de atuação policial, mantendo sua seletiva truculência sempre contra os mesmos inimigos da ordem pública, os pobres de tão pretos e os pretos de tão pobres, e os resistentes.

O golpe de 1964 vai acirrar o autoritarismo histórico e a Criminologia começa a aparecer como trincheira de resistência e de lutas pelos direitos humanos. As leituras críticas ao Norte circulam na América Latina como um todo e tem na obra de Juarez Cirino dos Santos sua mais importante tradução literal. Ele e Roberto Lyra Filho foram os grandes criadores e articuladores de uma interpretação marxista da questão criminal. No Direito Penal, podemos citar Nilo Batista e Juarez Tavares como companheiros teóricos e, nas Ciências Sociais, Zahidé Machado Neto, Gisálio Cerqueira e Gizlene Neder que realizaram pesquisas criminológicas críticas a partir da realidade brasileira. Este marco temporal se estenderia até os anos 1980 com as rupturas ocorridas em nível político e econômico[11].

Esta Criminologia da resistência se ancorou também em alguns problemas do último capítulo do livro fundante da criminologia crítica, *Punição e estrutura social*. Esse problema aparece no trecho escrito por Kirchheimer quando atualizou a obra de Rusche e trabalhou o século XX ainda dentro das ilusões keynesianas de pleno emprego até a crise do petróleo dos anos 1970. Com oferta reduzida do exército industrial de reserva, os sistemas penais tenderiam a prescindir da prisão e a apostar mais nas penas e no controle fora da prisão. Por não serem profetas, não poderiam adivinhar a expansão capitalista no sentido do neoliberalismo que ocorreria nas décadas seguintes, conhecidas na América Latina como décadas perdidas, pelos efeitos sociais devastadores que engendrou. Loïc Wacquant foi quem atualizou essa obra nos anos 1990 ao associar o grande encarceramento que o capitalismo produziria ao desmonte previdenciário nos países centrais e suas estratégias de criminalização intensiva da pobreza. Na realidade, a questão criminal vai ser central na governamentalização das populações na virada neoliberal do século XX para o XXI[12].

No Brasil, aquele otimismo do último capítulo do livro de Rusche e Kirchheimer se somava às esperanças da abertura democrática. Tenho me referido a esse período,1980-2000, como um momento em que o campo político popular (com honrosas exceções) se encantou com o processo de judicialização da vida e investiu muito em sua fé no protagonismo do

10. RUSCHE, George; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

11. Cf. A Criminologia Socialista e a Crítica anticarcerária em Roberto Lyra, de Salo de Carvalho e Lucas Vianna Matos, artigo apresentado como resultado parcial de pesquisa "Atualidades e Fontes da Criminologia Crítica Brasileira", desenvolvida no Programa de Pós-Graduação em Direito da Unilasalle/RS.

12. WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres*: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

Judiciário e do Ministério Público. Ao mesmo tempo que a crise social embasava os novos movimentos de lei e ordem do capitalismo central, a América Latina era incorporada à força na Guerra contra as Drogas. As inseguranças sociais confluíam para o medo do crime e a questão criminal começava a adquirir centralidade política. Com a ajuda da mídia monopolizada, construiu-se a imagem do novo inimigo público, o traficante, que agora demandava concessões e flexibilizações das garantias. O grande encarceramento no Brasil, a partir dos anos 1990, veio acompanhado da relegitimação da tortura e das execuções policiais. À judicialização da vida, somou-se rapidamente a criminalização intensiva e extensiva da vida política brasileira. Talvez esse processo seja a razão principal do ressurgimento da criminologia e da criminologia crítica no Brasil nesse período: contrapor-se a essa atualização do sujeito *matável*.

Assistimos então à passagem da resistência à truculência policial na saída da ditadura para uma naturalização do extermínio desse novo inimigo público a ser neutralizado pela periculosidade das "organizações criminosas". A partir dos anos 2000, esse processo só se intensificou, com a expansão em todas as direções do que Foucault denominou de Estado de Polícia[13]: amplificação da tipificação penal e das penas, flexibilização das garantias, recrutamento em massa para as polícias, guardas municipais, segurança privada e agentes penitenciários, aumento do encarceramento e de suas modalidades etc. Os governos do campo popular não se furtaram a participar dessa expansão sem limites do poder punitivo e fizeram uso das Forças Armadas para projetos de segurança pública. A midiática ocupação do morro do Alemão no Rio de Janeiro virou um símbolo nefasto dessa *adesão subjetiva à barbárie* e alavancou a remilitarização das polícias e a politização das Forças Armadas. Tudo isso nos levou da redemocratização ao bolsonarismo. Nesses momentos difíceis, a academia, na trincheira do direito, acumulou uma produção extensa e intensa de cursos, seminários e publicações, produzindo argumentos deslegitimantes da pena e do genocídio dos pobres e pretos no Brasil. A criminologia crítica floresceu de norte a sul, alimentando movimentos sociais e lutas políticas que entenderam a importância estratégica da questão penal na gestão do capitalismo contemporâneo.

Esses marcos temporais nos permitem aproximar nossa questão central da Criminologia crítica e sua circulação e enraizamento no Brasil e na América Latina, nossa Pátria Grande, ou Fratria Grande. Nesse momento histórico em que vivemos, aqui e agora, ainda é pertinente uma Criminologia Crítica diante da abissal regressão a que estamos submetidos em relação à questão criminal? Na conjuntura a que aludimos, nos anos 1990, com a obsessão pelas políticas de segurança pública, a Criminologia crítica se revigora a partir de uma escuta e de um desejo de resistência ao Estado de Polícia que começava a se reconfigurar. Se o campo político da lei e da ordem se preparou para o combate, é curioso observar como o campo da esquerda se revestiu de argumentos realistas e punitivos na busca dos modelos das boas polícias e das boas prisões. Os tribunais e seus juízes e promotores (com a defesa sempre afastada para um nível abaixo, até espacialmente) já eram motivo de fascínio

13. FOUCALT, Michel. *Segurança, território, população*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

desde a "redemocratização". Não faltaram também investimentos e consultorias nesse setor a partir das "novas políticas criminais" que assolaram o continente, como podemos ver na pesquisa de Cristina Zackseski sobre as políticas de segurança pública na cidade do México e em Brasília a partir dos anos 90[14].

Na virada dos 1990 para o século XXI, algumas experiências aconteceram, como as dos governos de Lola Aniyar de Castro em Zúlia, Venezuela, e dos governos de Leonel Brizola/Nilo Batista no Rio de Janeiro. Tanto Lolita como Nilo escreveram sobre essas experiências no fio da navalha[15]. Os ataques que essa política (ou contra política de segurança) sofreu eram proporcionais à importância que o conservadorismo colonizado dava então a um aprofundamento da brutalização no controle social penal. Começaram a surgir então, no próprio campo da esquerda, críticas à eficácia e eficiência dessas políticas. Era como se houvesse uma ausência de Projetos de Segurança Pública, o que nos remetia àquelas indagações que o casal Schwendinger fazia nos anos 70: seremos guardiões da ordem ou defensores dos direitos humanos? Aqui, no Brasil, Joel Rufino dos Santos travou esse debate com o PT e seus Pronascis, prisões federais e RDD's. Falava-se até de uma criminologia crítica aplicada! Esse debate já foi ultrapassado com a intensa militância e produção acadêmica que gerou projetos e propostas, todas solenemente ignoradas nos respectivos projetos eleitorais do campo popular[16].

Existe hoje um debate sobre a ausência das questões de gênero e raça na criminologia crítica que poderia estar referido a uma tradução literal e eurocêntrica a partir das rupturas teóricas aportadas pela vanguarda do liberalismo e do marxismo na sociologia do controle social. É importante frisar que essa tradução literal foi fundamental para que se pudesse gestar uma criminologia a partir da nossa margem que incorporasse as marcas do genocídio colonizador e do escravismo, superando uma narrativa patriarcalista, branca e proprietária sobre a questão criminal. Mas, se olharmos para a história das resistências às ditaduras nos anos 1970 em nosso continente e das lutas pelos direitos dos povos, veríamos Jango e Allende com Anitua, a ligação entre os movimentos de libertação nacional e nossas criminologias[17]. O devir revolucionário se corporificou em muitas lutas emancipacionistas, de Palmares a Tupac Amaru e a Zapata, passando pela mágica revolução no Haiti. Avançando pelo século XX, a Revolução Cubana inspiraria movimentos de libertação

14. ZACKSESKI, Cristina. *Segurança e ordem pública* – Uma comparação entre Brasil e México. Brasília: Dialética. 2021.

15. BATISTA, Nilo. Sobre el filo de la navaja. *Derecho penal y criminología*, Buenos Aires, La Ley, ano I n. 1, set. 2011.

16. Cf. BARRETO, Ana Luisa L. de A.; NOVAES, Bruna Portella de; FERNANDES, Daniel Fonseca; ATHAYDE, Juliana de; MATOS, Lucas Vianna; COELHO, Marcelo; ROMÃO, Vinícius de Assis. *Política sob gatilho* – A questão criminal nos discursos eleitorais de 2018. Rio de Janeiro: Revan, 2021.

17. ANITUA, Gabriel Ignácio. *História dos pensamentos criminológicos*. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

nacional das oligarquias e do imperialismo estadunidense até a Revolução Sandinista na Nicarágua dos anos 1980.

Quando observamos a circulação das ideias, podemos aferir a importância da passagem, das traduções e das cátedras de Alessandro Baratta e sua paixão pelo nosso continente. A Venezuela, terra generosa para o exílio de muitos, foi o centro de uma resistência criminológica feminina. Esther Kosovski foi a grande tradutora da obra fundamental de Lolita, *Criminologia da reação social*, marco da criminologia crítica em nosso continente[18]. O famoso congresso de 1974, liderado por Lola Aniyar e Rosa del Olmo, reuniu Nils Christie, Franco Basaglia e Stanley Cohen e outros pensadores resistentes, podendo-se dizer que ali em Maracaibo morreu a velha Criminologia. Gisálio Cerqueira estava lá!

No entanto, essa Criminologia na periferia, racializada e descolonizada foi sempre presente na América Latina, mesmo que enraizada na perspectiva crítica do Norte, *traduttore, traditore* [...] Raúl Zaffaroni personifica essa tradição antropofágica. Seu livro, *Criminología*: aproximación desde un margen, de 1988, já nos alertava em seu prefácio:

> "No demoré mucho en advertir que la clave estaba en la política criminológica y en su estrecha dependencia de la política general, en percibir que la dogmática jurídico-penal es un inmenso esfuerzo de racionalización de una programación irrealizable y que la criminología tradicional o etiológica es un discurso de poder de origen racista y siempre colonialista."[19]

Sua proposta de um "realismo criminológico marginal" se opõe diametralmente aos realismos de direita e esquerda que reificaram a questão criminal. Como leitor de Darcy Ribeiro, ele se interessou pelas incorporações da nossa realidade ao processo civilizatório imposto a ferro e fogo em nosso continente. Ele começa o livro por problematizar a Criminologia em si, a partir do primeiro *apartheid* criminológico, a consolidação desse saber racista-colonialista ancorado na construção positivista do pobre, selvagem e feio.

Já no *Em Busca das Penas Perdidas*, ele analisa a deslegitimação do sistema penal e a crise do discurso jurídico-penal: "esgotado em seu poder para controlar um marco social cujo signo é a morte em massa (realidade letal)."[20] Sua grande contribuição na dogmática seria exatamente a construção de um discurso jurídico-penal a partir da nossa margem, a teoria negativa da pena. Ele chega a consolidar também uma "clínica da vulnerabilidade" para os efeitos da politização nos agentes do sistema penal latino-americano. Essa clínica produziu rupturas também na Criminologia clínica, como atestou a própria obra de Alvino de Sá[21]. Alguns anos depois, a partir da sua leitura do criminólogo neozelandês, Wayne Morrison,

18. CASTRO, Lola Aniyar de. *Criminologia da reação social*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

19. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Criminología* – Aproximación desde un margen. Bogotá: Temis, 1988. v. I

20. ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Em busca das penas perdidas*. Rio de Janeiro: Revan, 1991. p. 13.

21. Cf. SÁ, Alvino Augusto. *Criminologia clínica e psicologia criminal*. São Paulo: ed. RT, 2010.

Zaffaroni opera uma genial incorporação das técnicas de neutralização de Sykes e Matza, ao se perguntar por que a criminologia latino-americana não se interessou pelo genocídio dos povos originários e dos africanos escravizados, genocídio que permanece até os dias de hoje na forma de massacres a conta-gotas, como sua obra nos ensinou.

Entre tantos criminólogos daquela conjuntura, Rosa del Olmo se destaca como alguém que sempre questionou a criminologia crítica que reproduzia teorias distanciadas de nossa realidade. Contra o que chamava de copistas, ela atribuía uma "má digestão de teorias alheias" [...] Foi a primeira grande tradutora da criminologia anglo-saxônica no nosso continente e criticava aquele marxismo que não se detinha nessa produção ao norte do Rio Grande. Leitora da teoria da dependência, ela nos instou a romper com o copismo e nos atirarmos a um enfoque multidisciplinar, crítico e radical. A quantidade incrível de pesquisas empíricas que desenvolveu atesta essa portentosa contribuição. Foi pioneira também ao introduzir as questões de gênero na sua criminologia. Sua mãe era uma poetisa espanhola, combatente da República, feminista, que morreu no exílio no México quando Rosa tinha 12 anos. Estudou sociologia e antropologia na Universidade Central da Venezuela, prosseguiu sua carreira acadêmica na Universidade de Wisconsin e, em Cambridge, Inglaterra. Sua extensa e qualificada produção fez dela um verdadeiro paradigma da criminologia na periferia. Em 1971, escreveu já sobre drogas, criticando o uso indiscriminado de psicofármacos. Viajante do continente e companheira de nossas lutas, andou pelas revoluções cubana e nicaraguense; em 1980, escreveu *Los chigüines de Somoza*[22].

Na Zúlia de 1972, o *Centro de Investigaciones Criminológicas*, fundado por Lolita Aniyar de Castro traduz os estudos sobre estigmatização e condutas desviadas. O livro de Rosa del Olmo *Ruptura criminológica*, de 1979, publicado pela Universidade Central de Venezuela, convida a academia a uma postura política sobre a imposição e importação de conceitos como o de delito, entendido como fenômeno universal[23]. Sua riqueza empírica se detém sobre as gangues juvenis com a pergunta: existem "*bandas juveniles*" na classe alta da Venezuela? Seu esmero metodológico é uma grande contribuição para nós pesquisadores latino-americanos. Ela se detém sobre as estatísticas de seu país na perspectiva de conhecimento profundo sobre a realidade venezuelana. Incorporando os conflitos ideológicos da criminologia, ela se pergunta: para que serve a pesquisa? Ela afirma que a teoria criminológica não é abstrata e nem universal e que há um grande obstáculo à ideia de "prevenção" a partir da violência estrutural em nossa história. Aliás, desde 1973, ela já se perguntava sobre a necessidade de uma criminologia crítica latino-americana a partir da tendência maior de criminalização na comparação entre a periferia e o grupo europeu. Em 1974, ela escreveu *O problema da criminologia na América Latina*, fornecendo pegadas para uma produção descolonizada.

22. OLMO, Rosa del. *Los chigüines de Somoza*. Caracas: Editorial Ateneo de Caracas, 1980.

23. OLMO, Rosa del. *Ruptura criminológica*. Caracas: Universidad Central de Venezuela: ed. de La Biblioteca, 1979.

Dez anos depois, em 1990, Rosa lança a *Segunda ruptura criminológica*, procurando desmistificar os "*presupuestos*" de uma criminologia própria da América Latina[24]. Aliás, ela já havia escrito em 1977 sobre uma "criminologia própria" em nosso continente, usando a literatura como testemunho. Rosa foi uma inesgotável fonte de metodologias de pesquisa. No texto *La criminología de América Latina y su objeto de estudio*, ela aponta para essa discussão epistemológica, circulando o debate no seminário de Medellín em 1984 e no de Havana em 1986. Esse instigante livro aborda a violência policial como "*el castigo sin derecho a castigar*". Seu olhar periférico se dirige às detenções e aos desaparecimentos no cotidiano da violência em seu país, aos sistemas penitenciários e suas permanentes violações no marco dos direitos humanos, construindo informações estatísticas, dados que, segundo ela, conduziriam a uma pesquisa sobre nossa realidade como tarefa da criminologia crítica latino-americana.

Rosa del Olmo foi pioneira na construção de uma história da Criminologia em nosso continente. Em 1992, ela publicou *Criminología argentina*, botando em campo o seu legado metodológico ao analisar as revistas argentinas de criminologia, a produção legislativa e a bibliografia em circulação[25]. Detém-se nos antecedentes da criminologia clínica, mas também nas condições sociopolíticas que a consolidou, ou seja, ela trabalha a partir da compreensão da demanda por ordem, como igualmente nos ensinou Pavarini. Nessa perspectiva, ela investigou a imigração e o desenvolvimento do movimento operário, bem como as respostas governamentais por meio de leis e cárcere. Aliando sociologia e história, ela se detém sobre José Ingenieros, sobre o periódico *El perseguido*, de 1890, sobre a *Ley de Residencia*, de 1902, e sobre a *Ley de defensa social*, de 1910.

Antes disso, em 1988, Rosa publicava aquele livro que demarcaria uma mirada crítica, racializada e decolonial, a partir das nossas margens sobre a questão das drogas: *A face oculta das drogas*, traduzido e publicado pela Editora Revan em 1990[26]. Este livro "fez a cabeça" dos latino-americanos para a deslegitimação artificiosa da guerra às drogas imposta pelo Império para o continente. Começa pela denúncia do excesso de informação e sua proliferação na direção da construção do estereótipo baseado numa definição em torno do discurso de pânico moral. Com ela, aprendemos a discursividade médica em contraste com o discurso jurídico-penal dirigido aos novos inimigos, os da América do Sul, "traficantes" e "narcoguerrilheiros". Essa grande criminóloga nos conduz à história da criminalização a partir dos anos 50 e o estereótipo moral até a guerra como discurso e direito penal do inimigo dos anos 70. Ela analisou todas as convenções atravessadas pelo discurso geopolítico de segurança do mundo para chegar ao seu impacto na região andina e seus desdobramentos bélicos, por meio de conflitos de baixa intensidade, como a Operação Condor. A partir dos 80, esse circuito ilícito já é um mercado de bilhões, com gastos públicos dirigidos

24. OLMO, Rosa del. *Segunda ruptura criminológica*. Caracas: Universidad Central de Venezuela, 1990.

25. OLMO, Rosa del. *Criminología argentina*: apuntes para su reconstrucción histórica. Buenos Aires: Depalma, 1992.

26. OLMO, Rosa del. *A face oculta das drogas*. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

aos imigrantes ilegais. Aparecem aí as criminalizações históricas dos chineses no estereótipo do ópio, dos mexicanos na maconha e dos afrodescendentes na cocaína. Essa guerra global e bilionária se dirigia também contra a Revolução Nicaraguense e o governo de Cuba. Desvelou-nos o que a narratividade da questão drogas nos escondia [...].

Rosa del Olmo empreendeu a mais vigorosa pesquisa historiográfica da Criminologia ao sul da América[27]. Seu livro, *A América Latina e sua criminologia*, já anunciava no título que não se tratava de reproduzir as teorias do norte, mas de trabalhar na América Latina uma criminologia que pudesse ser chamada de sua. Na apresentação, ela se refere a um café com Nils Christie em Amsterdam como inspiração para essa obra fundamental. Por meio de uma crítica profunda ao positivismo implantado no século XIX, ela vai atravessar as mudanças do que denominou ideologia punitiva e seus efeitos nas políticas de controle social. A grande mestra de metodologia de pesquisa analisa a institucionalização internacional do controle social a partir da circulação das ideias de disciplina e obediência nos três primeiros congressos penitenciários ao sul da América. Nos primeiros congressos de antropologia criminal, o debate se deu sobre as "desigualdades humanas".

Essa criminologia da incorporação periférica faz suas primeiras importações "práticas" com a implantação de penitenciárias e códigos penais, gabinetes de identificação pautados pela antropologia criminal e os exames da "personalidade delinquente". Nessa viagem histórica, ela enuncia os esforços continentais de difusão dos encontros em diferentes demandas por ordem. Ela se detém sobre os esforços locais de difusão pelas publicações de livros e revistas especializadas, bem como as cátedras da área. Forneceu-nos, assim, pistas metodológicas de pesquisa para os que se recusavam a desconhecer sua própria história.

Para agregar mais dois textos fundamentais da sua gigantesca obra, não podemos deixar de citar *Criminalidad y criminalización de la mujer en la región andina*, de 1998[28]. Além de apresentar artigos de mulheres criminólogas sobre mulheres colombianas presas na Europa, mães presas, detentas na Bolívia, no Chile e no Equador, ela vai se deter sobre as Wayúu na prisão de Maracaibo. Em 1999, ela publica o fundamental artigo *Geopolítica da las drogas* para a *Revista Análisis de Medellín*[29]. Esse artigo é como um guia para aqueles pesquisadores sobre a questão das drogas ilícitas na América Latina. Seu olhar perspicaz e amplo trabalha as relações internacionais de poder, a América Latina como produtora das *commodities* ilícitas e a conjuntura em torno das ditaduras civis-militares ao sul da América. Mediante as constantes geopolíticas, ela associa a crise econômica do capitalismo em 1973 e sua relação com a guerra às insurgências e ao deslizamento do inimigo interno do terrorista para o traficante, bem como a estratégia de conflitos de baixa intensidade numa guerra em que países da nossa América aparecem como agressores e os "ao norte" aparecem como vítimas [...] Rosa também denunciou as pautas impostas na área de saúde, com a importação

27. OLMO, Rosa del. *A América Latina e sua criminologia*. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

28. OLMO, Rosa del. *Criminalidad y criminalización de la mujer en la región andina*. Venezuela: Editorial Nueva Sociedad, 1998.

29. OLMO, Rosa del. Geopolítica de las drogas. In: *Revista Análisis*, Medellín, jun. 1998.

de tratamentos e técnicas que não se adequavam nem às substâncias problemáticas nem às faixas etárias que nossa realidade apresentava. Enfim, Rosa Del Olmo foi um caudal de pesquisas e inovações metodológicas totalmente pautadas por rupturas e críticas às traduções literais impostas pelo pensamento hegemônico da criminologia colonizada.

Não podemos deixar de assinalar nessa história latino-americana a pesquisa coordenada por Raúl Zaffaroni entre 1982 e 1986 no Instituto Interamericano de Direitos Humanos sobre Sistemas Penais e Direitos Humanos na América. Nilo Batista carrega memórias de caminhadas com Zaffaroni, Baratta e Lolita nas ruas de Salvador durante um dos seminários dessa pesquisa. Entre seus importantes resultados, todos publicados, destacamos o livro 3, sobre o Seminário Mortes Anunciadas de 1983. O livro 1 tratava da legislação penal (as leis penais e seus principais núcleos problemáticos), leis processuais, legislação contravencional e de polícia, legislação penitenciária e legislação tutelar. O livro 2 apresentou o primeiro informe para o grande seminário de 1983 em São José da Costa Rica.

Os anos 1990 marcam o reaparecimento da criminologia e da criminologia crítica no Brasil. Poderíamos estranhar que, num período histórico de obsessão pela segurança pública, a criminologia permanecesse ausente dos *curricula* universitários e que sua produção estivesse limitada aos institutos e ONGs associados ao tema da segurança pública e sua execução estatal. Salo de Carvalho analisou a Criminologia Dialética de Roberto Lyra Filho, de 1972, como um desdobramento do giro epistemológico da sua teoria analítica do delito na direção de uma crítica interdisciplinar e da construção de uma criminologia socialista e dialética que "se materializou em inúmeros movimentos prático-teóricos que compuseram a teoria crítica do direito no Brasil, em especial, destaque ao *Direito achado na rua* e ao *Direito Alternativo*[30]. Juarez Cirino dos Santos manteve sua militância acadêmica durante todo o tempo, dentro da universidade e trabalhando na formação desse saber crítico no Paraná. Foi ele que traduziu o imprescindível livro de Alessandro Baratta, *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. Sua obra e as cátedras foram e seguem sendo fonte de formação do saber crítico no Brasil. Seu Instituto de Criminologia e Política Criminal, em Curitiba, organizou cursos, seminários e publicações quando quase não se falava de criminologia[31]. Maria Lúcia Karam, na fronteira entre a criminologia e o direito penal, realizou uma portentosa obra de deslegitimação dos discursos punitivos, na perspectiva de um abolicionismo à brasileira[32].

30. Cf. CARVALHO, Salo de. Projeções da "Criminologia Dialética" na teoria do delito: a construção de um modelo integrado crítico de ciências criminais em Roberto Lyra Filho. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 30, n. 187, 2022.

31. Cf. CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *A criminologia da repressão*. Rio de Janeiro: Forense, 1975; *A criminologia radical*. Rio de Janeiro/Curitiba: Lumen Juris e ICPC, 2008; *As raízes do crime*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

32. Cf. KARAM, Maria Lúcia. *De crimes, penas e fantasias*. Rio de Janeiro: Luam, 1991; *Legalização das drogas*. Rio de Janeiro: Estúdio Editores, 2015.

Vera Andrade estabeleceu um polo de formação na Universidade Federal de Santa Catarina. Orientanda de Baratta, crítica, abolicionista e feminista, mãe independente, lutou contra seguidos ataques misóginos durante toda a sua estupenda trajetória, mas manteve-se impávida, constituindo-se numa frondosa árvore que produziu frutos que hoje marcam a criminologia brasileira de norte a sul do Brasil. Foi ela quem introduziu uma criminologia feminista com forte impacto no discurso androcêntrico. Articulando o marxismo com o interacionismo, ela percorreu as tensões discursivas para a crítica da razão legitimante da pena. Por meio de uma teoria da desigualdade classista e do genocídio racista policial militarizado da América Latina, ela produziu atravessamentos entre gênero-classe e raça/etnia presentes nos discursos das ausências e limites nas disputas pelo poder sobre a questão criminal. Ela produziu um veemente manifesto por uma aliança para uma criminologia em pedaços, conclamando os críticos a terem escuta para uma nominação do simbólico pelo feminismo brasileiro contra a violência do capitalismo patriarcal, na perspectiva de transcender a pena nas lutas feministas. Ela nos advertiu sobre o despedaçamento do saber crítico como desperdício democrático na perspectiva das lutas raciais e de gênero no Brasil. Ancorada na sólida crítica às ilusões da segurança jurídica liberal, ela pôde construir uma criminologia das margens mediante a busca dos saberes indígenas e africanos que constituem nossa brasilidade. Trabalhando incansavelmente desde os anos 1990, ela investiu tempo e pesquisa numa saída minimalista/abolicionista para a justiça restaurativa e num saber de acúmulos e luta contra as perversidades do punitivismo brasileiro[33].

Salo de Carvalho precocemente fez parte dessa virada criminológica da década de 1990. Orientando de Vera Andrade no mestrado, produziu uma das primeiras peças críticas dos desvarios jurídico-penais da guerra às drogas. Jurista e criminólogo não negou a linhagem de Amilton Bueno de Carvalho na trincheira de lutas contra a barbárie nos anos de chumbo até os dias de hoje. Salo empreendeu uma densa produção crítica criminológica abrindo novos campos de saber na perspectiva de uma criminologia *queer* e de uma metodologia antimanuais. Perseguido academicamente, como todos seus parceiros, desenvolveu sua cátedra apesar dos percalços na direção de uma criminologia crítica mergulhada na história brasileira[34].

33. Cf, entre outros, ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão da segurança jurídica*: do controle da violência à violência do controle penal. Florianópolis: Livraria do Advogado, 2015; *Pelas mãos da criminologia*: o controle penal para além da desilusão. Rio de Janeiro: 2012; PRANDO, Camila Cardos de Mello; GARCIA, Mariana Dutra de Oliveira; ALVES, Marcelo Mayora. *Construindo as criminologias críticas* – A contribuição de Vera Andrade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018; ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Sistema penal máximo x cidadania mínima* – Códigos da violência na era da globalização. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

34. Entre outros, CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. São Paulo: Saraiva, 2014; *A política criminal de drogas no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2016; CARVALHO, Salo de; DUARTE, Evandro Piza. *Criminologia do preconceito*: racismo e homofobia nas ciências criminais. São Paulo: Saraiva Jur, 2017.

Sérgio Salomão Shecaira praticamente construiu a criminologia crítica de matriz interacionista na Universidade de São Paulo. Rosa Del Olmo dizia que a Criminologia crítica latino-americana tinha dado pouca importância à produção da América do Norte. Shecaira supriu essa lacuna abrasileirando suas pesquisas e criando uma tradição paulista. Ele fez parte da viragem metodológica de Alvino de Sá que ressignificou sua prática criminológica a partir da proposta da clínica da vulnerabilidade de Zaffaroni[35].

Entendendo a criminologia crítica como uma desconstrução radical do poder punitivo, não podemos deixar de incluir nessa história a densa e extensa reflexão político-acadêmica sobre a questão criminal do Núcleo de Sociabilidade Libertária, o NU-SOL, liderado por Edson Passetti. O abolicionismo penal brasileiro tem ali, desde sempre, material para fortalecer seus diques teórico-argumentativos[36]. João Ricardo Wanderlei Dornelles é outro professor fundamental nessa caminhada desde os anos 1990. Sua criminologia e militância marxista e crítica estão presentes em sua obra e na sua passagem pela academia e pelo *front* dos direitos humanos. Foi uma espécie de voz solitária contra o punitivismo das Comissões da Verdade[37].

Nos anos 1990, foi criado em São Paulo o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, o IBCCRIM, que edificou um espaço garantista radical estratégico nas lutas contra a expansão do punitivismo jurídico-penal, sob a firme direção de Alberto Silva Franco. Suas publicações, seus cursos e seminários abriram caminho para grandes interlocuções críticas e para o enfrentamento da consolidação do Estado penal e da judicialização e politização da vida. Também, nessa conjuntura, foi criado no Rio de Janeiro o Instituto Carioca de Criminologia que também traduziu e publicou, organizou seminários e cursos e implantou na Universidade Cândido Mendes uma pós-graduação *stricto sensu* em Criminologia, Direito Penal e Processo Penal que possibilitou a formação de uma nova geração de pensadores críticos nessa área.

Este recorte histórico, essa genealogia sobre a diáspora de Criminologia crítica e suas traduções latino-americanas, se faz oportuno pelo debate acadêmico político acerca da importância de um olhar decolonial, racializado e generificado sobre a questão criminal

aqui e agora. O atravessamento aqui realizado não extingue valiosas contribuições de tantos que não são aqui citados, mas que caminharam pelos rastros dessas escolas críticas brasileiras que ressuscitaram o saber criminológico entre os anos 1970 e 1990 do século XX no Brasil. Com um olhar muito estratégico sobre a realidade brasileira, essas escolas aqui citadas formaram uma nova geração de criminólogos comprometidos com nossa brasilidade

35. Entre outros, SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. São Paulo: ed. RT, 2021; *Drogas* – Desafios e *contemporâneos*. São Paulo: D'Plácido, 2018; *Sistema de garantias e o direito penal juvenil*. São Paulo: ed. RT, 2014.

36. Entre outros, PASSETTI, Edson. *Abolicionismo penal libertário* (hypomnemata/NU-Sol). Rio de Janeiro: Revan, 2021.

37. Entre outros, DORNELLES, João Ricardo Wanderley. *Estado, política e direitos fundamentais*. Curitiba: UNESC, 1969; *O que são direitos humanos*. Rio de Janeiro: Brasiliense, s/d.

e com as intensas lutas contra o racismo, a misoginia, a homofobia e a truculência dos caretas e covardes. Não haveria espaço aqui para nomear as novas cátedras que surgiram, do Oiapoque ao Chuí, e dos coletivos de luta na trincheira dos indignados contra esse capitalismo devastador e contra essa adesão subjetiva à barbárie.

Esse atravessamento histórico na construção de uma genealogia da criminologia crítica não tem um sentido restaurador da sua contribuição nem pretende negar sua crise, mas apontar suas atualizações brasileiras e latino-americanas na direção de uma criminologia decolonial, racializada, antipatriarcal e comprometida com as lutas contra as violências penais perpetradas historicamente contra nossos povos.

Referências

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão da segurança jurídica*: do controle da violência à violência do controle penal. Florianópolis: Livraria do Advogado, 2015.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Pelas mãos da criminologia*: o controle penal para além da desilusão. Rio de Janeiro: 2012.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Sistema penal máximo x cidadania mínima* – Códigos da violência na era da globalização. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

ANITUA, Gabriel Ignácio. *História dos pensamentos criminológicos*. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

BARRETO, Ana Luisa L. de A.; NOVAES, Bruna Portella de; FERNANDES, Daniel Fonseca; ATHAYDE, Juliana de; MATOS, Lucas Vianna; COELHO, Marcelo; ROMÃO, Vinícius de Assis. *Política sob gatilho* – A questão criminal nos discursos eleitorais de 2018. Rio de Janeiro: Revan, 2021.

BATISTA, Nilo. Sobre el fio de la navalha. In: Derecho penal y criminología, Buenos Aires, La Ley, ano I, n. 1, set. 2011.

CARVALHO, Salo de. Projeções da "Criminologia Dialética" na Teoria do Delito: a construção de um modelo integrado crítico de ciências criminais em Roberto Lyra Filho. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 30, n. 187, 2022.

CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. São Paulo: Saraiva, 2014.

CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil*. São Paulo: Saraiva Jur, 2016.

CARVALHO, Salo de; DUARTE, Evandro Piza. *Criminologia do preconceito*: racismo e homofobia nas ciências criminais. São Paulo: Saraiva Jur, 2017.

CARVALHO, Salo; MATTOS, Lucas Vianna. A criminologia socialista e a crítica anticarcerária em Roberto Lyra, resultados parciais da pesquisa "Atualidades e Fontes da Criminologia Crítica Brasileira, desenvolvida no Programa de Pós-graduação em Direito da Unilasalle/RS.

CASTRO, Lola Aniyar de. *Criminologia da reação social*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *A criminologia da repressão*. Rio de Janeiro: Forense, 1975.
CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *A criminologia radical*. 3. ed. Rio de Janeiro/Curitiba: Lumen Juris e ICPC, 2008.
CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *As raízes do crime*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
CORREA, Mariza. *As ilusões da liberdade*. Bragança Paulista: Edusf, 1998.
CRUZ, Eugeniusz Costa Lopes. *Roberto Lyra: o intelectual militante pelas ciências criminais*. 2022. Tese (Doutorado em Sociologia e Direito) – Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2022.
DORNELLES, João Ricardo Wanderley. *Estado, política e direitos fundamentais.* Curitiba: UNESC, 1969.
DORNELLES, João Ricardo Wanderley. *O que são direitos humanos*. Rio de Janeiro: ed. Brasiliense, s/d.
FOUCALT, Michel. *Segurança, território, população*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
KARAM, Maria Lúcia. *De Crimes, penas e fantasias*. Rio de Janeiro: Luam, 1991.
KARAM, Maria Lúcia. *Legalização das drogas*. Rio de Janeiro: Estúdio Editores, 2015.
LYRA, Roberto. *Direito penal científico* – Criminologia. Rio de Janeiro: José Konfino, 1972.
NEDER, Gizlene. *Discurso jurídico e ordem burguesa no Brasil*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1995.
OLMO, Rosa del. *A América Latina e sua criminologia*. Rio de Janeiro: Revan, 2004.
OLMO, Rosa del. *Los Chigüines de Somoza*. Caracas: Editorial Ateneo de Caracas, 1980.
OLMO, Rosa del. *Ruptura criminológica*. Caracas: Universidad Central de Venezuela: ed. de La Biblioteca, 1979.
OLMO, Rosa del. *Segunda ruptura criminológica*. Caracas: Universidad Central de Venezuela, 1990.
OLMO, Rosa del. *Criminología argentina*: apuntes para su reconstrucción histórica. Buenos Aires: Depalma, 1992.
OLMO, Rosa del. *A face oculta das drogas*. Rio de Janeiro: Revan, 1990.
OLMO, Rosa del. *A América Latina e sua criminologia*. Rio de Janeiro: Revan, 2004.
OLMO, Rosa del. *Criminalidad y criminalización de la mujer en la región andina*. Venezuela: Editorial Nueva Sociedad, 1998.
OLMO, Rosa del. Geopolítica de las drogas. In: *Revista Analisis*, Medellín, jun. 1998.
PASSETTI, Edson. *Abolicionismo penal libertário* (hypomnemata/NU-Sol). Rio de Janeiro: Revan, 2021.

PRANDO, Camila Cardos de Mello; GARCIA, Mariana Dutra de Oliveira; ALVES, Marcelo Mayora. *Construindo as criminologias críticas* – A contribuição de Vera Andrade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

RODRIGUES, Nina. *Os africanos no Brasil*. São Paulo: Editora da Universidade de Brasília, 1982.

RUSCHE, George; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

SÁ, Alvino Augusto. *Criminologia clínica e psicologia criminal*. São Paulo: ed. RT, 2010.

SANTOS, Milton. *Espaço e método*. São Paulo: Nobel, 1992.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. São Paulo: ed. RT, 2021.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Drogas* – Desafios e contemporâneos. São Paulo: D'Plácido, 2018.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema de garantias e o direito penal juvenil*. São Paulo: ed. RT, 2014.

SOZZO, Máximo. *Viagens culturais e a questão criminal*. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres*: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZACKSESKI, Cristina. *Segurança e ordem pública* – Uma comparação entre Brasil e México. Brasília: Dialética. 2021.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Criminología*: aproximación desde un margen. Bogotá: Temis, 1988. v. I.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*. Rio de Janeiro: Revan, 1991.



PESQUISAS DO EDITORIAL



ÁREAS DO DIREITO: Penal; Fundamentos do Direito; Internacional

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- A criminologia cultural e a sua recepção no Brasil: relato parcial de uma história por ser escrita, de Salah H. Khaled Jr., Salo de Carvalho e José Antônio Gerzson Linck – *RBCCrim* 193/145-186;
- Caminhos para mudanças: diálogos entre criminologia, abolicionismos penais e justiça restaurativa, de Ilton Garcia da Costa, Eluane de Lima Corrales e Gabriele Delsasso Lavorato Manfré – *RBCCrim* 170/143-162;
- Da criminologia crítica à criminologia cultural: explorando novas avenidas de investigação para o desenvolvimento da criminologia crítica brasileira, de Eleni Dimou e Salah H. Khaled Jr. – *RBCCrim* 193/67-107; e
- Usos e distorções do pensamento foucaultiano pela criminologia crítica brasileira, de Victor Sugamosto Romfeld e Daniel Fauth Washington Martins – *RBCCrim* 172/421-450.

Resenha Crítica

Resenha de "Exclusão da ilicitude e justificação putativa: uma redefinição de fronteiras"

Review of "Exclusion of wrongfulness and putative justification: a redefinition of boundaries"

João Pedro Barione Ayrosa
Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL).
Lattes: [http://lattes.cnpq.br/4401995652899931].
ORCID: [https://orcid.org/0000-0002-7720-1252].
joaobayrosa@gmail.com

Vítor Gabriel Carvalho
Mestrando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). Bolsista CAPES/PROEX.
Lattes: [http://lattes.cnpq.br/6923816421413534].
ORCID: [https://orcid.org/0000-0001-5729-7480].
vitorcarvalho08@hotmail.com

DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v198i198.460].

Áreas do Direito: Penal; Processual

Resumo: Na resenha da obra "Exclusão da ilicitude e justificação putativa: uma redefinição de fronteiras", de José Menezes Sanhudo, são elencados, em um primeiro momento, os principais argumentos da obra; em um segundo, seus méritos; após, são apresentados contrapontos aos argumentos do autor, evidenciando temas e aspectos em que a obra ainda pode ser aperfeiçoada. Ao final, conclui-se pela qualidade do trabalho, bem como pelo seu valor para futuras investigações sobre o nível sistemático da ilicitude e do erro.

Abstract: In the review of the work "Exclusion of wrongfulness and putative justification: a redefinition of boundaries", by José Menezes Sanhudo, in a first moment, the main arguments of the work are listed; in a second, their merits; Afterward, counterpoints to the author's arguments are presented, highlighting themes and aspects in which the work can still be improved. In the end, it is concluded for the quality of the work, as well as its value for future research on the systematic level of wrongfulness and mistake.

Ayrosa, João Pedro Barione; Carvalho, Vítor Gabriel.
Resenha de "Exclusão da ilicitude e justificação putativa: uma redefinição de fronteiras".
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 198. ano 31. p. 369-386. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2023.
DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v198i198.460].

Palavras-chave: Princípio da unidade da ordem jurídica – Ilicitude – Justificação putativa – Elementos do dolo – Perspectivas *ex ante* e *ex post*.

Keywords: Principle of the unity of the legal order – Wrongfulness – Putative justification – Elements of *dolus* – *Ex ante* and *ex post* perspectives.

Sumário: 1. Introdução. 2. A obra resenhada. 3. Méritos da obra. 4. Críticas à obra. 4.1. Princípio da unidade da ordem jurídica: ilicitude especificamente penal versus ilicitude geral. 4.2. Desvalor da ação como centro do ilícito-típico. 4.3. Dolo tripartite?. 4.4. A figura do homem médio. 4.5. A aferição dos requisitos das causas de justificação sob a perspectiva ex ante. 4.6. A ausência de casos concretos. 5. Considerações finais. 6. Referências bibliográficas.

1. Introdução

Há[1] obras de grande qualidade que, por questões idiomáticas ou geográficas, não encontram a ressonância a que fazem jus na discussão brasileira. Aqui, trata-se parcialmente da segunda categoria: um livro português, que, entretanto, foi publicado no Brasil pela editora Almedina[2]. Assim, os autores entenderam por bem se debruçar sobre ela, tanto para, de um lado, divulgá-la ao público brasileiro, e, de outro, aprofundar o debate que ela propõe sobre diversos problemas atinentes às causas de justificação, no geral, e à legítima defesa e ao erro, no particular.

2. A obra resenhada

O livro de José Menezes Sanhudo é fruto de sua dissertação de mestrado, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade do Porto sob orientação do Professor António Manuel de Almeida Costa. O texto é dividido fundamentalmente em sete seções, incluindo introdução e conclusão. O problema de pesquisa é o erro sobre os pressupostos fáticos das causas de justificação, com relação ao que o autor busca responder, de um lado, qual deve ser sua consequência jurídica, e, do outro, onde está a fronteira entre as hipóteses de erro e a efetiva ocorrência de uma causa de justificação. Essa exposição do problema já sintetiza

1. Os autores são gratos a Beatriz Vilela e Hellen de Souza pela leitura crítica da versão preliminar do texto. O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) – Código de Financiamento 001.

2. Vemos com bons olhos a impressão de livros portugueses no Brasil. Ora, se temos o privilégio de compartilhar o mesmo idioma, por que não ampliar o intercâmbio teórico-dogmático entre ambas as literaturas? Não há razões para ignorar um conteúdo dogmático de qualidade que não enfrenta qualquer barreira linguística. Ao fim e ao cabo, ambos os lados podem se favorecer dessa troca.

o conteúdo da introdução do texto, que conta ainda com um pequeno exemplo ilustrativo da problemática[3].

No primeiro capítulo da obra, o autor enfrenta dois problemas basilares para o trabalho: (i) qual a função do direito penal e de suas normas e (ii) qual seria a correta interpretação ao princípio da unidade da ordem jurídica[4]. À primeira pergunta, responde que ao direito penal é reservada a função de tutela da ordem de bens jurídicos, o que faz por meio de normas de determinação[5]; à segunda, que o princípio referido deve ser compreendido como um *imperativo de não contradição*, afirmando existir uma ilicitude própria a cada área do Direito (ilicitude especificamente penal, especificamente civil etc.)[6].

A relação entre tipo e ilícito é a questão abordada no segundo capítulo. Após uma descrição da evolução histórica dos estudos sobre a tipicidade[7], Sanhudo apresenta os argumentos a favor do tipo como indício da ilicitude[8], do tipo como *ratio essendi* da ilicitude[9] e da teoria dos elementos negativos do tipo[10], bem como analisa propostas contemporâneas como a de Roxin/Greco[11] e a de Figueiredo Dias[12]. Posteriormente, apresenta sua tomada de posição: *todo o tipo é tipo de ilícito*, o que pode ser traduzido como uma negativa à autonomização entre as duas categorias, devendo ambas ser trabalhadas juntos sob a categoria do tipo de ilícito, sem que isso implique em uma unificação do que seja atipicidade/licitude e tipicidade/ilicitude [13]. Quanto ao conteúdo do ilícito penal, seu núcleo residiria no desvalor da ação, pois é no desrespeito à norma de determinação, criada com o objetivo de tutelar bens jurídicos essenciais (função do direito penal), que reside o "sentido pessoal-objetivo de antinormatividade (contrariedade à norma de conduta) dolosa ou negligente"[14]. Ao desvalor do resultado restaria uma tarefa lateral de, em alguns casos, ser necessário para a punibilidade[15]. Quanto à análise da ilicitude, haver-se-ia de adotar a perspectiva *ex ante* do ponto de vista do agente, este entendido como homem médio (homem médio das capacidades

3. SANHUDO, José Menezes. *Exclusão da ilicitude e justificação putativa*: uma redefinição de fronteiras. Coimbra: Edições Almedina, 2021. p. 21-22.
4. Ibidem, (nota 3), p. 23.
5. Ibidem, (nota 3), p. 26-27.
6. Ibidem, (nota 3), p. 29-30.
7. Ibidem, (nota 3), p. 33-37.
8. Ibidem, (nota 3), p. 37.
9. Ibidem, (nota 3), p. 37-38.
10. Ibidem, (nota 3), p. 39.
11. Ibidem, (nota 3), p. 39-40.
12. Ibidem, (nota 3), p. 40-41.
13. Ibidem, (nota 3), p. 44.
14. Ibidem, (nota 3), p. 50-51.
15. Ibidem, (nota 3), p. 51.

instrumentais-operatórias do agente concreto[16]), pois é a única que se harmoniza com a função de prevenção do direito penal e de suas regras como normas de determinação[17].

Neste capítulo, o autor ainda se debruça sobre alguns temas como o dolo e a negligência (= culpa no Brasil), oferecendo àquele uma leitura muito própria com a adição de um *elemento emocional* ao lado dos dois já tradicionais[18]; a relação entre incriminação e justificação, onde deixa expressa sua negativa à adoção da perspectiva *ex post* na análise da ilicitude[19]; e o conceito de justificação, que, inversamente à ideia de ilícito como desvalor da ação, seria a ausência deste[20].

Já no terceiro capítulo, Sanhudo argumenta contra as teses monistas e dualistas sobre os fundamentos da justificação e apresenta a sua posição: o juízo de ilicitude tem como referência a violação ao padrão de exigibilidade objetiva, que, quando não for *exigível* no caso concreto, implicará em um juízo de justificação[21]. A ideia de exigibilidade ganharia força, trabalhando como padrão objetivo e geral na ilicitude (homem médio), e como análise do indivíduo concreto na culpabilidade[22].

O quarto capítulo é reservado para a discussão sobre definir qual o regime jurídico a ser aplicado em casos de erro sobre os pressupostos fáticos de uma causa de justificação. Inicialmente, é traçada a diferenciação entre o erro efetivamente considerado e o erro-ignorância (ignorância pelo agente da presença da circunstância justificante) e entre aquele e o erro sobre a existência de uma causa, seu âmbito de aplicação e seus limites[23]. Após, aborda as diversas teorias que tentam dar conta do problema do erro sobre os pressupostos fáticos de uma causa de justificação[24], adotando a teoria limitada da culpabilidade, segundo a qual tais erros são análogos àquele que incide no erro de tipo[25]. Reconhece que há dolo natural nos casos de erro sobre pressupostos fáticos de uma causa de justificação, mas fundamenta sua exclusão pela ausência do elemento emocional apresentado no segundo capítulo[26]. Na sequência, traça as especificidades do erro sobre os elementos normativos das causas de justificação, que, quando decorrer de um equívoco de conhecimento, atrai a exclusão do dolo, e, quando se basear em erro acerca da existência ou limite de um elemento normativo, será

16. Ibidem, (nota 3), p. 53.
17. Ibidem, (nota 3), p. 51-53.
18. Ibidem, (nota 3), p. 56-61.
19. Ibidem, (nota 3), p. 66-67.
20. Ibidem, (nota 3), p. 70.
21. Ibidem, (nota 3), p. 77.
22. Ibidem, (nota 3), p. 87-88.
23. Ibidem, (nota 3), p. 94-96.
24. Ibidem, (nota 3), p. p. 103 e ss.
25. Ibidem, (nota 3), p. 119.
26. Ibidem, (nota 3), p. 120-121.

Ayrosa, João Pedro Barione; Carvalho, Vítor Gabriel.
Resenha de "Exclusão da ilicitude e justificação putativa: uma redefinição de fronteiras".
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 198. ano 31. p. 369-386. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2023.
DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v198i198.460].

resolvido com o regramento do erro sobre a ilicitude[27], e nega a existência de qualquer dever de comprovação da situação justificante[28].

No derradeiro capítulo, o autor se volta ao problema da definição das fronteiras entre a exclusão da ilicitude e a justificação putativa, o ponto central da dissertação[29]. O texto gira em torno da discussão sobre a perspectiva que deve reger a análise da presença ou ausência de erro, se *ex ante* ou *ex post*. Após apresentar os principais argumentos a favor de ambas as possibilidades[30], o autor se perfila à perspectiva *ex ante*, pois a perspectiva *ex post* (i) não se harmoniza com a concepção de ilícito pessoal[31]; (ii) negaria a realidade por não tomar nota das limitações cognitivas inerentes ao ser humano[32]; (iii) violaria o princípio da proporcionalidade[33]. Do outro lado, milita a favor da perspectiva *ex ante* o fato de se encaixar na perspectiva de que as normas penais são normas de conduta[34].

Após, são sistematizadas as conclusões do trabalho e apresentadas as referências bibliográficas.

3. Méritos da obra

Há de se registrar, inicialmente, os méritos do trabalho, que já se iniciam pela escolha de temática extremamente relevante. De fato, os efeitos da justificação são distintos dos da justificação putativa (= erro), de modo que ter para si claras as fronteiras entre ambas garante maior segurança jurídica na aplicação do direito. Além do mais, não se tem notícia sobre a existência de outros trabalhos de fôlego, no Brasil, sobre a temática[35], a despeito de o legislador já ter se mostrado interessado em reformar a norma das "descriminantes putativas"[36]. Por tudo isso, a obra de Sanhudo merece atenção do público brasileiro e chega em boa hora.

27. Ibidem, (nota 3), p. 122-124.
28. Ibidem, (nota 3), p. 126-127.
29. Ibidem, (nota 3), p. 131.
30. Ibidem, (nota 3), p. 132 e ss.
31. Ibidem, (nota 3), p. 151.
32. Ibidem, (nota 3), p. 153.
33. Ibidem, (nota 3), p. 154.
34. Ibidem, (nota 3), p. 155.
35. Notável exceção, sobre a tentativa de estabelecer as fronteiras entre erro e justificação, é o seguinte artigo: MARTELETO, Wagner; MOURA, Bruno de Oliveira. Restrições ético-sociais da legítima defesa, legítima defesa putativa e erro. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 20, n. 81, abr.-jun. 2021. Os autores analisam, neste texto, as perspectivas (*ex ante* e *ex post*) direcionadas aos requisitos da *legítima defesa*.
36. Pode-se exemplificar com o Projeto de Lei 236/2012, no qual o legislador brasileiro propôs a filiação à teoria estrita da culpabilidade. Informativos e críticos: HORTA, Frederico Gomes de Almeida. Da limitada teoria estrita da culpabilidade: crítica ao tratamento das descriminantes putativas no Código

Quanto ao empreendimento concreto do autor, também lhe são devidos os méritos de identificar o ponto crucial da definição dos limites entre justificação e erro, a saber: se a perspectiva temporal deve ser *ex ante* ou *ex post*. A isso se soma um desenvolvimento coerente e lógico, em que os resultados estão em consonância com as premissas estabelecidas, em que, não obstante a capacidade argumentativa do autor e seu domínio de idiomas estrangeiros, jamais se torna um *show off* da erudição[37]. Por fim, o autor foca suas energias nos argumentos, enfrentando as teses contrárias de forma racional na integralidade do trabalho.

4. Críticas à obra

Entretanto, nem tudo são flores. O trabalho apresenta, também, alguns pontos bem questionáveis. A eles será dedicado o restante do espaço desta recensão.

4.1. Princípio da unidade da ordem jurídica: ilicitude especificamente penal versus *ilicitude geral*

Inicialmente, há de se abordar a divergência na literatura jurídico-penal sobre o significado do princípio da unidade da ordem jurídica. "Para um importante setor da doutrina alemã (não tão significativo entre nós [doutrina portuguesa]) o referido princípio implica na aceitação de um *conceito unitário de ilicitude*, comum a toda ordem jurídica"[38]. Esta corrente entende, em outras palavras, que "o ilícito não é específico de cada ramo do direito; apenas as consequências jurídicas da ilicitude (as sanções) são diversas nos vários campos de regulação"[39].

Em contrapartida, a posição de Sanhudo coincide "com a doutrina claramente maioritária em Portugal (e minoritária na Alemanha) que defende a existência de uma *ilicitude especificamente penal*, negando assim uma ilicitude de índole geral"[40]. Ou seja, "uma conduta

Penal (Projeto de Lei 236/2012). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 23, n. 113, mar.-abr. 2015, p. 16 e ss.; LEITE, Alaor. Erro, causas de justificação e causas de exculpação no novo projeto de Código Penal (Projeto de Lei 236/2012 do Senado Federal). *Revista Liberdades*, São Paulo, ed. Especial, set. 2012. p. 70 e ss.

37. Não há, por exemplo, nenhuma utilização ornamental da filosofia. Crítico quanto a tal prática: MINORELLI, Lucas. Resenha de TEIXEIRA NETO, João Alves. Aproximações entre direito penal e filosofia: ensaios e conferências. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021. *Revista do Instituto de Ciências Penais*, Belo Horizonte, v. 7, n. 1, p. 231-241, 2022.

38. Ibidem, (nota 3), p. 28.

39. Ibidem, (nota 3), p. 28.

40. Ibidem, (nota 3), p. 28, grifos do original.

civilmente lícita poderá constituir um ilícito penal (por exemplo, uma tentativa ou um ilícito de perigo, que não hajam produzido danos indemnizáveis)"[41].

Levando em consideração que o autor não apresenta um exemplo mais concreto[42], nos esforçamos para melhor ilustrar a possibilidade de uma ilicitude especificamente penal. Sendo assim, à luz do ordenamento jurídico brasileiro, imagine-se a situação em que o indivíduo não realiza o pagamento dos boletos relativos à compra de produtos de determinado estabelecimento comercial. Nesse caso, se compreendemos bem a proposta do autor, a conclusão será a de que o simples inadimplemento configura um ilícito civil[43], no entanto, não havendo o dolo[44], não há que se falar no crime de estelionato (= art. 171 do CP). Ou seja, o caso narrado é um ilícito civil, mas não é um ilícito penal. Por outro lado, na hipótese em que o indivíduo conduz o seu veículo automotor embriagado sem causar qualquer dano a terceiro, o raciocínio do autor nos levará a conclusão de que há um ilícito penal (= crime do art. 306 do CTB), sem, no entanto, haver um ilícito civil. *Em suma, Sanhudo defende que os ramos do Direito são autônomos para definir as suas respectivas ilicitudes*[45].

Posto isso, questiona-se: as conclusões alcançadas a partir do desenvolvimento teórico do autor são dogmaticamente acertadas? É correto afirmar que uma conduta é ilícita em um ramo do ordenamento jurídico e, ao mesmo tempo, lícita em outro? A complexidade dessas questões não nos permite, neste curto espaço, apresentar uma conclusão definitiva e acabada[46]. O certo é que outras conclusões podem ser extraídas e os casos resolvidos de outra maneira. É possível sustentar que no exemplo do devedor há um ilícito civil (= descumprimento de obrigação) e que, em compensação, no âmbito penal, a conduta é atípica (= ausência de dolo). Assim, a discussão seria resolvida no juízo de tipicidade sem a necessidade

41. Ibidem, (nota 3), p. 29.

42. O autor poderia ter exemplificado com alguma situação que constitui um ilícito civil, mas que é penalmente lícita.

43. Segundo VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil:* parte geral. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 341, "só há interesse em conhecer um ato ilícito, para tal conceituado como ilícito civil, quando há dano ocasionado a alguém e este é *indenizável* (...)", grifos do original.

44. O crime de estelionato, pela sua própria natureza, só comporta a forma dolosa. O dolo, aqui, é a vontade de praticar a conduta típica, consciente o agente de que está iludindo a vítima com o emprego de meio fraudulento, no intuito de obter uma vantagem indevida em seu detrimento ou de outrem" (PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro:* parte especial. São Paulo: ed. RT, 2007. v. 2. p. 305).

45. Cf. Ibidem, (nota 3), p. 27 e ss.

46. "Determinar, porém, a razão *jurídica* por que assim se passam as coisas contende com uma das mais complexas e hoje mais discutidas questões da dogmática penal: a unidade da ilicitude *versus* a existência de uma *ilicitude penal específica*" (FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal parte geral. Questões fundamentais*: a doutrina geral do crime. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. t. 1. p. 388, grifos do original).

de entrar no mérito se a conduta é penalmente lícita ou ilícita[47]. No segundo exemplo, por sua vez, haveria um ilícito penal (= dirigir embriagado) que, por não ter causado quaisquer danos a terceiros, seria juridicamente indiferente na seara cível[48]. Esse segundo raciocínio se mostra mais adequado dogmaticamente do que aquele desenvolvido por Sanhudo[49].

Ademais, mostram-se cabíveis mais algumas notas. Em primeiro lugar, é importante salientar que o raciocínio adotado na ilicitude (se é *específica* ou *geral*) deverá ser o mesmo para as causas de justificação. Isto é, qualquer tentativa de trabalhar com a noção de ilicitude específica deverá explicar o porquê da incidência de justificantes de outros ramos do ordenamento no Direito Penal, bem como o(s) critério(s) que defina(m) quando haverá essa incidência e o significado a ser atribuído ao princípio da unidade da ordem jurídica – o que, registra-se, foi feito na obra da Sanhudo[50]. E, segundo, a obra de Sanhudo abre as portas para o surgimento de novas investigações, no Brasil, com intuito de discutir se há uma ilicitude especificamente penal ou, tão somente, um conceito unitário.

47. "É que, se um fato não chega sequer a ser típico, pouco importa saber se é ou não ilícito, pois, pelo princípio da reserva legal, não estando descrito como crime, cuida-se de irrelevante penal" (CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal:* parte geral. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1. p. 293).

48. Nesse sentido, VENOSA, Sílvio de Salvo. Op. cit., (nota 43), p. 555, "não existindo dano, para o Direito Privado o ato ilícito é irrelevante".

49. E mais, esse raciocínio é, a nosso ver, compatível com a relação entre tipo e ilícito defendida por Sanhudo. Isto porque, a noção de *tipo de ilícito* sustentada pelo autor não ignora a "evidente discrepância existente entre um facto penalmente irrelevante (atípico – *v.g.*, por ausência de um dos elementos do tipo ou por se situar no âmbito do socialmente adequado) e um facto cuja ilicitude é excluída (*i.e.*, um facto permitido, *in casu*, mediante a presença de certos pressupostos) (SANHUDO, José Menezes. Op. cit., [nota 3], p. 46, nota 86). Em outros termos, o autor entende "que exclusão da tipicidade e exclusão da ilicitude são duas realidades que se quedam claramente distintas" (SANHUDO, José Menezes. Op. cit., [nota 3], p. 46, nota 86).

50. Para SANHUDO, José Menezes. Op. cit., (nota 3), p. 29, nos casos de incidência das justificantes de outro ramo para o direito penal, "o que sucede é uma convergência meramente 'acidental' das funções dos dois domínios normativos em questão, *i.e.*, as específicas funcionalidades de cada um desses domínios entrecruzam-se no juízo de justificação de um facto". Sendo assim, "tal juízo de justificação não poderá ser transposto para o âmbito penal se não estiver presente o elemento subjetivo da justificação (que, em direito penal, é requisito *sine qua non* da exclusão da ilicitude)" (SANHUDO, José Menezes. Op. cit., [nota 3], p. 30). Por fim, "o significado que o princípio da unidade da ordem jurídica deve assumir é o de simples 'imperativo de não contradição', vocacionado à manutenção de uma ideia de *coerência sistemática*. Seria contrária ao princípio da unidade da ordem jurídica, por exemplo, a previsão no CC de um 'contrato de compra e venda de pessoas', dado que esse negócio constitui crime (art. 160.º CP [português]). Para nós, é apenas este o significado a atribuir ao princípio em consideração" (Ibidem, [nota 3], p. 30-31, grifos do original). Se as conclusões do autor convencem, há de se deixar, por ora, em aberto.

4.2. Desvalor da ação como centro do ilícito-típico

Outro ponto que nos chamou a atenção é Sanhudo eleger o desvalor da ação como o elemento central do ilícito. Para alcançar esse resultado, parte-se da função de proteção atribuída ao direito penal, manifesta em uma norma de determinação que é contrariada pela conduta do agente. Assim, o desvalor da ação encarna "um sentido pessoal-objetivo de antinormatividade"[51]. Ao desvalor do resultado restaria uma função colateral, já que "valerá apenas na medida em que materialize a realização de um perigo (*ex ante*) imanente à conduta"[52].

Que o desvalor da ação goza de prestígio e deve constituir um dos elementos do ilícito, não há dúvida[53]. Entretanto, o tratamento dado pelo autor ao desvalor do resultado não satisfaz, pois olvida que as normas têm como fundamento a valoração positiva de determinados bens, isto é, que as normas são um instrumento de proteção dos bens jurídicos, e não um fim por si próprio; "o injusto ultrapassa, assim, o âmbito do proibido"[54], devendo-se reconhecer, também, a relevância do desvalor do resultado para a construção do ilícito penal. Ademais, pode-se apontar como um indício a favor do exposto o fato de tanto o Código Penal brasileiro, em seu art. 14, parágrafo único quanto o Código Penal português, no art. 23.º, n.º 2, terem como regra a diminuição da pena nos casos de tentativa[55]. De qualquer forma, a concepção trabalhada pelo autor está em harmonia com o sentido por ele atribuído à norma penal, de forma que, por mais que se o questione, não se pode reprovar-lhe por incoerência[56].

4.3. Dolo tripartite?

Também vale a pena tecer alguns comentários sobre a concepção de dolo desenvolvida pelo autor. Inicialmente, Sanhudo parece se posicionar por uma distinção *aliud* entre dolo e culpa (= negligência em Portugal)[57], sem, contudo, apresentar a discussão que en-

51. Ibidem, (nota 3), p. 50-51.

52. Ibidem, (nota 3), p. 51.

53. MOURA, Bruno de Oliveira. Desvalor da conduta e desvalor do resultado no ilícito penal: ao mesmo tempo, sobre o sentido de um injusto genuinamente "pessoal". *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona do Porto*, v. 3, n. 3, 2013. p. 159.

54. MIR, José Cerezo. *Derecho penal*: parte general. São Paulo: ed. RT, 2007. p. 550.

55. Argumento originalmente formulado por MIR, José Cerezo. Op. cit. (nota 54), p. 551. Para mais argumentos a favor da manutenção do desvalor do resultado no injusto, conferir: ROXIN, Claus; GRECO, Luís. *Strafrecht*: Allgemeiner Teil. Grundlagen – Der Aufbau der Verbrechenslehre. 5. ed. Munique: C.H. Beck, 2020. v. 1. p. 423-426.

56. Pois "[t]odo o complexo dos argumentos utilizados em torno da relevância do desvalor do ato ou do desvalor do resultado gira em torno, é verdade, do sentido que se imprime à concepção da norma penal" (TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal.* 4. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 314).

57. A conclusão se extrai dos trechos entre as páginas 57 e 59.

volve o tema[58]. Quanto ao conteúdo do dolo, o autor opta por uma construção no mínimo heterodoxa, pois sustenta, ao lado dos já tradicionais elementos volitivo e cognitivo ("dolo natural"), a necessidade de um *elemento emocional* a integrar o conceito de dolo, ao qual incumbiria exprimir o desvalor doloso de ação, identificar que o agente age com uma atitude de contrariedade/indiferença perante o dever-ser penal. Tal elemento emocional, contudo, deve ser lido como um *dolo do homem médio*, o que corresponde à análise da conduta sob as lentes de um critério pessoal-objetivo do homem médio, o que autoriza atribuir ao indivíduo concreto tanto o sentido quanto as consequências que o homem médio associaria à prática da conduta; a partir de tal juízo seria possível afirmar a citada contrariedade/indiferença perante o direito[59].

Em que pese a construção de Sanhudo tenha o mérito de reconhecer a necessidade da normatização do dolo, peca em vários outros aspectos. Inicialmente, já causa certo desconforto o acréscimo de mais um elemento a tópico de discussão tão debatido como o dolo, com relação ao qual até hoje não se chegou a um consenso sobre qual seria a sua composição mais desejável. E, após a análise da proposta, confirma-se a impressão inicial: Sanhudo não só acrescenta mais um elemento ao dolo, como consegue, com esse movimento, atrair as críticas dirigidas tanto às vertentes volitivas quanto às cognitivas. De um lado, mantém a imprecisão e possibilidade de manipulação prática que se denuncia contra as correntes volitivas[60]; de outro, insere um elemento normativo (homem médio[61]) cujo conteúdo é fugidio, o que se reprova às teorias cognitivas[62].

Também há de se questionar se a adoção do nome "elemento emocional" foi a escolha mais adequada. Na discussão sobre a imputação subjetiva, quando se fala em emoções ou elementos emocionais, geralmente se está discutindo o elemento volitivo tradicional[63].

---

58. Sobre o tema, conferir: MOURA, Bruno de Oliveira. A imprudência como sucedâneo do dolo faltante: nótula sobre o argumento a *maiori ad minus* no direito penal. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 17, n. 69, p. 21-49, abr.-jun. 2018; SUCH, Gabriel Rogé. La relación entre dolo e imprudencia ¿Aliud o plus-minus? *InDret*: *Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, n. 3, 2022.

59. SANHUDO, José Menezes. Op. cit., (nota 3), p. 57-58; para uma análise concreta da presença do dolo realizada pelo autor em outro trabalho, conferir: SANHUDO, José Menezes. O direito penal morto em Veneza? A propósito do negacionismo da Covid-19 e da exclusão do dolo por erro sobre a factualidade típica. *Revista do CEJ*, n. 2, p. 147-171, jul.-dez. 2020.

60. BOSCH, Nikolaus. Bedingter Vorsatz und Indizienbeweis. *Juristische Ausbildung*, v. 40, n. 12, 2018. p. 1231; para uma crítica geral às teorias volitivas: VIANA, Eduardo. *Dolo como compromisso cognitivo*. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 86 e ss.

61. Mais sobre *infra*.

62. ROXIN, Claus; GRECO, Luís. Op. cit., (nota 55), p. 558.

63. Por exemplo: CAVERO, Percy García. La imputación subjetiva y el proceso penal. *Derecho Penal y criminología*, v. 26, 2005. p. 131: "De esta manera, se han formulado las teorías del acuerdo, la ratificación, la resignación, la aprobación y el consentimiento. Sin embargo, a estas derivaciones de la teoría de la voluntad se les ha criticado reemplazar el elemento de la voluntad por sucedáneos emocionales y dejar de lado finalmente su punto de partida: el dolo como conocimiento y voluntad".

Aqui, Sanhudo inverte completamente a lógica então reinante, chamando um elemento de cabo a rabo normativo de "emocional". Em um âmbito onde se discute tanto sobre clareza terminológica, caso o autor pretenda seguir com tal construção, entende-se melhor alterar sua nomenclatura, evitando-se confusões futuras.

Na sequência, ao abordar especificamente a delimitação entre dolo e culpa (= negligência), Sanhudo faz uma defesa inicial da inserção de uma categoria intermediária ou, como prefere, "mista"[64], o que não é nada novo e está aberto para discussão na doutrina[65]. Após, afirma que, contudo, diante do panorama atual da discussão, não se pode abrir mão das categorias da culpa consciente (= negligência consciente) e do dolo eventual, o que o leva a defender a adoção da "teoria da conformação"[66], cujas figuras bases para traçar os limites entre as figuras de imputação seriam o "descuido/leviandade" e a "contrariedade/indiferença", em que o agente, quando representa como possível o resultado, mas não confia na sua produção, atua com culpa (= negligência); quando representa-o como possível, confia em sua produção e, mesmo assim, age, tem-se dolo. O elemento emocional seria decorrência da atitude interna do agente, pois quando o agente confia que não sobrevirá o resultado, sua conduta expressa apenas uma atitude pessoal-objetiva de descuido/leviandade, correspondendo-lhe a imputação culposa; inversamente, nos casos de confiança que o resultado se concretizará, a atitude pessoal-objetiva será de contrariedade e indiferença, devendo receber a imputação dolosa[67].

O principal problema que aqui se nota reside no fato de o elemento emocional ser supérfluo para a diferenciação entre dolo e culpa. Levá-lo ou não em consideração não altera os resultados concretamente alcançados pela teoria do dolo eleita pelo autor, de modo que, por força de uma máxima de parcimônia ou economia, dever-se-ia abrir mão dele.

Há de se ressaltar, contudo, que o autor estava ciente do que aqui se apontou, tanto que se viu na obrigação de destacar que sua construção apresenta vantagens especialmente no âmbito da teoria do erro[68]. Resta refletir se, para alcançar tais vantagens, vale a pena complicar ainda mais uma categoria já tão carregada de problemas e controvérsias.

64. SANHUDO, José Menezes. Op. cit., (nota 3), p. 60.

65. Por exemplo: HÖRNLE, Tatjana. Apelo para o abandono da categoria do "dolo eventual". Trad. Wagner Marteleto Filho. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, a. 29, v. 178, p. 19-101, abr. 2021.

66. O autor descreve a teoria como calcada no binômio confiar/não confiar (p. 61), o que, em conjunto à forma como FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Op. cit., (nota 46), p. 371 a descreve, nos leva a crer tratar-se da teoria do levar a sério o perigo, em que pese o autor em momento algum utilize essa nomenclatura; para a sua crítica: VIANA, Eduardo. Op. cit., (nota 60), p. 107 e ss.

67. SANHUDO, José Menezes. Op. cit., (nota 3), p. 60-61.

68. Ibidem, (nota 3), p. 58.

4.4. A figura do homem médio

Também merece destaque a forma como o autor busca a concretização do juízo negativo de valor contido no tipo de ilícito em um critério de valoração pessoal-objetivo de analisar a conduta do agente a partir da imagem do "homem médio", raciocínio desenvolvido principalmente no segundo capítulo. O homem médio, para Sanhudo, é o indivíduo médio desenhado a partir das capacidades instrumentais-operatórias do agente concreto[69], que servirá como base para a análise do comportamento do agente[70]. Desse modo, pode-se dizer que a figura do homem médio exerce uma função importante dentro da argumentação do autor.

À parte dos apontamentos críticos que a figura do homem médio apresenta no plano da culpabilidade[71], é questionável qual seria o conteúdo que preencheria esse molde. Há um parâmetro diferente para o sexo masculino e o feminino? Os agentes de segurança pública possuem um homem médio próprio, cujas exigências são maiores? E outras profissões? Essas questões são deixadas em aberto, o que demonstra que há muitas dúvidas com relação ao que seria, de fato, esse "homem médio". Considerando que a dogmática deveria simplificar a aplicação do direito[72], questiona-se se tal construção, efetivamente, pode cumprir essa função.

4.5. A aferição dos requisitos das causas de justificação sob a perspectiva ex ante

O problema relativo à definição das fronteiras entre a exclusão da ilicitude (= justificação) e a justificação putativa (= erro) reside em saber se os requisitos das justificantes devem ser aferidos sob uma perspectiva temporal *ex ante* ou *ex post* aos fatos. Sendo assim, Sanhudo sustenta que "a apreciação da existência das situações justificantes se afere *ex ante* e da *perspectiva do agente*, *na veste de pessoa social*"[73], ou seja, estará "justificado o comportamento do agente que pratica um facto típico supondo a existência de circunstâncias excludentes da ilicitude que não se encontrem dadas na realidade objetiva, desde que a suposição em causa seja «objetivamente razoável".[74]

---

69. Ibidem, (nota 3), p. 53.

70. Por exemplo: SANHUDO, José Menezes. Op. cit., (nota 3), p. 157: "Este entendimento envolve, numa palavra, *considerar justificada a conduta do agente que atua com base na suposição de circunstâncias excludentes da ilicitude na realidade inexistentes, desde que essa suposição seja 'objetivamente razoável'*, ou, o que é dizer o mesmo: *desde que o homem médio, colocado naquela concreta posição, ex ante, também cresse que atuava a coberto de um tipo justificador*". (grifos do autor).

71. A título de exemplo: ALBUQUERQUE MELLO, Sebastian Borges de. Crítica ao chamado "homem médio" como barema de uma culpabilidade moralizante. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA*, v. 31, n. 1, p. 140-166, jan.-jun. 2021.

72. ROXIN, Claus; GRECO, Luís. Op. cit., (nota 55), p. 307-308.

73. SANHUDO, José Menezes. Op. cit., (nota 3), p. 151, grifos do original.

74. Ibidem, (nota 3), p. 168.

Acontece que a adoção da perspectiva *ex ante*, para *todos* os pressupostos dos tipos justificadores, se mostra problemática. Assim, imagine-se a situação em que o policial "Y", em uma patrulha de rotina, avista o cidadão "Z" caminhando em sua direção, em rua de baixa iluminação, com um objeto na mão. O policial, pensando se tratar de um fuzil a ser utilizado contra si, atinge fatalmente "Z" com disparos de arma de fogo. Na realidade, "Z" estava indo para o trabalho levando consigo um guarda-chuvas[75]. Este exemplo, no nosso entender, é capaz de evidenciar algumas falhas na perspectiva defendida por Sanhudo.

Primeiro, pelas dificuldades de extrair as características físicas e intelectuais de um observador médio. Aqui, reforça-se o questionamento feito anteriormente[76]: os agentes de segurança pública gozam de padrão de "homem médio" próprio? Se a resposta for positiva, como equalizar as diferenças na qualidade dos treinamentos recebidos pelos policiais, a depender de sua corporação ou batalhão?[77] E mais, como ficaria a situação dos agentes de segurança privada? Afinal, estão no meio-termo entre os cidadãos e os agentes estatais[78]. Em segundo lugar, admitir que a conduta do policial "Y" estaria justificada por legítima defesa faz com que a norma do *erro de tipo permissivo*[79] perca, completamente, o seu sentido[80]. Por sinal, é isso que a perspectiva *ex ante* faz: casos de erro (= justificação putativa) recebem o tratamento de exclusão da ilicitude (= justificação)[81]. Agora, questiona-se: qual o ganho sistemático-dogmático disso? Por ora, vislumbramos apenas o malefício de fazer com que excludentes de ilicitude intensas, como é o caso da legítima defesa, tenham a sua excepcionalidade colocada em risco[82].

---

75. Casos como este são plenamente verificáveis na realidade brasileira. Nesse sentido, recomenda-se ao leitor o acesso à seguinte matéria jornalística: LYRA, Julio Cesar. Relembre casos de moradores que tiveram objetos confundidos com armas durante operações em favelas do Rio. *Extra*, Rio de Janeiro, 05.01.2023. Disponível em: []. Acesso em: 04.03.2023.

76. *Supra* 4.4.

77. No Brasil, por exemplo, "o policial do BOPE, além do treinamento básico que todo policial militar recebe, especializa-se em técnicas específicas de sobrevivência e combate, armado ou desarmado, aprimora suas aptidões físicas e aprofunda sua perícia para atuar em áreas de alta periculosidade. Sobretudo, é vigorosamente treinado em táticas e estratégias, objetivando executar missões em zonas de confronto intenso e resgate de reféns" (PACHECO, Thiago da Silva. A Construção da diferença: O BOPE e seus agentes nas estruturas da Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro. *Cadernos de Segurança Pública,* Rio de Janeiro, a. 6, n. 5, jul. 2014. p. 70).

78. Assim, CARVALHO, Vítor Gabriel. O excesso na legítima defesa derivado do medo e os agentes de segurança. *Delictae,* Belo Horizonte, v. 7, n. 12, ago. 2022. p. 192-193.

79. Trata-se, no Brasil, das "descriminantes putativas" (= art. 20, § 1º, do CP).

80. No mesmo sentido, MARTELETO, Wagner; MOURA, Bruno de Oliveira. Op. cit., (nota 34), p. 238.

81. O próprio autor, ao concordar com Armin Kaufmann, tem consciência dessa afirmação: "Concluindo, nas palavras de Arm. Kaufmann: 'uma importante parte dos casos até hoje invariavelmente considerados como de justificação putativa passam a ser abrangidos pelas causas de justificação, quando 'erro' e juízo *ex ante* coincidirem'" (SANHUDO, José Menezes. Op. cit., [nota 3], p. 158).

82. Assim, MARTELETO, Wagner; MOURA, Bruno de Oliveira. Op. cit., (nota 35), p. 238.

Ademais, se o caso norteador da investigação[83] for solucionado sob uma perspectiva *ex ante*, haverá de se reconhecer como consequências dogmáticas, segundo a argumentação desenvolvida por Sanhudo, que o indivíduo "B" não tem o dever de tolerância e, em razão disso, poderá ocorrer uma situação justificante *versus* outra situação justificante[84]. Melhor dizendo: se de um lado a conduta do indivíduo "A" estará justificada porque um observador médio teria "boas razões" para supor a agressão, de outro, como não há um dever de tolerância, o indivíduo "B" poderá se defender de modo a ter sua conduta também justificada.

Essas consequências se mostram – no mínimo – questionáveis. Admitir a possibilidade de justificação contra justificação é o mesmo que reconhecer a existência de uma verdadeira guerra onde o vencedor terá como prêmio a autorização de sua conduta pelo Direito[85]. Por isso, o mais adequado é reconhecer que "B" foi agredido de forma arbitrária por erro de "A" e, por isso, poderá se defender (= não há dever de tolerância). Nessa linha de raciocínio, a discussão passa a ser sobre a possibilidade de justificar[86] a conduta de "B" contra o erro de tipo permissivo de "A".

Em face ao exposto, verifica-se que a adoção *in totum* da perspectiva *ex ante* – como faz Sanhudo – atinge algumas consequências dogmáticas insustentáveis. Por essa razão, o mais adequado é admitir a perspectiva *ex post* para alguns requisitos das justificantes, como é o caso, por exemplo, na legítima defesa, do juízo relativo à existência da agressão. Assim sendo, seguindo a nossa lógica, tanto a conduta do policial "Y" (primeiro caso) quanto a conduta do indivíduo "A" (caso norteador da obra), devem ser discutidas à luz do erro de tipo permissivo sob uma perspectiva *ex post*, uma vez que em ambos os casos o erro é referente ao elemento "agressão" da legítima defesa.

4.6. A ausência de casos concretos

Faz-se necessário, também, gastar algumas linhas para comentar a falta de enfrentamento de casos concretos pelo trabalho. Se é verdade que certos ramos da ciência, entre eles o direito, não dispõem de um laboratório para a realização de testes, tem-se que experimentos mentais, aqui incluída a resolução de casos, devem gozar de destaque dentro da

83. "*A*, caminhando numa rua estreita à noite, é surpreendido por *B*, conhecido na vizinhança por ter atitudes violentas, que se dirige (aparentemente) para si correndo com um taco de *baseball* na mão. Prevendo uma agressão ilícita, *A*, com o fim de defender-se, atira uma pedra às pernas de *B*, acabando por imobilizá-lo. Vem depois a descobrir-se que *B* corria em direção ao campo de *baseball* porque estava atrasado para uma partida, não tendo qualquer intenção de agredir *A*" (SANHUDO, José Menezes. Op. cit., [nota 3], p. 21).

84. Sobre essas consequências dogmáticas: Ibidem, (nota 3), p. 160 e ss.

85. Cf. esse argumento em: LEITE, Alaor. Op. cit., (nota 36), p. 83.

86. Resta saber se o efetivo agredido (no caso norteador da obra é o indivíduo "B") poderá se valer da legítima defesa ou do estado de necessidade defensivo. Sobre essa discussão, cf. TAIPA DE CARVALHO, Américo. *A legítima defesa:* da fundamentação teórico-normativa e preventivo-geral e especial à redefinição dogmática. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 186 e ss.

argumentação jurídica, principalmente por seu caráter apologético e crítico[87], proporcionando ao argumento um *teste de stress*[88]. Ademais, se cabe à dogmática oferecer segurança e controle à prática judiciária[89], parece recomendável que ela busque apresentar proposições que conduzam à solução adequada de um problema concreto.

Entretanto, Sanhudo se vale de apenas um caso reitor durante toda a obra, usando poucos exemplos para ilustrar um ou outro ponto do trabalho[90]. Tentando identificar um motivo para tal postura, imagina-se que a posição adotada pelo autor de prevalência do objeto de conhecimento sobre o método deva ter alguma relação[91]. Concorde-se ou não com a posição citada, é inegável que ela não o desonera de realizar a confrontação de seus argumentos teóricos com a resolução de problemas concretos, o que, infelizmente, não foi feito.

5. Considerações finais

O fato de se ter despendido tantas linhas para debater a obra depõe a seu favor. Discorda-se de vários pontos do trabalho, mas sempre há se ter sempre em mente que "o acerto de uma específica forma de ver as coisas não implica, necessariamente, o desacerto de outra"[92], de modo que o dissenso entre leitor e autor em trabalhos densos de pesquisa não diminui em nada seus méritos[93], bem como sua natureza de "ponto de partida" para futuras pesquisas, não há dúvidas que o trabalho merece maior atenção por parte da discussão brasileira. Recomenda-se a leitura.

87. MINORELLI, Lucas; CEOLIN, Guilherme. Por que usar um exemplo clássico? Breves reflexões sobre o ensino jurídico-penal a partir da tábua de Carnéades. *Revista de Estudos Criminais*, v. 18, n 72, 2019. p. 154-155.

88. MINORELLI, Lucas; CEOLIN, Guilherme. Op. cit., (nota 87), p. 159.

89. RUIVO, Marcelo Almeida. Quatro diferenças científicas fundamentais entre a criminologia e o direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 25, v. 137, nov. 2017, p. 339.

90. Por exemplo, na página 161.

91. SANHUDO, José Menezes. *Op. cit*. (nota 3), p. 42: "Não é o método que determina a substância (objeto do conhecimento), mas o inverso. Em consonância com esta asserção, a tese aqui perfilhada não parte do método de resolução de casos concretos para a formulação de uma teoria, antes faz o caminho inverso. Partindo de uma correta compreensão das relações entre tipo e ilícito, delineia um "método do caso".

92. D'AVILA, Fabio Roberto. Entrevista com o prof. Dr. Fabio Roberto D'Avila. [Entrevista concedida a] Vítor Gabriel Carvalho e João Pedro Barione Ayrosa. *Criminalis*, v. 2, n. 1, ago. 2022, p. 46.

93. HÖRNLE, Tatjana. Resenha de GRECO, Luís. Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie–Ein Beitrag zur gegenwärtigen strafrechtlichen Grundlagendiskussion. *RW Rechtswissenschaft*, v. 1, n. 4, p. 426-432, 2010, p. 432.

6. Referências bibliográficas

ALBUQUERQUE MELLO, Sebastian Borges de. Crítica ao chamado "homem médio" como barema de uma culpabilidade moralizante. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA*, v. 31, n. 1, p. 140-166, jan.-jun. 2021.

BOSCH, Nikolaus. Bedingter Vorsatz und Indizienbeweis. *Juristische Ausbildung*, v. 40, n. 12, p. 1225-1238, 2018.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal:* parte geral. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1.

CARVALHO, Vítor Gabriel. O excesso na legítima defesa derivado do medo e os agentes de segurança. *Delictae,* Belo Horizonte, v. 7, n. 12, p. 174-209, ago. 2022.

CAVERO, Percy García. La imputación subjetiva y el proceso penal. *Derecho Penal y criminología*, v. 26, p. 125-136, 2005.

D'AVILA, Fabio Roberto. Entrevista com o prof. Dr. Fabio Roberto D'Avila. [Entrevista concedida a] Vítor Gabriel Carvalho e João Pedro Barione Ayrosa. *Criminalis*, v. 2, n. 1, p. 39-51, ago. 2022. Disponível em: [http://periodicos.uniptan.edu.br:8090/revistas/index.php/criminalis/article/view/613]. Acesso em: 06.03.2023.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal parte geral. Questões fundamentais: a doutrina geral do crime*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. t. 1.

HÖRNLE, Tatjana. Resenha de GRECO, Luís. Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie–Ein Beitrag zur gegenwärtigen strafrechtlichen Grundlagendiskussion. *RW Rechtswissenschaft*, v. 1, n. 4, p. 426-432, 2010.

HÖRNLE, Tatjana. Apelo para o abandono da categoria do "dolo eventual". Trad. Wagner Marteleto Filho. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, a. 29, v. 178, p. 19-101, abr. 2021.

HORTA, Frederico Gomes de Almeida. Da limitada teoria estrita da culpabilidade: crítica ao tratamento das descriminantes putativas no Código Penal (Projeto de Lei 236/2012). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 23, n. 113, p. 15-39, mar.-abr. 2015.

LEITE, Alaor. Erro, causas de justificação e causas de exculpação no novo projeto de Código Penal (Projeto de Lei 236/2012 do Senado Federal). *Revista Liberdades*, São Paulo, ed. Especial, set. 2012.

MARTELETO, Wagner; MOURA, Bruno de Oliveira. Restrições ético-sociais da legítima defesa, legítima defesa putativa e erro. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 20, n. 81, abr.-jun. 2021.

MINORELLI, Lucas. Resenha de TEIXEIRA NETO, João Alves. Aproximações entre direito penal e filosofia: ensaios e conferências. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021. *Revista do Instituto de Ciências Penais, Belo Horizonte*, v. 7, n. 1, p. 231-241, 2022.

MINORELLI, Lucas; CEOLIN, Guilherme. Por que usar um exemplo clássico? Breves reflexões sobre o ensino jurídico-penal a partir da tábua de Carnéades. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 18, n. 72, p. 147-170, 2019.

MIR, José Cerezo. *Derecho penal*: parte general.. São Paulo: ed. RT, 2007.

MOURA, Bruno de Oliveira. A imprudência como sucedâneo do dolo faltante: nótula sobre o argumento a *maiori ad minus* no direito penal. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 17, n. 69, p. 21-49, abr.-jun. 2018.

MOURA, Bruno de Oliveira. Desvalor da conduta e desvalor do resultado no ilícito penal: ao mesmo tempo, sobre o sentido de um injusto genuinamente "pessoal". *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona do Porto*, v. 3, n. 3, p. 158-175, 2013.

PACHECO, Thiago da Silva. A Construção da diferença: O BOPE e seus agentes nas estruturas da Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro. *Cadernos de Segurança Pública,* Rio de Janeiro, a. 6, n. 5, jul. 2014.

PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro:* parte especial. São Paulo: ed. RT, 2007. v. 2.

ROXIN, Claus; GRECO, Luís. *Strafrecht*: Allgemeiner Teil. Grundlagen – Der Aufbau der Verbrechenslehre. 5. ed. Munique: C.h. Beck, 2020. v. 1.

RUIVO, Marcelo Almeida. Quatro diferenças científicas fundamentais entre a criminologia e o direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 25, v. 137, p. 323-345, nov. 2017.

SANHUDO, José Menezes. O direito penal morto em Veneza? A propósito do negacionismo da Covid-19 e da exclusão do dolo por erro sobre a factualidade típica. *Revista do CEJ*, n. 2, p. 147-171, jul.-dez. 2020.

SANHUDO, José Menezes. *Exclusão da ilicitude e justificação putativa*: uma redefinição de fronteiras. Coimbra: Edições Almedina, 2021.

SUCH, Gabriel Rogé. La relación entre dolo e imprudencia ¿*Aliud o plus-minus*? *InDret*: *Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, n. 3, 2022.

TAIPA DE CARVALHO, Américo. *A legítima defesa:* da fundamentação teórico-normativa e preventivo-geral e especial à redefinição dogmática. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

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

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil:* parte geral. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

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

Ayrosa, João Pedro Barione; Carvalho, Vitor Gabriel.
Resenha de "Exclusão da ilicitude e justificação putativa: uma redefinição de fronteiras".
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 198. ano 31. p. 369-386. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2023.
DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v198i198.460].



PESQUISAS DO EDITORIAL



Áreas do Direito: Penal; Processual

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- "Aberratio ictus", erro na execução ou erro de golpe: uma análise comparativa entre os sistemas penais brasileiro e argentino e a necessidade de superação da teoria da equivalência em respeito ao princípio da culpabilidade, de Filipe Maia Broeto – *RT* 1029/79-100;
- A teoria do delito no PLS 236/2012 e na "proposta alternativa" para a reforma da parte geral do Código Penal, de Luís Greco – *Boletim RTO* 27/2022;
- Hipóteses absolutórias para um caso de parricídio, Paula Inez Cunha Gomide, Livia Pinho Teixeira e Murilo Henrique Pereira Jorge – *RBCCrim* 187/171-188; e
- Obediencia debida justificante y obediencia no debida exculpante o atenuante, de Diego-M. Luzón Peña – *RBCCrim* 194/55-76.

Ayrosa, João Pedro Barione; Carvalho, Vítor Gabriel.
Resenha de "Exclusão da ilicitude e justificação putativa: uma redefinição de fronteiras".
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 198. ano 31. p. 369-386. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2023.
DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v198i198.460].

Índice Alfabético-remissivo

AUTORES

A

AMARAL, Alberto Carvalho
- Compreendendo o sistema de enfrentamento à violência de gênero contra a mulher no Distrito Federal a partir das representações sociais das vítimas, p. 265

AYROSA, João Pedro Barione
- Resenha de "Exclusão da ilicitude e justificação putativa: uma redefinição de fronteiras", p. 369

B

BARRILARI, Claudia Cristina
- Interlocução entre o direito administrativo sancionador e o direito penal, p. 17

BATISTA, Vera Malaguti
- Criminologia na periferia, p. 349

C

CARVALHO, Vítor Gabriel
- Resenha de "Exclusão da ilicitude e justificação putativa: uma redefinição de fronteiras", p. 369

CASCIO, Alejandro
- A garantia do *ne bis in idem* e a proibição de recurso pelo Ministério Público ou Assistente de Acusação contra a absolvição: o precedente "Alvarado/Sandoval", p. 185

D

DANTAS, Luis Ricardo de Oliveira
- ¿Qué protege el delito de organización criminal?, p. 61

DEANE, Matías
- A garantia do *ne bis in idem* e a proibição de recurso pelo Ministério Público ou Assistente de Acusação contra a absolvição: o precedente "Alvarado/Sandoval", p. 185

F

FALCO, M.e Giuseppe Cammilleri
- Acerca dos espaços de atipicidade entre os crimes de concussão e corrupção ativa: uma proposta de relação entre o princípio da lesividade e a necessidade de pena como critérios de punibilidade em sentido normativo, p. 41

FERNANDES, Prof. Dr. Fernando Andrade
- Acerca dos espaços de atipicidade entre os crimes de concussão e corrupção ativa: uma proposta de relação entre o princípio da lesividade e a necessidade de pena como critérios de punibilidade em sentido normativo, p. 41

G

GÓES, Luciano
- Denúncia criminológica do discurso de justificação do genocídio negro e indígena difundido pela historiografia brasileira do século XIX, p. 323

H

HARFUCH, Andrés
- A garantia do *ne bis in idem* e a proibição de recurso pelo Ministério Público ou Assistente de Acusação contra a absolvição: o precedente "Alvarado/Sandoval", p. 185

K

KHALED JUNIOR, Salah Hassan
- Denúncia criminológica do discurso de justificação do genocídio negro e indígena difundido pela historiografia brasileira do século XIX, p. 323

M

MARQUES, Vinicius Pinheiro
- A expressão "ordem pública" como fundamento da prisão preventiva: uma perigosa relativização da presunção de inocência, p. 241

MARTELETO FILHO, Wagner
- Sobre a suposta ligação entre a teoria penal de Hans Welzel e o nacional-socialismo: desfazendo equívocos e retomando o valor da dogmática finalista, p. 145

MENDES, Alessandro Hofmann Teixeira
- A expressão "ordem pública" como fundamento da prisão preventiva: uma perigosa relativização da presunção de inocência, p. 241

O

OLIVEIRA, Tarsis Barreto
- A expressão "ordem pública" como fundamento da prisão preventiva: uma perigosa relativização da presunção de inocência, p. 241

P

PANZOLDO, Lisandra
- A garantia do *ne bis in idem* e a proibição de recurso pelo Ministério Público ou Assistente de Acusação contra a absolvição: o precedente "Alvarado/Sandoval", p. 185

PENNA,Cristian
- A garantia do *ne bis in idem* e a proibição de recurso pelo Ministério Público ou Assistente de Acusação contra a absolvição: o precedente "Alvarado/Sandoval", p. 185

PEREIRA, Eliomar da Silva
- Verdade e prova: problemas de epistemologia jurídica no processo penal, p. 211

R

ROMERO, Paulo Roberto Santos
- Exegese evolutiva dos limites da eficácia do crime de "escrito ou objeto obsceno" à luz da garantia da liberdade de expressão, p. 101

S

SANTOS, Rafael Seixas
- Sobre alternativas à crise de direitos fundamentais no sistema prisional brasileiro: da legitimidade da apropriação de elementos jurisprudenciais pelo universo das políticas públicas, p. 303

V

VIANA, Eduardo
- Sobre a suposta ligação entre a teoria penal de Hans Welzel e o nacional-socialismo: desfazendo equívocos e retomando o valor da dogmática finalista, p. 145

TEMAS

A

Adequação social - Sobre a suposta ligação entre a teoria penal de Hans Welzel e o nacional-socialismo: desfazendo equívocos e retomando o valor da dogmática finalista, p. 145

Analogia - Sobre a suposta ligação entre a teoria penal de Hans Welzel e o nacional-socialismo: desfazendo equívocos e retomando o valor da dogmática finalista, p. 145

Atipicidade - Acerca dos espaços de atipicidade entre os crimes de concussão e corrupção ativa: uma proposta de relação entre o princípio da lesividade e a necessidade de pena como critérios de punibilidade em sentido normativo, p. 41

B

Bem jurídico

- Sobre a suposta ligação entre a teoria penal de Hans Welzel e o nacional-socialismo: desfazendo equívocos e retomando o valor da dogmática finalista, p. 145

-¿Qué protege el delito de organización criminal?, p. 61

C

Circulação cultural - Criminologia na periferia, p. 349

Coerência - Verdade e prova: problemas de epistemologia jurídica no processo penal, p. 211

Concordância - Verdade e prova: problemas de epistemologia jurídica no processo penal, p. 211

Concussão - Acerca dos espaços de atipicidade entre os crimes de concussão e corrupção ativa: uma proposta de relação entre o princípio da lesividade e a necessidade de pena como critérios de punibilidade em sentido normativo, p. 41

Correspondência - Verdade e prova: problemas de epistemologia jurídica no processo penal, p. 211

Corrupção - Acerca dos espaços de atipicidade entre os crimes de concussão e corrupção ativa: uma proposta de relação entre o princípio da lesividade e a necessidade de pena como critérios de punibilidade em sentido normativo, p. 41

Crime de escrito ou objeto obsceno - Exegese evolutiva dos limites da eficácia do crime de "escrito ou objeto obsceno" à luz da garantia da liberdade de expressão, p. 101

Criminologia crítica - Criminologia na periferia, p. 349

Criminologia global - Denúncia criminológica do discurso de justificação do genocídio negro e indígena difundido pela historiografia brasileira do século XIX, p. 323

D

Delincuencia organizada -¿Qué protege el delito de organización criminal?, p. 61

Direito administrativo sancionador - Interlocução entre o direito administrativo sancionador e o direito penal, p. 17

Direito penal - Interlocução entre o direito administrativo sancionador e o direito penal, p. 17

Direitos Fundamentais - Sobre alternativas à crise de direitos fundamentais no sistema prisional brasileiro: da legitimidade da apropriação de elementos jurisprudenciais pelo universo das políticas públicas, p. 303

Double jeopardy - A garantia do *ne bis in idem* e a proibição de recurso pelo Ministério Público ou Assistente de Acusação contra a absolvição. o precedente "Alvarado/Sandoval", p. 185

E

Elementos do dolo - Resenha de "Exclusão da ilicitude e justificação putativa: uma redefinição de fronteiras", p. 369

Exegese histórica - Exegese evolutiva dos limites da eficácia do crime de "escrito ou objeto obsceno" à luz da garantia da liberdade de expressão, p. 101

F

Finalismo - Sobre a suposta ligação entre a teoria penal de Hans Welzel e o nacional-socialismo: desfazendo equívocos e retomando o valor da dogmática finalista, p. 145

Firmeza - A garantia do *ne bis in idem* e a proibição de recurso pelo Ministério Público ou Assistente de Acusação contra a absolvição. o precedente "Alvarado/Sandoval", p. 185

G

Genocídio - Denúncia criminológica do discurso de justificação do genocídio negro e indígena difundido pela historiografia brasileira do século XIX, p. 323

H

Hans Welzel - Sobre a suposta ligação entre a teoria penal de Hans Welzel e o nacional-socialismo: desfazendo equívocos e retomando o valor da dogmática finalista, p. 145

História - Criminologia na periferia, p. 349

Historiografia - Denúncia criminológica do discurso de justificação do genocídio negro e indígena difundido pela historiografia brasileira do século XIX, p. 323

I

Ilicitude - Resenha de "Exclusão da ilicitude e justificação putativa: uma redefinição de fronteiras", p. 369

J

Jurisprudência - Sobre alternativas à crise de direitos fundamentais no sistema prisional brasileiro: da legitimidade da apropriação de elementos jurisprudenciais pelo universo das políticas públicas, p. 303

Justificação putativa - Resenha de "Exclusão da ilicitude e justificação putativa: uma redefinição de fronteiras", p. 369

L

Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) - Compreendendo o sistema de enfrentamento à violência de gênero contra a mulher no Distrito Federal a partir das representações sociais das vítimas, p. 265

Liberdade de expressão artística - Exegese evolutiva dos limites da eficácia do crime de "escrito ou objeto obsceno" à luz da garantia da liberdade de expressão, p. 101

Limites da eficácia do art. 234 do Código Penal - Exegese evolutiva dos limites da eficácia do crime de "escrito ou objeto obsceno" à luz da garantia da liberdade de expressão, p. 101

N

Nacional-socialismo - Sobre a suposta ligação entre a teoria penal de Hans Welzel e o nacional-socialismo: desfazendo equívocos e retomando o valor da dogmática finalista, p. 145

O

Ordem pública - A expressão "ordem pública" como fundamento da prisão preventiva: uma perigosa relativização da presunção de inocência, p. 241

Organización criminal -¿Qué protege el delito de organización criminal?, p. 61

P

Perspectivas *ex ante* e *ex post* - Resenha de "Exclusão da ilicitude e justificação putativa: uma redefinição de fronteiras", p. 369

Políticas Públicas - Sobre alternativas à crise de direitos fundamentais no sistema prisional brasileiro: da legitimidade da apropriação de elementos jurisprudenciais pelo universo das políticas públicas, p. 303

Precedente - A garantia do *ne bis in idem* e a proibição de recurso pelo Ministério Público ou Assistente de Acusação contra a absolvição. o precedente "Alvarado/Sandoval", p. 185

Presunção de inocência - A expressão "ordem pública" como fundamento da prisão preventiva: uma perigosa relativização da presunção de inocência, p. 241

Princípio da unidade da ordem jurídica - Resenha de "Exclusão da ilicitude e justificação putativa: uma redefinição de fronteiras", p. 369

Princípios - Interlocução entre o direito administrativo sancionador e o direito penal, p. 17

Prisão - Sobre alternativas à crise de direitos fundamentais no sistema prisional brasileiro: da legitimidade da apropriação de elementos jurisprudenciais pelo universo das políticas públicas, p. 303

Prisão preventiva - A expressão "ordem pública" como fundamento da prisão preventiva: uma perigosa relativização da presunção de inocência, p. 241

Prova - Verdade e prova: problemas de epistemologia jurídica no processo penal, p. 211

Punibilidade - Acerca dos espaços de atipicidade entre os crimes de concussão e corrupção ativa: uma proposta de relação entre o princípio da lesividade e a necessidade de pena como critérios de punibilidade em sentido normativo, p. 41

R

Racismo - Denúncia criminológica do discurso de justificação do genocídio negro e indígena difundido pela historiografia brasileira do século XIX, p. 323

Representações sociais - Compreendendo o sistema de enfrentamento à violência de gênero contra a mulher no Distrito Federal a partir das representações sociais das vítimas, p. 265

Responsabilidade penal da pessoa jurídica - Interlocução entre o direito administrativo sancionador e o direito penal, p. 17

Sistema judicial de enfrentamento à violência de gênero - Compreendendo o sistema de enfrentamento à violência de gênero contra a mulher no Distrito Federal a partir das representações sociais das vítimas, p. 265

T

Técnicas de neutralização - Denúncia criminológica do discurso de justificação do genocídio negro e indígena difundido pela historiografia brasileira do século XIX, p. 323

Teorias do erro - Sobre a suposta ligação entre a teoria penal de Hans Welzel e o nacional-socialismo: desfazendo equívocos e retomando o valor da dogmática finalista, p. 145

Tribunal do Júri - A garantia do *ne bis in idem* e a proibição de recurso pelo Ministério Público ou Assistente de Acusação contra a absolvição. o precedente "Alvarado/Sandoval", p. 185

U

Unanimidade - A garantia do *ne bis in idem* e a proibição de recurso pelo Ministério Público ou Assistente de Acusação contra a absolvição. o precedente "Alvarado/Sandoval", p. 185

V

Verdade - Verdade e prova: problemas de epistemologia jurídica no processo penal, p. 211

Veredicto - A garantia do *ne bis in idem* e a proibição de recurso pelo Ministério Público ou Assistente de Acusação contra a absolvição. o precedente "Alvarado/Sandoval", p. 185

Violência doméstica contra a mulher - Compreendendo o sistema de enfrentamento à violência de gênero contra a mulher no Distrito Federal a partir das representações sociais das vítimas, p. 265

Vitimização - Compreendendo o sistema de enfrentamento à violência de gênero contra a mulher no Distrito Federal a partir das representações sociais das vítimas, p. 265

Melhores Avaliadores Revista Brasileira de Ciências Criminais



(1º Semestre – 2023)

Profa. Dra. Ludmila Mendonça Lopes Ribeiro

(Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG – Belo Horizonte/ MG)

Normas de Publicação – Revista Brasileira de Ciências Criminais



Política editorial determinada
pela equipe editorial
em conformidade
com o conselho editorial da RBCCRIM,
sujeita à revisão periódica.

1. Dados gerais do periódico

- **Nome:** Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCRIM)
- **Responsável:** Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM)
- **Formato:** impresso (Editora Thomson Reuters Revista dos Tribunais)
- **Ano de criação:** 1992 (sem interrupções)
- **Periodicidade:** bimestral
- **Recebimento de manuscritos:** fluxo contínuo e editais especiais
- **ISSN:** 1415-5400
- ***Qualis:*** A1

2. Linha editorial:

A Revista Brasileira de Ciências Criminais visa à publicação de **trabalhos científicos** relacionados às **ciências criminais**, essencialmente compreendidas entre as áreas de Direito Penal, Direito Processual Penal e Criminologia, além de seus pontos de transdisciplinaridade com outras esferas do conhecimento, como a psicologia, a medicina, a antropologia, a sociologia etc.

Com o objetivo de abranger tal escopo editorial, o periódico é dividido nas seguintes **seções**:

a) *Direito Penal*: abrangendo Teoria Geral, Parte Especial, Legislação Penal Especial e Direito Penal Econômico;

b) *Processo Penal;*

c) *Crime e Sociedade;*

Ademais, a RBCCRIM, almejando a interlocução entre a estruturação de uma sólida doutrina nas ciências criminais e seu impacto na prática judicial, também publica **comentários críticos a decisões jurisprudenciais**, preferencialmente aquelas emanadas dos tribunais

superiores e internacionais. Tais contribuições integram a seção *Direito em Ação* - Comentário Jurisprudencial. Além disso, também são publicados **Pareceres** acerca da aplicação prática de teorias relevantes às ciências criminais.

Por fim, visando à divulgação de importantes trabalhos científicos publicados em âmbito nacional e internacional, especialmente pesquisas acadêmicas, há a seção **Resenhas Críticas,** em que se apresentam breves comentários a tais publicações, ensejando críticas e incentivo ao debate científico. Ocasionalmente, também serão admitidas e publicadas **entrevistas** avaliadas pela coordenação como relevantes à promoção do debate científico concernente ao escopo do periódico.

1. Regras para submissão

O envio dos trabalhos deverá ser feito por meio de cadastramento direto no sistema (OJS): https://publicacoes.ibccrim.org.br/index.php/RBCCRIM/index. Recomenda-se a utilização de processador de texto Microsoft Word (formatos doc.). Caso seja usado outro processador de texto, os arquivos devem ser gravados no formato RTF (de leitura comum a todos os processadores de texto).

1.1. Condições para submissão

a) É exigida **titulação mínima de mestrado (de autores e coautores)** para submissão de artigos ao processo de avaliação.

b) O artigo deve ser inédito; portanto, não publicado em nenhum outro periódico científico e/ou canais de comunicação. Vale ressaltar que ineditismo não deve ser confundido com originalidade, podendo o tema tratado pelo artigo já ter sido abordado por outros autores(as) e/ou publicações;

c) Todos os artigos serão submetidos à inspeção com programa antiplágio. Não são considerados inéditos os textos: divulgados na *internet*; já publicados no exterior (ainda que em outra língua); publicados em anais de eventos científicos. Serão considerados inéditos os artigos que consistam em versões reduzidas de dissertações de mestrado ou teses de doutorado, embora publicados integralmente em bancos de teses de programas de pós-graduação e os publicados anteriormente em anais de eventos científicos, mas que apresentem efetivos aprimoramentos em razão de debates e estudos posteriores (destacar tais modificações à equipe editorial no e-mail da submissão). Alterações não justificadas em trabalhos já publicados, só serão toleradas até o limite de 30% de coincidência de caracteres.

d) Assim, em qualquer das hipóteses acima referidas, quando trabalho idêntico ou substancialmente semelhante tiver sido publicado pelo autor em outro veículo de comunicação, ainda que em outro idioma, esse fato deve ser declarado expressamente no texto e informado ao editor no momento da submissão, **sob pena de proibição de novas submissão pelo período de um ano**.

e) Traduções de artigos também poderão ser submetidas à apreciação do periódico, desde que acompanhadas da autorização de seus respectivos autores e, quando necessário, do periódico que detenha seus direitos de publicação. No entanto, a decisão sobre a sua publicação ou não será prerrogativa da coordenação da Revista.

f) Uma vez submetido um artigo para avaliação, objetivando sua possível publicação, é vedada a submissão simultânea do mesmo trabalho a outro periódico ou publicação, sob pena de impedimento de submissão de novos trabalhos a este periódico pelo período de um ano;

g) Após o recebimento e cadastramento do trabalho, entraremos em contato para acusar a recepção e solicitar eventuais informações faltantes.

2. Elementos formais obrigatórios

a) Os artigos deverão ser precedidos de uma página de apresentação, na qual se fará constar obrigatoriamente: título do trabalho, nome do autor (ou autores), qualificação (situação acadêmica, títulos com ano de obtenção, instituições às quais pertença e a principal atividade exercida), endereço completo para correspondência, telefone, e-mail, link para o currículo LATTES e número do ORCID.

b) Os trabalhos devem ter entre 20 a 40 páginas, com tolerância de duas para mais ou duas para menos; e resenhas críticas (até 15 páginas). Os parágrafos devem ser justificados. Não devem ser usados recuos, deslocamentos, nem espaçamentos antes ou depois.

c) Como fonte, **usar a Times New Roman, corpo 12. Os parágrafos devem ter entrelinha 1,5; as margens superior e inferior 2,0 cm e as laterais 3,0 cm**. A formatação do tamanho do papel deve ser A4.

d) Os parágrafos devem ser justificados. Não devem ser usados deslocamentos, nem espaçamentos antes ou depois de cada tópico; devem ter entrelinha 1,5; as margens superior e inferior 2,0 cm e as laterais 2,5 cm. A formatação do tamanho do papel deve ser A4.

e) Os trabalhos podem ser escritos em português, espanhol, inglês, francês, alemão ou italiano. Em qualquer caso, **deverão ser indicados, no idioma do artigo e em inglês, o título do trabalho, o respectivo resumo (até 200 palavras) e cinco palavras-chave.**

f) Os artigos devem possuir os seguintes elementos em português e inglês: título/*title*; resumo/*abstract*; palavras-chave/*keywords*; sumário (apenas em português ou na língua original do artigo).

g) A numeração do sumário deverá obrigatoriamente ser feita em algarismos arábicos. É vedada a numeração dos itens em algarismos romanos. No sumário deverão constar os itens com até três dígitos. Exemplo:

   Sumário: 1. Introdução – 2. Responsabilidade civil ambiental: legislação: 2.1 Normas clássicas; 2.2 Inovações: 2.2.1 Dano ecológico; 2.2.2 Responsabilidade civil objetiva. Considerações finais. Referências.

h) Os artigos deverão conter itens específicos para introdução, considerações finais (conclusões) e referências.

i) A Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim) não se responsabilizará por realizar qualquer complemento nos trabalhos, tais como inserção de sumário, resumo ou palavras-chave, que ficam à elaboração exclusiva do autor do artigo.

j) O título do artigo não deverá ser excessivamente extenso, mas necessariamente precisa apresentar de modo claro a temática e a delimitação de seu objeto.

k) A qualificação/afiliação do(s) autor(es) deve obedecer ao seguinte critério: iniciar com a titulação acadêmica (da última para a primeira); caso exerça o magistério, inserir os dados pertinentes, logo após a titulação; em seguida, completar as informações adicionais (associações ou outras instituições de que seja integrante e seu respectivo estado da federação e a cidade); finalizar com a função ou profissão exercida (que não seja na área acadêmica). Deverá ser indicado e-mail para contato. Exemplo:

   Doutor em Direito Processual Penal pela PUC-SP. Professor em Direito Processual Penal na Faculdade de Direito da USP. Membro do IBDP. Juiz Federal em Londrina. ORCID. E-mail.

l) Solicita-se que o autor informe em nota de rodapé qualquer financiamento ou benefícios recebidos de fontes comerciais (por ex., se o artigo é fruto de parecer contratado), e que declare não haver conflito de interesses que comprometam a cientificidade do trabalho apresentado. Se o trabalho for resultante de pesquisas financiadas por órgãos de fomento (desconsiderar bolsas de iniciação científica, mestrado e doutorado ou de editais destinados aos programas como o PROEX, PROAP, PROSUP e versões semelhantes dos órgãos estaduais de fomento), deverá haver tal informação em nota de rodapé, especificando o edital de que resulta o financiamento.

m) As Referências deverão seguir o padrão da norma NBR 6023/2018 (da Associação Brasileira de Normas Técnicas - ABNT). As referências bibliográficas completas deverão constar apenas da lista de REFERÊNCIAS, ao final do texto. Exemplo: PEREIRA, Frederico V. *Delação premiada*: legitimidade e procedimento. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2016. p. 45. Em notas de rodapé não se inclui referência completa, podendo-se utilizar do modelo autor/data/página. Esse mesmo modelo deverá ser utilizado no corpo do texto, quando de citações de trechos de obras, devendo a informação vir entre parênteses. Exemplos: PEREIRA, 2016, p. 45, quando em notas de rodapé; e (PEREIRA, 2016, p. 45), quando no corpo do texto.

n) Palavras em língua estrangeira devem constar com uso de *itálico*. Jamais deve ser usado negrito ou sublinhado.

o) Citações diretas (transcrição textual de parte da obra de autor consultado) no corpo do texto devem seguir a norma NBR 1052 (ABNT/2002), ou seja:

   - Citações diretas de até três linhas devem estar contidas entre aspas duplas, no corpo do parágrafo a que se referem. Exemplo: Barbour (1971, p. 35) descreve: "O estudo da morfologia dos terrenos [...] ativos[...]". OU: "Não se mova, faça de conta que está morta." (CLARAC; BONNIN, 1985, p. 72)

– Citações diretas de mais de três linhas devem ser destacadas do texto, com recuo de 4 cm da margem esquerda, com letra menor (corpo 10) que a utilizada no texto corrido, espaçamento simples entre as linhas e sem aspas.

> A teleconferência permite ao indivíduo participar de um encontro nacional ou regional sem a necessidade de deixar seu local de origem. Tipos comuns de teleconferência incluem o uso da televisão, telefone e computador. Através de audioconferência, utilizando a companhia local de telefone, um sinal de áudio pode ser emitido em um salão de qualquer dimensão. (NICHOLS, 1993, p. 181).

p) As referências legislativas ou jurisprudenciais devem conter todos os dados necessários para sua adequada identificação e localização. Em citações de sites de internet deve-se indicar o *link*, introduzido pela expressão "Disponível em:" e a data de acesso, precedida da expressão "Acesso em:". As datas devem seguir o padrão de abreviação universal ABNT. Exemplo: 20 ago. 2012; 15 set. 2018; 22 mar. 2019 etc.

q) Sugere-se que esquemas, organogramas, tabelas e gráficos sejam inseridos no texto por meio de imagens, de modo a evitar distorções na posterior diagramação.

3. Cientificidade

Os artigos deverão apresentar caráter científico, definindo e esclarecendo um (ou mais) problema específico, sumarizando os estudos prévios sobre a temática e informando aos leitores o estado em que se encontra uma determinada área de investigação. Além disso, o trabalho deve buscar identificar relações, contradições, lacunas e inconsistências na literatura e indicar sugestões para a resolução dos problemas identificados.

Preferencialmente, serão publicados artigos que apresentem contribuição inédita e efetiva às ciências criminais, a partir de referências sólidas e/ou pesquisa empírica inédita. Assim, o trabalho deverá ser uma fonte confiável para o leitor conhecer o estado atual de cada área acerca da temática abordada, é necessária a referência a todas as informações nele inseridas e, ainda, precisam ser identificados e justificados os métodos de correção estatística que eventualmente sejam utilizados.

3.1. Pressupostos de Integridade Ética em Pesquisa

a) Autoria: Todas as pessoas que contribuíram para a pesquisa devem ser indicadas. Cada autor deve ter participado suficientemente do trabalho para poder assumir publicamente a responsabilidade pelo seu conteúdo. Sua participação deve incluir: a) a

concepção ou delineamento ou ainda análise e interpretação dos dados, ou ambos; b) redação do manuscrito ou de sua revisão, quando inclua crítica intelectual importante de seu conteúdo; c) aprovação final da versão a ser publicada. A simples participação na coleta de dados não justifica autoria.[1]

b) Coautoria: Quando se tratar da publicação de resultados obtidos por meio de pesquisa coletiva, é preciso certificar-se da contribuição intelectual direta e efetiva e do consentimento de todos os colaboradores. A cessão de recursos financeiros e de infraestrutura não é indicação de coautoria.

c) Vedação de Plágio: Quando uma ideia ou uma formulação utilizada no trabalho não sejam evidentemente de domínio público na área de pesquisa em questão, presume-se que se trata de contribuição original. Se não for esse o caso, a ideia ou formulação devem ser expressamente creditadas, sob pena de plágio.

d) Vedação de Autoplágio: Quando trabalho idêntico ou substancialmente semelhante tiver sido publicado em outro veículo de comunicação, ainda que em outro idioma, esse fato deve ser declarado expressamente no texto e informado ao editor no momento da submissão. A falta de menção expressa a esse fato caracterizará o autoplágio.

e) Responsabilidade: O autor ou, quando for o caso, cada um dos autores é responsável pela qualidade do trabalho como um todo, a menos que os limites de sua contribuição sejam indicados de modo expresso e preciso.

f) Termo de consentimento livre e esclarecido (TCLE): Sempre que, em virtude do objeto ou outras circunstâncias de pesquisa, for possível a identificação dos entrevistados, será exigida a apresentação de TCLE dos entrevistados que puderem ser identificados.

g) Conflito de interesses: quando houver possível conflito de interesses, os autores devem informar a equipe editorial no ato da submissão do trabalho. Os editores decidirão sobre a configuração de conflito de interesses avaliando se a cientificidade da obra foi comprometida.

h) Responsabilidade com Dados

- Fontes: Sempre que se faz referência a dados é necessário que seja apontada a sua fonte.
- Termo de Confidencialidade: Sempre que um trabalho fizer uso de dados obtidos através de TC, é preciso que os autores enviem o termo no ato da submissão do trabalho para que se possa apurar sua observância.
- 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

3.2 Reponsabilidade editorial

a) O parecer cego deve ser feito com rigor, objetividade, imparcialidade e presteza. O interesse em realizar a melhor avaliação deve prevalecer em face de outros interesses, como o cumprimento estrito de prazos estipulados. As divergências de juízos não devem ser tomadas como razões suficientes para a emissão de parecer desfavorável.

b) O revisor deve tratar com confidencialidade e não fazer uso próprio das informações a que tenha tido acesso no exercício de sua função de avaliador.

c) O revisor deverá abster-se de sua função de avaliador, por potencial conflito de interesse, quando mantiver colaboração científica regular, em atividade de pesquisa, publicação, orientação ou tutoria, ou quando tiver relação familiar ou afetiva com algum dos pesquisadores responsáveis pela proposta submetida à sua avaliação.

d) Todos os casos em que se verificarem violações de natureza ética, serão devidamente apurados pela coordenação da Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim) mediante estudo, debate e encaminhamento das providências cabíveis.

3.3. Política de Privacidade

a) Os nomes e endereços informados nesta revista serão usados exclusivamente para os serviços prestados por esta publicação, não sendo disponibilizados para outras finalidades ou a terceiros.

b) Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim) adota o sistema de controle duplo-cego por pares, de modo que há anonimato entre os avaliadores e autores, respeitando o sigilo sobre os dados do redator do parecer no momento do encaminhamento ao autor.

c) Com relação aos pareceres eventualmente emitidos pelos avaliadores da Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim), embora utilize-se o sistema de controle duplo-cego (em que autor e revisores não têm informações recíprocas no momento da avaliação), após a finalização do processo editorial, a partir do momento da tomada da decisão final pela equipe editorial, não há proibição de publicização do parecer pelo seu autor (parecerista). Por exemplo, autoriza-se (e sugere-se) a publicação do conteúdo das avaliações no sistema PUBLONS. Ou seja, os direitos autorais sobre os pareceres são dos seus respectivos autores (pareceristas). O direito de anonimato em relação à avaliação é disponível ao parecerista, que pode optar por publicar posteriormente o parecer emitido.

d) A partir dessa lógica, deve-se ressaltar que os autores dos artigos submetidos não podem dar publicidade a eventuais pareceres recebidos, salvo em caso de autorização expressa do parecerista.

e) Por fim, ao submeter o artigo para o processo editorial da Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim), o autor está ciente e autoriza eventual divulgação do parecer emitido por qualquer avaliador do periódico, por exemplo, no sistema PUBLONS.

4. Resenhas críticas, pareceres, comentários jurisprudenciais e entrevistas

a) Resenhas de livros: não serão aceitas resenhas meramente descritivas. Serão publicadas somente **resenhas críticas** de livros de interesse jurídico e científico para o escopo editorial do periódico, com a citação de outras referências, e não somente um resumo do trabalho específico. O tamanho do texto deve respeitar os limites e requisitos das informações necessárias para a boa compreensão do texto analisado (Item 2, b).

b) Os comentários jurisprudenciais poderão ser enviados à Revista e serão publicados, respeitando as regras acima, com o limite de páginas reduzido a 20 laudas. Deve haver uma análise crítica do julgado, a partir de referências doutrinárias representativas acerca da temática em estudo.

c) Os pareceres deverão abordar caso relevante e atual de concretização prática acerca de discussão teórica importante às ciências criminais. Deverá ser embasado em referências consistentes e atualizadas. Se houver qualquer tipo de financiamento, isso deve ser exposto em nota de rodapé, de modo a atestar eventuais conflitos de interesse.

d) As entrevistas com pesquisadores de renome poderão ser propostas ou enviadas à revista, com base na avaliação combinada dos seguintes critérios:

- Representa um avanço no conhecimento que merece ser divulgado para a sociedade?
- Contribui para a popularização do conhecimento científico?
- Apresenta inovações significativas?
- Pode ter impacto na sociedade ou na definição de políticas públicas?
- Além do público-alvo (jornalistas), a entrevista poderá ser utilizada também por tomadores de decisão, pesquisadores, estudantes e público em geral?
- Tamanho: deve ser composta por 4 a 10 questões e o texto deve conter o máximo de 15.000 caracteres com espaço;
- Idioma: poderão ser encaminhadas nos idiomas português, inglês ou espanhol;
- Imagem: deverão, obrigatoriamente, ser acompanhadas pela foto do entrevistado que deve ser enviada em arquivo anexo (.jpg ou .gif), com boa resolução (acima de 100 KB) e com autorização prévia do entrevistado. Caso seja de interesse deste, pode ser incluída também uma imagem que complemente o conteúdo da entrevista;
- Dados sobre o entrevistado: breve texto com dados sobre o entrevistado, contendo informação sobre o currículo, incluindo instituição a qual está afiliado, produção científica resumida, formação acadêmica, outros;

- Lead: as entrevistas deverão estar acompanhadas do lead que consiste em um pequeno texto que fornece ao leitor a informação básica sobre o tema. O lead deve conter informação que responda às seguintes questões: "O quê" e/ou "Quem?", "Quando?", "Onde?", "Como?", e "Por quê?".

e) A avaliação das resenhas, comentários jurisprudenciais, pareceres e entrevistas serão realizadas pela equipe editorial da RBCCRIM, a partir da relevância, cientificidade e pertinência do trabalho, além da titulação do autor, sem envio à análise cega por pares.

5. Processo de avaliação e publicação

a) Controle preliminar formal *(desk review)*: Recebido o manuscrito, inicialmente haverá um controle preliminar realizado pelos editores (chefe, assistentes, executivos ou editores associados) do periódico, o que condicionará seu envio para o controle por pares. Em tal momento, a avaliação se limitará aos aspectos formais essenciais do artigo, conforme as regras expostas anteriormente, analisando-se os seguintes aspectos:

1. O trabalho obedece às normas de publicação da Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim)?
2. O trabalho é compatível com a linha editorial do periódico?
3. O trabalho apresenta linguagem adequada e cientifica, sem erros excessivos? (considerar que haverá revisão gramatical e de ortografia se aprovado)
4. O trabalho é inédito?
5. A temática abordada é atual e/ou relevante?
6. O artigo utiliza referências atualizadas e de autores nacionais e estrangeiros representativos na temática abordada?

b) Em caso de rejeição preliminar, o autor será notificado, mediante o envio do parecer emitido com os motivos da recusa. Em tal situação, o artigo poderá ser submetido novamente à avaliação para volume posterior, se mantido o ineditismo e corrigidas as deficiências indicadas.

c) No curso da 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.

6. Direitos autorais

a) Os direitos autorais dos artigos publicados são do autor, com direitos do periódico sobre a primeira publicação.

Os autores somente poderão utilizar os mesmos resultados em outras publicações indicando claramente este periódico como o meio da publicação original. Se não houver tal indicação, considerar-se-á situação de autoplágio.

Portanto, a reprodução, total ou parcial, dos artigos aqui publicados fica sujeita à expressa menção da procedência de sua publicação neste periódico, citando-se o volume e o número dessa publicação. Para efeitos legais, deve ser consignada a fonte de publicação original.

7. Revisão, diagramação, impressão e publicação

Finalizado o processo editorial de seleção dos artigos, os trabalhos aprovados e selecionados para o respectivo volume são enviados para a revisão e diagramação, realizadas ao encargo do IBCCRIM e da Editora Revista dos Tribunais (RT).

Assim, são realizadas a revisão gramatical e ortográfica, bem como a formatação (diagramação) dos arquivos, que retornam ao IBCCRIM. Em seguida, em data próxima à publicação, haverá novo contato com o autor para a análise das sugestões de correção pós-revisão e verificação da formatação, com prazo de 3 (três) dias para resposta. Em caso de inércia, as correções sugeridas pela revisão serão integralmente aceitas. Nesse momento, solicita-se que o autor se abstenha de realizar alterações profundas no texto, mas somente realize a revisão sugerida e atualizações indispensáveis.

No que tange à revisão de ortografia, o IBCCRIM adota a correção ortográfica (ortografia, acentuação, hifenização etc.) do mais recente Acordo Ortográfico (2009) em vigor (obrigatório desde 01/01/2016), até mesmo para citações de originais anteriores ao Acordo. Exceção é feita a documentos antigos em contextos nos quais a preservação da grafia original tem importância e significado historiográfico e/ou linguístico etc.

Em seguida, os artigos, com as aprovações e rejeições dos autores às sugestões de revisão, são encaminhados para a diagramação final e publicação.

A Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim) adota postura de integral respeito ao autor, de modo a vedar qualquer alteração sem sua aprovação (salvo a falta de resposta no

prazo determinado), ainda que aparentem ser "meras correções ortográficas". Qualquer atitude distinta a tal diretriz é repudiada pela equipe editorial do periódico.

8. Critérios de espera e preferência para publicação

a) A publicação dos trabalhos aprovados pelo controle por pares e selecionados pelos editores do periódico segue a ordem cronológica de submissão e aprovação, com exceção de autores convidados. Contudo, em razão das regras impostas pela comissão Qualis/CAPES, existem critérios para avaliação e publicação preferencial, que podem ser atendidos pelos autores visando à maior agilidade na publicação de seu trabalho.

b) Em razão das regras de exogenia, artigos de autores representantes do Estado de São Paulo são limitados a 25% do total de trabalhos publicados por volume, de modo que há uma fila específica para artigos que se enquadrem em tal circunstância;

c) Diante das regras de qualidade impostas, cada volume publicado conterá entre 50 a 60% dos artigos com autor (ao menos um) que possua titulação de doutor, de modo que há limitação à publicação de trabalhos sem autoria de autor com essa titulação;

d) Artigos em coautoria entre professores permanentes de Programas de Instituições de Ensino Superior de diferentes unidades da federação, com filiação devidamente identificada;

e) Artigos originais de profissionais vinculados a Instituições de Ensino Superior estrangeiras;

f) Artigos em inglês ou em outras línguas, ainda que o autor seja brasileiro;

g) Artigos resultantes de pesquisas financiadas por órgãos de fomento (desconsiderar bolsas de iniciação científica, mestrado e doutorado ou de editais destinados aos programas como o PROEX, PROAP, PROSUP e versões semelhantes dos órgãos estaduais de fomento) devidamente identificados no texto (especificar o edital de que resulta o financiamento em nota de rodapé).

h) Além de tais hipóteses, podem ser publicados com preferência trabalhos que abordem temática de iminente atualidade e que possam se tornar obsoletos em razão do decurso da demora para publicação. Tal situação é determinada por decisão da equipe editorial da Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim) e pode ser sugerida pelos pareceristas em sua avaliação.

i) Vale ressaltar, contudo, que os critérios expostos neste tópico determinam a preferência do artigo no processo de avaliação e publicação, mas não são requisitos indispensáveis. Por exemplo, embora textos com autoria de escritor com titulação de doutor tenham preferência, não há impedimento para publicação de artigos sem tal característica. Todos serão submetidos ao controle por pares, que adotará idênticos parâmetros na seleção, visando à produção científica de qualidade no periódico.

8.1. Autores convidados

Conforme decisão de sua equipe editorial, a Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim) poderá convidar autores para publicar artigos sobre temáticas específicas, em razão de sua relevância, atualidade e marcante contribuição crítica às ciências criminais. Em tal situação, excepcionalmente, não haverá controle por pares *(double blind peer review)* e atenção à fila de aprovados para publicação. Conforme regra da Qualis/CAPES, o percentual de artigos de autores convidados fica limitado a 25% por volume.

8.2. Volumes e dossiês especiais

A Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim) poderá publicar volumes especiais ou dossiês específicos em seus volumes ordinários, em razão da relevância e da pertinência da temática, conforme decisão da equipe editorial e de seu conselho editorial. O volume ou dossiê poderá ficar sob responsabilidade de um editor associado que possua relevante conhecimento sobre o tema. Em tal situação, haverá divulgação de edital contendo as informações necessárias, como regras e prazos para submissão. De todo modo, haverá o controle por pares *(double blind peer review).*

Diretrizes ao Corpo de Avaliadores – Revista Brasileira de Ciências Criminais

Diretrizes determinadas pela equipe editorial em conformidade com o conselho editorial da RBCCRIM, sujeitas à revisão periódica.

1. Composição do corpo de avaliadores

O corpo de avaliadores da RBCCRIM é composto por mestres, doutorandos e doutores, com distinto conhecimento acerca das ciências criminais. Os **artigos submetidos são avaliados por pareceristas de igual ou superior titulação ao autor de maior titulação.**

Interessados em compor o corpo de pareceristas e contribuir com a RBCCRIM que cumpram os requisitos abaixo (item 2) deverão se cadastra por meio do seguinte link: https://publicacoes.ibccrim.org.br/index.php/RBCCRIM/index

Como contraprestação à contribuição realizada pelo parecerista, serão fornecidas, conforme solicitação, **declaração de sua participação no corpo permanente e individuais por parecer emitido** (para fins de preenchimento e comprovação em Lattes nos campos *Revisor de Periódico e Produção Técnica – Parecer*, sem divulgação do título do artigo avaliado). **As declarações serão emitidas uma vez ao ano (mês de dezembro),** englobando todos os pareceres emitidos no período, salvo casos de urgência motivada.

Além disso, o parecerista que respeitar integralmente as regras contidas nestas Diretrizes e no documento de Política Editorial da RBCCRIM, especialmente com a atenção aos prazos para resposta, **receberá um código de acesso da versão digital do volume referente à avaliação realizada** (fornecido diretamente pela Editora RT e mediante requisição).

Por fim, a cada quatro (4) pareceres realizados adequadamente e com respeito ao prazo determinado, o avaliador terão direito **a um exemplar impresso da RBCCRIM**, conforme disponibilidade no estoque do IBCCRIM. O exemplar deverá ser retirado pessoalmente (ou por terceiro com autorização por escrito) na sede do IBCCRIM em São Paulo, pois não haverá pagamento de custas e disponibilidade para postagem nos correios.

Na versão impressa da revista será publicada a lista dos avaliadores que efetivamente emitiram pareceres referentes ao respectivo volume/mês.

Para fins de **determinação do volume (mês) em que houve a colaboração do parecerista**, por se tratar de periódico de fluxo contínuo (salvo em caso de dossiês temáticos), serão adotados os seguintes critérios:

a) se, na decisão editorial (após o recebimento de todos os pareceres) o artigo for aprovado, considerar-se-á o volume (mês) em que o artigo for publicado;

b) se, na decisão editorial (após o recebimento de todos os pareceres) o artigo for rejeitado, considerar-se-á o volume (mês) em que o artigo for rejeitado pela decisão final da equipe editorial.

Portanto, por exemplo, embora o parecerista tenha enviado a avaliação em um determinado mês (junho), se houver pareceres divergentes (sendo necessária a redistribuição a novo avaliador) e a rejeição ocorrer em agosto, considerar-se-á que todos os avaliadores contribuíram ao volume da RBCCRIM de agosto.

2. Requisitos para ingresso no corpo de avaliadores

O pesquisador interessado em compor o corpo de pareceristas e contribuir com a RBCCRIM deverá:

a) possuir currículo LATTES atualizado (se brasileiro);

b) Possui número de registro ORCID

c) possuir a titulação de mestre ou estar cursando doutorado em Direito ou áreas afins;

d) possuir conhecimento específico acerca das ciências criminais, demonstrado a partir de titulação, experiência na pesquisa e docência ou sólida produção bibliográfica, relacionados à área das ciências criminais;

e) atestar disponibilidade para a realização de dois pareceres por bimestre com respeito aos prazos e regras da RBCCRIM.

Em razão das regras determinadas pela Qualis/CAPES, haverá preferência a pesquisadores com doutorado finalizado, professores de Programas de Pós-Graduação e não vinculados ao estado de São Paulo (regra de exogenia).

3. Diretrizes para realização da avaliação

Em razão dos prazos exigidos para a publicação da Revista, e a fim de evitar atrasos na resposta aos autores e no próprio encaminhamento dos textos à Editora, o parecer deve ser enviado no **prazo máximo de 15 (quinze) dias**. Caso haja qualquer dificuldade no atendimento do mencionado prazo, deve-se notificar o periódico para que se busque a solução adequada. O envio do parecer deve ser **em formato DOC (WORD), e não em PDF**, pois posteriormente os dados do avaliador precisam ser suprimidos para o envio anônimo ao autor.

Se houver qualquer identificação do autor do artigo ou sua temática apresentar complexidade que deva ser analisada por avaliador específico, tal fato deve ser informado imediatamente, a fim de que se encaminhe o trabalho a outro parecerista. Contudo, deve-se considerar que existem **limites para a quantidade de recusas à avaliação pelo parecerista**, o que pode resultar no afastamento do avaliador do corpo permanente.

Assim, após a leitura do trabalho encaminhado, deve-se **preencher o formulário constante no modelo de parecer**, manifestando a avaliação do artigo. Na confecção da justificativa do parecer, poder-se-á utilizar o espaço necessário. Além disso, também pode ser realizada a avaliação do texto por meio da **ferramenta de revisão do WORD**, com sugestões de alterações e comentários, desde que atente-se à exclusão de qualquer dado que possa identificar o parecerista. Isso não afasta a necessidade de preenchimento e justificação do parecer.

Para a realização da avaliação, impõe-se o conhecimento prévio das regras contidas no documento referente à Política Editorial da RBCCRIM, que pode ser acessado no link: https://www.ibccrim.org.br/rbccrim_normas_publicacao

Considerando tais diretrizes e os critérios elencados no modelo de parecer, deve-se iniciar a avaliação pelos "critérios de exclusão" (parte 1), que determinam aspectos formais indispensáveis ao artigo científico, sob pena de rejeição preliminar, o que, de qualquer modo, precisa ser motivado no campo de justificação (parte 3). Se considerado apto em tal análise, deve-se realizar a avaliação qualitativa conforme os "critérios de avaliação" (parte 2), determinando-se uma nota ao artigo, e, ao final, motivando-se tal decisão. Por fim, deve-se apontar o parecer final e os demais aspectos acessórios.

A ausência de justificativa ou sua inconsistência acarreta a invalidade do parecer! A mera marcação dos critérios e definição de nota é insuficiente, sendo necessária a motivação específica, onde deve-se descrever brevemente o conteúdo fundamental do trabalho analisado e sua adequação aos critérios determinados.

4. Regras sobre disponibilidade e prazos de resposta

Cada integrante do corpo permanente de avaliadores da RBCCRIM deverá estar disponível para emitir **até dois pareceres por bimestre no prazo de 15 dias a partir do recebimento da solicitação.**

Em caso de não realização do parecer em razão da temática específica do artigo enviado necessitar **avaliador *ad hoc***, tal situação deverá ser motivada especificamente no formulário de avaliação.

A cada período de atividade de 12 meses, o avaliador poderá solicitar a **suspensão temporária** de encaminhamento de novos artigos para avaliação pelo prazo de até 3 meses, sem afastamento do corpo de avaliadores permanentes.

Em caso de inatividade por 2 meses (não resposta às solicitações) ou duas negativas injustificadas consecutivas, descumprimento das regras e desrespeito reiterado dos prazos, o avaliador será imediatamente afastado do corpo permanente de pareceristas da RBCCRIM, sem prejuízo de posterior reingresso quando atestada a necessária disponibilidade.

5. *PRESSUPOSTOS DE INTEGRIDADE ÉTICA AOS AVALIADORES*

(Versão inspirada nas diretrizes adotadas e sugeridas pela Revista Teoria Jurídica Contemporânea, periódico do PPG em Direito da UFRJ. Disponível em: [https://revistas.ufrj.br/index.php/rjur/about/editorialPolicies]. Acesso em: 16 mar. 2016).

O parecer cego deve ser feito com rigor, objetividade, imparcialidade e presteza. A avaliação deve ser realizada com o objetivo de aprimorar a produção científica do Direito.

O parecerista não deve utilizar critérios distintos daqueles determinados no modelo de parecer da RBCCRIM. Um trabalho não deve ser rejeitado por discordâncias pessoais do avaliador (salvo se o trabalho sustentar posições avessas e incompatíveis às diretrizes regimentais e políticas do IBCCRIM) ou formalidades distintas das requeridas pelo periódico, mas **devem ser considerados somente critérios científicos para o aprimoramento das ciências criminais**.

O revisor deverá abster-se de sua função de avaliador, por potencial **conflito de interesse**, quando manter colaboração cientifica regular, em atividade de pesquisa, publicação, orientação ou tutoria, ou quando tiver relação familiar com algum dos pesquisadores responsáveis pela proposta submetida à sua avaliação. "Há conflito potencial de interesses nas situações em que a coexistência entre o interesse que deve ter o pesquisador de fazer avançar a ciência e interesses de outra natureza, ainda que legítimos, possa ser razoavelmente percebida, por ele próprio ou por outrem, como conflituosa e prejudicial à objetividade e imparcialidade de suas decisões científicas, mesmo independentemente de seu conhecimento e vontade"

6. *PRINCÍPIOS PARA UMA BOA AVALIAÇÃO*[1]

Confidencialidade: é essencial que a confidencialidade do processo de correção do artigo seja respeitada, durante a avaliação e mesmo após a divulgação dos resultados. Por isso, requer-se do(a) avaliador(a) que mantenha o sigilo a respeito dos trabalhos avaliados, evitando-se comentar ou divulgar, verbalmente ou por escrito, qualquer questão relacionada aos artigos avaliados. O anonimato, garantido pelo processo de avaliação cega (double blind peer review) deve ser protegido mesmo após a entrega do parecer. O respeito a esse princípio do processo de avaliação é considerado essencial.

Imparcialidade: a produção intelectual na área das ciências sociais aplicadas, como é o direito, é historicamente marcada pela tensão entre a cientificidade e os valores ou preferências, sejam eles políticos, religiosos ou éticos. É um grande desafio, portanto, avaliar um trabalho carregado por tais tensões. Por isso, recomenda-se uma "autovigilância" constante no processo de avaliação, para que preferências como convicções políticas ou outras convicções subjetivas não contaminem a correção do artigo. Isso não implica conceder, no processo de avaliação, que

1. Recomendações adaptadas do Guia de avaliação de TCC do programa de pós-graduação lato sensu da FGV Direito SP | GVlaw, disponível online.

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 cadastro do artigo no sistema de submissões (OJS) foi preenchido em sua integralidade? https://publicacoes.ibccrim.org.br/index.php/RBCCRIM/index. OBS: o arquivo precisa estar no formato .doc (word)

✓ O trabalho aborda temática relacionada às ciências criminais e é compatível com a linha editorial da RBCCRIM?

✓ O texto é precedido de título, **resumo (até 200 palavras) e cinco palavras-chave, todos no idioma do artigo e em inglês, além de sumário (no idioma do artigo)?**

✓ O artigo é divido em tópicos e apresenta **itens específicos para introdução, considerações finais (ou conclusões) e referências?**

✓ O trabalho tem entre 20 e 40 páginas sem espaçamentos entre os parágrafos, 1.5 de entrelinha, fonte Times New Roman (tamanho 12 no corpo) e margens superior e inferior 2,0 cm e as laterais 3,0 cm?

✓ A qualificação do(a)(s) autor(a)(es), número de ORCID e seu e-mail estão indicados?

✓ **Os autores e coautores possuem titulação mínima de mestrado?**

✓ Se houver financiamento, os dados do edital estão indicados em nota de rodapé?

✓ Se houver apresentação de resultados de pesquisa empírica inédita envolvendo seres humanos, há a indicação em nota de rodapé da aprovação por comitê de ética?

✓ O artigo utiliza referências atualizadas e de autores nacionais e estrangeiros representativos na temática abordada?

✓ O trabalho respeita integralmente as demais regras da Política Editorial da RBCCRIM?

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