

REVISTA BRASILEIRA DE
CIÊNCIAS CRIMINAIS

BRAZILIAN CRIMINAL SCIENCES REVIEW

Ano 30 • vol. 190 • maio/jun. 2022

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 30 • vol. 190 • maio/jun. 2022

Presidência

Marina Pinhão Coelho Araújo

Coordenação

André Nicolitt

EQUIPE EDITORIAL DA REVISTA – IBCCRIM

Editor-chefe – André Nicolitt

Editores-assistentes – Alessandra Rapassi Mascarenhas Prado, Antonio Martins, Beatriz Corrêa Camargo, Bruno Buonicore, Elmir Duclerc, Felipe Freitas, Guilherme Ceolin, Junya Barletta, Marcelo Mayora, Taiguara Libano Soares e Souza.

Editores-executivos:

Supervisor de Publicações: Willians Meneses

Auxiliar de publicações: Helen Christo

Estagiário: Andre Nunes

CONSELHO EDITORIAL

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

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

Alejandro Aponte (Pontificia Universidad Javeriana – Colômbia)

Anabela Miranda Rodrigues (Universidade de Coimbra – Portugal)

Ana Isabel Pérez Cepeda (Universidade de Salamanca – Espanha)

Ana Messuti (Instituto Vasco de Criminologia – Espanha)

Antonio Magalhães Gomes Filho (USP – São Paulo/SP)

Antonio Scarance Fernandes (USP – São Paulo/SP)

Antonio Vercher Noguera (Universidade de Salamanca – Espanha)

Aury Lopes Jr. (Pontificia Universidade Católica do Rio Grande do Sul –

PUCRS – Porto Alegre/RS)

Bernardo del Rosal Blasco (Universidade de Alicante – Espanha)

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

Cláudia Maria Cruz Santos (Universidade de Coimbra – Portugal)

Cornelius Prittwitz (Universität Johann Wolfgang Goethe de Frankfurt – Alemanha)

David Baigún (Universidad de Buenos Aires – Argentina)

Edmundo Hendler (Universidad de Buenos Aires – Argentina)

Emilio García Méndez (Universidad de Buenos Aires – Argentina)

Ernesto Calvanese (Università degli Studi di Milano – Itália)

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

Eugenio Raúl Zaffaroni (Universidad de Buenos Aires Argentina)

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

Fernando Acosta (University of Ottawa – Canadá)

Fernando Santa Cecilia García (Universidad Complutense de Madrid – Espanha)

Francisco Muñoz Conde (Universidad Pablo de Olavide – Espanha)

Geraldo Prado (UFRJ – Rio de Janeiro/RJ)

Helena Regina Lobo da Costa (Universidade de São Paulo – USP – São Paulo/SP)

Heloisa Estellita (Fundação Getúlio Vargas – FGVSP – São Paulo/SP)

Iasevoli Clelia (Università Degli Studi di Napoli – Itália)

Ignacio Berdugo Gómez de La Torre (Universidad de Salamanca – Espanha)

Iñaki Rivera Beiras (Universidad de Barcelona – Espanha)

Iván Navas Mondaca (Universidad San Sebastián – Chile)

Jésus-María Silva Sánchez (Universidad Pompeu Fabra – Espanha)

João Pedroso (Universidade de Coimbra – Portugal)

Jorge de Figueiredo Dias (Universidade de Coimbra – Portugal)

José Cerezo Mir (Universidad de Zaragoza – Espanha)

José Francisco de Faria Costa (Universidade de Coimbra – Portugal)

Juan Felix Marteau (Universidad de Buenos Aires – Argentina)

Juan Pablo Montiel (Universidad de San Andrés – Argentina)

Juarez Cirino dos Santos (UFPR – Curitiba/PR)

Juarez Tavares (UERJ – Rio de Janeiro/RJ)

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

Leandro Ayres França (Pontificia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS)

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

Luis Fernando Niño (Universidad de Buenos Aires – Argentina)

Luiz Regis Prado (UEM – Maringá/PR)

Maria Paz Arenas Rodríguez (Universidad Complutense de Madrid – Espanha)

Manuel da Costa Andrade (Universidade de Coimbra – Portugal)

Maria João Antunes (Universidade de Coimbra – Portugal)

Mariângela Gama de Magalhães Gomes (Universidade de São Paulo – USP – São Paulo/SP)

Marina Pinhão Coelho Araújo (Insper Instituto de Ensino e Pesquisa – INSPER – São Paulo/SP)

Mauricio Martínez Sánchez (Universidad Libre – Colômbia)

Máximo Sozzo (Universidad Nacional del Litoral – Argentina)

Miguel Reale Júnior (USP – São Paulo/SP)

Nicolás Rodríguez García (Universidad de Salamanca – Espanha)

Nilo Batista (UERJ – Rio de Janeiro/RS)

Pedro Caeiro (Universidade de Coimbra – Portugal)

Olga Spinoza (Universidad de Chile – Chile)

Pilar Gomes Pavón (Universidad Complutense de Madrid – Espanha)

Raúl Cervini (Universidad de la República del Uruguay – 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 Martínez (Universidad de Buenos Aires – Argentina)

Urs Kindhäuser (Universität de Bonn – Alemanha)

Vicente Greco Filho (USP – São Paulo/SP)

CORPO DE PARECERISTAS (DESTE VOLUME – CHAMADA GERAL)

André Carneiro Leão (Universidade Federal de Pernambuco – UFPE – Recife/PE)
Andrey Andreolla (Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI – Erechim/RS)
Ariel Koch Gomes (Uniritter – Porto Alegre/RS)
Bruno Martins Torchia (Faculdade Batista de Minas Gerais – FBMG – Belo Horizonte/MG)
Bruno Shimizu (Defensoria Pública do Estado de São Paulo – DPESP – São Paulo/SP)
Chiavelli Falavigno (Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC – Florianópolis/SC)
Clarissa Diniz Guedes (Universidade Federal de Juiz de Fora – UFJF – Juiz de Fora/MG)
Denise Luz (Universidade de Pernambuco – UPE – Recife/PE)
Fernanda Carolina de Araujo Ifanger (Pontifícia Universidade Católica de Campinas – Campinas/SP)
Francisco de Assis de França Júnior (CESMAC – Maceió/AL)
Gabriel Antinolfi Divan (Universidade de Passo Fundo – Passo Fundo/RS)
Gustavo de Souza Preussler (Universidade Federal da Grande Dourados – Dourados/MS)
José Francisco Dias da Costa Lyra (Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – Santiago/RS)
Júlio Paschoal (Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP – Brasília/DF)
Klelia Canabrava Aleixo (PUCMG – Belo Horizonte/MG)
Luciana Marin Ribas (Universidade de São Paulo – USP – São Paulo/SP)
Maria Cláudia Girotto do Couto (Universidade de São Paulo – USP – São Paulo/SP)
Maria Lúcia Barbosa (Universidade Federal de Pernambuco – UFPE – Recife/PE)
Marina de Cerqueira Sant’Anna Rezende (Universidade Autónoma de Lisboa – Portugal)
Mateus de Oliveira Fornasier (Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – UNIJUÍ – Ijuí/RS)
Michelle Karen Batista dos Santos (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – Porto Alegre/RS)
Neon Bruno Doering Moraes (Universidade Católica de Pernambuco – UCP – Recife/PE)
Ronaldo Bezerra dos Santos (Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas do Vale do São Lourenço – EDUVALE – Jaciara/MT)
Vitor Gonçalves Machado (Faculdade de Direito de Vitória – FDV – Vitória/ES)

AUTORES(AS) (DESTE VOLUME)

Alicia Violeta Botelho Sgadari Passeggi (Universidade de Coimbra – Portugal)
Ana Cláudia Souza Valente (Escola Superior do Ministério Público da União – Brasília/DF)
Bryan Alves Devos (Universidade Federal do Rio Grande – FURG – Rio Grande/RS)
Cathiani M. Bellé (Universidade Federal do Paraná – UFPR – Curitiba/PR)
Daniela Carvalho Almeida da Costa (Universidade Federal de Sergipe – UFS – São Cristóvão/SE)
Denise Neves Abade (Universidade Presbiteriana Mackenzie – São Paulo/SP)
Flaviane de Magalhães Barros Bolzan de Moraes (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUCMG – Belo Horizonte/MG)
Francisco Quintanilha Veras Neto (Universidade Federal de Santa Catarina Florianópolis/UFSC)
Geraldo Prado (Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ – Rio de Janeiro/RJ)
Hamilton Gonçalves Ferraz (PUC-Rio – Rio de Janeiro/RJ)
Jamilla Monteiro Sarkis (Universidade Federal de Minas Gerais – Belo Horizonte/MG)
Leonardo Augusto Marinho Marques (Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG – Belo Horizonte/MG)
Mariana Chies-Santos (Universidade de São Paulo – USP – São Paulo/SP)
Niully Nayara Santana Campos (Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe – FANESE – Aracaju/SE)
Salah H. Khaled Jr (Universidade Federal do Rio Grande – FURG – Rio Grande/RS)
Samuel Ebel Braga Ramos (Universidade Federal do Paraná – UFPR – Curitiba/PR)
Selma Leite do Nascimento Sauerbronn de Souza (Centro Universitário de Brasília – UniCeub – Brasília/DF)
Victor Sugamoto Romfeld (Universidade Federal do Paraná – UFPR – Curitiba/PR)

BASES DE DADOS INDEXADAS:



As opiniões expressas nos artigos são de responsabilidade dos autores.

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

ISSN 1415-5400

REVISTA BRASILEIRA DE
CIÊNCIAS CRIMINAIS
Ano 30 • vol. 190 • maio/jun. 2022

Coordenação (editor-chefe)
ANDRÉ NICOLIT

Publicação oficial do
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais



THOMSON REUTERS

**REVISTA DOS
TRIBUNAIS™**

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 30 • vol. 190 • maio/jun. 2022

Presidência

MARINA PINHÃO COELHO ARAÚJO

Coordenação (editor-chefe)

ANDRÉ NICOLITTI

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: [05-2022]

Profissional

Fechamento desta edição: [04.04.2022]





Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

Diretoria da Gestão 2021/2022

DIRETORIA EXECUTIVA

PRESIDENTA

Marina Pinhão Coelho Araújo

1º VICE-PRESIDENTE

Alberto Zacharias Toron

2º VICE-PRESIDENTE

Fábio Tofic Simantob

1º SECRETÁRIO

Bruno Salles Pereira Ribeiro

2º SECRETÁRIO

Felipe Cardoso Moreira de Oliveira

3º SECRETÁRIA

Ester Rufino

1º TESOUREIRO

Rafael Serra Oliveira

2º TESOUREIRO

Renato Stanziola Vieira

DIRETOR NACIONAL DAS COORDENADORIAS

REGIONAIS E ESTADUAIS

1ª Diretora: Maria Carolina de Melo Amorim

2º Diretor: Leonardo Palazzi

3º Diretor: Vinícius Assumpção

CONSELHO CONSULTIVO

MEMBROS

Ela Wiecko Volkmer de Castilho

Helena Regina Lobo da Costa

Márcio Gaspar Barandier

Thiago Bottino do Amaral

Carla Silene Cardoso Lisboa Bernardo Gomes

OUVIDORA

Cleunice Valentim Bastos Pitombo

COORDENADORES-CHEFES DOS DEPARTAMENTOS

ACESSIBILIDADE – BOLSAS E CONTRIBUIÇÕES

ASSOCIATIVAS

Camila Torres

AMICUS CURIAE

Alberto Zacharias Toron

BIBLIOTECA

Ludmila Bello

BOLETIM

Daniel Zaclis

CONCURSO DE MONOGRAFIAS e MONOGRAFIAS

Ana Cristina Gomes

CONVÊNIOS NACIONAIS

Luan Moyanos

CONVÊNIO INTERNACIONAIS

Eneas Romero

CURSOS

Bruna Angotti e Mariangela Lopes

CURSOS COIMBRA

Marcelo Almeida Ruivo

GRUPOS DE ESTUDOS AVANÇADOS

Debora Motta

INICIAÇÃO CIENTÍFICA – LABORATÓRIOS

Daiane Kassada

JUSTIÇA PENAL JUVENIL E INFÂNCIA

Mariana Chies Santiago Santos

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

André Nicolitt

SEMINÁRIO INTERNACIONAL

Marta Saad

SISTEMA PRISIONAL

Guilherme Junqueira

TRABALHOS LEGISLATIVOS

Carolina Costa Ferreira

**EQUIPE DO IBCCRIM
NÚCLEO ADMINISTRATIVO**

SUPERVISÃO

Fernanda Barreto

EQUIPE

Alexandre Soledade de Oliveira

Patrícia Jardim Grellet

NÚCLEO FINANCEIRO

SUPERVISÃO

Roberto Seracinskis

EQUIPE

Andrea Pereira dos Santos

Vanessa dos Santos Lima

Victor de Souza Nogueira

NÚCLEOS DE PUBLICAÇÕES

SUPERVISÃO

Willians Meneses

EQUIPE

Helen Christo

Andre Nunes

NÚCLEO DA BIBLIOTECA

EQUIPE

Anderson Fernandes Campos

Natalí de Lima Santos

NÚCLEO DE EDUCAÇÃO

EQUIPE

Ana Paula da Silva

Hegle Borges da Silva

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 30 • vol. 190 • maio/jun. 2022

Diretora de Conteúdo e Operações Editoriais

JULIANA MAYUMI ONO

Gerente de Conteúdo

MILISA CRISTINE ROMERA

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

Gerente de Conteúdo Tax: Vanessa Miranda de M. Pereira

Direitos Autorais: Viviane M. C. Carmezim

Assistente de Conteúdo Editorial: Juliana Menezes Drumond

Analista de Conteúdo Editorial Júnior: Bárbara Baraldi

Estagiários: Ana Carolina Francisco, Francisco Prado, Gabriel Yeoshuah Moreira e Marco Antonio Fonseca

Produção Editorial

Gerente de Conteúdo

ANDRÉIA R. SCHNEIDER NUNES CARVALHAES

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

Analista de Projetos: Thyara Pina da Silva

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

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

Estagiárias: Beatriz Hammond, Bianca Satie Abduch, Caroline Dubovicki e Gabrielly N. C. Saraiva

Capa: Andréa Cristina Pinto Zanardi

Adaptação capa: Linotec

Líder de Inovações de Conteúdo para Print

CAMILLA FUREGATO DA SILVA

Equipe de Conteúdo Digital

Coordenação

MARCELLO ANTONIO MASTROROSA PEDRO

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

Gerente de Operações e Produção Gráfica

MAURICIO ALVES MONTE

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

Assistente de Produção Gráfica: Ana Paula de Araújo Evangelista

SUMÁRIO

DIREITO PENAL

Aportes possíveis da responsabilidade penal de dirigentes empresariais à problemática da autoria de agentes públicos em crimes contra a Administração Pública

Possible contributions from the study of criminal individual liability of high-profile agents in corporate crimes to the problem of liability of public officials in crimes against the public administration

ALICIA VIOLETA BOTELHO SGADARI PASSEGGI 17

Ética e direito penal: condições para reconciliar uma relação conturbada

Ethics and criminal law: conditions to reconcile a troubled relationship

BRYAN ALVES DEVOS, SALAH HASSAN KHALED JR. e FRANCISCO QUINTANILHA
VERAS NETO 63

Teoria significativa do delito e inteligência artificial: uma releitura do conceito de ação nos crimes de preconceito

Artificial intelligence and the significant theory of crime: a re-reading of the concept of action in racial prejudice crimes

SAMUEL EBEL BRAGA RAMOS e CATHIANI M. BELLÉ 93

PROCESSO PENAL

Dados pessoais no processo penal: tutela da personalidade e da inocência diante da tecnologia

Personal data in criminal proceedings: technology and protection of personality and innocence

FLAVIANE DE MAGALHÃES BARROS BOLZAN DE MORAIS, LEONARDO AUGUSTO
MARINHO MARQUES e JAMILLA MONTEIRO SARKIS 117

CRIMINOLOGIA

- Governança digital e intersetorialidade: ferramentas de gestão de desempenho no sistema socioeducativo na pandemia de Covid-19
Digital governance and intersectorality: performance management tools in the socio-educational system in the pandemic of Covid-19
 ANA CLÁUDIA SOUZA VALENTE e SELMA LEITE DO NASCIMENTO SAUERBRONN DE SOUZA..... 159
- A Lei Maria da Penha em diálogo com a justiça restaurativa: resgate da voz da vítima como forma de ressignificar violências
Maria da Penha Law in dialogue with restorative justice: rescuing the victim's voice as a way to reframe violence
 DANIELA CARVALHO ALMEIDA DA COSTA e NIULLY NAYARA SANTANA CAMPOS ... 197
- Integração de gênero à luz dos direitos fundamentais nas respostas do sistema judicial ao crime organizado
Gender mainstreaming with respect to fundamental rights in the justice system's responses to organized crime
 DENISE NEVES ABADE..... 239
- "Vou temperar vocês": um estudo de caso sobre a responsabilidade do Judiciário no combate às práticas de tortura no sistema socioeducativo
"I will season you": a case study about the responsibility of the Brazilian Judiciary on the fight against torture practices in the juvenile justice system
 HAMILTON GONÇALVES FERRAZ e MARIANA CHIES-SANTOS..... 275
- O conceito de "esquerda punitiva" e sua utilização como "tutoria arrogante": tensões a partir da criminalização da LGBTfobia
The concept of "punitive left" and its use as an "arrogant tutoring": tensions from the LGBTphobia criminalization
 VICTOR SUGAMOSTO ROMFELD..... 309

DIREITO POR QUEM O FAZ

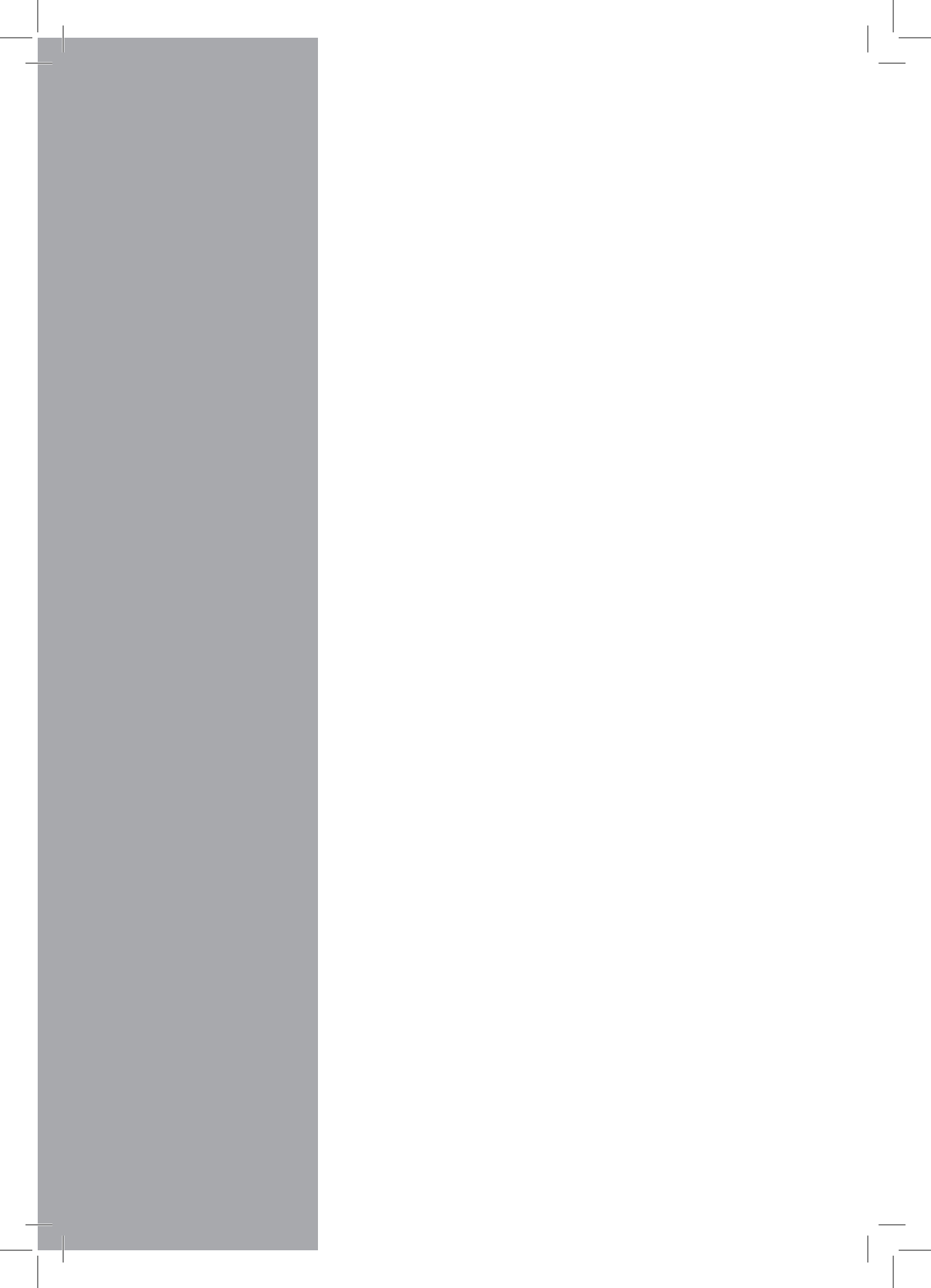
- Parecer – Da pena curta de prisão: excepcionalidade não configurada
Legal opinion – Short prison sentence: unconfigured exceptionality
 GERALDO PRADO..... 347

ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO

AUTORES.....	387
TEMAS.....	389
 NORMAS DE PUBLICAÇÃO – REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS	 393
 DIRETRIZES AO CORPO DE AVALIADORES – REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS.....	 405
 CONDIÇÕES PARA SUBMISSÃO (<i>CHECK LIST</i>)	 411
 EDITAL III – CHAMADA DE ARTIGOS DOSSIÊS – 2022 – DOSSIÊ “CRIMI- NOLOGIA CULTURAL” – RBCCRIM Nº (193).....	 413
 EDITAL IV – CHAMADA DE ARTIGOS DOSSIÊS – 2022 – DOSSIÊ “DOSSIÊ JUSTIÇA RESTAURATIVA” – RBCCRIM Nº (195).....	 415

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

Direito Penal



APORTES POSSÍVEIS DA RESPONSABILIDADE PENAL DE DIRIGENTES EMPRESARIAIS À PROBLEMÁTICA DA AUTORIA DE AGENTES PÚBLICOS EM CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

POSSIBLE CONTRIBUTIONS FROM THE STUDY OF CRIMINAL INDIVIDUAL LIABILITY OF HIGH-PROFILE AGENTS IN CORPORATE CRIMES TO THE PROBLEM OF LIABILITY OF PUBLIC OFFICIALS IN CRIMES AGAINST THE PUBLIC ADMINISTRATION

ALICIA VIOLETA BOTELHO SGADARI PASSEGGI

Doutoranda em Ciências Jurídico-Criminais na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Portugal. Mestre em Direito na área de concentração “Direito e garantia de Direitos”, pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (2009). Líder do grupo de estudos e pesquisa em Patrimônio Público (GEPPP) do Ministério Público do Estado da Bahia. Promotora de Justiça no Ministério Público do Estado da Bahia.

Lattes: [lattes.cnpq.br/0556719248404863].

ORCID: [orcid.org/0000-0003-0786-8374].

aliciapasseggi@gmail.com

Recebido em: 18.01.2021

Aprovado em: 20.09.2021

Última versão da autora: 15.12.2021

ÁREAS DO DIREITO: Penal; Administrativo

RESUMO: O presente estudo tem por questão central a seguinte: que aportes teóricos da responsabilidade penal de dirigentes empresariais poderiam ser aplicados à problemática da autoria, notadamente à questão da responsabilização de agentes públicos de “alto escalão” por crimes contra a Administração Pública, visto que, à semelhança de grandes empresas, aquela constitui-se em estruturas organizacionais complexas? A qual pressupõe pelo menos outras duas: Como se enxerga hoje a autoria em organizações empresariais complexas? Que traços distintivos o contexto administrativo apresenta de relevância para raciocínios de imputação de autoria? Para

ABSTRACT: This article has the following central question: what theoretical contributions from criminal liability of business executives could be applied to the problem of individual criminal liability of “high level” public agents in crimes against Public Administration, since, like large companies, it is composed by complex organizational structures? Which presupposes at least two others: How is individual criminal liability seen today in complex business organizations? What are the relevant distinctive features between administrative context and companies for reasoning about imputation of crimes to individuals? To start to answer these questions, the

construir um princípio de resposta, o estudo se divide em mais três partes, além de considerações iniciais (1), voltadas a: 2) analisar alguns dos principais elementos discutidos para a responsabilização penal de dirigentes empresariais em crimes econômicos, como a questão da autoria, participação, posição de garante; 3) verificar as particularidades do contexto organizacional da Administração Pública que repercutem nesses raciocínios de imputação para os dirigentes empresariais, para verificar a sua aplicabilidade a agentes públicos de alto escalão; e 4) realizar conclusões reflexivas sobre as aproximações e distanciamentos entre as figuras de autoria nos dois âmbitos, permeadas em diferentes medidas pela ideia de *compliance*.

PALAVRAS-CHAVE: Direito penal – Autoria – Organizações complexas – Criminalidade econômico-financeira – Crimes contra a Administração Pública.

study is divided into three more parts, in addition to initial considerations (1), focused on: 2) analyzing some of the main elements discussed for the criminal accountability of business executives in economic crimes, such as the issue of perpetration, participation, position of guarantor 3) verifying some of the particularities of the organizational context of the Public Administration that can affect these imputation reasoning for business leaders, to verify their applicability to high level public agents, and 4) making reflexive conclusions about the approaches and distances between the figures of perpetrators in the two spheres, permeated in different measures by the idea of compliance programs.

KEYWORDS: Criminal law – Individual liability – Complex organizations – Economic and financial crime – Crimes against Public Administration.

SUMÁRIO: 1. Considerações iniciais. 2. Principais questões teóricas para a responsabilização penal de altos dirigentes: “*too big to fail (and to jail)?*”. 2.1. Conceitos de Autoria e Participação no marco da empresa. 2.2. A posição de garante e o *risk shifting*. 2.3. De novo a questão do dolo. 3. Particularidades do contexto da Administração Pública. 3.1. Bens jurídicos envolvidos e repercussões. 3.2. O “Funcionário Público” para fins penais, posição de garante e vínculos na estrutura administrativa. 3.3. Elementos indicativos de dolo e as condutas de agentes superiores. 4. Reflexão conclusiva. 5. Referências.

Agradecemos, de maneira especial, à nossa orientadora da tese de doutorado, Professora Doutora Anabela Miranda Rodrigues, pela supervisão e estímulo durante a escrita do presente artigo que se deu, em sua maioria, no âmbito de sua disciplina, ministrada no curso de doutoramento da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O tema da imputação – ou seja de saber “quando e sob que condições se pode estabelecer uma relação penalmente relevante entre uma pessoa e um evento de maneira que a essa pessoa se possa aplicar uma sanção penal”¹, i.e. *responsabilizada*

1. É esta a definição e o ponto de partida que Winfried Hassemer utiliza para refletir sobre imputação penal, afirmando como lugar da teoria da imputação a “construção social da

PASSEGGI, Alicia Violeta Botelho Sgadari. Aportes possíveis da responsabilidade penal de dirigentes empresariais à problemática da autoria de agentes públicos em crimes contra a Administração Pública. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 190. ano 30. p. 17-62. São Paulo: Ed. RT, maio/jun. 2022.

criminalmente – é transversal à própria história e desenvolvimento da ciência penal² e, portanto, desafiado pelas sempre novas demandas e expectativas nela depositadas. São muitos e riquíssimos os pressupostos³ e consequências que estão envolvidos numa tal definição de imputação jurídico-penal, em meio a que, situa-se a problemática da autoria de agentes em estruturas organizacionais complexas, particularmente pertinente à criminalidade econômica.

A sociedade – já há algum tempo – global claudica na busca da “velocidade” certa para os seus Direitos penais, carregando a tensão entre segurança, eficácia, de um lado, e direitos fundamentais de outro, em meio aos escombros de conceitos tradicionais de “tempo, lugar e ação”⁴, para responder às novas formas de criminalidade, que aproveitam todas as “lógicas e potencialidades” do espaço mundial⁵.

Em meio a esse cenário, a criminalidade econômica⁶ não é em si um fenômeno novo, mas também navega, e com particular destreza, nessas potencialidades

realidade”, não podendo basear-se em uma estrutura lógico-objetiva, prévia e inamovível como pretendeu Welzel (HASSEMER (1999, p. 164).

2. Aqui falamos de ciência penal como ciência “total”, na expressão de Jorge de Figueiredo Dias (2004), p. 14, perspectiva integrada cada vez mais relevante diante dos problemas atuais postos à ciência penal.
3. Um dos primeiros é certamente, como colocado por Hassemer, “um contrato social” por meio do qual os indivíduos cedem parcela de sua liberdade, com limites precisos em prol de uma Instituição de caráter coletivo, que estará autorizada a gerir conflitos, e aplicar penas, limites esses que envolvem questões de cunho geral (anterioridade, legalidade e mesmo garantias processuais) à própria legitimação da incriminação de condutas específicas. Hassemer (1999, p. 162). Esta última questão é das mais complexas no âmbito do Direito Penal Econômico.
4. Como bem colocado por Rodrigues, de forma muito atual ao tratar de uma sociedade marcada pela porosidade entre sociedade oficial e sociedade do crime, “Deixou de poder falar-se, em relação a ele (crime), das três unidades do teatro clássico: tempo lugar, ação. De outro lado, a relação imediata crime-estigmatização social esfumou-se”. Rodrigues (2005), p. 17.
5. Rodrigues (2008), p. 352.
6. Ao nos referirmos à criminalidade econômica cujo conceito é alvo de consideráveis variações, tratamos nesse estudo de um núcleo essencial de manifestações criminais que afetam bens jurídicos “que estão na base e na mira da política econômica”, mas não se confundem com a política econômica em si, como referido por Rodrigues (2019), p. 29. Bravo trata do conceito de criminalidade econômico-financeira ao lado da criminalidade organizada, afirmando a imbricação entre ambas, e a natureza eminentemente operativa e não técnico-jurídica dos conceitos. BRAVO (2011), p. 163. A expressão

em incessante processo de maximização⁷. E, embora grande parte da discussão se centre na legitimação em si de (mais) criminalização, uma das pontas necessárias da imputação, a questão de *como*⁸ se ligam as pessoas a essas condutas, ou seja, quais os elementos necessários e legítimos para imputar tais condutas, mostra-se como um domínio necessário de reflexão, sob as luzes de conceitos fundamentais, cujo âmbito a doutrina comparada tende a enriquecer.

Nesse domínio, é relevante notar para os propósitos do presente artigo como, entre os crimes praticados contra a Administração pública, a corrupção, cuja origem da tipificação remonta ao Direito Romano⁹, penetrou nesse conceito de criminalidade econômico-financeira¹⁰. Esse caminho relaciona-se com a alteração de compreensão acerca do fenômeno da corrupção de uma conduta imoral, violadora da gratuidade da justiça e da probidade para algo capaz de trazer nefastas

criminalidade “econômico-financeira” é mais intensamente utilizada em Portugal, sobretudo do ponto de vista legislativo, possuindo consequências para o regime de recolha da prova, normas relativas à quebra de segredo profissional, e definição de competência acerca da investigação, e instrução (GUERRA, 2014). Preferiremos aqui utilizar criminalidade econômica, que a nosso ver não se diferencia substancialmente da criminalidade econômico-financeira para os propósitos do presente trabalho.

7. Desde as já conhecidas facilidades de constituição de novas empresas e sua gestão à distância em “paraísos bancários” e “fiscais”, opacidade e “incontrolabilidade” de mercados financeiros, armazenamento de registos em servidores ao redor do mundo, anonimato do ciberespaço (GUERRA, 2014) até as recentes criptomoedas que fornecem inúmeras facilidades, mas também oportunidades na identificação da lavagem de dinheiro como analisado Por Campbell-Verduyn (2018).
8. Mendes, em discussão profunda acerca do conceito de imputação, para em seguida criticar a teoria da imputação objetiva, aponta que “A imputação é assim um conceito que pode ser dispensado na análise do crime, mas que continua a ser indispensável para justificar a ligação do autor à punição, já que esta noção não está implicada na noção de crime”. Concordamos com o autor, ao resgatar o sentido de imputação introduzido no direito natural por Pufendorf, que a ênfase deve ser dada à imputação enquanto responsabilidade, resposta a uma conduta, visão atualizada pelo imperativo de uma *justiça conectiva*. Mendes (2019), pp. 60 e 117.
9. Figueiredo Dias (2011), p. 156.
10. Tiedmann, ao esforçar-se rumo a um conceito de direito penal econômico, e de delito econômico, reconhece expressamente nesta categoria, os crimes “clássicos” patrimoniais que se dirigem entretanto a patrimônios supraindividuais, e afirma que “Esto vale para delitos como la estafa, la infidelidad, etc, contra bancos, compañías aseguradoras y otras entidades intermedias, y, naturalmente, también respecto de esos hechos cuando se dirigen contra el Estado, las municipalidades y similares cuerpos políticos”. Tiedemann (1983), p. 67.

PASSEGGI, Alicia Violeta Botelho Sgadari. Aportes possíveis da responsabilidade penal de dirigentes empresariais à problemática da autoria de agentes públicos em crimes contra a Administração Pública. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 190. ano 30. p. 17-62. São Paulo: Ed. RT, maio/jun. 2022.

consequências econômicas, seja para as economias nacionais, ou para a liberdade de concorrência em geral, e, portanto, para o mercado global.

Ambos os contextos, o empresarial e o da Administração Pública, assim como seus atores, guardam muitas semelhanças, entre as quais se pode citar: licitude a princípio das estruturas organizacionais, relativa complexidade dessas estruturas com hierarquia e divisão de tarefas, formalização de atos e procedimentos nos quais, em regra, há obrigatoriedade de identificação dos envolvidos, os integrantes dessas estruturas são pessoas com capacidade técnica especializada para exercer suas tarefas, presumidamente lícitas. Do ponto de vista criminológico, tanto os agentes públicos quanto os privados, convergem na figura do criminoso de “colarinho branco”, na já consolidada expressão de Sutherland, com amplos desenvolvimentos a ele posteriores¹¹, os quais ocupam posições profissionais proeminentes, pertencem a classes sociais favorecidas, *calculando* os benefícios das suas condutas delitivas. Na verdade, estar de um ou de outro lado dessa moeda pode ser apenas circunstancial, e nada (de ordem lógica) impede que seja simultâneo como em muitos casos, em que há agentes públicos empresários, e empresários agentes públicos, numa teia complexa de relações entre o poder político e poder econômico, de diversas nuances, muitas delas relevantes para o Direito Penal.

Tais relações foram captadas de maneira vanguardista pelo *Foreign Corrupt Practices Act (FCPA)* ainda em 1977, instrumento legal americano, que foi inclusive o primeiro¹² a apontar obrigações do que se convencionou chamar de programas de “compliance” para as empresas americanas que atuavam no Comércio

11. Entre os quais podemos citar os de Green por particularmente consistentes no sentido de que, diferentemente da abordagem costumeiramente sociológica e/ou criminológica, investiga uma base moral comum – sobremaneira esclarecedora – para os delitos de colarinho branco a partir de traços relativos aos delitos em si (“(1) *el elemento psíquico con el que se realiza el hecho delictivo*; 2) *el daño causado con la conducta realizada, o los riesgos que ésta genera*, y 3) *la ilicitud moral que tal acción implica*”) e não de características pessoais, de quem os comete. Aponta a mentira, a trapaça e a apropriação do alheio como possíveis categorias para discernir essa ilicitude moral comum e passa a aplicar numa família de crimes (mais problemática) que entende pertencerem a essa categoria, em um trabalho de filosofia aplicada. Green (2013), p. 31. A concepção tem o mérito de fazer enxergar a inclusão de delitos de corrupção. Ressalte-se ainda o conceito de *Organizational crime* de Scharegauer e Short’s, menos recente, mas também a revelar essa proximidade, pois sublinha a existência desse tipo de criminalidade no contexto organizacional também público, conforme aponta Braithwaite (1985), p. 19.
12. Rodrigues (2019), p. 56. Para um estudo sobre o referido ato da perspectiva histórica e bem como de suas amplas repercussões, ainda que retardadas, cf. Martín (2003).

Internacional. O FCPA tinha o objetivo “*regeneracionista*”¹³ de fazer valer extra-territorialmente os patamares americanos de proibições relativas à corrupção de agentes públicos, os quais cerca de duas décadas depois foram internacionalizados por meio de convenções como a da OCDE e depois da OEA.

O fato ilustra que a compreensão (sobretudo internacional) da corrupção como algo nocivo ao mercado, ao desenvolvimento econômico e à liberdade de concorrência arrancou de uma problemática relativa, não à integridade pública em si, mas ao comércio internacional, e que, assim, a pressão por conformidade recaía precipuamente sobre as empresas, e não sobre as Administrações Públicas.

Os programas de *compliance*, que como aponta Rodrigues são produtos híbridos “do Estado e do mundo empresarial”¹⁴, ao responderem tanto a uma proliferação de normas direcionadas à atividade econômica como a prevenção de custos empresariais com problemas de ordem legal nos locais de instalação, também se globalizaram, irradiados, assim, a partir de um modelo americano. Tal modelo, um dos pilares da *corporate governance* gestada nos EUA¹⁵, desde cedo foi considerado como peça importante no âmbito penal¹⁶, seja enquanto parâmetro para aferir os efetivos esforços das empresas para coibir práticas delitivas, aferir a responsabilidade de dirigentes, ou como objeto de acordos relacionados à persecução penal (*Non prosecution agreement*, ou *Deterred prosecution agreement*).

Ainda que muitas sejam as críticas a um *compliance* criminal¹⁷ onde quer que ele exista – centradas, e.g., nas ideias de privatização do combate à criminalidade

13. Martín aponta que o FCPA junto ao “*Ethics in Government Act*”, que curiosamente veio à tona no mesmo ano corresponde ao espírito regeneracionista que se instalou nos E.U.A após o escândalo de *Watergate*. (2014), p. 18.

14. Rodrigues (2019), p. 56.

15. “[...] el *concepto y la ideología* de la corporate governance, gestados también en USA durante la década de los setenta, es han globalizado como modelo de gestión y organización empresarial dando lugar a numerosos códigos de conducta internos y reglas de buen gobierno aprobadas por gobiernos y instituciones internacionales”, Martín (2003), p. 5. Conceito poliédrico, complexo e que responde a várias ordens de preocupações, como esclarecido e analisado por Rodrigues (2019), pp. 52-56.

16. Para discussão crítica acerca de tal penetração dos programas de *compliance* na justiça criminal dos EUA, cf. Wellner (2005).

17. Que seria a integração dos objetivos do *compliance* ao direito penal, notadamente em relação à responsabilidade criminal da pessoa coletiva como detalha Rodrigues (2018, p. 5), ou ainda o emprego do arsenal do direito penal, seu procedimento e modo de determinação de sanções em favor de uma tentativa do Estado de influir, pela via da regulamentação, sobre os sistemas de gestão empresarial de forma que eles assegurem

e das investigações¹⁸, nos limites deste *compliance* para o atingimento dos objetivos a que se propõe de forma *ingênua, ou vaidosa*¹⁹ –, não é possível negar os reflexos que tais estruturas normativas possuem em raciocínios tradicionais de imputação de condutas delitivas a pessoas singulares e coletivas, merecendo assim ser levadas em conta, como se verá a seguir, nas discussões que se pretendam atuais sobre tais temas.

Face a todo esse contexto, apesar de, como se disse supra a conexão entre atores do mercado e agentes públicos seja evidente, assim como comparáveis os contextos empresariais com os da Administração Pública, inclusive em termos criminógenos²⁰, há verdadeira assimetria²¹ – por razões de variada ordem entre as quais se incluem a impossibilidade de responsabilização penal do ente coletivo público²² – entre os desenvolvimentos de programas de cumprimento para as

uma melhor prevenção identificação e sanção das infrações, como colocado por Fasterling, para quem um conceito teórico de Criminal Compliance ainda está por ser feito. Fasterling (2016), p. 218.

18. ANTUNES, embora reconheça os benefícios dessa “aliança”, alerta para os riscos que encerra para direitos fundamentais dos envolvidos ao se admitirem, no processo penal, provas obtidas por meio de investigações internas, onde não vigoram as mesmas garantias processuais penais, devendo a presença de garantias similares a estas ser critério para sua admissão, donde surge a importância de código que regule as investigações internas. Antunes (2018), p. 126. Vantagens e riscos também são analisados por Martín (2013 a), p. 48.
19. Fasterling, após analisar os objetivos da *criminal compliance*, conclui que nem a cooperação entre Estado e empresa na persecução penal, nem a tomada do *business ethics* a sério, depende da criminal compliance, e por tais razões afirma que não resiste a “à la conclusion pessimiste que la *criminal compliance*, et sa progression, est plutôt un symptôme des lacunes éthiques en entreprise et d’un État de droit affaibli. Fasterling (2016), p. 236.
20. Aqui é interessante notar como essa semelhança foi reconhecida no art. o artigo 12.º do Corpus Iuris 2000, na versão de Florença, onde se prevê a responsabilidade criminal do diretor da empresa ou da pessoa que exerça poderes de decisão ou controle, ao lado, ou no mesmo nível, do agente público que se encontre em situação semelhante. Vejamos: “1. If one of the offences under Articles 1 to 8 is committed for the benefit of a business, or who controls it or exercises the power to make decisions within it, that other person is also criminally liable if he knowingly allowed the offence to be committed. 2 The same applies do any public officer who knowingly allows an offence under Articles 1 to 8 to be committed by a person under him” (Apêndice III, Corpus Juris 2000).
21. Martín (2014), p. 18.
22. Martín (2014), p. 37.

PASSEGGI, Alicia Violeta Botelho Sgadari. Aportes possíveis da responsabilidade penal de dirigentes empresariais à problemática da autoria de agentes públicos em crimes contra a Administração Pública. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 190. ano 30. p. 17-62. São Paulo: Ed. RT, maio/jun. 2022.

empresas e para as Administrações Públicas, de forma que “*Public compliance*”²³ é ainda algo incipiente se comparado com o *compliance* empresarial.

Tal assimetria também se verifica, a nosso ver, entre o amplo desenvolvimento dogmático relativo à responsabilidade de dirigentes empresariais e o pequeno desenvolvimento correspondente quanto à responsabilidade penal dos agentes públicos de escalão mais elevado, o que se mostra incompatível com fenômenos criminais de complexidade semelhante, mas ao mesmo tempo com variações consideráveis. Ao se verificar a evolução que esse tipo de criminalidade também conheceu no seio do Poder público, e a partir do pressuposto de que esta grande corrupção é a mais nociva e, portanto, mais relevante do ponto de vista criminal, entendemos que merece um tratamento teórico proporcional, já que um dos seus cenários de aplicação vão muito além de alguns trocados dados a um agente público na base da hierarquia, de forma ocasional.

Conceitos como a “posição de garante”, responsabilidade por omissão, e mesmo revisitação de critérios metodológicos para a definição de autoria, com uma breve anotação sobre a questão “dolo” nesse âmbito, parecem-nos necessários num contexto em que são, senão totalmente conhecidos, sentidos os “déficits de realização”²⁴ de tutela penal de certos bens jurídicos.

É assim que entendemos por justificado o presente estudo, que buscará fornecer, pelo menos, um princípio de resposta à seguinte questão central: que aportes teóricos poderiam ser aplicados à problemática da autoria, notadamente à questão da responsabilização de agentes públicos de “alto escalão” por crimes contra a Administração Pública, visto que, à semelhança de grandes empresas, aquela constitui-se em estruturas organizacionais complexas? A qual pressupõe pelo menos outras duas: Como se enxerga hoje a autoria em organizações empresariais complexas? Que traços distintivos o contexto administrativo apresenta de relevância para raciocínios de imputação de autoria?

23. Em que pese possam destacar-se iniciativas legislativas de alta relevância, no sistema continental, como *la legge anticorruzione* n. 190/2012. Para uma análise da referida Lei sob tal ótica, cf. Martin (2014), pp. 31-35.

24. A expressão é de Hassemer, ao defender que tamanho déficit – ao tratar do direito penal econômico em geral – é sintomático de que o direito penal pode não ser o instrumentário mais adequado a coibir tais condutas, posicionamento do qual discordamos. No caso especial da corrupção, em que pese integrar um conceito de delito econômico em sentido mais amplo, como dito supra, tão antiga é sua existência no direito penal, que não há como negar que ele integre o que o autor afirma como “Direito penal clássico”, sendo sensível, ainda nesse caso, o déficit de realização. Hassemer (1999), p. 58.

PASSEGGI, Alicia Violeta Botelho Sgadari. Aportes possíveis da responsabilidade penal de dirigentes empresariais à problemática da autoria de agentes públicos em crimes contra a Administração Pública. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 190. ano 30. p. 17-62. São Paulo: Ed. RT, maio/jun. 2022.

Para tanto, o estudo se dividirá em mais três partes, além das presentes considerações iniciais (1), voltadas a: 2) analisar alguns dos principais elementos discutidos para a responsabilização penal de dirigentes empresariais em crimes econômicos, como a questão da autoria, participação, posição de garante; 3) verificar as particularidades do contexto organizacional da Administração Pública que repercutem nesses raciocínios de imputação para os dirigentes empresariais, para verificar a sua aplicabilidade a agentes públicos de alto escalão; e 4) realizar conclusões reflexivas sobre as aproximações e distanciamentos entre as figuras de autoria nos dois âmbitos, permeadas em diferentes níveis pela ideia de *compliance*.

2. PRINCIPAIS QUESTÕES TEÓRICAS PARA A RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DE ALTOS DIRIGENTES: “*TOO BIG TO FAIL (AND TO JAIL)?*”

Tornou-se um lugar comum afirmar que a criminalidade econômico-financeira é complexa e de difícil comprovação, o que constantemente evoca a ideia de impunidade, sobretudo, dos atores com maior poder econômico²⁵, individuais e coletivos. De fato, a simples questão de saber se determinado evento pode se ligar a uma figura típica, em si já é um ponto de dificuldade. Tal radica, entre outros, no fato apontado por Rodrigues de que “os crimes econômicos não deixam no plano físico sinais externos que facilmente os identificam como crimes e que são próprios da delinquência convencional” e se aprofunda com as estruturas típicas por vezes peculiares e pouco precisas²⁶, confrontadas com condutas dotadas de “neutralismo ou moral de fronteira”²⁷, natureza essencialmente de *ocultação* profissional sob o manto do lícito. Tais traços particulares da criminalidade econômica, associada a um de seus principais *locus* de cometimento – estruturas complexas lícitas tais como empresas, com modo de funcionamento próprio –, devem ser levadas em conta para a imputação jurídico-penal.

25. São políticos, industriais, bancários, empresários, via de regra, e que concretizam as condutas de forma elaborada, a partir de conhecimentos técnicos especializados (próprios ou de auxiliares) nas matérias relacionadas ao crime de forma a – sofisticadamente – apagar vestígios, como coloca GONÇALVES (2012), p. 415.

26. E ainda com “elementos normativos” nos tipos penais, por vezes apenas concretizáveis e compreensíveis em específicos contextos técnicos, mediante valoração de um conjunto probatório amplo. Vide por exemplo a questão do abuso da informação “relevante” e “privilegiada”, levantada no Tribunal Constitucional Espanhol (STC 2/2015, de 19 de janeiro de 2015), em que se assinalou a natureza “normativa”.

27. GONÇALVES (2012), p. 415.

PASSEGGI, Alicia Violeta Botelho Sgadari. Aportes possíveis da responsabilidade penal de dirigentes empresariais à problemática da autoria de agentes públicos em crimes contra a Administração Pública. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 190. ano 30. p. 17-62. São Paulo: Ed. RT, maio/jun. 2022.

2.1. Conceitos de Autoria e Participação no marco da empresa

Para atender ao escopo do presente estudo, é preciso transitar de forma breve sobre a questão, em si problemática da autoria, situando-a especificamente nesse contexto criminógeno, empresarial complexo, onde a rigor qualquer manifestação de autoria (imediata, mediata e coautoria) e participação, em suas concepções mais clássicas, será possível, a depender da forma de cometimento do crime e da organização concreta da empresa.

Pode-se dizer que há três eixos principais de inclinação da doutrina no que diz respeito à responsabilidade penal do dirigente empresarial, enquanto considerado “homem de trás”, em relação ao “homem da frente” plenamente responsável, que consistiriam: uma em considerá-lo homem de retaguarda coautor (e.g. Schunemann, Muñoz Conde, Brito, Tiedmann, Dias, Jakobs, ainda que com fundamentos diversos), outra autor mediato – fora das hipóteses clássicas (Torção, Valdágua, Santos), e finalmente considerá-lo partícipe (especificamente instigador, caso do próprio ROXIN). Uma outra linha, híbrida a nosso ver, seria a de Figueiredo Dias, adotada também por Aires de Sousa, qual seja a da figura da instigação-autoria (prevista particular e expressamente pela parte final do art. 26º do CP português).

Sobre tais conceitos, mesmo em ordenamentos jurídicos em que esteja legalmente consagrada a ideia unitária de autor, como é o caso do Brasil²⁸, na América Latina, ou da Itália, Dinamarca e Áustria na Europa²⁹, tais categorias dogmáticas

28. O artigo 29 do Código Penal Brasileiro traz um conceito amplo de autor ao afirmar que “Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade”. Mitiga-se por meio do § 1º do mesmo artigo: “Se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço”, e ainda se exclui a punibilidade para casos de participação em crimes não sejam, pelo menos tentados (art. 30: O ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio, salvo disposição expressa em contrário, não são puníveis, se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado). A dogmática penal brasileira, entretanto, não deixa de estudar a diferenciação das categorias entre os conceitos de autoria e participação. Assim, Greco afirma que esse microsistema normativo pode ser interpretado à luz de tais distinções. Greco (2014), p. 87. Os artigos 26 e 27 do Código Penal Português distinguem explicitamente as figuras do Autor e do Cúmplice, e equipara o instigador ao autor.

29. Tiedmann afirma que, apesar de tais exceções, a regra é de diferenciação entre as figuras na Europa, e propõe o que seria uma disciplina unitária para a questão da autoria em um futuro código penal tipo europeu, com as figuras da autoria mediata, e diferenciação entre cúmplice e indutor. Tiedmann (2000), pp. 97-99. Embora o Corpus Iuris não tenha se imposto, nem as sugestões de Tiedmann, a nosso ver são parâmetros relevantes

mostram-se, a nosso ver, relevantes porque permitem dilucidar papéis de agentes no acontecer típico, e ainda verificar e densificar critérios de imputação notadamente à luz da intervenção mínima do Direito penal³⁰. Possuem importância, assim, prática para todos os atores processuais que terão que buscar a legítima inclusão ou exclusão de uma conduta no conceito de autoria.

Nitidamente, o ponto problemático, não é o de imputar atos praticados *imediatamente e claramente* pelos dirigentes empresariais, e sim os fatos delitivos que não sejam “corporalmente” praticados por aqueles, mas pelos quais devem, dentro de uma lógica tanto de culpa penal (*lato sensu*) quanto de política criminal ser imputados a tais agentes.

As bases para essa imputação, como se impõe pelo atual patamar de desenvolvimento de uma ciência penal pautada pela tutela de direitos fundamentais, não podem se afastar de pressupostos garantias irrenunciáveis como a presunção de inocência (evidentemente válida para dirigentes em igual medida que para subordinados), e de uma responsabilidade penal subjetiva, permeadas pelo princípio da legalidade que não se esgota na explicitação do tipo penal. Logo, não pode haver, à toda evidência, responsabilidade “automática”.

É certo que muito da divergência em termos de categorização à atuação do dirigente empresarial existe *porque há várias formas de atuação dessa figura*, e se torna complexo comparar exemplos distintos no âmbito das diversas construções, que se emaranham entre distintas formas de atuação e suas pretensas molduras dogmáticas. Assim, de logo, devemos esclarecer que algumas situações tipo podem ser visualizadas ao longo das considerações aqui feitas: 1) o dirigente que decide pelo cometimento do delito e determina atos parcelares que sabe que levarão ao resultado típico a 1.1) pessoas de escalão inferior, plenamente responsáveis, que cometem dolosamente os atos parcelares; 1.2) alguns subordinados que de maneira não intencional contribuem para o evento típico, incidindo em condutas atípicas e 2) o dirigente omite-se dolosamente em seu dever de vigilância ao verificar que empregados estão levando a cabo um evento delitivo, estes 2.1) dolosamente 2.2) ou de forma não intencional, conformados pela própria estrutura empresarial.

para compreender a ideia que circunda noções centrais do Direito Penal nos países europeus. Sobre o Corpus Iuris como tentativa de integração europeia, e origem de outras iniciativas de relevo subsequentes, cf. LEITE (2012), p. 344.

30. Além disso, como bem colocado por Tiedmann (2000, p. 93), mesmo nos ordenamentos onde não há a diferenciação das figuras, “insinuam-se” diferenças relevantes, como é o caso da diminuição de pena obrigatória da pena para participações menos importantes.

PASSEGGI, Alicia Violeta Botelho Sgadari. Aportes possíveis da responsabilidade penal de dirigentes empresariais à problemática da autoria de agentes públicos em crimes contra a Administração Pública. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 190. ano 30. p. 17-62. São Paulo: Ed. RT, maio/jun. 2022.

Avançando-se para os conceitos diferenciadores, inicialmente, é inevitável ter por referência o trabalho monumental de Roxin³¹ que, em breve síntese, partiu de uma concepção restritiva de autor, para considerá-lo *como figura central do acontecer típico*, sendo as formas de participação, enquanto causas de extensão da punibilidade, formas marginais, acessórias do acontecer típico. Por meio do domínio da ação (autoria imediata), do domínio da vontade (autoria mediata) e domínio funcional do fato (coautoria) manifestar-se-ia concretamente o domínio do fato do autor, um controle *ativo* do curso causal.

O critério metodológico de autoria com base no domínio do fato, entretanto, segundo Roxin não se aplicaria aos “delitos de dever”³², nos quais ao autor caberiam deveres especiais (a princípio extrapenais, mas depois entendidos por Roxin como jurídico-penais³³), cuja violação é um requisito do fato típico, sendo indiferente se há omissão ou comissão. Relevam para o presente estudo os delitos chamados de “dever” ou de “violação de dever”, porque, abarcando os “delitos especiais”, se manifestam tanto em casos específicos da realidade empresarial, como nos crimes contra a Administração pública, praticados por funcionário público.

Desenvolvimentos posteriores de Schunemann da teoria do domínio do fato, porém, atribuem à figura do “domínio sobre o fundamento do resultado” uma base lógico-normativa comum para todas as formas de autoria, inclusive para os delitos “especiais” de dever. Isso porque, para o mencionado autor, o domínio do fato é um conceito tipológico (*typus*) possuidor de elementos “graduáveis”, e que admite várias expressões, inclusive a de delitos por omissão imprópria e delitos

31. Forçoso reconhecer que, após a obra de Roxin (1998), publicada originalmente ainda na década de 1960, buscou por meio da distinção entre os conceitos de autoria, coautoria e participação (esta por intermédio de instigação, ou da figura da cumplicidade), motivado pelo problema prático, instalado no âmbito da jurisprudência alemã, a qual, utilizando-se de vários critérios imprecisos, direcionava-se para uma teoria subjetiva da autoria. Cf. Leite e Greco (2014) sobre a teoria e suas repercussões nos Tribunais brasileiros após a AP 470, conhecida como mensalão, em que a teoria teria sido imprópria invocada.

32. Nem aos delitos omissivos, nem nos delitos culposos, segundo entendido a princípio por Roxin, visto que seriam delitos de infração de dever. Posteriormente esses delitos foram retirados dessa categoria. Ao ver de Schunemann, a inclusão a princípio se deveu à dominância, à época, da chamada teoria do dever jurídico formal, que hoje é rechaçada e substituída pela assunção de uma função de proteção. Schunemann (2018), p. 96.

33. A partir de críticas de Schunemann, Roxin teria afirmado a natureza jurídico-penal de tais deveres, uma vez incluídos no tipo. Leite e Greco (2014), p. 32.

especiais. Nestes últimos casos, trata-se *também de delitos de domínio*, consistindo o fundamento do resultado não no próprio movimento corporal, mas sim no domínio do autor sobre uma fonte de perigo, ou sobre uma *situação de vulnerabilidade do bem jurídico*.³⁴ A posição de garante, portanto, emerge desse domínio que tem o autor sobre tais fatores mencionados, e, assim, a omissão dolosa e a comissão se equivalem. Como bem aponta Brito³⁵, a posição de garante mostra-se essencial para delimitar a autoria tanto nos delitos omissivos como nos comissivos, no âmbito empresarial.

Dessa maneira, Schunemann compreende a atuação do dirigente que domina “o fundamento do resultado” como de *coautoria*, em contraposição a Roxin, que entende apenas como instigação (afirmando que faltariam horizontalidade e o comum acordo, ou plano comum inerentes a coautoria), e que nega, a princípio, a teoria do domínio para delitos de infração de dever.

A concepção de coautoria para os dirigentes também é construída de forma muito consistente por Muñoz Conde, que defende uma mudança de paradigma no que diz respeito à autoria, de forma que não se vincule diretamente a atos executivos, mas busque-se um fundamento dogmático “na estrutura e modo de funcionamento das organizações no seio das quais se cometam os delitos, bem como na natureza dos delitos em questão”³⁶, ou seja, a dogmática deve se esforçar para fundamentar a “[...] inclusão no conceito de autor das pessoas que sem realizar ações executivas, decidem e controlam a realização de um delito tanto no âmbito da delinquência organizada como na empresarial.”³⁷

O âmbito empresarial constitui-se em uma autêntica divisão de tarefas (fundamentadoras de um domínio funcional do fato), em que as funções ditas “executivas” são juridicamente, e ainda social e economicamente, menos importantes que as organizativas e decisórias. Dessa forma, não há como manter o “centro de gravidade” da autoria simplesmente nos atos executórios corpóreos. Acertada seria a imputação de “cima para baixo” (*top-down*), de certa forma já adiantada pela jurisprudência alemã e espanhola, como nota o autor.

Em relação aos que defendem uma *autoria mediata* para dirigentes (fora das hipóteses clássicas – erro, coação e inimputabilidade), o fazem a partir (mesmo que não exatamente através) da construção teórica também de Roxin da

34. SCHUNEMANN (2004), p. 19.

35. BRITO (2014), p. 20.

36. MUÑOZ CONDE (2002), p. 76.

37. *Idem*.

autoria mediata por meio de aparatos organizados de poder (domínio da organização)³⁸. Segundo esse viés da teoria, deveriam concorrer alguns fatores para que alguém – que seria ser considerado mero instigador em condições normais – seja considerado autor mediato, mesmo quando o fato seja executado por alguém plenamente responsável, quais sejam: emissão de ordem a partir de uma posição de comando dentro de uma organização verticalmente estruturada³⁹, dissociação dessa organização do Direito, e a fungibilidade dos executores⁴⁰. Nesse caso a distância entre o agente e o resultado não serviria para reduzir a sua responsabilidade, mas sim para aumentá-la. Schunemann acrescenta que tais organizações soem basear-se na violência, insinuando que essa violência seria ínsita ao conceito de “aparato de poder”, o que a nosso ver se mostra verdadeiro nos exemplos históricos, sendo ainda relevante para a imputação, pois acaba por aproximar-se da ideia de coação, tradicionalmente afeta à autoria mediata.

Particularmente, para os fins do presente estudo, interessa mencionar que transpor essa teoria, tal e qual, para organizações não dissociadas do direito, tais como empresas (desde que não constituídas ou funcionando majoritariamente para atividades criminosas) ou Administrações Públicas fora de um estado de exceção, mostra-se controversa e problemática⁴¹. O próprio Roxin rechaça essa possibilidade, bem como Schunemann, e, aliás, muitos dos que defendem a figura da coautoria para os dirigentes.

38. Publicada originalmente também em 1963. Trata-se, como amplamente discutido pela doutrina, de uma forma específica de aparição do domínio mediato do fato, que buscou justificar a posição de autor para integrantes da cúpula de governos totalitários ou de organizações criminosas ou terroristas, sendo um dos pontos mais polêmicos e ao mesmo tempo mais valorosos da teoria do domínio do fato roxiniana. Aplicou-se ao comando da antiga República Democrática Alemã (RDA). Sobre a ideia original e seus alargamentos. cf. Roxin (2005), que chega a admitir uma nova modalidade de autoria mediata no caso de empresas, caso houvesse um dispositivo semelhante ao artigo 13 do Corpus Iuris, na Alemanha. Enxerga neste dispositivo tal modalidade nova, que não se confunde com a autoria mediata por meio de aparatos organizados de poder. Roxin (2005), p. 53. Contra o alargamento para empresas também se posiciona Ambos (1999), p. 156.

39. SCHUNEMANN (2002), p. 19.

40. AMBOS (1999), p. 137.

41. Roxin (2005), p. 51, e Schunemann (2002), p. 14, ao mencionarem a porta aberta pelo BGH ao aplicar a teoria para responsabilizar altos funcionários comunistas por disparos mortais contra fugitivos na zona do muro, afirmou “assim se pode resolver também o problema da responsabilidade no desenvolvimento de empresas econômicas” (BGHSt 40, pp. 218 e ss.).

Quanto a essa percepção, embora não se possa transladar o que foi amplamente aceito e desenvolvido nos domínios do direito penal internacional, em que acabou por se consolidar um sistema misto de imputação⁴², o raciocínio segundo o qual determinados fatos delitivos irrompem de estruturas organizadas e por isso mesmo precisam ser considerados de uma forma global, tomando-se como um dos pontos de partida a organização em si, parece mostrar-se valioso na criminalidade existente seio de organizações maiores.

Mesmo que esta específica forma de autoria mediata (autônoma na concepção de Roxin) seja fortemente criticada para o universo empresarial, é certo que ela abriu uma “*verdadeira caixa de pandora*”⁴³ para a doutrina suscitando desenvolvimentos posteriores que se utilizaram de pilares desse pensamento, adaptados, por assim dizer, à organização empresarial. Assim é que “o domínio da organização para a execução do facto típico”⁴⁴, na expressão de Dias, pode tornar-se o fundamento para imputar a responsabilidade do dirigente, seja a título de coautoria, ou de autoria mediata (nas formas mais tradicionais de sua aparição).

Torrão⁴⁵, por sua vez, assume a efetiva *instrumentalização* do homem da frente, partindo da figura do “manipulador do contexto organizacional” do qual se serve o homem da retaguarda para a execução do fato global. Trata de forma convincente de uma “*supra-determinação configuradora de sentido*” oriunda da perspectiva global que o superior tem do fato.

Segundo Torrão, haveria autoria mediata “por domínio (manipulação) do contexto organizacional” nas situações em que “a execução do fato global não se deduz de um conjunto coincidente de circunstâncias atribuídas à própria ‘sinergia coletiva’, mas da concretização de um plano arquitetado pelo organizador do contexto (ou pelos organizadores do contexto) no qual opera a divisão do trabalho”. Assim é que esse organizador, aproveitando-se da “divisão” de funções e tarefas, ordena aos funcionários a realização de tarefas (algumas delas) inofensivas – para obter, pela soma dos respectivos ‘trabalhos’ a execução global de um crime”⁴⁶. Com efeito, o dirigente empresarial que se posiciona contra as normas

42. AMBOS (2011), p. 14.

43. CALLE (2005), p. 113.

44. DIAS (2008), p. 229.

45. TORRÃO (2010) pp. 481-482.

46. Torrão dá o exemplo de uma fraude fiscal em que B, diretor comercial da empresa X responsável pelo departamento comercial, instrui o funcionário C a fabricar faturas fictícias. As faturas são transmitidas a D, diretor financeiro responsável pelo departamento

penais assim o faz se “servindo” de uma estrutura cujo funcionamento domina e, portanto, é capaz de “conformar” para o cometimento do ilícito. Essa conformação da estrutura pode ocorrer com a anuência de funcionários ou sem ela.

Aqui, quando os fatos parcelares não sejam em absoluto típicos, concordamos com a bem colocada observação de Brito, segundo a qual existiria a autoria propriamente dita e não a mediata, que pressupõe cometimento de fatos típicos pelo homem da frente.⁴⁷

De toda forma, a posição (fática, frise-se) de proeminência na estrutura empresarial, assim como os deveres funcionais dela decorrentes, fundamentam o dever de proteger bens jurídicos de lesões que possam advir da atividade empresarial ou de subalternos desempenhando tarefas no seio da estrutura empresarial, posição, portanto, que deve indicar que aquela pessoa singular, no âmbito de suas atribuições, *deve e pode* evitar resultados lesivos. O que se destaca é que tanto as condutas comissivas, como as omissivas (nesse contexto impuras), determinam essa conformação. E podem se equivaler na lesão do bem jurídico, e em termos de desvalor⁴⁸.

Nesse âmbito de mecanismos próprios de “influência da estrutura empresarial” merece ainda a nosso ver consideração a uma outra modalidade de autoria mediata construída por Santos⁴⁹, para quem o fundamento da “instrumentalização” do homem da frente não pode ser considerado, nem concebido fora dos mecanismos da empresa, estes que são completamente distintos de um “aparelho organizado de poder hierarquizado e afastado do direito” originalmente concebido por Roxin. Essa instrumentalização teria que ser tida por concretizada

fiscal da empresa, que, desconhecendo a falsidade das faturas, dá ordens a E, funcionário desse departamento, para que consigne a importância das faturas na verba correspondente a gastos dedutíveis no momento do preenchimento da declaração fiscal. O administrador A, que já tinha instruído os diretores para que assim atuassem, encarrega o funcionário F de entregar a falsa declaração na repartição de finanças, consumando-se aí o crime de Fraude fiscal (artigo 103º do RGIT). Ainda, “A” incumbe outros funcionários “G” e “H” de transcrever os montantes de várias faturas, inclusive as falsas, nos livros de contabilidade da empresa, livros esses que são exibidos a inspetores pelo chefe da contabilidade “I”, no momento de uma inspeção tributária. Desse caso Torráo se serve para exemplificar as várias combinações possíveis de atuações, e figuras.

47. Brito (2014), p. 26.

48. Que se baseia, como coloca de forma paradigmática Figueiredo Dias, nas: “exigências de solidariedade do homem para com os outros homens dentro da comunidade”. Figueiredo Dias (2007), p. 938.

49. Santos (2015), p. 137.

quando houvesse o acúmulo de três requisitos indicados pelo autor: 1) o desligamento do homem da frente possa lhe causar relevante prejuízo, econômico e profissional; 2) o homem da frente dificilmente será absorvido pelo mercado em função de nível equivalente à exercida na organização empresarial; e 3) o afastamento do homem da frente seja incapaz de ocasionar relevante prejuízo financeiro ou técnico à organização empresarial.

A nosso ver, embora possa haver a autoria mediata (em caso de erro, coação, ou inimputabilidade – forma exótica na criminalidade econômica), não é satisfatória a teoria de domínio organizacional desenvolvida para aparatos organizados de poder, e nem se tratará de autoria de fato mediata em caso de atos parcelares atípicos dos subordinados, mas de legítima autoria do homem da retaguarda. Acrescente-se que, mesmo caso a organização empresarial seja majoritariamente voltada para crimes, é muito difícil⁵⁰ vislumbrar a nosso ver a fungibilidade de “executores” propriamente ditos. Essa fungibilidade até poderá existir em tarefas muito simplórias da estrutura, mas que, enfim, serão possivelmente atípicas. As realmente executórias serão levadas a cabo majoritariamente por pessoas especializadas, com conhecimentos técnicos.

Por outro lado, a sua importância não pode ser negada enquanto categoria referencial para o domínio da organização no âmbito da empresa, no bojo da qual entendemos que a solução adequada é a de coautoria. A construção de Santos, a nosso ver, traz critérios que demonstram a nítida manipulação do contexto organizacional, mas que não autorizam, a princípio uma equiparação a uma verdadeira autoria mediata, em que o homem da frente se reduz a mero instrumento. Na verdade, o verdadeiro instrumento é a própria estrutura empresarial, considerada de forma global, ou setorial, por cujo funcionamento, enfim, é o dirigente responsável.

Há que se ter em conta, ainda, a posição de Figueiredo Dias para quem a figura do instigador-autor, a seu ver, expressamente prevista pelo art. 26 do CP português, solucionaria muitos dos problemas relacionados a delitos determinados por superiores hierárquicos. Segundo essa concepção, robustamente apoiada por Aires de Sousa⁵¹, o superior que efetivamente dominasse a decisão do subordinado, para o cometimento de um ilícito (não meramente induzindo-o, mas

50. Sobre essa maior facilidade ou dificuldade de substituir os “executores” em estruturas empresariais em comparação a aparatos organizados de poder dependerá sobremaneira do escalão do executor, e ainda do tipo de crime, bem ainda da conformação específica da organização.

51. Aires de Sousa (2010), p. 10.

PASSEGGI, Alicia Violeta Botelho Sgadari. Aportes possíveis da responsabilidade penal de dirigentes empresariais à problemática da autoria de agentes públicos em crimes contra a Administração Pública. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 190. ano 30. p. 17-62. São Paulo: Ed. RT, maio/jun. 2022.

verdadeiramente dominando⁵²), responderia segundo essa figura híbrida, *como se* um autor fosse. O que suscita dúvida, como colocado por Santos, é o fundamento desse domínio exercido sobre a vontade⁵³, se não se parte da autoria mediata, nem se assume frontalmente a coautoria. Pondera-se, ainda, à vista do instigador-autor como “centro do ilícito”, se não poderia ser considerada a conduta do “instigador-autor” como início de execução, e se já que as contribuições da coautoria não precisam ser simultâneas indaga-se o que diferenciaria, de fato, a figura da instigação-autoria da coautoria. Brito acrescenta que a situação mais geral (que chama de situação-regra) não é a de instigação⁵⁴, pois dificilmente o superior irá formalmente propor o cometimento do crime. São muito mais sutis os mecanismos de influência psíquica no seio da empresa, como bem colocado por Brito, que não se coadunam nem com a figura da autoria mediata, nem com a instigação.⁵⁵

52. Segundo Figueiredo Dias, “o que produz ou cria de forma cabal no executor a decisão de atentar contra um certo bem jurídico-penal, através da comissão de um concreto ilícito típico inculcando-lhe a ideia, revelando-lhe sua possibilidade, as suas vantagens, o seu interesse ou aproveitando a sua plena disponibilidade e acompanhando de perto e ao pormenor a tomada de decisão definitiva pelo executor”. Figueiredo Dias (2007), p. 799. Estaria preservado, portanto, o princípio do senhorio do fato e da autorresponsabilidade do homem da frente.

53. Santos suscita essa reflexão ao afirmar: “A liberdade de escolha do instigado pela não prática do delito não é limitada a ponto de torná-lo instrumento, como ocorre quando sofre uma pressão psíquica exercida por consequências negativas decorrentes de uma eventual decisão de não praticar o delito, nos casos de coação ou dependência estrutural econômico-profissional (nos termos que se propõe adiante); quando é iludido por uma falsa noção da realidade que lhe coloca num contexto ilusório, no caso de erro; ou quando é peça fungível de um aparato organizado de poder alheio ao direito. O mero poder de convencimento do homem de trás, por maior que se apresente, não tem a capacidade de instrumentalizar o homem da frente e, sem instrumentalização, não há domínio da vontade”. Santos (2015), p. 120.

54. Brito (2009), p. 221, cita um exemplo ilustrativo, de manipulação de mercado (art. 379º, n. 3, do CVM de Portugal): A sociedade X, cotada na bolsa, tem-se revelado pouco atrativa para investidores. Os administradores de tal sociedade ordenam a intermediário financeiro a realização de transações sucessivas entre carteiras detidas pela sociedade e geridas por esse intermediário financeiro de forma a criar a impressão de elevada liquidez e de interesse do mercado pelo ativo em causa. As transações ocorrem durante dois meses, mas, com o transcurso de 15 dias, os agentes intermediários apercebem-se do sentido manipulativo, mas mantêm a conduta de execução da ordem, e o responsável pela direção da área de atividade do intermediário financeiro toma conhecimento das práticas manipulativas e nada faz para lhes pôr termo.

55. Brito (2009) p. 222.

Dias⁵⁶, ao analisar concretamente o paradigmático caso do *Leaderspray*⁵⁷ alemão, defende a solução da coautoria para escalões intermédios de dirigentes “que reformulam do ponto de vista técnico as orientações estratégicas do órgão de cúpula (no qual muitas vezes também têm assento e as transmitem aos funcionários encarregados” da execução em si (fabricação, transporte etc.) enquanto para o órgão de cúpula haveria a instigação.

De qualquer forma, nos contextos apresentados, é muito nebulosa a diferença entre a instigação e a adesão a essa “vontade instigadora” transmutando-se em um projeto delitivo comum. Basta pensar que para surgir um plano, é de “alguém” que normalmente surge primeiro a ideia, nem por isso será considerado apenas instigador, mormente quando se tem em conta que não há necessidade de contribuições simultâneas para a coautoria. No momento em que o indivíduo “instigado” concorda com esse atuar delitivo, ele não deixa de comungar com esse plano, tornando-o possível. Daí em diante, o comportamento do pretenso instigador, e suas possibilidades de atuação, precisam ser analisadas.

Além disso existe uma diferença, a nosso ver abissal, entre a figura clássica de instigador e um superior que conforma toda uma estrutura para o cometimento do delito. Isso fica muito claro no exemplo de Estellita⁵⁸, apesar de discordarmos da sua conclusão. Ela trata de um Gerente operacional de uma sociedade Limitada que ordena a um subordinado que despeje conteúdo tóxico da empresa em um rio. Afirma que se trataria de instigador o Gerente operacional e o subordinado de autor, visto que o “como” do acontecer típico sairia da esfera de domínio do gerente, uma vez que o subordinado é plenamente responsável. Entendemos que não, pois o gerente detém o domínio positivo e negativo do fato. Ele poderia a qualquer momento do plano comunicar-se com o subordinado e dizer que não levasse a cabo a poluição. Muito além de simplesmente incutir a ideia, sua conduta oferece meios de execução, e deixa de impedir que o resultado se consuma. O caminhão e o resíduo tóxico são objetos da empresa que ele enquanto gerente operacional tem o dever de evitar que causem lesão a bens jurídicos penalmente

56. Dias (2008), p. 229.

57. Sumariamente, o caso ocorreu no início da década de 1980, quando uma empresa fabricante de sprays para couro, mesmo após informações concretas de seu perigo para a saúde dos consumidores, deliberou não retirar o produto do mercado, limitando-se a inserir uma advertência no rótulo. Os integrantes do órgão colegiado foram responsabilizados pelas lesões corporais provocadas. Para análise sucinta do caso, e discussão da responsabilidade do administrador por omissão, cf. Imme Roxin (2015).

58. Estellita (2019), p. 5.

protegidos. Ou seja, seu atuar não se esgota com a ordem, perpetua-se por todo o período seguinte, em que se omite dolosamente e permite o uso da estrutura empresarial para o acontecer típico. Do contrário, entrar-se-ia no paradoxo de tê-lo como autor se simplesmente se omitisse ao saber que o caminhão partiria da empresa para despejar os resíduos (por omissão impropria) e como participe quando expressamente ordenasse o despejo.

De fato, como bem ponderado por Greco⁵⁹, é, em grande medida, a consequência de uma coautoria que deve ser tida em conta. O fato de ela impulsionar imputações recíprocas de condutas que não foram cometidas diretamente pelos coautores é mesmo um efeito a ser analisado. Mas, a nosso ver, isso poderia ser temerário se a consequência da imputação de “coautoria” ensejasse maior punição para o subordinado, quando, na verdade, esse já iria responder como autor na situação proposta por Estellita, e defendida pelos adeptos da teoria da instigação. A coautoria nesse caso permite tão somente a solução adequada político-criminalmente de punir como autor aquele que, de fato, conformou a estrutura dentro de sua esfera de controle para o resultado delitivo, ou seja, o maior *responsável*.

Um ponto a ter-se em conta por fim, mas não menos importante, que aliás não parece suficientemente valorizado na maior parte das construções, no específico âmbito da criminalidade econômica, é que, embora todos aleguem superar o conceito objetivo-formal de autoria, não há como evitar que a diferenciação entre as figuras da participação irradiem-se do tipo penal em geral. Ou seja, continua “a execução” do tipo como categoria fundamental para a definição do que venha a ser autor em oposição aos partícipes. E nisso verifica-se que, se é claro por exemplo o “quem” realiza (diretamente) a conduta (em geral) “pouco complexa” de “matar alguém”, pode ser muito mais complicado estabelecer “quem” “ocultou ou dissimulou a origem ilícita de valores ou bens”, mormente quando não se trata de “enterrar” ou “guardar” esse recurso numa caixa de papelão, mas em regra, o resultado depende de diversos atos parcelares, atribuídos a vários sujeitos distintos, de forma que, a rigor muitos, inclusive o homem de retaguarda

59. Embora reconheça que no direito penal brasileiro a principal crítica de ROXIN à aplicação da coautoria no marco da empresa desvaneça, visto que, fundada na redação do art. 25 do StGb, afirma que a coautoria é inadequada nesses contextos em razão da grave consequência de imputação recíproca de condutas, e a distância nessas estruturas dificilmente permitiria a configuração de um “plano comum” como exigido pela coautoria na teoria de Roxin. Menciona, em contrário à posição de Tiedmann pela coautoria, para quem a letra da lei alemã não seria um impeditivo, e para quem o vínculo surgido com o pertencimento à mesma organização é mais forte do que o alegado “plano comum”. Greco (2014), pp. 94-95.

PASSEGGI, Alicia Violeta Botelho Sgadari. Aportes possíveis da responsabilidade penal de dirigentes empresariais à problemática da autoria de agentes públicos em crimes contra a Administração Pública. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 190. ano 30. p. 17-62. São Paulo: Ed. RT, maio/jun. 2022.

poderia encaixar-se sem muita dificuldade no “atuar típico”. O “atuar diretamente na execução” fica com limites muito mais difíceis de estabelecer nesses delitos. Quer-se com isso dizer que muitos tipos penais na sua concretização fática nesse domínio necessitarão de uma pluralidade de condutas para a sua realização, e isso precisa ser levado em conta, sob pena de discutir-se de forma vã uma diferenciação que não seja praticável diante de determinada realidade típica, ou se mostre inútil.

Seria necessário, para maior concretude, aprofundar-se em categorias específicas de ilícitos econômicos – sobretudo em relação àqueles que não possuem um *substrato material* para a sua ocorrência, pois majoritariamente se discutem delitos de poluição ambiental, ou de produtos perigosos ao consumo⁶⁰. Se temos uma ciência penal orientada para a tutela de bens jurídico-penais, os tipos penais buscam responsabilizar condutas lesivas (ou perigosas) a tais bem jurídico-penais, sendo autor a figura central desse atuar, o bem jurídico-penal deve sempre ser elemento levado em conta também nos raciocínios de imputação. Trata-se de nesse domínio também observar-se a irrenunciável “conexão” entre a estrutura tipológica da norma incriminadora e a proteção do bem jurídico que está efetivamente em causa salvaguardar”, na precisa observação de Rodrigues⁶¹.

Por tudo, entendemos que o ponto de partida deva mesmo ser a Coautoria, de cima para baixo. Isso porque é o que a nosso ver parece ser a concepção mais político-criminalmente orientada, e mais conforme à nuclear e inescapável ideia de bem jurídico-penal, e de imputação como responsabilização. Esse ponto mostra-se evidente no raciocínio de Schunemann acerca do domínio sobre a fonte de perigo, e, sobretudo, no aspecto da “vulnerabilidade do bem jurídico”. Afinal a quem incumbe a maior parcela de “responsabilidade” pela tutela?

2.2. A posição de garante e o risk shifting

Aqui emerge outra consideração de grande importância para o tema da autoria, qual seja o de dilucidar qual o círculo concreto de competências funcionais

60. Exceções importantes são Torráo e Brito, que buscam concreção dos conceitos fora desse domínio.

61. Rodrigues (em vias de publicação, texto gentilmente cedido aos alunos do Doutorado em Direito da FDUC). Embora a autora as tenha colocado indicando o caminho pelo qual deve passar o controle de constitucionalidade, entendemos que essa ideia também é particularmente pertinente ao considerarmos a autoria como a figura nuclear do acontecer típico, uma vez que perfeitamente ilustra o quanto o tipo deve estar preso a essa noção de lesividade e perigo ao bem jurídico, um conceito central de nossa ciência penal.

PASSEGGI, Alicia Violeta Botelho Sgadari. Aportes possíveis da responsabilidade penal de dirigentes empresariais à problemática da autoria de agentes públicos em crimes contra a Administração Pública. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 190. ano 30. p. 17-62. São Paulo: Ed. RT, maio/jun. 2022.

atribuído ao dirigente, e em seguida a possibilidade de cumprimento dessas obrigações, afastando-se assim de “uma ideia automática da posição de garantia decorrente, exclusivamente da função exercida, isto é, uma responsabilidade criminal objetiva derivada de funções”, como pondera Aires de Sousa⁶². Dois são os pressupostos, sintetizados por Estellita: a relação de controle da empresa juridicamente fundada e a assunção fática dessa função⁶³.

Ter em conta a posição de garante (e consequentemente prová-la) se mostra particularmente importante em contextos em que o fato punível decorre de atos parcelares,⁶⁴ em contexto de repartição de tarefas, o que só ocorrer com formas mais sofisticadas de cometimento de delitos econômicos. Nesses casos, ainda que haja dificuldade de estabelecer a autoria para intervenientes de estratos mais baixos na hierarquia empresarial, não deve ficar inviabilizada a imputação aos dirigentes. Isso porque é o fato global a que se reconduzem todos esses comportamentos que precisam ser esclarecidos, e verdadeiramente tidos em conta.

Nesse sentido, a compreensão da estrutura empresarial, seu funcionamento, e círculos de espaços decisórios será de vital importância para “decodificar”⁶⁵ o sentido dos comportamentos dos vários envolvidos. A circunscrição dos comportamentos dentro ou fora desses círculos, inclusive, será elemento relevante para efeitos de imputação.

Sob essa perspectiva, os programas de *compliance* – desde que não meramente cosméticos – podem servir para auxiliar na compreensão dessa dinâmica empresarial, mesmo porque para a própria criação e implantação de tais programas,

62. Aires de Sousa (2009), p. 1034.

63. Como afirma Estellita, tal posição assenta-se no binômio liberdade-responsabilidade, e é apenas um dos requisitos, embora central, para a imputação do tipo objetivo e por omissão imprópria. Além da posição, segundo opinião dominante, é preciso que haja a situação típica (resultado), a omissão de conduta determinada e exigida de evitação do resultado apesar da capacidade físico-real de evitação, e nexo de causalidade e a imputação objetiva do resultado. Estellita (2018), pp. 405 e 441.

64. Às quais se ligam a indagações relacionadas à comparticipação por meio de condutas rotineiras ou neutras. Nesse sentido, vale citar a conclusão de Ambos ao afirmar que as condutas não são “intrinsecamente neutras”, ou neutras per se. Como afirma: “Las definiciones abstractas abarcan regularmente demasiado poco, pues no hay acciones cotidianas per se. Antes bien es posible que toda acción em si misma neutral sea convertida em una acción delictiva mediante la correspondiente asignación de semejante fin. ... Por eso tampoco es sostenible una diferenciación meramente objetiva entre significado delictivo y significado legal, pues también em este sentido la atribución de um fin determina la legalidad o ilegalidad del comportamiento”. Ambos (2001), p. 204-205.

65. Brito (2014), p. 18.

a compreensão dessa lógica do funcionamento empresarial está subjacente. Não que se o transforme numa qualquer espécie de armadilha, mas estando na realidade social da imputação, e com ela guardando relação, deverá ser levado em conta.

É vital considerar que é primordialmente o dirigente empresarial que detém a posição originária de garante⁶⁶, e que o surgimento de figuras como o “compliance officer”, com seus círculos de atribuições definidas, não podem legitimar um “*Risk shifting*”⁶⁷, ou seja, o deslizamento da responsabilidade para baixo, como bem colocado por Rodrigues⁶⁸.

Enfim de tudo quanto foi dito, entendemos que o pensamento jurídico atual não pode se desvencilhar de uma concepção de autoria como a figura que domina o atuar típico, um atuar típico enquanto conduta penalmente relevante. Precisamente é ela que impõe, a nosso ver, que se pode e deve-se desvencilhar da autoria conectada a atos corpóreos, como aliás já se fez nos delitos omissivos impróprios, e na própria autoria por domínio de aparatos organizados de poder. A alteração de paradigma de fato se impõe no sentido de considerar-se coautores os dirigentes que, possuindo domínio do contexto organizacional, manipulam-no no sentido de um resultado delitivo.

Tomada essa posição – ou na verdade qualquer outra que seja – é certo que existe um outro elo crucial para o aperfeiçoamento da imputação da autoria, sem o qual aliás nenhuma das figuras supra poderá funcionar: o elemento subjetivo, notadamente o dolo. Isso porque, no fim e mesmo durante, a pergunta persistente será: ao realizar determinada conduta, ou omiti-la, teria o superior a intenção voltada ao cometimento do ato delitivo? Tal nos move a dedicar a seguir algumas breves linhas sobre o ponto.

2.3. De novo a questão do dolo

O tema do elemento subjetivo dos crimes, que já se apresenta como consideravelmente problemático em crimes considerados como parte do Direito Penal

66. Concordamos com Planas quando este afirma que “La organización de la empresa en diversos niveles de personas no exonera al órgano directivo de la obligación de evitar que em dichos noveles surjan peligros para los demás” (2013), p. 323.

67. Como afirmado por Martin, “a través del cual los administradores intentan derivar su responsabilidad por conductas delictivas o negligentes hacía otros sujetos de imputación, como pueden ser subordinados o carencias estructurales de la propia entidad”. Martín (2008), p. 13.

68. Rodrigues (2019), p. 68.

PASSEGGI, Alicia Violeta Botelho Sgadari. Aportes possíveis da responsabilidade penal de dirigentes empresariais à problemática da autoria de agentes públicos em crimes contra a Administração Pública. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 190. ano 30. p. 17-62. São Paulo: Ed. RT, maio/jun. 2022.

“Clássico”, tende, a tornar-se ainda mais complexo em situações da criminalidade econômica⁶⁹. Isso porque, como bem coloca Estellita⁷⁰, “[...] a fragmentação da informação no âmbito das empresas terá por consequência bastante comum que os garantidores também só tenham um conhecimento fragmentado dos processos de risco oriundos da empresa”.

Majoritariamente compreendido, e cindido em dois elementos quais sejam “conhecimento e vontade”, a doutrina e a jurisprudência atual, segundo Ragués i Vallés, acabou por abandonar paulatinamente “a vontade” em prol do elemento “conhecimento”, e nisso, segundo o autor, houve acerto, considerando que a vontade é um elemento intrinsecamente indecifrável e que acaba não representando um critério válido ou comprovável no momento de se assumir uma conduta como dolosa. Dessa forma, são atualmente as teorias da representação as que prevalecem nesse âmbito, satisfazendo-se com o *conhecimento acerca dos elementos típicos*⁷¹. Ragués i Vallés⁷² propõe que a verificação do dolo se faça mediante a

69. Esse é mais um dos vários pontos em que os casos de direito penal econômico tensionam a teoria do delito, como bem apontado por Silva Sanchez, graças a dinâmicas de grupo que suscitam efeitos derivados como défices cognitivos-valorativos, ou volitivos que afetam os sujeitos integrantes do grupo. Cf. detalhadamente Sanchez (2016), p. 25-28.

70. Estellita afirma que, nesse caso, a omissão a ação devida ocorrerá, porém sem conhecimento da situação típica, o que caracteriza a forma clássica de erro de tipo que afasta o dolo e permite a punição por culpa. Invocando lições de Ragués i Vallés, bem observa que a fragmentação possui efeitos significativos sobre o elemento cognitivo, a ponto de ser apta a criar “âmbitos de irresponsabilidade provocados pela estrutura de dissociação objetivo-subjetiva”. Estellita (2019), p. 7.

71. Assim também se posiciona Aranda em estudo profundo sobre o Dolo, e sua aplicação ao direito mexicano: “[...] Por ello, si el sujeto pese la prohibicion decide ir en contra de la norma penal estará obrando com dolo. Para determinar el dolo del autor, el sujeto congnoscent (quien analiza) se coloca hipoteticamente en el lugar del agente en el momento anterior a la comision del hecho (perspectiva ex ante) y emite um juicio d probabilidade de los posibles resultados que alcanzará al realizar la conducta, dicho juicio o pronostico esta sustentado em los conocimientos nomologicos y ontológicos. Esa representacion llevará a inferir si el autor obro o no com dolo. Nos busca portanto llegar a tener plenamente certeza sobre si el sujeto quiso y alcanzo el resultado típico”. Aranda (2000), p. 221.

72. Ragués i Vallés debruçou-se de forma profunda sobre o tema do dolo, e notadamente sobre sua prova, daí entendermos por muito coerente sua construção. Ragués i Vallés (1999). De fato, nesse tema se entrecruzam o aspecto processual e material de forma pungente, sem que se consiga visualizar a existência do dolo senão por elementos indiretos, desembocando na polêmica “prova indiciária”, “indireta” ou “circunstancial”.

observação externa com a distinção entre “ações especialmente aptas” ao resultado delitivo e “ações a princípio neutras”, no primeiro caso estas iriam culminar na identificação do dolo, e no segundo em negligência, a menos que, neste último caso, “*el sujeto exteriorice de algún modo que sí es conocedor de dicho riesgo*”⁷³. Afirmar ainda que essa interpretação deve-se fazer conforme as *reglas da experiencia*, com vistas a evitar um subjetivismo judicial – do juiz se espera que aplique as regras da experiência corretas para o caso, e não que tais regras sejam por ele inventadas.

Hassemer, embora com concepção distinta – considerando o elemento volitivo como importante, e o dolo como uma decisão contra o bem jurídico tipicamente protegido – afirma com razão, e em sentido semelhante, que é preciso estabelecer parâmetros para o que signifique essa *decisão*. Defende que as questões de indicadores de dolo não se podem circunscrever ao meramente processual, pois, nesse caso, não se os pode separar do conceito, já que só eles tornam o dolo aplicável: os indicadores pertencem ao conceito.⁷⁴ Portanto, seria possível diferenciar os elementos do dolo em: situação perigosa (aspecto externo), representação do perigo (elemento interno), e decisão a favor da ação perigosa (elemento interno). Destas apenas a primeira pode ser descrita, as duas seguintes não funcionam sem uma *dedução mediata por meio de indicadores*.

Tanto uma como outra concepção, portanto, buscam fugir do subjetivismo, e do volitismo sem concreção. A nosso ver, é essencial que, embora se tenha por existente um elemento volitivo, esse seja *significado socialmente*. Ou seja, concordamos com Palma⁷⁵ quando afirma que a vontade nesse caso é “fundamentalmente o entendimento da ação legitimada pela linguagem social e por uma lógica reconhecida

73. “[...] en los supuestos en que la proximidad del acaecimiento del resultado se perciba mediante signos externos durante la realización de la conducta típica y, por último, cuando la dinámica comisiva no haga creíble – especialmente en los casos de minuciosa preparación – que el sujeto no haya recapacitado sobre los riesgos de su actuación, deberá atribuirse el conocimiento que exige el dolo de los delitos de resultado aun habiéndose realizado una conducta que, en abstracto, puede calificarse de “neutra”. Ragués i Vallés (2004), p. 15.

74. Daí a importância de tratar-se processo e direito substantivo como componentes de uma ciência penal total, como desde muito cedo defendido por Figueiredo Dias, aqui já endossada nas considerações iniciais.

75. Palma (2002), p. 47. Também Busato endossa essa perspectiva, invocando ainda o trabalho de Vives Antón, porém com um apelo à filosofia da linguagem. Para o autor, o dolo precisa deixar de ser uma ficção, ele se compreende e se imputa, não se reconhecendo a partir de uma realidade ontológica. Busato (2008).

e comum de atribuição de significado”. Não há possibilidade de se atingir uma realidade psíquica, a externalização é que será fundamental, ainda que essa atribuição de significado também envolva a perspectiva concreta do sujeito.

Parece nítido que no contexto empresarial tais conceitos devem ser objetiva-dos a partir de traços concretos e específicos de cada organização, o que claramente se aplica ao primeiro elemento, mas poderá ajudar também na compreensão da representação do perigo, pois, como dito, a fragmentação da informação poderá comprometer a representação do todo, e consequentemente a decisão do agente em face do injusto.

Sobre a decisão, particularmente relevante é a citação de Hassemer, em meio a um grande e infinito catálogo, acerca do indicador das peculiaridades profissionais do agente. Releva observar que, no caso de agentes profissionalmente especializados e aptos ao desempenho de suas tarefas, e uma vez conhecida a situação delitiva, a decisão restará possivelmente configurada, diante de conhecimentos específicos nas matérias, afetas aos ilícitos como os detêm, e.g., contabilistas, advogados, executivos, por exemplo, devendo sempre ser significada de uma perspectiva concreta.

Embora o critério sugerido por Ragués i Vallés possa à primeira vista parecer de pouca relevância pelas características especiais da criminalidade econômica (de considerável “neutralidade”), entendemos que poderá ser pertinente em várias situações. Assim é que, e.g., se um superior hierárquico, no seu específico âmbito de competências, ao verificar/ou direcionar o comportamento de um subordinado especialmente apto a um resultado lesivo, e.g., despejando resíduos tóxicos em um rio, e se omite, não se pode dizer que o fez de forma culposa. As ações especialmente aptas para o atingimento de resultados lesivos deverão ser significadas no seu conjunto, a partir do elemento central *conhecimento*⁷⁶, bem como a partir de “regras da experiência” que também possam ser consideradas de uma perspectiva específica do eventual âmbito de criminalidade em questão, e de atuação da organização – i.e. regras de *normalidade* relacionadas ao âmbito de cometimento do delito. Por exemplo, no mercado de valores imobiliário podem ser inferidas e aplicadas para a verificação do dolo nos delitos de abuso de informação privilegiada, do setor bancário para a lavagem de dinheiro, e de contratações públicas, por exemplo, para significar atos potencialmente aptos a concretizarem resultados lesivos ao patrimônio do Estado e/ou à autonomia intencional.

76. Greco (2017) também defende, de forma sólida, uma teoria *congntiva* do dolo, referindo a inutilidade do elemento da vontade para os seus contornos. A inclinação a essa predominância é sentida na doutrina recente.

3. PARTICULARIDADES DO CONTEXTO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A Administração Pública tem se tornado cada vez mais “empresarial” no sentido de que são reforçadas na gestão pública ideias como eficiência, e mais recentemente, economicidade integrantes de um conceito *good governance*⁷⁷, cuja implementação almeja, entre outros objetivos, o controle da corrupção (em sentido amplo). A grande corrupção, de gênese, muitas vezes, política, entranha-se na estrutura organizacional administrativa, em interação com o mundo empresarial e demanda uma pluralidade de agentes para sua consecução, significando, portanto, uma *corrupção organizada*.

A “empresarialização” da gestão pública, entretanto, não chegou a tornar simétricos os programas de *compliance*, na esfera pública aos que existem na esfera privada. Os órgãos de controle internos e externos nas Administrações públicas, pela sua abrangência, composição e forma de atuação – igualmente burocrática, porém em grande medida política⁷⁸, distanciam-se substancialmente da ideia de programas de *compliance* especialmente desenhados⁷⁹ para a realidade na qual busca-se mitigar os riscos. As agências anticorrupção, nesse cenário, tenderiam a cumprir um papel mais eficiente para tais finalidades, inclusive com diretrizes para o desenvolvimento de programas de cumprimento públicos, a contribuir, não apenas a título de prevenção, seu principal objetivo, mas também de punição das condutas criminosas, identificando os focos de risco⁸⁰, promovendo círculos mais concretos de competências, e facilitando os fluxos de denúncias, por exemplo.

77. Para uma acepção de “Governance”, nesse sentido, cf. Rose-Ackerman, para quem “The normative goals are two-fold: effective public policies, and procedures that are legitimate and accountable to the citizenry”. Rose-Ackerman (2017), p. 25.

78. Para um panorama nefasto dos Tribunais de Contas no Brasil, a partir das suas composições, com repercussões para a sua (in)eficiência, cf. Freitas e Britto (2017). Embora não concordemos com as possibilidades jurídicas das sugestões conclusivas, concordamos amplamente com o cerne da problematização proposta.

79. Martín (2014), p. 27, afirma a exigência de autoridades centrais pela Convenção da ONU (arts. 20 e 21), e a existência de vários modelos de agências, variando do tipo mais educativo (como o *Committee on Standards on Public Life*) ao mais investigativo (OLAF) ou misto, como é o caso da Controladoria Geral da União no Brasil. Ressalte-se que a CGU funciona apenas para recursos federais, havendo tribunais de contas para os municípios (em alguns Estados), e Tribunais de Contas dos Estados (em todos).

80. Segundo Martin (2014), p. 24, a elaboração dos mapas de riscos mostra-se vital para a racionalidade de destinação de recursos preventivos, em qualquer sistema de cumprimento.

Em que pese, essa aproximação em muitos aspectos entre o mundo empresarial e o da Administração Pública, é preciso ressaltar que há distinções muito substanciais⁸¹ entre eles, que precisam ser levadas em consideração ao se aplicar raciocínios de imputação. Iniciando-se por uma perspectiva mais ampla, relacionada às finalidades, tem-se que se as empresas, por definição, buscam majoritariamente o *lucro*, a estrutura estatal (mesmo em sua vertente empresarial) busca o *interesse geral* – densificado a partir de escolhas normativas fundamentais⁸² seguidas de robusto estrato infraconstitucional que balizam seu regime. Enquanto para as primeiras a regra é a *liberdade de iniciativa*, para a segunda, é a estrita *legalidade* que impera. E dessa forma, enquanto o cometimento de um delito econômico pode ir no mesmo sentido de objetivos empresariais (de lucro), delitos contra a Administração Pública jamais se harmonizarão com os objetivos do Estado, estando, pelo contrário, a subverter a própria lógica da sua existência.

Alguns traços derivados dessa distinta natureza, que serão sumariamente destacadas a seguir, podem explicar a construção de uma sistemática distinta para o controle de riscos no âmbito público, mas são incapazes de excluir a necessidade de programas de cumprimento “sob medida” para os órgãos da Administração Pública, estando, pelo contrário, a justificá-la.

3.1. *Bens jurídicos envolvidos e repercussões*

Concordamos com Schunemann, no sentido de que o domínio sobre a vulnerabilidade de um bem jurídico é uma categoria fundamental para a determinação da autoria dos “delitos especiais”. Assim, é preciso notar que no âmbito da Administração Pública estão em jogo bens jurídicos também de natureza, muitas vezes, distinta dos que se relacionam à atividade econômica em geral e, portanto, o

81. É certo que conceitos como, de um lado, a função social e responsabilidade social das empresas, e empresas públicas, ou gestão empresarial do Estado, possam tornar nebulosa a tradicional dicotomia, a nosso ver ela permanece, sendo útil e necessária como base de sustentação de um regime republicano. De fato, essa dicotomia entre público e privado superficialmente esvanecida, e profundamente ressignificada, no fundo permanece existente, e aliás é um dos fundamentos mesmo da legitimidade do nosso atual modelo (praticamente global) de Estado democrático de direito.

82. O artigo 266º da Constituição da República Portuguesa afirma como objetivo da Administração Pública a prossecução do interesse geral, e afirma a submissão dos agentes públicos à Constituição, à lei e aos princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa-fé. Já a Constituição brasileira, em sentido semelhante, estabelece, em seu art. 37, para toda a Administração pública a obediência aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

PASSEGgi, Alicia Violeta Botelho Sgadari. Aportes possíveis da responsabilidade penal de dirigentes empresariais à problemática da autoria de agentes públicos em crimes contra a Administração Pública. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 190. ano 30. p. 17-62. São Paulo: Ed. RT, maio/jun. 2022.

regime dessa atuação opera em balizas muito mais estreitas, que devem se projetar no âmbito da imputação, partindo do pressuposto da centralidade, retroafirmada, do conceito de bem jurídico-penal.

No domínio da Administração Pública, portanto, em que os bens penalmente relevantes são verdadeiramente *supraindividuais*, é imprescindível, que partindo-se de um conceito funcionalista de bem jurídico-penal útil, haja a articulação⁸³ do âmbito penal com outros ordenamentos “de referência”, como o são o Constitucional e o Administrativo⁸⁴, em que *princípios da legalidade, publicidade, imparcialidade e probidade administrativa*⁸⁵ regem as condutas dos agentes públicos, e lhes espalham o poder, na exata medida do cumprimento de seu dever, em prol do interesse geral.

Longe de amesquinhar a dogmática penal, um risco acuradamente descrito por Rodrigues⁸⁶, diante da crise do bem jurídico, a consideração do concreto

83. Aqui entendemos, assim como Cabrera, que o conceito de bem jurídico-penal é útil, e deve ser, no âmbito da Administração Pública – assim como em outros domínios em que haja natureza supraindividual – na medida e só na medida em que se relacione com uma *realidade social*, realidade essa que, sem ser necessariamente “física”, corresponde a uma esfera onde a lesão é possível, de forma direta, empiricamente observável, independentemente da “acumulação”, por condutas individuais. Nesse sentido ganha especial relevância a ideia de “funcionalidade” de determinada instituição, que é lesionada mesmo com condutas individuais, sem que seja necessário para a identificação da lesão o “desaparecimento, ou total deterioração” de determinada instituição. Cabrera (2017), p. 14.

84. Essa articulação é levada com muita seriedade nos trabalhos de Cunha, a exemplo de seu estudo exaustivo sobre o conceito penal de funcionário público, no qual conclui pelo descompasso entre tal conceito no CP português e substancial modificação da feição do Estado, com privatização substancial da Administração Pública. Cunha (2008).

85. Consolidados, diretamente no topo dos ordenamentos jurídicos brasileiro e português, constituindo um “reservatório permanente de directivas de agilidade jurídico-valorativa, possibilitadora não apenas de conferir racionalidade e justiça ao sistema de uma administração de um Estado de direito democrático e constitucional mas oferecer regras de coordenação e impulsos de direção quando está em causa o relacionamento da administração com outros esquemas de atividade administrativamente relevantes”. Canotilho e Vital Moreira (2014), p. 795.

86. Como afirma RODRIGUES, em um plano distinto, mas igualmente relevante acerca do bem jurídico-penal: “é responsabilidade dos cultores do direito penal manter viva e fazer frutificar a autonomia deste direito – a sua *especificidade jurídico-dogmática* –, preservando-o de fenómenos de colonização constitucional” RODRIGUES (artigo em vias de publicação gentil e previamente cedido aos alunos do Doutorado em direito da FDUC).

âmbito de realidade social que o tipo penal busca proteger, extraído dessa articulação, surge como imperativo da operacionalidade do conceito de bem jurídico-penal – seja como padrão crítico da norma, *seja como limite da sua concreta incidência* o que aqui mais de perto nos interessa em razão da problemática da autoria.

Por isso, a nosso ver, o “correto funcionamento da Administração pública” surge “apenas” como *marco*⁸⁷ normativo para tais delitos, sendo que estes últimos se vinculam a bens jurídico-penais propriamente ditos⁸⁸, lesionáveis por condutas individualizáveis, que se ligam imediatamente a princípios ou aspectos concretos do funcionamento previsto legalmente como “regular” ou “correto”⁸⁹. Afinal, aí só está o direito penal porque antes estiveram (e estão, para faltas menores) outras formas de intervenção⁹⁰. Assim é que os verdadeiros bens

87. Ao explicitar e desenvolver o quanto afirmado por MUÑOZ CONDE, e referir-se à teoria do bem jurídico intermediário proposta por SCHUNEMANN, CABRERA afirma que “Es decir, donde el bien jurídico se encuentra, donde ejerce su funcionalidad práctica, que no es otra cosa que un mismo modelo de Administración pública, el cual se deriva del artículo 103.1 de la Constitución española. Los objetos protegidos por las diferentes figuras delictivas previstas en dicho Título serán aquellos principios o aspectos concretos funcionales al ejercicio de la función pública, lo que los autores que defienden esta teoría califican como bienes jurídicos inmediatos o concretos, que son aquellos directamente lesionados por acciones individuales”. CABRERA (2017), p. 23.

88. PUIG, embora refira o correto funcionamento da administração pública como bem jurídico comum, afirma que a modificação do título no código penal espanhol de “De los delitos de funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos, por Delitos contra la Administración Pública” aponta que o bem jurídico comum dessa categoria “es el ejercicio correcto de la función pública dentro de la legalidad y no un mero quebrantamiento del deber del cargo, pues cada uno de estos delitos existe un concreto bien jurídico, sin que se acepte la elevación de injustos disciplinarios a la categoría de injustos penales”. Puig (2000), p. 226.

89. Assim, a nosso ver, não há como se admitir a existência de um bem jurídico penal tratado de “confiança na Administração pública” como propôs Kuhlen, por ser impraticável a sua lesão e a sua tutela – ao menos penal. Embora elemento importante da própria legitimidade do Estado, concordamos com Cabrera quando afirma que a confiança é afetada pela lesão dos bens jurídicos relacionados, mas tal não equivale a entender a própria confiança como bem jurídico. Sua aceitação levaria a derivações incoerentes, como justificar a não divulgação de desvios para que não fosse abalada a tal confiança. Cabrera (2017), p. 17.

90. Puig invoca o ensinamento de Ulrich Stock, que afirma a impossibilidade de lesão de dever de cargo como essência dos delitos de funcionários, por impedir a distinção entre ilícito disciplinar e apontar um conteúdo indeterminado e pouco claro, o que impede que possa ser considerado objeto de proteção e ainda porque existem delitos de funcionário

jurídico-penais serão esses imediatamente lesionados pelas condutas descritas nos tipos, a exemplo da “autonomia intencional da Administração Pública”⁹¹ no delito de corrupção passiva, ou a probidade da função pública associada ao patrimônio público no caso de peculato, por exemplo.

Essa articulação com ordenamentos de referência, *in casu*, com o regime jurídico da Administração Pública, que é decorrência dos bens jurídicos envolvidos, permite considerar a burocratização ou *procedimentalização*⁹² dos atos administrativos (e de seu processo de formação), enquanto elemento inicial de significação das condutas dos agentes públicos, cada vez com maiores exigências de transparência, e de motivação, segundo avançam as pressões normativas e sociais pela correta gestão da coisa pública. Apenas a partir da precisa compreensão dos ordenamentos de referência (e.g, contratações públicas, concessão de subsídios, concessão de autorizações etc.), sua procedimentalização e de como na estrutura organizacional específica eles se dão, será possível reduzir o risco de que essa rastreabilidade se converta em diluição de responsabilidades. As fraudes, ou falsidades no próprio procedimento poderão ser indicativas de responsabilidades em escalões mais elevados por violações mais graves, a bens jurídicos desse ordenamento de referência.

A noção de manifestação imparcial da vontade da Administração, ou autonomia intencional do Estado, por meio dos atos administrativos⁹³, ou outras formas

(Amtsverbrechen) com sujeito ativo não funcionário insuscetível de ser submetido a poder disciplinar (Entwicklung und wesen der Amtverbrechen). Puig (2000), p. 226.

91. Ruivo aponta de maneira consistente a partir da análise de vários marcos normativos, e da visão de bem jurídico-penal, que, no caso da corrupção passiva, o valor a ser protegido é a inegociabilidade do ato administrativo, buscando evitar o dano a essa inegociabilidade ou o perigo ao valor nuclear do ato administrativo. Trata-se da “defesa do conteúdo do ato administrativo, a título de expressão do interesse político comunitário dos cidadãos na configuração do Estado e legitimação”. Ruivo (2015), p. 275. Essa concepção se mostra conforme o núcleo que se tem apontado na doutrina acerca do delito de corrupção que seria o “mercadejar/transacionar com a função”. Cruz Santos (2009) p. 31.
92. Nesse sentido, é ilustrativo o art. 1º do Código de Procedimento Administrativo Português, que estabelece as seguintes definições: “1 – Entende-se por procedimento administrativo a sucessão ordenada de atos e formalidades relativos à formação, manifestação e execução da vontade dos órgãos da Administração Pública. 2 – Entende-se por processo administrativo o conjunto de documentos devidamente ordenados em que se traduzem os atos e formalidades que integram o procedimento administrativo.” Daí se conclui com facilidade o grau de procedimentalização substancialmente distinto do que ocorre no mundo empresarial.
93. A definição de ato administrativo costuma centrar-se na ideia de manifestação da vontade da Administração Pública, como se ilustra pelas seguintes: “ato administrativo é uma manifestação de vontade funcional apta a gerar efeitos jurídicos, produzida no exercício

de manifestação ainda que menos formais, nesse cenário deve ser tida, então, como um elemento relevante no raciocínio de imputação, porque, na maioria dos casos, é justamente o comprometimento dessa imparcialidade que existirá nos delitos contra a Administração Pública, e poderá se revelar em elementos desses atos⁹⁴, como no motivo, na finalidade, ou mesmo no conteúdo, tornando mais concreta a participação de cada agente, desde que não se perca a noção dos *processos, em sua globalidade*. Isso porque, a exemplo do que ocorre também nas estruturas empresariais, o autor do ato em si – que comprometeu concretamente o funcionamento regular da Administração – pode não ser o verdadeiro ou único responsável pelo resultado lesivo.

Assim, por exemplo, na corrupção operacionalizada por meio de contratações públicas⁹⁵, o ato do pagamento a um fornecedor que não cumpriu integralmente com sua obrigação perante a Administração e utilizará parte do recebimento para pagar um suborno a um agente superior pode não ser o ato determinante do desvio. Será necessário buscar ao longo do processo (desde por exemplo a solicitação da despesa, passando pelo concurso público (licitação) e pela fiscalização do contrato) quais os atos determinantes para o resultado, e entre eles quais se distanciaram da imparcialidade direcionando-se para um interesse ilegítimo. Ou seja, significar os atos administrativos a princípio neutros, junto a outros elementos encontrados forçosamente fora do procedimento administrativo, porém partindo-se da organização.

3.2. O “Funcionário Público” para fins penais, posição de garante e vínculos na estrutura administrativa

Composta por agentes públicos (em sentido amplo), a Administração se organiza em várias estruturas verticais e horizontais que se entrecruzam, às quais chegam pessoas, de forma heterônoma, *eleitas, nomeadas ou selecionadas*⁹⁶, todas

de função administrativa” (Justen Filho, 2005, p. 185) ou “a exteriorização da vontade de agentes da Administração Pública ou de seus delegatários, nessa condição, que, sob regime de direito público, vise à produção de efeitos jurídicos, com o fim de atender ao interesse público”. Carvalho Filho, 2004, p. 85.

94. Os elementos são tradicionalmente considerados na doutrina brasileira como: 1. Competência (sujeito); 2. Objeto (conteúdo); 3. Forma; 4. Motivo; 5. Finalidade. Di Pietro (2010), p. 202.

95. Aqui discordamos de Cunha (2013), quem, a partir de um conceito bastante restritivo de corrupção (apenas para atos de autoridade), afirma que a disciplina das contratações públicas deve se submeter à disciplina de corrupção do sistema privado.

96. Essas formas são previstas na Convenção das Nações Unidas sobre Corrupção, e categorizadas por Vivanco (2015), pp. 38 e ss.

elas, a princípio, enquadráveis no amplo conceito penal de funcionário público⁹⁷. Embora os diferentes planos possam colocar dificuldades no âmbito da competência para processamento e julgamento, ou mesmo relativa a diplomas legislativos incidentes, tais questões não são impeditivas de um raciocínio de imputação de cima para baixo.

Em tal contexto, é de se notar ser muito mais evidente, e intenso⁹⁸, o *dever de garante* dos que integram a Administração Pública, e daqueles que se colocam em posição de resguardar tais bens jurídicos, o que aliás fundamenta um conceito autônomo e amplo de “funcionário público” para fins penais em diversos ordenamentos jurídicos, vocacionado a abarcar todos aqueles que possuem o domínio sobre a vulnerabilidade dos bens jurídicos em jogo, na já citada expressão de Schunemann⁹⁹, base para a autoria na esmagadora maioria dos delitos afirmados como “de dever” ou de “violação de dever”¹⁰⁰.

97. Os conceitos de funcionário público para fins penais do CP brasileiro (art. 327) e do CP (art. 386º.) Português se aproximam na medida em que são amplos e tratam de equiparar agentes que mesmo não considerados “formalmente” integrantes da Administração Pública para os conceitos do Direito Administrativo. Igualmente há comunicação da condição de “funcionário público” para os *extraneus* que participem das condutas delitivas (CPB – art. 30; e CPP – art. 28, n. 1). Lado outro, o CP português trata de anunciar que uma equiparação, para os fins de funcionário público para titulares de cargos políticos, é tratado em lei especial, qual seja a Lei n. 34/87, com recente alteração pela Lei n. 30/2015, inclusive para alargamento do conceito de funcionário público, que também se operou com o art. 386º do CP português por meio da mesma inovação. Cunha critica amplamente a reprodução dos tipos penais na lei especial para titulares de cargos políticos (e para os posteriormente inseridos altos cargos públicos) sem que se leve em conta os distintos conteúdos das funções. Cunha (2011), pp. 901 e ss. Para uma análise sobre as alterações significativas do regime legal relativo à corrupção em Portugal, Cf. Cruz Santos (2016). Não são comparáveis os esforços legislativos portugueses – embora criticados pela doutrina – aos brasileiros, estes pouquíssimos nos últimos anos, aqueles com gênese nas recomendações dirigidas pelo GRECO, ONU e OCDE. Sobre a gênese das alterações em Portugal, cf. Cruz Santos (2016), p. 03.

98. Mori e Vasquez (2015) bem observam esse grau de intensidade maior ao se debruçarem sobre o delito de Colusão praticado por Alcaldes e Presidentes regionais na modalidade omissiva imprópria, no ordenamento peruano. Particularmente interessante para os propósitos do presente estudo, assim se julga, em razão da adoção do referencial de Schunemann aqui também adotado acerca do domínio sobre a vulnerabilidade do bem jurídico. Mori e Vasquez (2015), p. 290.

99. Ao criticar a teoria de Jakobs, segundo o qual o fundamento seria a infração de um dever institucional nesses delitos, Schunemann sustenta a categoria de delitos especiais de garante, nos casos de delitos contra o patrimônio público: “El titular del cargo público

Exsurge, ainda, desse particular contexto da Administração Pública que a *omissão* já é uma categoria tradicional e explicitamente considerada na responsabilização de agentes públicos¹⁰¹, enquanto de fato teve que se desenvolver de forma muito mais dificultosa para delitos comissivos impróprios no seio da criminalidade de empresa.

Normalmente, em se tratando da estrutura administrativa em si, as competências dos cargos estão claramente delimitadas por *Lei ou regulamentos*¹⁰². Isso cria maior certeza acerca dos círculos das posições de garantia, enquanto *ponto de partida*, sendo que a circunscrição ou extrapolação desses círculos deve ser verificada no caso concreto, sem perder de vista, por outro lado, que a legalidade é dever primordial do agente público, em um grau mais intenso do que dos agentes privados em geral, que, como se disse, pautam-se por uma maior liberdade. Aqui mais uma vez, Programas de cumprimento desenhados especialmente para os órgãos públicos com as necessárias análises de risco seriam úteis para compreensão dessa moldura mais geral no seio dos órgãos

Outra peculiaridade que deve ser sublinhada nesse âmbito é que, consoante a forma de acesso aos quadros da Administração Pública, os vínculos entre superior e subordinado poderão ser de natureza distinta, o que, a nosso ver, deverá ser

ejerce sobre su desvalimiento (vulnerabilidad) el mismo dominio de protección que el tutor sobre el patrimonio de su tutelado. Y, por eso, es igualmente punible si él mismo perjudica el patrimonio o si permite que otro lo perjudique.” Schunemann (2018), p. 103. Parece-nos óbvio que há também infração de dever institucional, mas o fundamento penal não reside aí, no que concordamos com Schunemann.

100. Com efeito, como nota Schunemann, até antes do desenvolvimento da teoria do domínio do fato de Roxin, havia pouquíssimo desenvolvimento doutrinário acerca dessa “categoria” de delitos, que segundo o próprio Roxin não teria a autoria definida pelos diferentes tipos de “domínio” (ação, vontade, organização), mas sim pela infração de um dever extrapenal, mas como o próprio Schunemann afirma posteriormente essa categoria se vai esvaziando, mesmo na doutrina roxiniana que daí retira os delitos imprudentes, e os omissivos. Schunemann (2018), p. 96.
101. Como ilustra a dicção do art. 271º da CRP: “os funcionários e agentes do Estado e das demais entidades públicas são responsáveis civil, criminal e disciplinarmente pelas *acções ou omissões* praticadas no exercício das suas funções e por causa desse exercício de que resulte violação dos direitos ou interesses legalmente protegidos dos cidadãos, não dependendo a acção ou procedimento, em qualquer fase, de autorização hierárquica.” (g.n.)
102. Art. 36º do Código de Procedimento Administrativo de Portugal, e Art. 11 da Lei brasileira sobre processo administrativo (Lei Federal 9784/1999), ambos os dispositivos afirmando a irrenunciabilidade.

PASSEGGI, Alicia Violeta Botelho Sgadari. Aportes possíveis da responsabilidade penal de dirigentes empresariais à problemática da autoria de agentes públicos em crimes contra a Administração Pública. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 190. ano 30. p. 17-62. São Paulo: Ed. RT, maio/jun. 2022.

tido em conta no momento de formular um raciocínio de imputação. Observa-se nesse sentido que há um vínculo próximo e ineludível entre cargos de confiança e aqueles que os nomearam. Assim, por mais contraditório que pareça, é possível que grandes empresas sejam mais impessoais, ou neutras¹⁰³, que uma Administração Pública – sobretudo local. O fenômeno do alastramento de designações para cargos de confiança de pessoas alheias aos quadros permanentes da Administração Pública, não dotadas do necessário profissionalismo, neutralidade e, ainda, de forma eventual, deve ser observado nos contextos delitivos, de forma a esclarecer vínculos intersubjetivos capazes de comprometer a imparcialidade do agente subordinado.¹⁰⁴

Esses mecanismos por meio dos quais os agentes chegam a integrar a Administração e formam vínculos entre si serão fundamentais ao se ter em conta a hipótese de *coautoria*, em que a divisão de tarefas, nos círculos de competências legais e efetivas dos agentes, bem como a eventual existência de um “plano comum”, serão elementos estruturantes da imputação jurídico-penal. Mormente ao se ter em conta a grande corrupção, organizada, gestada aos níveis políticos e executadas pela burocracia administrativa¹⁰⁵.

103. A observação, embora em um plano distinto, foi feita Habermas acerca das modificações da esfera pública, em um de seus trabalhos clássicos, ainda nos anos 1960, em que se apontava também como as grandes organizações empresariais, presentes na esfera social, como espaços *neutros*, entre o público e o privado. Na mesma obra, o autor observa como as grandes burocracias perdem seu caráter público (em termos sociológicos) e se transformam em estruturas assemelhadas a empresas. Habermas (1984), pp. 182 e ss.

104. Para um estudo crítico e profundo sobre o tema, cf. Peral (2015). Nele se denuncia o que ocorre na Espanha, mas que pode aplicar-se a outras realidades tais como a brasileira: “La consecuencia es que en los Servicios claves y relevantes de la Administración se há instalado uma autentica corte aúlica que sirve a la aplicacion de derecho “que es” frente al derecho que ‘debe ser’. Y ello há de evitarse por fidelidade a los principios constitucionales que quieren uma funcion publica neutral, independiente, profesionalizada e imparcial que sirva como modelo y sistema de seguridade jurídica, aunque ello puede representar y represente un obstáculo para la satisfacción del politico de turno en su afán de domínio y libre albedrío que alcanza a los lugares más recônditos de la actuacion administrativa”. Independentemente desse estado de coisas no plano dos fatos, os funcionários públicos permanecem obrigados à imparcialidade e a defender os bens jurídicos relativos à sua esfera de competências.

105. Rose-Ackerman, em obra referencial para o tema da economia da corrupção, afirma que “Grand corruption occurs at the highest levels of government and involves major government projects and programs. Governments frequently transfer large financial benefits to private firms through procurement contracts and the award of concessions”. Rose-Ackerman (1999), p. 27. Embora aqui não se trate do termo jurídico-penal

Nesse sentido, as diferenças podem ser substanciais entre os vínculos existentes numa estrutura empresarial e numa estrutura organizacional administrativa, visto que nesta última as nomeações e designações operam em estruturas formais, mais claras, e reveladoras de vínculos entre os agentes.

As *delegações*, que na Administração Pública também se operam de forma rotineira, e necessária, serão ainda menos capazes de eximir inteiramente o delegante de sua responsabilidade originária que no âmbito empresarial¹⁰⁶, mantendo-se o dever de fiscalizar a quem se delegou poderes, sendo relevante, ainda, verificar se podia ser realizada tal delegação segundo as normas mais estritas da Administração Pública¹⁰⁷.

Em todo esse contexto, parece evidente que as situações de perigo para os bens jurídico-penais tutelados pelos delitos contra a Administração Pública (*e.g.*,

da corrupção, reiteramos a necessidade de se compreender o fenômeno de uma forma mais ampla, com vistas a buscar o sentido de imputação na realidade, como proposto por Hassemer, e destacado nas considerações iniciais do presente trabalho.

106. Como coloca Oliveira, “É necessário realçar que a delegação de competência deve ocorrer de forma precisa e determinada. A delegação, embora desloque o feixe de atribuições para o delegado, não subtrai a competência do delegante, que permanece seu titular” (2016, p. 274). E, ao analisar especificamente o ato de delegação de ordenação de despesa, arremata: “[...] embora em primeira linha a responsabilidade sobre os ilícitos decorrentes da ordenação de despesa executada por agente delegado recaia sobre este, não se pode afastar a possibilidade de imputação ao titular da competência delegada quando os elementos de prova permitirem identificar sua contribuição voluntária, dolosa ou culposa, para a prática de crime”. Oliveira (2016), p. 283.
107. Os arts. 44º a 50º do Código de Procedimento Administrativo de Portugal, profundamente modernizado em 2015, disciplina as delegações, estabelecendo casos de impossibilidade de delegação, atendendo sugestões da doutrina nesse sentido, como coloca Quadros (2016), p. 18. Relevante notar a proibição de delegação de poderes suscetíveis de serem exercidos sobre o delegado (art. 45º, *b*), a necessidade de especificação de poderes (art. 47º), bem como a possibilidade de que o delegante emita instruções vinculativas sobre a forma do exercício da delegação (Art. 49º.), tudo a indicar limites estritos em que se opera. No Brasil, a Lei Federal também coloca limites para a delegação em seu art. 13, e estabelece a necessidade de especificação de matérias, poderes objetivos, bem como a necessidade de publicação da delegação (art. 14 e §§). Aqui vale lembrar a reflexão de um clássico texto de Pondé sobre o tema, que, embora feita em outro contexto histórico, permanece atual: “Por maiores que sejam as vantagens de uma desconcentração de poderes mediante a delegação, esta não pode ultrapassar os princípios fundamentais que regem as relações sobre as quais ela opere, a menos que ela fosse, não um instituto jurídico, mas um instrumento de desagregação dessas relações.” Pondé (1980), p. 15.

malversações, participações em negócios, subornos etc.) não podem ser tidas como absolutamente excepcionais, ou seja, como alheias ao horizonte de previsibilidade dos agentes públicos. É dever do agente público, em qualquer dos escalões, reconhecer a inerente condição de vulnerabilidade desses bens, e empenhar a devida diligência para protegê-los. Aqui, pensamos, não cabe a aplicação pura e simples do “princípio da confiança” amplamente válido para as relações interpessoais em sociedade¹⁰⁸, pois demanda correto dimensionamento ante o risco imanente, e é precisamente contra ele que se colocam os funcionários públicos na posição de guardiões desse estado de vulnerabilidade. O risco, assim, não é desconhecido, raro, ou absolutamente excepcional na realidade social, é objetivamente previsível para os garantes de tais bens a utilização da estrutura administrativa para a prática de ilícitos contra a Administração Pública, sendo muitas vezes a própria existência de determinada função pública.

No contexto empresarial, observa-se que, diferentemente, essa posição é gerada mais frequentemente pelo domínio da fonte de risco. Ou seja, não é a *função primordial* da empresa, em regra, “proteger o meio ambiente”, ou a “segurança do consumidor”, ou ainda a “confiança no mercado ações”, mas sim manter a sua atividade empresarial dentro dos padrões legais (riscos permitidos) para que suas condutas ou produtos não causem lesão a esses bens jurídicos de terceiros. Na Administração pública, diferentemente, cada concreto funcionário, e os dirigentes em um grau maior, estão responsáveis por proteger os bens vulneráveis que estão na sua esfera de competências – a autonomia intencional da Administração e a imparcialidade em cada um de seus atos está a depender diretamente daquele agente.

É por isso que cessa o dever de obediência diante de atos que impliquem a prática de crimes¹⁰⁹ e que é obrigatória a informação de fatos delitivos às autoridades

108. Marcante, Ritter e Linhares (2015), ao discutirem o princípio da confiança como categoria jurídica a aplicar-se no marco da imputação objetiva e sua utilização nos tribunais brasileiros, apontam casos supostamente de Culpa (negligência), em que as pessoas não estão unidas por um vínculo organizacional, de delegação, em que uma das partes mantém deveres de controle em relação à outra. Em que pese o princípio da confiança ser inerente à convivência comunitária, dimensiona-se de maneira diferente conforme o âmbito de incidência. Ademais trata-se aqui de um dever de controle, indelegável.

109. Em Portugal a CRP, em seu art. 271º, afirma a responsabilidade criminal de funcionários públicos por ação ou omissão, exclui a responsabilidade civil em caso de obediência hierárquica, e afirma a cessação do dever de obediência, caso esse implique a prática de crime; por sua vez, o CP português reafirma a mesma cessação (Art. 36º, 2), para em seguida apresentar causa excludente para o funcionário que “cumpre uma ordem sem

PASSEGGI, Alicia Violeta Botelho Sgadari. Aportes possíveis da responsabilidade penal de dirigentes empresariais à problemática da autoria de agentes públicos em crimes contra a Administração Pública. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 190. ano 30. p. 17-62. São Paulo: Ed. RT, maio/jun. 2022.

competentes por parte dos agentes públicos, contrariamente ao que opera no âmbito das empresas¹¹⁰.

3.3. *Elementos indicativos de dolo e as condutas de agentes superiores*

Ao fim e a cabo, a questão que sempre se colocará, de forma análoga a que se coloca para dirigentes empresariais é: o agente público superior teve intenção de compartilhar de um fato típico, ao “chancelar”, ordenar despesas, ou omitir-se diante do conhecimento de que seu subordinado executava um ato criminoso, por exemplo. Como será possível daí extrair-se decisões acerca dos injustos, se tais ações são externamente neutras?

De fato, aqui mais uma vez poderão ser úteis as considerações que supra se fizeram sobre o dolo. Os elementos apontados por Hassemer, acerca da situação de risco, da representação por parte do agente acerca desse risco e da decisão pelo injusto, onde importarão elementos externos reveladores do conhecimento do agente superior acerca dos elementos típicos. Tais, no contexto da Administração Pública, deverão também emanar do contexto organizacional específico, com as notas distintivas da Administração Pública derivadas de seus princípios regentes, significados por elementos fora do procedimento. Quanto ao primeiro aspecto: os ordenamentos referenciais específicos, e sua operacionalização na estrutura em concreto. Em relação ao segundo aspecto: a forma de acesso aos quadros da Administração e vínculos formais entre agentes, atribuições descritas na lei, e em relação ao terceiro aspecto, as efetivas condutas omissivas ou comissivas dos agentes, circunscrevendo-se ou não aos seus âmbitos de atribuições, ressignificando-se quando cabíveis atos, a princípio, neutrais, em cotejo com os elementos indicativos revelados fora da estrutura, e do procedimento administrativo.

Evidentemente, descumprimentos pontuais de caráter unicamente administrativo não levam à responsabilidade penal, mas, a depender do contexto, poderão constituir-se em parcelas do ato ilícito global, ou elementos externos por meio do que se pode alcançar e da realidade do dolo. Como bem ponderou

conhecer que ela conduz à prática de um crime, não sendo isso evidente no quadro das circunstâncias por ele representadas”. No Brasil, o CP brasileiro prevê a excludente em caso de ordem que não seja manifestamente ilegal (art. 22), e uma atenuante genérica em caso de ordem de “autoridade superior” (art. 65, III, c).

110. Embora a diferença quanto a obrigatoriedade, não é diferente a necessidade de proteção entre agentes que denunciam no setor público ou privado. O fato foi reconhecido pela Lei portuguesa 19/2008, alterada por meio da Lei 30/2015, de 22 de abril, sem paralelo no ordenamento brasileiro.

Ragues i Valles¹¹¹, as evidências aqui deverão operar em termos de probabilidade e de regras da experiência, de forma a escapar do subjetivismo na interpretação de tais elementos.

4. REFLEXÃO CONCLUSIVA

Do quanto procuramos desenvolver, emergem algumas conclusões que possibilitam uma aproximação à problemática da autoria em casos de crimes contra a Administração Pública cometidos por uma pluralidade de agentes, situados em graus hierárquicos distintos na estrutura organizacional administrativa, assunto incompreensivelmente negligenciado pela doutrina.

Inicialmente, parece-nos que as construções dogmáticas relativas à imputação de condutas típicas a dirigente empresariais, em que pese não sejam sempre de grande clareza, ou não considerem tipos penais que necessitam de vários atos para a concretização, podem ser úteis na imputação de agentes públicos em posições superiores, se considerados os especiais bens jurídico-penais tutelados por esse peculiar âmbito da realidade social.

De fato, os pressupostos das construções dogmáticas relacionadas a autoria, coautoria e participação de dirigentes empresariais são abrangentes, e podem em suas grandes linhas servir a variados tipos de organização complexa, inclusive à Administração Pública.

Nesse sentido algumas construções doutrinárias funcionam, porque compatíveis com esse contexto, especialmente a de coautoria, com um raciocínio de imputação que parta do topo para os escalões inferiores. Aqui também se impõe o deslocamento do “centro de gravidade” da autoria para aqueles com maior grau de responsabilidade na estrutura. Também os conceitos de manipulação do contexto organizacional, e a autoria mediata, são aplicáveis, esta última quando ainda ligada a hipóteses mais clássicas de erro. Por outro lado, construções como a dependência estrutural econômica, que fazem todo o sentido em estruturas empresariais, são menos evidentes à imputação no contexto administrativo, embora não seja de se descartar.

O ponto de distinção, a nosso ver, emana de que na análise ora proposta é possível identificar um marco normativo comum e mais concreto para os agentes públicos superiores – o que, a princípio, pode ser feito também para as empresas, mas que não transparecem ao menos da bibliografia, consideravelmente

111. Ragués i Vallés (2013), p. 16.

PASSEGGI, Alicia Violeta Botelho Sgadari. Aportes possíveis da responsabilidade penal de dirigentes empresariais à problemática da autoria de agentes públicos em crimes contra a Administração Pública. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 190. ano 30. p. 17-62. São Paulo: Ed. RT, maio/jun. 2022.

ampla, pesquisada para o presente trabalho. Os bens jurídicos envolvidos e sua ligação com os ordenamentos referenciais, bem como a compreensão de como estes se operacionalizam na prática (por meio das diferentes funções e como elas se articulam entre si), desempenham um papel importante, para os limites da incidência da norma penal, em concreto, inclusive no que concerne ao complexo aspecto subjetivo de tais condutas, e acabam por evidenciar uma posição de garantia mais intensa e claramente delineável, como ponto de partida nos casos dos funcionários públicos. Nesse contexto, a possibilidade de programas de cumprimento poderia ser útil na medida em que pudessem concretizar em âmbito mais específico normas gerais da Administração, esclarecendo do ponto de vista fático riscos e círculos de responsabilidades.

Enfim, entendemos ser necessário maior desenvolvimento dogmático no que diz respeito à imputação de agentes públicos superiores em crimes contra a Administração Pública, tomando em consideração a possibilidade de participação de uma pluralidade de agentes nestas condutas, especialmente em relação ao que pode ser enxergado como uma “corrupção organizada” perversa, e, portanto, mais nefasta ao Estado de direito democrático e constitucional.

5. REFERÊNCIAS

- AMBOS, Kai. Dominio del hecho por domínio de voluntad em virtude de aparatos organizados de poder. *Una valoración crítica y ulteriores aportaciones*. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n. 3, 199, pp. 133-165.
- AMBOS, Kai. Sobre la “organización” en el domínio de la organización. *Revista para el análisis del derecho InDret*, n. 3, 2011.
- AMBOS, Kai. La complicidad a traves de acciones cotidianas o externamente neutrales. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n. 8, pp. 195-206, 2001.
- ANTUNES, Maria João. Privatização das Investigações e Compliance Criminal. *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, n. 28, pp. 119-127, 2018.
- BRAITHWITE, John. White Collar Crime. *Annual Review of Sociology*, vol. 11, pp. 1-25, 1985.
- BRAVO, Jorge dos Reis. Criminalidade económico-financeira e organizada: um desafio sem resposta? *Revista do CEJ*, nº 16, sem. 2º, pp. 151-201, 2011.
- BRITO, Teresa Quintela. Autoria e participação em organizações empresariais complexas. In: *CEJ, Caderno Especial Criminalidade económico-financeira: Temas de Teoria Geral Do Direito Penal na Criminalidade Económico-Financeira*, Tomo I, pp. 15-33, 2014.
- BRITO, Teresa Quintela. Autoria nas contraordenações e dos dirigentes de organizações. In: ANDRADE, Manuel da Costa et al. (Coord.). *Estudos em*

- homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2009. v. 2. pp. 203-233.
- BUSATO, Paulo César. Dolo e processo de comunicação. *Lumiar Revista de Ciências Jurídicas*, v. 2, n. 1, pp. 07-16, 2008.
- CABRERA, Marta Fernández. Problemática associada a la protección de bienes jurídicos colectivos: especial referencia a los delitos contra la Administración Pública. *Revista Jurídica de Castilla y León*, n. 43, pp. 1-34, set. 2017.
- CALLE, Maximiliano Alberto A. La delincuencia en la empresa: problemas de autoría y participación en delitos comunes. *Nuevo Foro Penal*, n. 68, pp. 93-144, julho-dezembro, 2005.
- CAMPBELL-VERDUYN, Malcolm. Bitcoin, crypto-coins, and global anti-money laundering governance. *Crime, Law and Social Change*, v. 69, mar. 2018, Issue 2, pp. 283-305.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes; e MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa*: anotada. Coimbra: Coimbra editora, 2014. v. 2.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 12. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004.
- CONDE, Francisco Muñoz. Problemas de autoría y participación em el derecho penal económico, o ¿como imputar a título de autores a las personas que sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito em el ámbito de la delincuencia económica empresarial? *Revista Penal*, n. 09, pp. 59-98, 2008.
- CRUZ SANTOS, Cláudia. Os crimes de corrupção – notas críticas a partir de um regime jurídico-penal sempre em expansão. *Revista JULGAR*, n. 28, pp. 89-105, 2016.
- CRUZ SANTOS, Cláudia; BIDINO, Cláudio; e MELO, Débora. *Reflexões (a partir da lei, da doutrina e da jurisprudência) sobre o seu regime jurídico-criminal em expansão no Brasil e em Portugal*. Coimbra: Coimbra editora, 2009.
- CUNHA, José Damião. *O conceito de funcionário, para efeito de lei penal e a “Privatização da Administração Pública”*. Coimbra: Coimbra editora, 2008.
- CUNHA, José Damião. Da Corrupção: do seu enquadramento jurídico no âmbito da tutela penal dos interesses do Estado. Erros legislativos e lacunas de punibilidade. In: *Direito penal: fundamentos dogmáticos e político-criminais: homenagem ao Prof. Peter Hünerfeld*. Manuel da Costa Andrade et al. (Org.). Coimbra: Coimbra Editora, 2013. pp. 849-918.
- DIAS, Augusto Silva. *Ramos emergentes do Direito Penal relacionados com a proteção do futuro: ambiente, consumo e genética humana*. Coimbra: Coimbra editora, 2008.
- DIAZ-ARANDA, Enrique. *DOLO causalismo-finalismo – funcionalismo y la reforma penal em Mexico*. Editorial Porruá, MEXico, 2000.
- DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

- ESTELLITA, Heloísa. Uma aproximação às formas de responsabilidade penal individual em empresas. In: *FGV DIREITO SP Law School Legal Studies Research Paper Series*. Disponível em: [bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/2770]. Acesso em: 04.2019.
- ESTELLITA, Heloísa. Responsabilidade por Omissão dos Membros de Conselhos de Administração. *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, n. 28, pp. 399-440, 2018.
- FASTERLING, Bjorn. Criminal Compliance – Les risques d'un droit pénal du risque. *Revue Internationale de Droit Économique*, pp. 217-237, 2016. Disponível em: [www.cairn.info/revue-internationale-de-droiteconomique-2016-2-page-217.html]. Acesso em: 02.2019.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Processual Penal*. Reimpressão da 1. ed. de 1974. Coimbra: Almedina, 2004.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Comentário Conimbricense do Código Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. t. III.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal: parte geral. Questões fundamentais*. Coimbra: Coimbra editora, 2007.
- FREITAS, Maristella Barros Ferreira; e BRITTO, Gladstone Avelino. Controle público sob suspeita: uma reflexão sobre a estrutura dos tribunais de contas e a eficiência do controle externo sobre a probidade da administração pública. *Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública*, v. 2, n. 1, jan.-jun., pp. 83-104, 2017.
- GARCIA, Emerson. A corrupção: uma visão jurídico-sociológica. *Revista da EMERJ*, v. 7, n. 26, pp. 204-245, 2004.
- GONÇALVES, Manuel. As especificidades do crime econômico. *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, n. 22, pp. 411-440, 2012.
- GRECO, Luís. Dolo sin voluntad. *Revista Nuevo Foro Penal*, v. 13, n. 88, pp. 10-38, Universidad EAFIT, Medellín, 2017.
- GRECO, Luís; e ASSIS, Augusto. O que significa a teoria do domínio do fato para a criminalidade de empresa. In: *Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 81-122.
- GREEN, Stuart P. *Mentir, hacer trampas y apropiarse de lo ajeno: una teoria moral de los delitos de cuello blanco*. São Paulo: Marcial Pons, 2013.
- GUERRA, Amadeu. A evolução da criminalidade económica e financeira e o seu combate. 2014. Disponível em: [obegef.pt/wordpress/wp-content/uploads/2014/03/Tarde_DCIAp.pdf]. Acesso em: 06.2019.
- HABERMAS, J. *Mudança Estrutural da Esfera Pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.
- HASSEMER, Winfried. “Los elementos característicos del dolo”. *Anuario de Derecho Penal y ciencias Penales*, Tomo 43, Fasc/Mês 3, pp. 909-929, 1990.

- HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad*. Bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal. Valencia: Tirant lo blanch, 1999.
- JAIN, Arvind K. *Corruption: a Review*. Journal of Economic Surveys, v. 15, pp. 71-121, n. 1, 2001.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- LEITE, Alaor e GRECO, Luís. O Que é o que não é a Teoria do Domínio do Fato sobre a distinção entre autor e partícipe no Direito Penal. In: GRECO, Luís et al. *Autoria como domínio do fato*: Estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014. pp. 19-45.
- LEITE, Inês Ferreira. Direito Penal Europeu: Do “Corpus Juris” aos métodos de integração europeia. In: *Direito Penal Económico e Financeiro*. Maria Fernanda Palma, Augusto Silva Dias e Paulo Sousa Mendes (Org.). Coimbra: Coimbra editora, 2012. Pp. 343-367.
- MARCANTE, Marcelo; RITTER, Ruiz; LINHARES, Raul Marques. O princípio da confiança na teoria da imputação objetiva e a sua repercussão nos tribunais superiores brasileiros. In: *Direito Penal e Política Criminal*, Atas do 6º. Congresso Internacional do PPGCCrim/PUCRS, II Congresso Internacional do Instituto Eduardo Correia, Brasil/Portugal, XV Congresso Transdisciplinar de Ciências Criminais, Porto Alegre, set. 2015. pp. 650-671.
- MARTIN, Adan Nieto. Problemas fundamentales del cumplimiento normativo em ele derecho penal. In: KUHLEN, Lothar, Montiel, Juan Pablo; e GIMENO, Inigo Ortiz de Urbina. *Compliance y Teoria del Derecho Penal* (Eds.). Madrid: Marcial Pons, 2013 (a). pp. 21-50.
- MARTIN, Adan Nieto. La corrupción em el comercio internacional (o de como la americanización del derecho penal puede tener de vez em cuando efectos positivos). *Revista Penal*, n. 12, pp. 3-26, 2003.
- MARTIN, Adan Nieto. De la ética pública al public compliance: sobre la prevention de la corrupcion em las administaciones publicas. In: MARTIN, Adan Nieto, CATALAYUD, Manuel Maroto (Org.). *Public compliance, prevencion de la corrupcion em administraciones publicas y partidos politicos*. Cuenca: Ediciones da la Universidad de Castilla de la Mancha, 2014. pp. 17-41.
- MARTIN, Adan Nieto. La privatización de la lucha contra la corrupción. In: MARTIN, Adan Nieto; e ZAPATERO, Luis Aroyo (Coord.). *El derecho penal económico en la era compliance*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013 (b). pp. 191-210.
- MARTIN, Adan Nieto. “Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el Derecho Penal de la empresa”. *Polít. Crim.* nº 5, p. 1-18, (2008). A3-5. Disponível em: [www.politicacriminal.cl/n_05/a_3_5.pdf]. Acesso em: 03.2019.
- MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *O Limite da Improbidade Administrativa*: comentários à Lei 8.429/1992. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

- MELLO, Sebastian Borges de Albuquerque; e HERNANDEZ, Camila Ribeiro. O delito de lavagem de capitais e a teoria da cegueira deliberada: Compatibilidade no direito penal brasileiro?. *CONPEDI law Review*, v. 3, n. 2, pp. 441-461, 2017.
- MENDES, Paulo Sousa. *Causa complexa e prova penal*. Coimbra: Almedina, 2019.
- MIRANDA, Luiz Fernando. Unificando os conceitos de corrupção: uma abordagem da nova metodologia dos conceitos. *Revista Brasileira de Ciência Política*, nº 25. Brasília, pp. 237-272, janeiro-abril de 2018.
- MORI, Erick Guimaraes; e VÁSQUEZ, Julio Rodríguez. Colusión por Comisión por omisión: El caso de Alcaldes y los Presidentes regionales. *Revista Ius et Veritas*, n. 5, dez., pp. 286-296, 2015.
- OLIVEIRA, Luciano Moreira. Responsabilidade civil e penal de agente público nos casos de delegação do ato de ordenação de despesa. *RDA – revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 273, pp. 269-285, dez. 2016.
- PALMA, Maria Fernanda. Dolo eventual e culpa no direito penal. In: *Problemas fundamentais de direito penal: homenagem a Claus Roxin*. Lisboa: Universidade Lusíada Editora, 2002. pp.49-50.
- PERAL, Miguel Yaben. *El deber de imparcialidad en el ejercicio de la función pública*. Barcelona: BOSCH, 2015.
- PLANAS, Ricardo Robles. El responsable de cumplimiento (Compliance officer) ante el derecho penal. In: SANCHEZ, Jesús-María Silva (Dir.). *Criminalidad de empresa y Compliance: Prevención y reacciones corporativas*. Barcelona: Atelier Libros, 2013.
- PONDÉ, Lafayette. Da delegação administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, abr./jun., pp. 1-15, 1980.
- PUIG, Mir. *Los delitos contra la Administración Pública*. Barcelona: JM BOSCH editor, 2000.
- QUADROS, Fausto. A Revisão do Código do Procedimento Administrativo: Principais Inovações. In: *O Novo Código do Procedimento Administrativo*. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2016. pp. 9-30. Disponível em: [www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/Administrativo_fiscal/eb_novo_CPCA.pdf]. Acesso em: 07.2019.
- RAGUÉS i VALLÉS, Ramon. Mejor no saber: Sobre la doctrina de la ignorancia deliberada em Derecho Penal. *Revista Discusiones XIII: Ignorancia deliberada y Derecho Penal*. Buenos aires: EdiUNS, 2013. pp. 11-38.
- RAGUÉS i VALLÉS, Ramon. A modo de contrarréplica: la ignorancia deliberada y su difícil encaje en la teoría dominante de la imputación subjetiva. *Revista Discusiones XIII: Ignorancia deliberada y Derecho Penal*. Buenos aires: EdiUNS, 2013. pp. 139-168.
- RAGUÉS i VALLÉS, Ramon. Consideraciones sobre la prueba del dolo. *Revista de Estudios de la Justicia (REJ)*, pp. 13-26, n. 4, 2004.

- RAGUÉS i VALLÉS, Ramon. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Barcelona: Bosch Editor, 1999.
- RODRIGUES, Anabela Miranda. Direito Penal e Constituição – O que resta do conceito de bem jurídico-penal?. In: *Livro em Homenagem ao Prof. Doutor Germano Marques da Silva*. em vias de publicação.
- RODRIGUES, Anabela Miranda. *Direito Penal Econômico: Uma Política Criminal na era compliance*. Coimbra: Almedina, 2019.
- RODRIGUES, Anabela Miranda. Compliance programs and corporate criminal compliance. *PoLaR – Portuguese Law Review*, v. 2, janeiro, pp. 1-11, 2018.
- RODRIGUES, Anabela Miranda. Política Criminal: novos desafios velhos rumos. *Revista Lusíada, Direito*, nº 3, Lisboa, pp. 15-37, 2005.
- RODRIGUES, Anabela Miranda. Globalização do Direito Penal: da pirâmide à rede ou entre a unificação e a harmonização. In: RODRIGUES, Anabela. *O Direito Penal Europeu emergente*. Coimbra: Coimbra editora, 2008. pp. 348-360.
- ROSE-ACKERMAN, Susan. *Corruption and Government: causes, consequences and reform*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.
- ROSE-ACKERMAN, Susan. What Does “Governance” Mean?. *Governance: an International Journal of Policy, Administration and Institutions*, vol. 20, n. 1, pp. 23-27, 2017.
- ROXIN, Claus. Autoria mediata através de domínio da organização. *Revista Lusíada de Direito*, n. 03, pp. 41-54, 2005.
- ROXIN, Claus. *Autoria y dominio del hecho en derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 1998.
- ROXIN, Imme. Responsabilidade do Administrador de empresa por omissão imprópria. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Caderno especial XX Seminário Internacional de Ciências Criminais, pp. 61- 77.
- RUIVO, Marcelo de Almeida. O bem jurídico do crime da corrupção passiva no setor público. *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, n. 25, pp. 263-283, 2015.
- SANCHEZ, Jesus Maria Silva. *Fundamentos del Derecho Penal de la empresa*. Madrid: Edisofer, 2016.
- SANTOS, Humberto Souza. Autoria mediata por meio de dependência estrutural econômico-profissional no âmbito das organizações empresariais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 117, novembro-dezembro, pp. 91-138, 2015.
- SCHUNEMANN, Bernd. Dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico o infracción del deber em los delitos especiales. *Revista de la Facultad de Derecho PUCP*, n. 81, dezembro-maio, pp. 93-112, 2018.
- SCHUNEMANN, Bernd. El dominio sobre el fundamento del resultado: base lógico-objetiva común para todas las formas de autoria. *Derecho Penal y Criminología* (Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas), vol. 25, n. 75, pp. 13-26, Colômbia: UEC, 2004.

- SCHUNEMANN, Bernd. Responsabilidad penal en el marco de la empresa: dificultades relativas a la individualización de la imputación. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LV, pp. 09-38, 2002.
- SOUSA, Susana Aires de. Algumas considerações sobre a responsabilidade criminal do dirigente empresarial. *Revista Systemas*, vol. 2, n. 1, pp. 147-161, 2010.
- SOUSA, Susana Aires de. A responsabilidade criminal do dirigente: algumas considerações acerca da autoria e participação no contexto empresarial. In: Manuel da Costa Andrade et al. (Coord.). *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, v. 2. Coimbra: Universidade de Coimbra, pp. 1005-1038, 2009.
- TIEDEMANN, Klaus. El concepto de derecho económico, de derecho penal económico y de delito económico. *Revista Chilena de Derecho*, v. 10, pp. 59-68, 1983.
- TORRÃO, Fernando. “*Societas denlinquere potest*”? Da responsabilidade individual e coletiva nos crimes de empresa. Coimbra: Almedina, 2010.
- VACADIEZ, Diego Mauricio Montoya. “Autoria y dominio del hecho en los delitos económicos”. *Revista Derecho Penal y Criminología*, vol. 34, n. 97, julio-diciembre, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, pp. 85-112, 2013.
- VIVANCO, Ivan Montoya et al. *Manual sobre Delitos contra la administración pública*. Lima: PUCPP, 2015.
- WELLNER, Philip A. Effective programs and Corporate criminal prosecutions. *Cardozo Law Review*, vol. 21, pp. 497-527, 2005.



PESQUISAS DO EDITORIAL

ÁREAS DO DIREITO: Penal; Administrativo

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- A Lei Anticorrupção e a busca de sua integridade sancionatória, de Leonardo Bellini de Castro – *RDAI* 21;
- A responsabilidade do agente público e o cumprimento das decisões contrárias à Fazenda Pública, de Marcelo José Magalhães Bonício – *RePro* 136/277-286 e *Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo* 7/1283-1294; e
- Limites do whistleblowing – denúncia de crimes contra a Administração Pública, ilícitos administrativos e ações lesivas ao interesse público, de Marcelo Almeida Ruivo e Adriane Da Fonseca Pires – *RBCCrim* 174/41-69.

ÉTICA E DIREITO PENAL: CONDIÇÕES PARA RECONCILIAR UMA RELAÇÃO CONTURBADA

ETHICS AND CRIMINAL LAW: CONDITIONS TO RECONCILE A TROUBLED RELATIONSHIP

BRYAN ALVES DEVOS

Doutorando em Direitos Humanos e Democracia pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Mestre em Direito e Justiça Social pela Universidade Federal do Rio Grande (FURG-2016). Bacharel em Direito (FURG-2014).
Lattes: [lattes.cnpq.br/8555511813682235].
ORCID: [orcid.org/0000-0001-7889-441X].
bryandeivos.prof@gmail.com

SALAH HASSAN KHALED JR.

Doutor em Ciências Criminais (PUC-RS, 2011). Professor Associado de Direito Penal, Criminologia, Sistemas Processuais Penais e História das Ideias Jurídicas da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande – FURG. Professor permanente do mestrado em Direito e Justiça Social da Universidade Federal do Rio Grande – FURG. Presidente do Instituto Brasileiro de Criminologia Cultural.
Lattes: [lattes.cnpq.br/6155872393221444].
ORCID: [orcid.org/0000-0003-4918-1060].
salah.khaledjr@gmail.com

FRANCISCO QUINTANILHA VERAS NETO

Doutor em Direito (UFPR, 2004). Professor Associado da UFSC.
Lattes: [lattes.cnpq.br/0352810627424925].
ORCID: [orcid.org/0000-0002-1620-6017].
quintaveras@gmail.com

Recebido em: 10.05.2021

Aprovado em: 10.02.2022

Última versão dos autores: 17.02.2022

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: O texto aborda as relações entre a ética e o saber jurídico-penal a partir de dois modelos teóricos distintos, o utilitarismo reformado de

ABSTRACT: The text deals with the relations between ethics and criminal legal knowledge from two different theoretical models, the reformed

DEVOS, Bryan Alves; KHALED JR., Salah Hassan; VERAS NETO, Francisco Quintanilha.

Ética e direito penal: condições para reconciliar uma relação conturbada.

Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 190. ano 30. p. 63-92. São Paulo: Ed. RT, maio/jun. 2022.

Luigi Ferrajoli como delineado em "Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal" e o realismo marginal de Eugenio Raúl Zaffaroni, contemplando também de modo incidental a perspectiva ético-social de Hans Welzel. Ao fazê-lo, busca demonstrar que o debate acerca dessa conturbada relação deve ter como pressuposto a existência de múltiplos modelos de eticidade, de modo a tornar claro que as opções axiológicas levadas a cabo pelo ordenamento jurídico-penal não são alheias a esses paradigmas. Ao fim, discute-se a rejeição, por parte do utilitarismo reformado, ao diálogo com modelos alternativos de eticidade é de fato uma opção consistente. Sugere que a leitura realista marginal, conjugada a uma ética da libertação, em linha com a acepção de Enrique Dussel, se mostra uma alternativa viável para mediar as relações entre ética e Direito Penal.

PALAVRAS-CHAVE: Ética – Direito penal – Utilitarismo reformado – Realismo marginal.

utilitarianism of Luigi Ferrajoli as seen in "Law and Reason: Theory of Criminal Guarantee", and the marginal realism of Raúl Zaffaroni, also incidentally contemplating the social-ethical perspective of Hans Welzel. In doing so, it seeks to demonstrate that the debate about this troubled relationship must presuppose the existence of multiple models of ethics, in order to make clear that the axiological options carried out by the criminal-legal order are not alien to these paradigms. In the end, one discusses whether the reformed utilitarianism's rejection to dialogue with alternative models of ethics is indeed a consistent option. One suggests that the marginal realist reading, coupled with an ethic of liberation, in line with the meaning of Enrique Dussel, is a viable alternative to mediate the relations between ethics and Criminal Law.

KEYWORDS: Ethics – Criminal law – Reformed utilitarianism – Marginal realism.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O utilitarismo reformado ferrajoliano e as relações entre a ética e o Direito Penal. 3. O realismo marginal e as relações entre a ética e o Direito Penal. 4. As relações entre a ética da libertação e o Direito Penal mediadas pelo olhar realista marginal. 5. O realismo marginal e novo pacto ético: dois modos de conceber a intersecção entre a ética e o Direito Penal. 6. Crítica ética ao utilitarismo reformado: insurgência contra o justificacionismo de Ferrajoli. 6.1. A refutação ética da prevenção geral negativa. 6.2. A refutação ética da função de prevenção de violências arbitrárias. 7. A busca de alternativas éticas ao justificacionismo: o exemplo da coerção direta. 8. Considerações finais. 9. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Entre¹ os incontáveis modelos teóricos que buscam construir as bases de um Direito Penal mínimo, é justo concluirmos que em "*Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*", de Luigi Ferrajoli, encontramos um dos mais relevantes, cuja penetração e influência no Brasil nas últimas décadas é significativa, ainda que

-
1. Autoplágio: Este artigo faz algumas releituras substanciais de temas discutidos na dissertação de mestrado de Bryan Alves Devos, orientada por Salah H. Khaled Jr. Como algumas passagens são semelhantes (mas evidentemente não idênticas e aprimoradas), fazemos a indicação para evitar a ocorrência de autoplágio.

DEVOS, Bryan Alves; KHALED JR., Salah Hassan; VERAS NETO, Francisco Quintanilha.

Ética e direito penal: condições para reconciliar uma relação conturbada.

Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 190. ano 30. p. 63-92. São Paulo: Ed. RT, mai/jun. 2022.

não isenta de controvérsias (DEVOS; KHALED JR., 2019). As reflexões constantes no estudo em questão inspiraram um engajado movimento de teóricos e operadores do direito comprometidos com a contenção do poder punitivo e a racionalização máxima do sistema penal. No entanto, tal modelo não é – e não poderia ser – isento de lacunas e controvérsias. Pontuemos, de início, apenas uma delas, que nos permite contrastar uma teoria construída em um contexto europeu muito diferente do latino-americano com reflexões que expressam a agonia diante do arbítrio punitivo que prospera na margem. Pensando no modelo de minimalismo penal de Ferrajoli, Eugenio Raúl Zaffaroni exprime uma questão relevante que é trabalhada em alguns de seus escritos: se para Ferrajoli não há dúvida de que um Direito Penal fundamentado em pressupostos éticos deixa de ser cognitivo, assumindo distância de seu Sistema Garantista (SG) – em razão de um suposto déficit de separação entre direito e moral, tão cara ao pensamento desse autor, já que o juízo ético acerca do delito e do imputado poderia tender ao reforço do poder punitivo –, é menos verdadeiro que os próprios atores jurídico-penais necessitam pautar sua ação redutora do poder de punir conforme pressupostos éticos? Nesse caso, prossegue Zaffaroni, não teríamos que encarar o desafio de reconciliar a ética com o Direito Penal? (ZAFFARONI, 2008, p. 405).

Neste ensaio buscaremos esboçar um modelo de fundamentação propriamente ética para o Direito Penal guiado pelo paradigma realista marginal. Inicialmente, é preciso destacar que a ética que discutiremos é antes de tudo uma ética da vida, conforme a acepção de Enrique Dussel, e por definição ela deve se contrapor a um sistema que tem na morte o seu traço distintivo, o que imediatamente nos afasta de uma perspectiva como a de Hans Welzel, que atribuía ao Direito Penal, por meio de uma suposta função ético-social, competências que ele não só não é capaz de desempenhar, como são dramaticamente contrariadas pela realidade efetiva das práticas punitivas. Dussel é escolhido como referencial ético para a problematização aqui proposta devido ao fato de ser um pensador latino-americano, como o é o próprio Zaffaroni. Alguém que escreve, de modo semelhante, com uma consciência aguçada e ancorada na realidade periférica e que conhece os problemas que lhe são pertinentes. Desde o nosso olhar, o controle penal latino-americano assemelha-se a uma fábrica que produz submissão e morte e contra isso o Direito Penal – enquanto discurso dos juristas – deve projetar um agir ético, ainda que normativamente fundamentado e comprometido com o desenvolvimento do Estado Democrático de Direito, objetivo para o qual a contenção do poder punitivo é algo essencial.

Em um primeiro momento, cuidaremos de esboçar as relações entre ética e direito penal a partir do modelo de minimalismo penal de Luigi Ferrajoli (o seu

utilitarismo reformado) e, logo após, de Raúl Zaffaroni (o chamado *realismo jurídico-penal marginal*), momento no qual discutiremos, ainda que brevemente, a função ético-social proposta por Welzel. Em seguida, buscaremos explorar as possibilidades de revisão da narrativa jurídico-penal a partir da ética da libertação de Enrique Dussel, expondo seus possíveis eixos de conexão com o modelo realista marginal, a fim de, logo em seguida, demonstrar a melhor adequação dessa relação em comparação ao antigo modelo de eticidade que contaminou o discurso penal, chegando a dotar a pena de uma função ético-pedagógica. Por fim, tentaremos desatar alguns pontos nodais que constituem alicerces do modelo ferrajoliano – tais como o apelo à Lei de Hume e a sua tese de justificação da pena – a partir dos postulados teóricos trabalhados nas seções anteriores.

2. O UTILITARISMO REFORMADO FERRAJOLIANO E AS RELAÇÕES ENTRE A ÉTICA E O DIREITO PENAL

É lugar comum identificar o nascimento do Direito Penal moderno com a crítica dos reformadores europeus que, a partir do século XVIII, cuidaram de expor as contradições de um sistema penal fundado sob a égide do absolutismo. É igualmente notório que, hegemonicamente, a crítica aos sistemas penais daquele tempo buscou erigir uma nova plataforma filosófica de valoração das práticas punitivas e das próprias ideias penais. Tal plataforma foi dada pelo *utilitarismo*, um segmento da filosofia moral que valora os diversos sistemas – no caso, o sistema jurídico-penal – a partir de um princípio basilar: a busca da maior felicidade possível aos sujeitos envolvidos. No âmbito jurídico-penal, esse postulado foi desenvolvido especialmente pelo Marquês de Beccaria (2008) e por Jeremy Bentham (1974), dois dos representantes do Iluminismo europeu que levaram a cabo um esforço de racionalização sem precedentes das práticas punitivas, sistematizando uma série de ideias desenvolvidas por pensadores que os precederam e estabelecendo as bases do que viria a ser o Direito Penal moderno.

No entanto, o desenvolvimento do utilitarismo no interior da narrativa jurídico-penal não termina com a Ilustração. Quase três séculos se passaram desde o manifesto de Beccaria, mas o discurso do Direito Penal não descartou os postulados utilitários, tratando de reciclá-los em conformidade com necessidades históricas que se apresentaram ao longo da trajetória da modernidade europeia. De nossa parte consideramos que o último grande esforço teórico de revitalização da ideia de “pena útil” no âmbito jurídico foi levado a cabo por Luigi Ferrajoli, com a publicação de seu tratado *Direito e Razão*, em 1989. A obra certamente não hostiliza os pilares de sustentação do discurso utilitário da Ilustração – na verdade

o autor assegura sua preferência pela tradição do liberalismo, por exemplo, uma plataforma política e filosófica cara ao utilitarismo ilustrado (FERRAJOLI, 2014, p. 42) –, mas demarca algumas de suas insuficiências e busca suprir determinadas incongruências por ele percebidas.

Conforme Ferrajoli, se com o utilitarismo iluminista o Direito Penal deve atentar ao objetivo de promover o máximo bem-estar possível aos não desviantes (primeiro parâmetro utilitário), a partir do seu *utilitarismo reformado*, caberia levar em conta, igualmente, o mínimo mal-estar necessário aos desviantes criminalizados (segundo parâmetro utilitário). Nesse sentido, o autor insiste no pressuposto de que o utilitarismo penal ilustrado estaria “partido ao meio”, ao passo que o seu modelo representaria um programa completo de intervenção (FERRAJOLI, 2014, p. 308-309). Ferrajoli sustenta que seu modelo estaria desse modo blindado contra tentações autoritárias, mas também contra os indigestos argumentos de deslegitimação do sistema penal provenientes da crítica externa, especialmente das doutrinas abolicionistas.

Se o primeiro parâmetro utilitário poderia ser satisfeito com a tese da prevenção geral negativa, para que se atendesse ao segundo parâmetro, caberia, conforme Ferrajoli, conferir ao Direito Penal uma função de prevenção de penas arbitrárias ou vinganças de tipo privado: o mínimo mal-estar necessário aos desviantes. Não é nossa intenção nesse momento da reflexão inventariar as críticas que foram especificamente objetadas ao modelo utilitário de Ferrajoli. Nosso propósito é mais modesto e consiste em salientar que seu sistema anuncia um reordenamento das ideias que delinearão o pensamento utilitário, sem, contudo, abrir mão de seu núcleo, identificado com a noção de utilidade da pena. Aliás, a designação de um caráter útil à pena não é só reafirmada, mas ampliada, pois, se no utilitarismo ilustrado os anseios de defesa social e combate à criminalidade foram a pedra angular do discurso jurídico-penal, no horizonte do utilitarismo reformado, a pena teria ainda a utilidade humanitária de proscrever outras modalidades de castigo mais “selvagens”, por assim dizer.

Não se deve ignorar que Ferrajoli de fato rechaça grande parte das ideias que nortearam o utilitarismo penal moderno pós-iluminismo, chegando inclusive a revisar alguns aspectos pontuais da prevenção geral negativa: o autor admite a função de intimidação da pena em abstrato, tão somente, e não a ideia de uma pedagogia penal de intimidação que faria do criminalizado um exemplo do funcionamento do controle penal, supostamente para assegurar a dissuasão de novos desviantes, mas transformando o condenado em “bode expiatório” (FERRAJOLI, 2014, p. 257-258). Mas, apesar do impulso crítico inicial, seu modelo não se liberta das inconsistências do discurso penal moderno. É por essa razão que

consideramos que, nos marcos delimitadores de seu modelo, a tradição utilitária segue rendida à noção de utilidade da pena, o que demonstra um esgotamento do seu desempenho. Neste sentido, o Direito Penal mínimo de Ferrajoli seria o direito do mais fraco, sempre a partir de um cálculo de custos: o custo do direito penal e o custo da anarquia punitiva (ZAFFARONI, 2001, p. 96), fenômeno que para o autor teria igual gravidade.

Portanto, no contexto do modelo de Direito Penal mínimo que Ferrajoli busca desenhar, as relações entre a ética e o Direito Penal existem ao menos em dois âmbitos. Em um primeiro âmbito, há uma adesão à ética utilitária, ainda que o autor insista em reciclar certos postulados desse corpo filosófico, como vimos. Em um segundo âmbito, o penalista italiano recorre a uma “ética da legislação” (FERRAJOLI, 2014, p. 422), capaz de apreciar, desde um ponto de vista externo ao próprio ordenamento e à norma penal, as proibições jurídicas que recebem o rótulo criminal, constituindo, desse modo, um conjunto de critérios valorativos externos à própria lei (FERRAJOLI, 2014, p. 421-422). No entanto, não são poucas as ocasiões em que o autor adverte – com razão, a nosso ver – acerca do risco da identificação do Direito Penal com modelos ético-morais específicos. Nesse sentido, é notório o seu apelo ao *princípio da secularização*: para o autor, é salutar que crime e falha moral mantenham distância um do outro e essa seria uma das maiores conquistas da Ilustração, sendo que sua inobservância traz o risco de degeneração do sistema jurídico-penal, tornando-o um modelo marcadamente substancialista (FERRAJOLI, 2014, p. 200). Fica claro, portanto, que Ferrajoli adota uma postura marcada pela cautela quando se trata de pensar as relações entre Direito Penal e modelos éticos. De fato, o risco de captura do sistema penal e do discurso jurídico-penal por discursos que, a pretexto de impor padrões ético-normativos, acabam capacitando práticas persecutórias é notório e disso a história não cansa de fornecer exemplos. Entretanto, não nos soa razoável considerar que tal via seja inexorável para se pensar as relações entre ética e Direito Penal.

3. O REALISMO MARGINAL E AS RELAÇÕES ENTRE A ÉTICA E O DIREITO PENAL

Em sua seminal monografia intitulada *Em Busca das Penas Perdidas*, o cate-drático argentino Eugenio Raúl Zaffaroni levou a cabo um esforço teórico de deslegitimação dos sistemas penais latino-americanos, mas também dos discursos jurídicos que lhe deram sustentação histórica. Há, na obra, um duplo esforço: um poderoso rechaço empírico da ideia de utilidade da pena e uma tentativa de sistematização de um modelo alternativo, que parta da deslegitimação do cárcere

e não tente escamoteá-la, como o fizeram os modelos anteriores, em geral, o que inclui o modelo de Ferrajoli, que não foi poupado (ZAFFARONI, 2001, p. 95). Tal modelo é chamado pelo autor de *realismo jurídico-penal marginal*. Sem pretender explicitar todos os elementos que formam este programa de Direito Penal mínimo, exploraremos livremente algumas de suas nuances, tendo como foco suas relações com a ética.

Conforme Raúl Zaffaroni, se o único dado irrefutável que assombra os penalistas e criminólogos da margem do sistema-mundo é o número massivo de cadáveres produzidos pelos nossos sistemas penais, é necessário reconhecer que os mortos, mesmo emudecidos pelas circunstâncias, nos dizem algo, clamam pela descontinuidade com o que está posto (ZAFFARONI, 2012, p. 28). O realismo marginal esforça-se em reconhecer, entre os diversos sistemas de pensamento que chegam à realidade periférica, os elementos úteis à preservação da vida e a diminuição dos níveis de violência, rejeitando, assim, constructos teóricos que se mostrem capazes de maximizar esses fenômenos. Zaffaroni compara esse intento à visita a uma biblioteca: claro que pode haver obras benéficas e úteis aos que se interessam pela contenção do poder punitivo e seus massacres, mas há uma imensidão de aportes teóricos capazes de produzir danos, especialmente na periferia do sistema-mundo. Entretanto, a única prevenção possível é saber onde situar as ideias que tantos danos acabaram provocando, ou seja, poder dizer de que estante provém o livro que caiu em nossas cabeças (ZAFFARONI, 2012, p. 24).

Muito mais do que erguer um sistema de pensamento tecnicamente avançado e impecavelmente coerente em seu interior, o olhar realista marginal preocupa-se em fazer avançar um contradiscurso capaz de deter as mortes que são o subproduto de uma junção de atos de poder e discursos que lhes legitimam, o que implica uma revisita crítica aos mesmos, partindo do ponto de vista dos vencidos. Como provoca Vera Batista, o realismo marginal não deve aceitar a ideia de que à historiografia não caberia o comprometimento com os segmentos vencidos, já que o historiador das formas de controle penal não é um antiquário ou um colecionador de coisas velhas. O que impulsiona essa reescrita é o momento presente. Diremos, a partir da autora, que, no fim das contas, se trata de investigar como corpos de ideias tão contrários à emancipação social periférica conseguem criar raízes e uma permanência tão sólida em nosso imaginário jurídico-penal (BATISTA, V. M., 2007, p. 136).

Para o realismo jurídico-penal marginal, a prevenção de massacres e o resguardo da vida humana transcendem o horizonte de um dever jurídico imposto pelo ordenamento que emana do Texto Constitucional e dos diversos pactos internacionais de direitos humanos – o que certamente há e sem dúvida importa

muito – para tornar-se também em um compromisso ético com *uma utopia possível*, como a concebe Dussel (DUSSEL, 2012, p. 476). A tarefa ética de retomar a batalha discursiva em prol da emancipação dos sujeitos oprimidos já não pode ser recusada por um modelo de Direito Penal que entre em contato com a realidade da opressão punitiva. Trata-se de honrar os mortos buscando reparar a narrativa que fez de suas mortes uma circunstância excepcional, um preço banal ou um sacrifício necessário perto da promessa de progresso infinito que a modernidade representa. Mas trata-se igualmente de preservar a vida contra um sistema mortífero que recebe justificação de um conjunto de razões que descolam a experiência jurídico-penal do campo da realidade. Passado e presente, nesse caso, são dois tempos e duas frentes de uma mesma batalha que os penalistas têm historicamente negligenciado. São duas tarefas complementares e de extrema importância para os que se preocupam em extirpar do Direito Penal os artifícios discursivos aptos a legitimar violências. A reinterpretação e reescrita do passado, mas também a luta no presente. Para Walter Benjamin, o passado busca no presente a redenção, a transformação radical no sentido de rememorar e reparar o sofrimento humano e as violências perpetradas contra os alvos da opressão, de modo que não nos é lícito recusar essa missão. Segundo o autor, cada geração recebe “uma frágil força messiânica para a qual o passado dirige um apelo” e tal apelo “não pode ser rejeitado impunemente” (BENJAMIN, 1987, p. 223).

Para Benjamin, não é interessante que encaremos a história como “uma marcha no interior de um tempo vazio e homogêneo”, mas sim como “um tempo saturado de ‘agoras’”, de modo que se percebam os instantes subversivos que podem ser usados pelos que lutam a favor dos oprimidos. É dessa forma que se pode interromper a marcha da opressão, ou, simplesmente, “explodir o *continuum* da história”: tomando a força inspiradora do passado opressor e fazendo valer cada um desses momentos revolucionários (BENJAMIN, 1987, p. 229-230). Não se fala de um caminho já traçado por qualquer horizonte teórico ou de uma vocação metafísica que habilita as vítimas a livrarem-se da opressão sofrida dia após dia. Em Benjamin, a quebra de expectativas – interrupção do acúmulo de catástrofes – é uma aposta, inevitavelmente ética, na emancipação e na transformação do *status quo* (LÖWY, 2005, p. 156-157).

Além das advertências benjaminianas, é importante também resgatar as lições de Enrique Dussel, quando explicita a necessidade de um conceito ético operado a partir da exterioridade e de alteridade na construção de um paradigma transmoderno possibilitado pela filosofia da libertação: esta epistemologia crítica baseada em uma práxis acerca da busca das exterioridades ocultas na totalidade eurocêntrica. Assim surge o outro oprimido e clamando por justiça. Um mundo

em que o ser humano se liberta das hegemonias capitalista e econômica (fratricídio), da eroticidade fálica e castradora da mulher (uxoricídio), do fetichismo religioso, da destruição da natureza como ecocídio (DUSSEL, 1995, p. 49-50). Uma ética que luta pelo reconhecimento da alteridade, da visibilização do outro. Isso possibilita outro caminho de desocultamento do encobertamento do outro expresso por estes processos de imposição de hegemonia eurocêntrica, processos esses que tiveram no poder punitivo um de seus baluartes, não esqueçamos.

Importante ressaltar, na trilha de Khaled Jr., que projetar uma crítica ao saber jurídico penal que se sedimenta a partir da modernidade não é o mesmo que desconhecer seus “momentos messiânicos”, para usar a terminologia benjaminiana – o mesmo paradigma que nos traz a barbárie travestida de cultura e civilização é o que nos fornece alguns “antídotos culturais e ideias emancipatórias”, capazes de conter, em alguma medida, a sua violência, conforme assinala Edgar Morin –, ou seja, é possível reconhecer que esse corpo discursivo também realizou fissuras na racionalidade que opta por legitimar a violência punitiva (MORIN, 2009, p. 59). O problema, conforme o autor, é que essas fissuras surgiram, mas não triunfaram e, além disso, frequentemente se tornaram “ruínas” que vão se acumulando. Ainda assim, é necessário rejeitar o pessimismo imobilista e pensar que isso não significa que esses momentos estejam fadados a jamais triunfar. Conforme o autor, “é necessário visitar novamente esses momentos e valer-se da força deles para quem sabe, triunfar no presente” (KHALED JR., 2013, p. 552). Na trilha do realismo marginal, portanto, o penalista aceita o dever ético-jurídico de insurgir-se contra a sistemática produção de cadáveres que confere identidade aos nossos sistemas penais e tal tarefa só é possível pela enfática recusa a elementos teóricos que legitimam esse estado de coisas.

4. AS RELAÇÕES ENTRE A ÉTICA DA LIBERTAÇÃO E O DIREITO PENAL MEDIADAS PELO OLHAR REALISTA MARGINAL

Mas, além da crítica às construções teóricas legitimantes de genocídio em marcha, que conteúdo específico um levante ético em favor dos vencidos e das vítimas do poder punitivo deve conter? A nosso ver, Enrique Dussel é quem mais se aproxima de uma resposta a esse problema. Em nível ético, é possível prevenir a pretensão ou mesmo *ilusão* de completude lógica dos diversos sistemas de pensamento que compõem o mosaico moderno. Em Dussel, a intensão é claramente a de “justificar a luta das vítimas, dos oprimidos pela sua libertação, e não pretender argumentar racionalmente para fundamentar a razão por causa dela mesma”, já que, para o autor, “a razão é apenas a ‘astúcia da vida’ do sujeito humano – e não

o inverso – e como tal a usamos e a defendemos diante de necrófilos” (DUSSEL, 2012, p. 94). Em outras palavras: não há apego à *razão*, em que pese não se abra mão de certa racionalidade, mas essa *racionalidade* ética prima pela luta dos oprimidos mais do que pela completude lógica de qualquer sistema de pensamento. Para Dussel, a vida humana constitui o *modo de realidade* do sujeito ético. Isso quer dizer que, em um horizonte ético, a vida humana fundamenta *normativamente* uma dada ordem, pois tem exigências próprias, ou seja, *exigências de conteúdo*, as quais, se negligenciadas, acarretam a inexistência desses sujeitos (DUSSEL, 2012, p. 131). A vida humana precede qualquer espécie de racionalidade, por mais reluzente que esta aparente ser. A razão deve servir à vida, não o contrário. Tal é o significado que devemos extrair da vida enquanto critério fonte e modo de realidade do agir ético. Sobre esse tópico, anota Celso Ludwig: “nenhum sistema ou subsistema (inclusive o subsistema direito) pode deixar de ter como referência o conteúdo o sujeito vivente” (LUDWIG, 2015, p. 121).

Ainda, conforme Dussel, é prerrogativa ética operar a desconstrução do estado de coisas para dar passagem ao novo (DUSSEL, 2012, p. 301). Isso se faz ao denunciar a *totalidade* de um determinado sistema de pensamento, julgando-o negativamente a partir do sofrimento produzido na corporalidade das vítimas e a partir do extermínio dos estratos oprimidos: “[...] as *vítimas* são reconhecidas como sujeitos éticos, como seres humanos que não podem reproduzir ou desenvolver sua vida, que foram excluídas da participação na discussão, que são afetados por alguma situação de morte” (DUSSEL, 2012, p. 302-303).

Para esse juízo ético da negatividade, Dussel propõe que se parta dos elementos materiais ou de conteúdo do sistema de eticidade vigente que impedem a concretude do princípio ético material, ou seja, que impedem a *produção, reprodução e desenvolvimento da vida digna em comunidade dos sujeitos dominados* (DUSSEL, 2012, p. 315). Por meio do juízo crítico, se pode então notar que o projeto de “vida boa” do sistema estabelecido representa a negação da vida de alguns segmentos, de modo que a transformação se torna um imperativo ético. Em outras palavras, a “verdade” de um determinado sistema de eticidade é negada a partir da impossibilidade de vida digna para estratos oprimidos (DUSSEL, 2012, p. 314). Notamos, então, que para Dussel a existência da vítima é a própria refutação da verdade do sistema (DUSSEL, 2012, p. 375) e, sendo assim, “o sistema que em sua reprodução impede o desenvolvimento humano deverá ter na razão crítica a exigência de sua transformação” (LUDWIG, 2015, p. 121). É por essa razão que, em última instância, na América Latina a deslegitimação do sistema penal e a falsidade do discurso jurídico que lhe ampara podem ser verificadas eticamente por meio do fato morte. Para Raúl Zaffaroni (2001, p. 39), é a

consciência ética que faz o intérprete transcender a totalidade do discurso jurídico-penal sedimentado e o impede de escamotear ou ignorar a magnitude do fato morte que demonstra que na realidade marginal a deslegitimação é manifesta.

Fica claro, portanto, que a fundamentação ética do Direito Penal não precisa e nem pode ser vazia de significado ou inerentemente subjetiva, ao gosto do intérprete. Para Zaffaroni, ela decorre do “milagre” de se estar vivo em um quadro de circunstâncias que fomentam a morte e o genocídio em marcha. Estar vivo e enquadrar-se em um lugar de fala privilegiado do ponto de vista do discurso jurídico-penal, isto é, ter condições de influir em seus rumos, para o autor, significa simplesmente o dever de fazê-lo, o dever de insurgir-se com o que está posto, tendo a vida humana como norte (ZAFFARONI, 2001, p. 153).

Tanto o realismo marginal quanto a ética da libertação de Dussel, portanto, conferem à vida humana uma condição de destaque, clamando pela negação do estatuto de legitimidade dos diversos sistemas que produzem mortes como consequência insofismável, bem como dos lineamentos discursivos que os amparam. Trata-se, portanto, de um eixo de conexão inicial entre ambos os corpos teóricos e julgamos que percorrer essa via é uma das tarefas inadiáveis de um novo penalismo. É, além disso, uma via alternativa para se conceber as relações entre ética e Direito Penal, sem desconsiderar as preocupações de autores como Ferrajoli, como já destacado, mas também sem incorrer em imobilismos que, querendo ou não, podem servir para interditar o debate.

5. O REALISMO MARGINAL E NOVO PACTO ÉTICO: DOIS MODOS DE CONCEBER A INTERSECÇÃO ENTRE A ÉTICA E O DIREITO PENAL

Apesar de termos inicialmente explorado essa aproximação, a associação de concepções ético-morais ao poder punitivo é visível em alguns dos momentos mais nefastos da história do Direito Penal, tornando-o persecutório e altamente substancialista, como na política criminal nazifascista, segundo fundamentos propostos pelo grande dogmático alemão Edmund Mezger (MUÑOZ CONDE, 2005). Certamente não é esse o caminho que desejamos percorrer, da mesma forma que a proposta de pacto ético que aqui se sugere em nada se assemelha àquilo que Zaffaroni chama de “*antiga*” *etização do Direito Penal*, fundamentada por alguns autores, com destaque para Hans Welzel. Segundo Zaffaroni, a antiga etização diz respeito à atribuição de uma “função pedagógica” ao controle penal, mediante a qual caberia ao ordenamento jurídico-penal assegurar a conservação de valores ético-sociais considerados fundamentais (ZAFFARONI, 2001, p. 109).

De acordo com Silva Sánchez (1992, p. 300-301), parece difícil negar que no plano da realidade (fático) o Direito Penal exerce sobre a sociedade uma função ético-social, que também pode ser chamada de força configuradora de costumes. Portanto, para o autor, se admitido este ponto de vista, o que interessa investigar é a legitimidade e a extensão dessa influência e não a sua existência. Silva Sánchez considera que essa função pode ser comprovada com transcorrer de tempo de um processo de criminalização ou descriminalização e provavelmente tem relação com a estreita vinculação entre a matéria penal e os valores éticos fundamentais. De acordo com a perspectiva proposta por Welzel, o Direito Penal representa o “mínimo ético” da comunidade, composto pelas convicções mais profundas e geralmente compartilhadas em seu seio (SILVA SÁNCHEZ, 1992, p. 300). Para ele, o delito não lesiona ou põe em perigo somente um bem jurídico, mas também constitui uma infração da ética social (CEREZO MIR, 2004, p. 17). Importante referir que Welzel não nega a função de proteção de bens jurídicos, apenas lhe atribui uma característica subsidiária face à função ético-social. A proteção de bens jurídicos efetivamente se dá, para ele, através e por meio da tutela de valores elementares ético-sociais da ação (WELZEL, 1956, p. 5).

Welzel fundamenta sua posição por meio da conexão entre Direito Penal e valores elementares da ética social e, inclusive, considera que a função ético-social é muito mais eficaz (no campo político-criminal) do que a clássica função de proteção de bens jurídicos, enquanto meio de defesa da sociedade e luta contra o delito. Segundo o autor, com isso é assegurada a vigência dos valores ético-sociais positivos, como o respeito à vida, à saúde, à propriedade etc. São valores que consistem em uma atitude de conformidade ao Direito e que constituem o substrato ético-social das normas de Direito Penal. Portanto, a função do Direito Penal seria assegurar a validade inviolável desses valores, mediante a ameaça e aplicação de penas para ações que afrontam de modo significativo valores fundamentais da vida humana. Assim, por exemplo, ao assegurar o respeito pela personalidade humana, o Direito Penal protege a vida (WELZEL, 1956, p. 2-3).

Sendo assim, a função primária do Direito Penal, para Welzel, não é a proteção de bens jurídicos (como a propriedade e a vida), pois sua intervenção é tardia. Acima da proteção de bens jurídicos concretos se encontra a missão de assegurar a validade real (a observância) dos valores de atuar conforme o pensamento jurídico, que constitui o mais sólido fundamento sobre o qual se sustentam o Estado e a sociedade (WELZEL, 1956, p. 3). De acordo com o penalista alemão, o mero amparo de bens jurídicos tem somente uma finalidade negativo-preventiva, policial-preventiva. O papel mais profundo que cabe ao Direito Penal é de natureza positiva, ético-social: ao estabelecer sanções aos afastamentos mais manifestos

dos valores fundamentais do pensamento jurídico, o Estado exterioriza, da forma mais ostensiva que dispõe, a validade inviolável de tais valores, formando o juízo ético-social dos cidadãos e fortalecendo seu sentimento de permanente fidelidade ao Direito (WELZEL, 1956, p. 3-4).

Conforme Garcia-Pablos de Molina, essa função pedagógica, ou ético-social, representa o intento profundo e ambicioso de incidir sobre a própria consciência do cidadão, reforçando as proibições penais, tidas como um mínimo-ético do qual o Direito Penal não poderia abrir mão, e dessa forma se poderia prevenir o delito (GARCIA-PABLOS DE MOLINA, 1995, p. 43). Para Welzel, o Direito deve exercer influência sobre a consciência dos cidadãos e sobre os costumes, fazendo valer a sua força sobre os instintos egoístas, sendo essa uma das missões fundamentais de todo o Direito, quem dirá do Direito Penal e do Direito Público (WELZEL, 1956, p. 5). Com efeito, segundo Cerezo Mir – o mais destacado defensor desta posição na Espanha –, há uma intenção clara de estimular o respeito aos bens jurídicos, buscando obrigar os cidadãos e influenciar suas consciências, inclusive, apelando a seus interesses egoístas por meio de coação (CEREZO MIR, 2004, p. 17). Outros autores, como Mayer, Jescheck, Marauch e Stratenwerth, também defenderam essa posição, ainda que a partir de outros pressupostos. Para Garcia-Pablos, ainda que possa ser discutida a sua validade enquanto fundamentação *teórica*, o fato é que o Direito Penal muitas vezes exerce na prática uma força criadora de costumes, conformando uma espécie de pedagogia social (GARCIA-PABLOS DE MOLINA, 1995, p. 48). Os processos político-criminais de neocriminalização são, eles próprios, em alguma medida, formas de estabelecimento de uma moral, de uma ética em determinado sentido. Este é o caso, evidentemente, de boa parte das infrações contra o meio ambiente, como refere Silva Sánchez (1992, p. 302).

Mesmo admitindo que o ordenamento penal, em alguma medida, exerce um caráter ético-social, que se reflete na criação e configuração de determinados costumes, Garcia-Pablos questiona o quão legítimo pode ser atribuir programaticamente ao controle penal tal tarefa em uma sociedade plural (GARCIA-PABLOS DE MOLINA, 1995, p. 43). Conforme o autor, ao poder punitivo estatal não pode ser conferida a tarefa de moralizar os cidadãos nem melhorar a ética social, especialmente em circunstâncias democráticas. Quando muito, seriam funções cabíveis a outras instâncias. Um exercício dessa espécie caracterizaria uma ingerência abusiva e imprópria do controle punitivo, representando um verdadeiro perigo, pois confundiria as fronteiras entre direito e moral. Além disso, é inegável o potencial expansivo do poder punitivo que se verifica nesse discurso (GARCIA-PABLOS DE MOLINA, 1995, p. 48).

Penalistas cujo discurso não é remotamente tão incisivo quanto o de Zaffaroni pensam dessa forma. É o caso de Silva Sánchez, que considera que não é aceitável que, em um Estado Democrático de Direito, o Direito Penal tenha a pretensão de exercer influência sobre a consciência dos indivíduos, interferindo e modificando seus valores e crenças (SILVA SÁNCHEZ, 1992, p.303). Com efeito, trata-se de algo que perigosamente se aproxima da vocação totalitária de regimes como o Nazista e o Fascista, onde se esperava lealdade do cidadão ao Estado acima de tudo. Há um deslocamento de enfoque onde evitar o resultado passa a ser menos importante do que buscar uma modificação das atitudes dos cidadãos diante dos valores exigidos pelo Direito (GARCIA-PABLOS DE MOLINA, 1995, p. 49). Como aponta Silva Sánchez, a atribuição dessa função ao Direito Penal pode prejudicar, inclusive, o surgimento de uma ética civil. Como se isso não bastasse, os processos de descriminalização poderiam conduzir a equívocos, onde o que não tem relevância penal poderia ser considerado ética e moralmente aceitável, simplesmente porque não é punido com uma pena. Para Garcia-Pablos, a função ético-social não é nada além do que uma manifestação da *função promocional*, que alguns autores atribuem, sem fundamento algum, ao Direito Penal. Sem fundamento porque o Direito Penal não é responsável pelo desenvolvimento social e nem tampouco o baluarte moral da sociedade. Ainda que uma melhora nos níveis éticos da sociedade seja necessária e que ela possa conduzir a uma redução significativa nas taxas de criminalidade, não corresponde ao Direito Penal tal missão (GARCIA-PABLOS DE MOLINA, 1995, p. 49).

Essa problematização certamente é compartilhada pelo próprio Ferrajoli (ao menos é o que se depreende de sua crítica à chamada *prevenção geral positiva*), que aduz que um Direito Penal que parta do legado do liberalismo político não pode admitir uma intromissão na subjetividade dos sujeitos (FERRAJOLI, 2014, p. 256). Além disso, Raúl Zaffaroni afirma enfaticamente que essa antiga etização obviamente não pode ser sustentada, mormente diante da deslegitimação evidente dos sistemas penais da América Latina (ZAFFARONI, 2001, p. 211) que simplesmente atuam como vetores de um genocídio e não como agentes de uma suposta pedagogia ética.

No entanto, a nova etização, isto é, o novo pacto ético ao qual nos referimos, não se refere às pessoas envolvidas nos conflitos criminalizados, mas serve como prescrição ética dirigida à própria agência judicial e seus operadores, mas também aos programadores doutrinários, conforme argumenta Zaffaroni (2001, p. 212). O conteúdo dessa nova etização só pode estar na redução da violência, de modo a satisfazer a necessidade de preservação da vida ante um sistema de morte. Conforme o autor, o novo modelo de fundamentação ética para o Direito Penal

“implica projetar um exercício de poder em contradição com o sistema penal” (ZAFFARONI, 2001, p. 214), enquanto totalidade que impede e prejudica a vida plena de grandes segmentos populacionais. Temos aqui frequências antagônicas: ao passo que a antiga etização comunga do ideal de utilidade da pena (apenas realoca suas coordenadas, dotando o poder punitivo de um objetivo pedagógico que supostamente poderia ser atingido), a nova etização apenas devolve aos operadores (mediatos ou imediatos) do sistema penal a responsabilidade pelos seus atos e o resultado de suas ações, tornando a produção de cadáveres um horizonte inaceitável contra o qual a práxis jurídico-penal deverá se insurgir.

6. CRÍTICA ÉTICA AO UTILITARISMO REFORMADO: INSURGÊNCIA CONTRA O JUSTIFICACIONISMO DE FERRAJOLI

Entre os incontáveis elementos teóricos trazidos pelo discurso jurídico-penal sedimentado e especialmente pelo utilitarismo reformado de Luigi Ferrajoli, quais serão aqueles sobre os quais a racionalidade ética deverá urgentemente projetar um feixe de crítica? Imaginamos que o campo de projeção da crítica ética para o Direito Penal é vasto e percorrê-lo certamente extrapola as possibilidades deste texto. Entretanto, a nosso ver, há que se dirigir com urgência o arsenal ético-crítico contra um constructo discursivo legitimante do quadro de mortes instaurado em nossa realidade periférica: a teoria de justificação da pena insculpida no modelo de Ferrajoli.

Como já dissemos, a justificação do castigo em Luigi Ferrajoli se dá a partir de duas funções às quais a pena supostamente poderia satisfazer: a prevenção de delitos, mediante uma coação psicológica como formulado por P. J. Anselm von Feuerbach (prevenção geral negativa), e a prevenção de vinganças e castigos arbitrários que teriam lugar caso o Estado não impusesse uma pena regrada, precedida pelo devido processo legal. Ao formular essa dupla finalidade, Ferrajoli encara que ambas satisfazem um princípio lógico conhecido como *Lei de Hume*, que proíbe o intérprete de deduzir juízos prescritivos (referentes ao “dever ser”) de constatações fáticas (relativas ao “ser”) e vice-versa. Dito de outra forma: para Ferrajoli a Lei de Hume é o *critério lógico-formal* a partir do qual se opera a justificação ou desqualificação de uma determinada função que se atribui à pena. O intérprete não está livre para deduzir à eficácia da pena a partir de uma função idealizada (falácia normativista), como também não o está para deduzir uma possível função para a pena a partir de um juízo fático quanto ao seu real funcionamento (falácia naturalista). A única exceção à falácia naturalista admitida pelo autor seria a constatação da impossibilidade fática de a pena atingir um

determinado objetivo e para Ferrajoli, ao que parece, esse é o único caso em que a crítica criminológica (que costuma se situar na verificação das funções reais do sistema penal) poderia surtir efeito e refutar desde um ponto de vista externo a atribuição e justificação de uma determinada função para a pena, pelo discurso jurídico-penal.

Elena Larrauri argumenta que a exceção à Lei de Hume exposta por Ferrajoli, é uma tarefa impossível de levar a cabo. Ora, de que modo, questiona a autora, pode a crítica criminológica comprovar que uma determinada finalidade – como as de coação psicológica e prevenção de vinganças privadas – está fora do alcance do poder punitivo quando o debate se dá nos termos ditados pelo neopunitivismo? Para argumentos de cunho “eficientista” a ineficácia preventiva da pena de prisão estará sempre associada à suposta aplicação diminuta desta, o que leva a autora a manifestar ceticismo diante da proposição de Ferrajoli (LARRAURI, 2005, p. 16). A exceção admitida por ele para que se escape à falácia naturalista simplesmente não prospera, criminologicamente falando, já que é impossível saber quando nos encontramos frente a um objetivo apenas ainda não realizado ou que jamais poderá ser realizado, a depender das circunstâncias (LARRAURI, 2005, p. 34). Larrauri adverte que ainda que tenhamos sucesso em demonstrar que a pena não previne, é simplesmente inviável, nos moldes que quer Ferrajoli, confrontar o argumento tipicamente eficientista de que isso se deve a uma aplicação deficiente. Para a autora, é incompreensível que não se possa extrair da constatação de que a pena não previne a sua deslegitimação, segundo teorias que a justificam precisamente em virtude de sua suposta capacidade preventiva (LARRAURI, 2005, p. 33).

A nosso juízo a chamada Lei de Hume é a espinha dorsal da teoria de justificação da pena em Ferrajoli. Aliás, para Salo de Carvalho é em nome dessa assepsia metodológica que o discurso jurídico-penal se cala frente ao grande encarceramento contemporâneo. Segundo o autor, esse discurso encontra-se escravo das demandas neopunitivas precisamente pela opção do silêncio comodista que recusa a crítica criminológica, neutralizada de imediato pela Lei de Hume, encarando a deslegitimação externa como uma falácia naturalista (CARVALHO, 2013, p. 148-149). Para o autor, mesmo que de forma não explícita, o real funcionamento das agências do sistema penal é inescrupulosamente excluído das problematizações dogmáticas (CARVALHO, 2013, p. 161),

Logicamente, essas propostas de desacordo entre a crítica externa criminológica e a construção do discurso do Direito Penal não representam a totalidade dos penalistas. Para Nilo Batista, por exemplo, não há razão para que se promova qualquer espécie de cisão entre os saberes criminológico e jurídico-penal.

Trata-se, aliás, de uni-los evitando que o Direito Penal manifeste “um desprezo olímpico pela realidade” que leva “a um intencional isolamento”, pois, para o autor, “*ser e dever ser* relacionam-se como fato e valor, numa relação de totalidade dialética [...] e por essa perspectiva o saber criminológico e o saber jurídico-penal comunicam-se permanentemente” (BATISTA, N., 2011, p. 28), o que nos parece uma postura muito mais condizente com o ideal ético de um Direito Penal voltado à emancipação das vítimas produzidas por um sistema de sofrimento e morte.

Em resumo: a nosso ver, uma desconstrução do modelo de justificação da pena de Ferrajoli necessariamente requer uma crítica ao princípio lógico-formal que o sustenta e é precisamente nessa esfera que uma leitura ética mostra o seu valor. Já dissemos que a ética, para Enrique Dussel, estrutura-se a partir da vida humana, como modo de realidade do sujeito ético e o preço a se pagar é, eticamente, a preservação da vida humana em qualquer circunstância, o que, a nosso juízo, determina a imediata deslegitimação de qualquer modelo ético, jurídico-positivo ou teórico, que negue a vida e seu pleno desenvolvimento comunitário, em qualquer um de seus aspectos. Partindo dos aportes da neurobiologia de Humberto Maturana, Dussel identifica nas funções superiores do cérebro humano a razão de termos passado de uma mera natureza biológica ou social pré-linguística a uma existência ética. Para o autor, o acúmulo empírico fornecido por esse campo nos últimos anos é capaz de demonstrar que a evolução produz, em nível cerebral, condições aptas a fundamentar dialética e materialmente o fenômeno da ética (DUSSEL, 2012, p. 105-106). Sob esse viés, o autor chega mesmo a opor uma crítica contundente ao argumento da falácia naturalista, da qual Ferrajoli e seu modelo de minimalismo penal procuram distanciar-se a todo tempo:

“Esta falácia, [...] como exercício da razão formal, abstrata e instrumental, indica com razão que não é possível deduzir juízos de fatos, por derivação lógico-analítica, juízos normativos. Penso que a objeção agora perde sua evidência, e tornar-se-ia uma falácia redutiva, caso se tentasse a ‘passagem’ por fundamentação material (de conteúdo) de um juízo de fato a um juízo normativo, num plano concreto, sob o exercício do que denominamos razão prático-material, neste caso já não há *dedução* analítica, mas *fundamentação* dialética por conteúdos, e exige o desenvolvimento de outros aspectos lógicos materiais em geral mal estudados. Com efeito, sendo o sistema avaliativo-afetivo um momento constitutivo do funcionamento cerebral, sistema que cumpre com as exigências da reprodução e desenvolvimento da vida do sujeito humano, este sistema realiza continuamente a ‘passagem’ de juízos de constatação, descritivos ou de fato (‘Isso é veneno’) para juízos de ‘dever-ser’ (‘Não devo comer isto’), como mediações necessárias e obrigatórias para o ‘ser’

vivente, sob pena de suicidar-se culpavelmente (porque aqui estamos sempre falando do ‘ser’ humano). Da mesma maneira, se falo: ‘tenho sede’, trata-se de um enunciado descritivo. O ser humano, como vivente, precisa beber líquidos potáveis para viver; se não conseguisse beber nenhum líquido, morreria. O sistema avaliativo cerebral, como sistema de alarme julga a situação de ‘sede’ como de ‘perigo’ para a existência da vida, e enuncia: ‘Eu devo beber líquidos’ para sobreviver. Enquanto exigência subsumida num sistema avaliativo, que é também e sempre racional, ético-cultural, o enunciado descritivo vital humano se torna normativo: é um dever” (DUSSEL, 2012, p. 106-107).

No trecho retrotranscrito, Dussel está tratando da passagem dos enunciados descritivos aos normativos, único meio que o permite desenvolver o princípio ético material universal (momento prescritivo, de “dever ser”) que se fundamenta a partir do critério ético material universal (momento assertivo, relativo ao “ser”) localizado na produção, reprodução e desenvolvimento da vida humana de cada sujeito ético em comunidade, como já dissemos. Assim, o autor propõe que a Lei de Hume, que aparentemente poderia vedar essa pretensão – por não aceitar a derivação de enunciados normativos ou prescritivos a partir de constatações fáticas ou descritivas (a chamada falácia naturalista) –, se situa num nível lógico-formal abstrato; entretanto, a sua ética situa-se, por sua vez, em *nível prático-material*, razão porque merece um desenvolvimento livre das amarras desse postulado metodológico (DUSSEL, 2012, p. 138):

“Quer dizer, sobre o ‘há vida humana’ pode-se ‘fundamentar’ (racional, prático-material e reflexivamente) o *dever-ser* ético (que pode ser emitido como ‘enunciado normativo’ ou ‘juízos éticos de realidade’), com pretensão de verdade, como exigências deonticas de produzir, reproduzir e desenvolver a própria vida do sujeito ético. A partir do *ser-vivente* do sujeito humano pode-se fundamentar a exigência do *dever-ser* da própria vida, e isso porque a vida humana é reflexiva e autorresponsável, contando com sua vontade autônoma e solidária para poder sobreviver. Eis aqui a fragilidade, mas ao mesmo tempo a necessidade da ética, em seu nível deontico, como normativa! Se a humanidade perdesse essa consciência – e parece que está perdendo, como se pode verificar na insensibilidade diante do assassinato do Outro, diante da miséria da maioria de seus membros no Sul do planeta Terra – poderia precipitar-se nem suicídio coletivo. O *viver* transforma-se assim de um *critério* de verdade prática numa *exigência* ética: no *dever-viver* (DUSSEL, 2012, p. 141.)

Fica claro, portanto, que para a ética como a concebe Dussel, “a *passagem* do juízo de fato material ao juízo normativo é feita pela razão prático-material que funda a ‘obrigação’ ética na ‘necessidade’ biológico-cultural” (DUSSEL, 2012,

p. 142) de preservar e desenvolver a vida humana em plenitude. Portanto, a partir de uma crítica ética, o Direito Penal não somente pode como *deve* ultrapassar as limitações impostas pelo argumento da suposta falácia naturalista, e deve fazê-lo como *condição para uma práxis jurídica que intente salvar vidas*, na linha de uma teleologia realista marginal. Se a vida humana como modo de realidade do sujeito cobra sentido ético ao obrigar-nos a preservá-la e desenvolvê-la plenamente de acordo com as condições históricas das quais partimos, é evidente que isso pressupõe ultrapassar e julgar negativamente elementos e aportes teóricos que não favoreçam o princípio ético material de Dussel ou que favoreçam o fato morte.

É por meio desse caminho que deverá trilhar a crítica ética ao utilitarismo reformado: arrancando do discurso jurídico-penal funções jamais realizadas pela pena e missões tutelares designadas ao controle penal, eis que a justificação do poder punitivo em Ferrajoli “não raro traveste um problema valorativo (ideológico) de assunção do paradigma de prevenção sobre uma máscara de impedimento empírico (problema fático)” (GLOECKNER; AMARAL, 2013, p. 65). Para Carlés, um modelo realista e marginal de Direito Penal mínimo orientado de acordo com as particularidades da América Latina não pode deixar de levar os pressupostos da crítica até as suas últimas consequências (CARLÉS, 2012, p. 265). Trata-se de uma exigência ética, somente satisfeita a partir da *crítica criminológica* que não cansa de demonstrar não apenas a ineficácia do sistema penal, mas a sua função concreta, produtora de vítimas e de cadáveres. Mas contornar as amarras da Lei de Hume é apenas metade do caminho. Por honestidade intelectual cabe direcionar uma crítica ética aos dois horizontes de justificação da pena em Ferrajoli e nesse particular o acúmulo criminológico crítico nos proporciona elementos mais do que suficientes.

6.1. A refutação ética da prevenção geral negativa

No que diz respeito à prevenção geral negativa, o discurso de justificação de Ferrajoli padece de enormes dificuldades. Por exemplo, Gloeckner e Amaral identificam na antropologia que subjaz essa tese (a ideia de *homo economicus*) o problema de desconsiderar a inexistência de autocontrole absoluto por parte dos sujeitos. Ainda, conforme os autores, o medo da coação não é um fator incondicional e equânime, mas algo que depende de variáveis que nada tem a ver com a pena em si, como a personalidade dos sujeitos a quem se dirige o contra impulso dissuasório (GLOECKNER; AMARAL, 2013, p. 63). Para Elena Larrauri, a prevenção geral negativa traduz uma concepção simplificada de ser humano, que ajuda a mascarar a ineficácia preventiva da pena em casos como quando o sujeito

não obtém recompensas suficientes para uma atitude de conformidade, acredita que não sofrerá a pena devido ao acúmulo de experiência prática em uma dada modalidade delitiva ou mesmo quando assume a possibilidade de sofrer a pena, mas a encara como um preço a ser pago (LARRAURI, 2005, p. 27).

Segundo Larrauri, ainda, o núcleo de verdade empírica que se extrai da tese preventista geral radica no fato de que o comportamento humano pode ser modificado em virtude de incentivos externos. Entretanto, dessa premissa não se extrai a necessidade irredutível da ameaça penal, já que os desincentivos podem partir de medidas preventivas, como as de caráter educativo ou mesmo ações de prevenção situacional (LARRAURI, 2005, p. 29). Para a autora, outro aspecto da crença na prevenção geral negativa está presente na ideia de que se a ameaça de pena nos intimida, intimidará a todos. Entretanto, cabe refletir que essa dinâmica de pensamento oculta a internalização de normas de cunho ético ou moral, dando a entender que a coação penal seria o único vetor de controle social do desvio. Curiosamente, ressalta a autora, quando nos perguntam o motivo de não termos praticado uma determinada conduta delituosa, tendemos a apresentar razões morais, mas, quando a pergunta se refere aos demais, manifestamos a crença de que só não delinquem por causa da ameaça de pena (LARRAURI, 2005, p. 29-30), o que já serve para demonstrar o credo punitivo diluído no senso comum.

Como observam Zaffaroni et al., o

“[...] discurso parte da ilusão de um *pan-penalismo* jurídico e ético, que *confunde o efeito do direito em geral e de toda a ética social com o do poder punitivo*: em suma, tal discurso identifica o poder punitivo com a totalidade da cultura” (ZAFFARONI et al., 2013, p. 118).

Além disso, se optamos por considerar a pertinência desse núcleo de veracidade da teoria, há que se atentar para a produção de efeito reverso, igualmente plausível. Segundo os autores, sabendo que a criminalização secundária opera apenas nas obras toscas da criminalidade – as exceções só comprovam a regra, é bom que se diga –, é de se notar que a pena poderia estimular o aperfeiçoamento na execução de uma determinada modalidade de delito, ao invés de incidir de maneira a desestimular seu cometimento (ZAFFARONI et al., 2013, p. 117).

Apesar das críticas mencionadas, a engenhosidade da tese preventista geral está em tornar essa função a mais perfeita das ideologias penais, já que empiricamente não pode ser totalmente comprovada e nem desmentida totalmente e como consequência sempre se pode ressuscitá-la para justificar a intervenção punitiva (LARRAURI, 2005, p. 29). A prevenção geral negativa não pode ter sua eficácia submetida à verificação por uma série de razões, sendo que a primeira

delas diz respeito ao próprio desconhecimento social quanto às proibições penais. Ora, se para prevenir o delito a norma penal necessita ser conhecida ou ao menos intuída socialmente, fica claro que contra o imenso catálogo de tipos penais que não correspondem às proibições sociais emanadas de normas morais (como os óbvios delitos contra a vida, a propriedade ou a integridade física) a ameaça de pena oferece pouca ou nenhuma serventia. Além disso, quanto aos delitos que costumeiramente permanecem no campo da *cifra obscura* e sequer chegam a enfrentar a criminalização secundária, a capacidade preventiva da pena é nula, nos moldes da prevenção geral negativa (LARRAURI, 2005, p. 26).

Se demonstrar a eficácia da pena para a função de prevenção geral negativa já é difícil, conforme Larrauri, a prova da sua ineficácia é impossível de ser obtida, especialmente quando se soma ao problema a necessidade de demonstrar que a ausência de pena não implicaria o aumento de vinganças extrapenais, de tipo privado. Desse modo, a autora adverte sobre uma contradição intrínseca ao pensamento de Ferrajoli, na medida em que seu sistema de justificação foi pensado para projetar uma legitimidade *a posteriori*, ou seja, quando estivesse minimamente satisfeita a exigência de comprovação empírica da eficácia da pena, o que não ocorre de fato com relação à prevenção geral negativa. Sendo assim, indaga a autora, a pena não restaria deslegitimada em virtude de não dar mostras de seu potencial preventivo e utilitário? Estranhamente Ferrajoli desconsidera essa crítica, apesar de admitir a impossibilidade quanto ao cálculo da eficácia da pena nessas situações (FERRAJOLI, 2014, p. 312), o que sem dúvida expõe uma incongruência de seu modelo, conforme sugere Larrauri (LARRAURI, 2005, p. 32).

Zaffaroni et al. também consideram que no plano político a justificação da pena nos moldes da prevenção geral negativa se mostra perigosa ao intento de consolidação do Estado de Direito. Conforme os autores, a dissuasão total é simplesmente ilusória, de modo que, seguindo essa caminhada, o fim da linha seria a pena de morte para todos os delitos (o que, por si só, já seria o suficiente para descartarmos essa tese, já que a utopia que nos inspira é uma ética *da vida*, como dito), menos porquê dessa forma se alcançaria a dissuasão do que pelo fato de que assim se esgotaria o conjunto de respostas penais capazes de produzir ameaça ao futuro delinquente. É de se notar que essa consequência ressuscita a arquitetura do Estado Absolutista, enquanto uma técnica de poder apta a edificar uma ordem calcada na obediência incondicional dos súditos (ZAFFARONI et al., 2013, p. 119). Entretanto, justiça seja feita ao modelo de Ferrajoli, já que o autor reconhece essa tendência e chega mesmo a mostrar-se preocupado, a ponto de elencar um segundo parâmetro utilitário para a pena que, a seu ver, satisfaz o crivo da

Lei de Hume e seria – em tese – capaz de dosar as tendências arbitrárias da coação psicológica (FERRAJOLI, 2014, p. 308-309). Trataremos dele na sequência.

6.2. *A refutação ética da função de prevenção de violências arbitrárias*

De modo similar, a tese ferrajoliana de que caberia à pena prevenir focos de violência privada (justamente o traço distintivo entre o seu utilitarismo penal reformado e o supostamente “incompleto” utilitarismo penal ilustrado) também não prospera em razão da ineficácia do poder punitivo para esse intento. Antes de apontarmos as dificuldades de justificação da pena na esteira dessa função, necessitamos problematizar a própria noção de Ferrajoli acerca do objeto preventivo atribuído a pena nesse caso. Elena Larrauri deixa claro que não compartilha da análise histórica contida na obra de Ferrajoli, no que se refere à transição para a modernidade penal, que para o autor significaria a troca de um sistema de “vingança privada” em favor de uma “pena pública”, ditada pelas opções axiológicas do garantismo-utilitarismo ilustrado. Contrariando o consenso iluminista, a autora demonstra que a própria ideia de que a chamada “vingança privada” significaria apenas um conjunto de respostas punitivas sangrentas, proscritas a partir da Era Moderna, se afigura simplista e não condiz com um juízo histórico complexo. Para a autora, equiparar as penas privadas às “vinganças de sangue” é um equívoco histórico, já que a possibilidade de matar o ofensor não era a única opção do catálogo de penas dos tempos pré-modernos (inclusive era proibida dependendo da natureza da ofensa e da envergadura social do ofensor), havendo possibilidades reparatórias e compensatórias que não foram consideradas seriamente por Ferrajoli (LARRAURI, 2005, p. 18-19).

Conforme a autora, ainda, a presunção de Ferrajoli de que a troca da “vingança privada” para a “pena pública” – e inclusive a insistência do autor em separar a todo custo essas duas categorias, fazendo apologia da segunda como se representasse a superação inegável da primeira – significou uma diminuição da violência e um progresso na racionalização das práticas punitivas é no mínimo questionável. Nesse sentido, é mais pertinente reconhecer que em ambos os casos o que se vislumbra são respostas mais ou menos brutais a depender do contexto histórico e não do titular do exercício punitivo. Em suma: o Estado, mesmo praticando a pena pública, consegue por vezes superar os índices de brutalidade da imaginação punitiva medieval, levando a cabo atrocidades impensáveis em escala simplesmente impossível, mesmo para o mais feroz vingador pré-moderno (LARRAURI, 2005, p. 20).

Ao que parece, o discurso de Ferrajoli recusa-se a reconhecer a barbárie como um componente da própria civilização ilustrada, imputando-a a outros tempos,

juízo histórico que não se sustenta em face de um olhar mais complexo. De fato, a realidade latino-americana é a comprovação de que o aparelho estatal pode ser utilizado para uma produção sistemática e massiva de cadáveres. Ademais, a tese implícita da evolução das penas a partir da modernidade, presente em Ferrajoli, não considera que a própria expropriação do poder de punir – tão celebrada pelo autor – não foi um processo inocente, reativo e pacífico, mas sim uma tendência que favoreceu os interesses das classes dirigentes europeias (monarquias absolutistas), que precisavam concentrar o poder frente à nobreza local, ao campesinato ou ao corpo eclesiástico. A concentração do monopólio da violência nas mãos do soberano foi um processo conflituoso e violento, voltado muito mais à satisfação dos interesses dos Estados Absolutistas do que à pacificação e justiça universal (LARRAURI, 2005, p. 20-21).

Transpondo o foco para a realidade atual, conforme Larrauri, os exemplos que dispomos acerca da permanência da vingança privada tão temida por Ferrajoli não contribuem para a tese de que o poder punitivo sirva para limitá-la. Pensando a partir dos estudos de Steinert, com foco na sociedade norte-americana, a autora aponta que é justamente nos Estados em que a pena de morte está prevista e é aplicada onde se registram as taxas mais altas de linchamentos, por exemplo, o que sugere que a ânsia punitiva não necessariamente mantém uma correlação tão simples com o desempenho do sistema penal. A seu juízo, portanto, a presunção de que a pena evita vinganças privadas parece ignorar que a hipótese contrária de que as demandas por punição se moldam de acordo com a resposta do sistema penal é igualmente plausível. Além disso, a demanda por severidade penal se dá geralmente por parte de pessoas e grupos que não necessariamente são diretamente vitimados pelos delitos contra os quais se insurgem (LARRAURI, 2005, p. 22-23).

A crença que transparece na obra de Ferrajoli é a da total aptidão da pena para prevenir esse tipo de manifestação (lembramos que, para o autor, se a prevenção geral negativa é questionável devido às dificuldades de sua verificação, a prevenção dessa classe de violência é simplesmente um dado irrefutável). No entanto, nos empenharemos em elevar o grau de complexidade do fenômeno dos linchamentos para ver o que remanesce da justificação do autor. A nosso ver, a presunção de Ferrajoli quanto à eficácia da pena para essa espécie de prevenção implica outra crença correlata, precisamente a de que, na ausência de pena, os rituais de linchamento poderiam se disseminar de forma insustentável para uma cultura jurídica que preze as garantias cidadãs e os direitos fundamentais. No entanto, essa crença parece simplificar demasiado o fenômeno em questão, já que não há evidências conclusivas sobre as suas causas, ou seja, os estudos sociológicos

ainda trabalham no campo das hipóteses. Aliás, a ideia de que a não incidência do poder punitivo em todos os casos de desvio constatados daria lugar a esse tipo de ritual simplesmente não prospera, pois as evidências empíricas sugerem que os linchamentos ocorrem em determinadas classes de crimes, mas são raríssimos em outras (MARTINS, J. S., 2015, p. 51-52).

O sociólogo José de Souza Martins desenvolve uma hipótese explicativa mais sofisticada: até pode haver um componente de ceticismo social quanto ao alcance do poder punitivo (ou, o que dá no mesmo, ceticismo com relação às agências do sistema penal) contra os desviantes, mas não se está diante de uma causa capaz de explicar o fenômeno do justicamento popular isoladamente (MARTINS, J. S., 2015, p. 92), o que já serve para abalar os alicerces do argumento de Ferrajoli. Para Martins, é mais certa a suposição de que o “mal” que representa determinados desvios sobre os quais recai a fúria popular simplesmente não pode ser reparado pelas instituições formais, o que inclui o sistema penal; isso estaria para além de sua capacidade, conforme a ótica popular. Ainda, a tese do ceticismo comunitário quanto ao funcionamento das agências penais não explica, por exemplo, a grande quantidade de linchamentos que ocorrem em presídios ou estabelecimentos carcerários (MARTINS, J. S., 2015, p. 94), situações em que a justiça penal formal evidentemente está atuando e não é omissa. Para o autor, certamente existe uma postura popular cética, em grande parte por conta do apelo midiático com relação a algumas modalidades criminais (não todas, vale notar), mas isso não está na raiz do fenômeno, podendo ser, quando muito, um fator correlato (MARTINS, J. S., 2015, p. 96).

Poderia se objetar que a pena estatal (ou melhor, a sua ausência) não precisaria estar correlacionada ao fenômeno, pois a sua justificativa, na esteira da prevenção de violências arbitrárias, residiria simplesmente no fato de que ela separa o criminalizado do meio social e, dessa forma, o preserva do furor popular, mas tal premissa simplesmente não leva em conta que na periferia do sistema-mundo as condições da execução penal simplesmente não alcançam esse intento, sendo que, entre nós, a pena é provavelmente o meio mais seguro de um sujeito sofrer toda sorte de abusos em seus direitos fundamentais se comparado com a possível ação de multidões enfurecidas. Entre nós, é muito difícil imaginar um caso em que a pena privativa de liberdade efetivamente constitua um “mal menor” ou o “mínimo mal estar necessário” aos desviantes, o que, nos parece, prejudica a intenção de justificá-la *a posteriori*, como quer Ferrajoli.

A resposta de Ferrajoli quando busca matizar essa deficiência de sua teoria de justificação projetando atenção para as reações arbitrárias de tipo policial – isto é, perpetradas por agentes estatais – supostamente evitadas pela pena pública nos moldes de seu utilitarismo reformado (FERRAJOLI, 2008, p. 509), padece,

conforme Larrauri (2005, p. 23-24), de três aporias: em primeiro lugar, o argumento não parece válido para salvar sua teoria de justificação da pena por que se trata apenas de substituir uma modalidade de punição por outra que pode ser tão cruel quanto (a autora exemplifica: estaríamos de acordo quanto à adoção da pena de morte para evitar a atuação de grupos de extermínio, ainda disseminados no contexto brasileiro, acrescente-se?); em segundo lugar, a imposição de limites jurídicos à atuação de agentes do Estado é salutar, sem dúvida, mas não necessariamente implica tornar a política criminal refém do temor de que possa haver manifestações ilegítimas por parte dos mesmos. Em outras palavras, impor freios aos agentes estatais não requer necessariamente adesão ao poder punitivo, mas pode se dar de outras formas; em terceiro lugar, é questionável a eficácia instrumental do sistema penal para deter focos de violência arbitrária, já que alguns de seus episódios não sugerem qualquer relação com a aplicação ou não de penas (o Massacre do Carandiru, ocorrido em outubro de 1992 parece demonstrar essa premissa).

Por fim, Larrauri chama atenção, ainda, para outra falha na teoria de justificação da pena em Ferrajoli: ainda que aceitemos, por hipótese, a eficácia instrumental da pena para deter focos de vingança privada e nos filiemos, também por hipótese, à doutrina de justificação de Ferrajoli, o que dizer sobre os chamados “delitos sem vingança”, ou seja, aquela classe de delitos contra os quais não se espera mais do que uma reação social apática (seja porque a sociedade não os conhece, como os crimes econômicos, não encara a si mesma como vítima, como os delitos contra o consumidor, ou não consegue identificar-se com a vítima, como os delitos contra minorias)? Reside aí uma das mais notáveis contradições do justificacionismo fornecido pelo utilitarismo reformado, já que, mesmo admitindo a existência dessa gama de delitos e a desnecessidade da pena para prevenir reações arbitrárias, Ferrajoli recorre à finalidade de prevenção de delitos – na forma da prevenção geral negativa, como vimos – para salvar o poder punitivo da deslegitimação (FERRAJOLI, 2008, p. 517-518). Em que pese ambas as funções – prevenção das violências arbitrárias e prevenção de delitos – devessem se complementar e dosar harmonicamente uma à outra em seu sistema de pensamento, fica claro que na ausência de uma delas o autor faz ressurgir a outra como critério exclusivo de justificação (LARRAURI, 2005, p. 25).

Por tudo o que se expôs, fica claro que o modelo de justificação da pena que compõe o Direito Penal mínimo de Luigi Ferrajoli só pode ser sustentado em âmbito lógico-formal. A via de sua deslegitimação ética, no entanto, se dá em nível prático-material, apelando sem medo aos acúmulos empíricos fornecidos pelo saber criminológico. Fica claro, também, que o modelo de realismo marginal de Raúl Zaffaroni permite esse movimento, já que desobstrui o saber jurídico-penal

dos entulhos teóricos produzidos pela Lei de Hume que não hesitam em rotular como “falácia naturalista” as contribuições do saber criminológico crítico quando se mostram inconvenientes ao empreendimento legitimante. Há que se buscar, portanto, alternativas teóricas que permitam libertar o Direito Penal mínimo da crença justificacionista, sem abrir mão de sua coerência enquanto saber. Um exemplo dessa tarefa pode ser verificado na noção de coerção direta.

7. A BUSCA DE ALTERNATIVAS ÉTICAS AO JUSTIFICACIONISMO: O EXEMPLO DA COERÇÃO DIRETA

É fundamental que fique claro que o modelo realista marginal não pretende ignorar a necessidade de uma resposta estatal a violações de direitos que agridam ou ponham em sério risco determinados bens jurídicos, mas encara o desafio de fornecê-la sem a necessidade de aderir ou legitimar o poder punitivo, fazendo uso de institutos como a *coerção direta*. Conforme Zaffaroni et al., a coerção direta seria uma ingerência estatal administrativa para neutralizar um perigo iminente ou interromper uma atividade lesiva já em curso, de modo que não pode ser confundida com o poder punitivo. Este se encontra deslegitimado em razão de sua irracionalidade; aquela se encontra justificada enquanto um meio racional para redução de danos, o que a torna harmônica com relação à teleologia realista marginal e o imperativo de um agir ético. Apesar de reconhecerem que a coerção direta pode ser deturpada pelos agentes estatais que a levam a cabo, tornando-a um puro exercício de poder arbitrário, para os autores é inquestionável que enquanto se está diante de uma atividade delituosa o Estado dispõe de legitimidade para buscar refreá-la, desde que atue com uso comedido da força, de modo que a coerção direta só se confunde com poder punitivo quando cessa essa atividade, mas não a ação dos agentes estatais (ZAFFARONI et al., 2013, p. 104). Fica claro, portanto, que a situação excepcional onde a atuação estatal é imprescindível para deter vinganças privadas, por exemplo, “seria mais um caso de coerção direta [...], mas de nenhum modo poderia generalizar-se até converter-se em argumento legitimante do poder punitivo ou, menos ainda, em uma teoria positiva da pena” (ZAFFARONI et al., 2013, p. 107).

Notamos, portanto, que as evidências no campo criminológico apontam para a incapacidade de a pena produzir os efeitos esperados por Ferrajoli, o que deveria servir para retirar-lhes a justificativa no nível do discurso jurídico-penal, não fosse o constante apelo à Lei de Hume, que felizmente pode e deve ser contornada em nome do princípio ético material de produção, reprodução e desenvolvimento comunitário da vida de cada sujeito ético, como vimos. Entretanto, não se sustenta aqui que a crítica ética produza efeitos inequívocos para o Direito Penal.

Ora, tal conclusão só seria possível mediante uma simplificação grosseira, justamente o que se espera evitar. É evidente que a própria ética não é um aporte unívoco. Como já sublinhamos, seu desenvolvimento é impossível sem algum grau de conflitividade. Com efeito, necessitamos expressar ao menos uma ressalva que nos parece pertinente para que possamos avançar.

Enrique Dussel preocupa-se em diferenciar duas categorias, a fim de situar a sua ética. Para o autor, *coação* e *violência* são atitudes distintas, sendo que a primeira pode tornar-se a segunda quando carece de legitimidade. O autor aduz que essa diferenciação é importante para que possamos compreender que uma ordem instituída – no caso, o Estado Social e Democrático de Direito – necessita de meios de coação legítima, desde que estejam dispostos de forma apta (empiricamente) a cumprir o princípio ético material. Em outras palavras, a aceitação subjetiva de cada membro de uma comunidade ética está para além das possibilidades humanas, o que torna a coação legitimada para que se possam cumprir as exigências éticas material, formal e de factibilidade, ou seja, que seja assegurada a vida de todos os sujeitos afetados por uma determinada disposição, que possam participar simetricamente das decisões e mediações que se mostrem factíveis em um dado momento histórico. Satisfeitas essas exigências, Dussel encara que não se está diante de violência, mas de coação legítima que é por isso mesmo perfeitamente ética (DUSSEL, 2012, p. 545).

Em que pese o autor reconheça que a coação “legal” do sistema vigente foi historicamente um fator de entrave aos movimentos que buscaram a emancipação social (e, por isso, em nível ético acabou se convertendo em violência, já que não se dedica a assegurar as condições éticas listadas), conforme Ricardo Gloeckner e Augusto Amaral, o equívoco de Dussel está em admitir a pena carcerária como instrumento coativo e não necessariamente violento, desde que subsumido pelos critérios e princípios que compõem o panorama de sua ética (DUSSEL, 2012, p. 546), o que se choca com a leitura realista marginal, segundo a qual a prisão alimenta-se seletivamente da vulnerabilidade e não cumpre as funções dadas pelas doutrinas de justificação da pena. Portanto, conforme os autores – e subcrevemos tal assertiva –, *nesse aspecto a ética dusseliana merece ser ressaltada*. A incumbência de uma finalidade ética à pena, como apontam, já se revelou extremamente perigosa aos seus alvos preferenciais e isso Dussel parece não ter claro. O risco aqui seria o de reconduzir o novo pacto ético que estamos propondo ao caminho tortuoso da antiga etização, denunciada por Zaffaroni e outros penalistas, como vimos.

Ainda assim, desde o nosso olhar, acertam Gloeckner e Amaral quando afirmam que “o sistema punitivo na América Latina, a fim de se despertar para a preservação do princípio ético anunciado por Dussel, pode se coadunar com

a resposta de Zaffaroni, de um realismo marginal” (GLOECKNER; AMARAL, 2013, p. 178), na medida em que há inegavelmente um eixo comum capaz de articular ambos os horizontes teóricos para que se percorra um caminho emancipatório com relação às vítimas da periferia do sistema-mundo. De outro modo, nos permitiremos especular que a adesão de Dussel à justificação do poder punitivo talvez seja mais aparente do que real, eis que nos parece que os conceitos que o autor utiliza para estruturar seu quadro de análise – *violência* (ilegítima) e *coação* (legítima) – parecem guardar perfeito paralelo com categorias como *poder punitivo* (ilegítimo) e a já mencionada *coerção direta* (legítima) que para o realismo marginal permanece justificada, desde que não seja deturpada e tornada equivalente ao poder punitivo. Aliás, fica claro que a capacidade instrumental da coerção direta, para o modelo realista marginal, não é nula, revelando-se um meio eficaz de se dar concretude ao princípio ético dusseliano (preservação da vida humana em comunidade), conforme o caso.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Concluimos, portanto, que a reconciliação entre ética e Direito Penal é possível e necessária, desde que atendidos alguns pressupostos. Em primeiro lugar, há que se reconhecer os riscos de dotar o poder punitivo de uma função ética, já que a antiga etização é, de fato, uma porta aberta a modelos de Direito Penal persecutórios. Em segundo lugar, devemos ter em mente a insuficiência do discurso utilitarista – especialmente o utilitarismo reformado de Ferrajoli, como exposto em “*Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*” – no que tange a sua opção relegitimante da pena de prisão (o que passa pela sacralização da Lei de Hume enquanto critério lógico-formal). Em terceiro lugar, há que se somar uma ética da libertação (e seu caráter prático-material) à opção axiológica de preservar a vida humana, abrindo mão de constructos teóricos que a pretexto de representar a “razão” capacitam os aparelhos que produzem morte na periferia do sistema-mundo. Atualmente, essa opção pode ser encontrada no modelo de Raúl Zaffaroni. Por fim, devemos levar a cabo um esforço de revisão dos postulados do Direito Penal mínimo, atendendo os pressupostos anteriores, sendo que o emprego da coerção direta em rechaço ao poder punitivo deslegitimado pela crítica criminológica é um exemplo dessa tarefa.

9. REFERÊNCIAS

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

- BATISTA, Vera Malaguti. O realismo marginal: criminologia, sociologia e história na periferia do capitalismo. In: MELLO, Marcelo Pereira de (Org.). *Sociologia e direito: explorando as interseções*. Niterói: Editora da UFF, 2007. p. 135-148.
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 2. ed. São Paulo: Martin Claret, 2008.
- BENJAMIN, Walter. Sobre o conceito de história. In: *Magia e técnica, arte e política: ensaios sobre literatura e história da cultura*. 3. ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1987. p. 222-232.
- BENTHAM, Jeremy. *Uma introdução aos princípios da moral e da legislação*. São Paulo: Abril Cultural, 1974 (Coleção Os Pensadores, XXXIV).
- CARLÉS, Roberto Manuel. Ver el árbol o ver el bosque? el realismo jurídico penal marginal como principio epistemológico fundamental para um modelo integrado de las ciencias penales en América Latina. In: BORGES, Paulo César Corrêa (Org.). *Leituras de um realismo jurídico-penal marginal: homenagem a Alessandro Baratta*. São Paulo: NETPDH; Cultura Acadêmica Editora, 2012. p. 261-271.
- CARVALHO, Salo de. Sobre as possibilidades de uma penologia crítica: provocações criminológicas às teorias da pena na era do grande encarceramento. *Revista Polis e Psique*, Porto Alegre, v. 3, n. 3, p. 143-164, 2013.
- CEREZO MIR, José. *Curso de derecho penal español: parte general*. Madrid: Tecnos, 2004.
- DEVOS, Bryan; KHALED JR., Salah H. O garantismo e a academia: esboço de uma crítica ao “garantismo integral” (em nome da superação criativa de cânones teóricos) ou algo sobre crise, compromisso e resistência. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 27, p. 65-108, n. 153.
- DUSSEL, Enrique. *Filosofia da libertação: crítica à ideologia da exclusão*. São Paulo: Paulus, 1995.
- DUSSEL, Enrique. *Ética da libertação na idade da globalização e da exclusão*. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2012.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.
- FERRAJOLI, Luigi. Notas críticas y autocríticas en torno a la discusión sobre “Derecho y razón”. In: GIANFORMGGIO, Letizia (Org.). *Las razones del garantismo: discutiendo con Luigi Ferrajoli*. Bogotá: Temis, 2008. p. 475-545.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho penal: introducción*. Madrid: Universidade Complutense, 1995.
- GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; AMARAL, Augusto Jobim do. *Criminologia e(m) crítica*. Curitiba: Champagnat; Porto Alegre: EDIPUCRS, 2013.
- KHALED JR., Salah Hassan. O homem do dique e a irracionalidade do pensamento jurídico-penal sedimentado: reencontro subversivo com a história política do direito penal. In: BAYER, Diego Augusto (Org.). *Controvérsias criminais*:

- estudos de direito penal, processo penal e criminologia. Jacaranguá do Sul: Letras e Conceitos, 2013. v. 1. p. 539-562.
- LARRAURI, Elena. Criminología crítica: abolicionismo y garantismo. *Revista de Estudos Criminais*, Sapucaia do Sul, ano 4, n. 20, p. 11-38, 2005.
- LÖWY, Michael. *Walter Benjamin*: aviso de incêndio. São Paulo: Boitempo, 2005.
- LUDWIG, Celso Luiz. Filosofia da libertação, crítica jurídica e pluralismo: uma justificação filosófica descolonial. In: WOLKMER, Antonio Carlos; LIXA, Ivone F. M. (Org.). *Constitucionalismo, descolonización y pluralismo jurídico en América Latina*. Florianópolis: UFSC-NEPE, 2015. p. 117-127.
- MARTINS, José de Souza. *Linchamentos: a justiça popular no Brasil*. São Paulo: Contexto, 2015.
- MORIN, Edgar. *Cultura e barbárie europeias*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2009.
- MUÑOZ CONDE, Francismo. *Edmund Menzger e o direito penal de seu tempo: estudos sobre o direito penal no nacional-socialismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: JMB, 1992.
- WELZEL, Hans. *Derecho penal: parte general*. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. v. I.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A palavra dos mortos: conferências de criminologia cautelar*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. El renacimiento del derecho penal liberal o la “cruz roja” judicial. In: GIANFORMGGIO, Letizia (Org.). *Las razones del garantismo: discutiendo con Luigi Ferrajoli*. Bogotá: Temis, 2008, p. 392-405.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.



PESQUISA DO EDITORIAL

ÁREA DO DIREITO: Penal

Veja também Doutrina relacionada ao tema

- Sistema criminal e ética na modernidade contemporânea: problemáticas de atuação crítica em um sistema poiético e perverso, de Marcelo Cunha de Araújo – RT 884/413-432.

TEORIA SIGNIFICATIVA DO DELITO E INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: UMA RELEITURA DO CONCEITO DE AÇÃO NOS CRIMES DE PRECONCEITO

ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND THE SIGNIFICANT THEORY OF CRIME: A RE-READING OF THE CONCEPT OF ACTION IN RACIAL PREJUDICE CRIMES

SAMUEL EBEL BRAGA RAMOS

Doutorando em Direito do Estado pela UFPR. Mestre em Direito (2019).
Professor de Direito Penal na FESP/PR. Advogado.
Lattes: [lattes.cnpq.br/8687113410420623].
ORCID: [orcid.org/0000-0002-6179-7637].
samuel@ebelbattu.adv.br

CATHIANI M. BELLÉ

Doutoranda na área de Ética e Política pela Universidade Federal do Paraná (UFPR).
Graduada em Direito pela Faculdade de Educação Superior do Paraná (FESP). Pesquisadora.
Lattes: [lattes.cnpq.br/5885973712799471].
ORCID: [orcid.org/0000-0003-1189-7450].
cathibelle.07@gmail.com

Recebido em: 10.03.2020

Aprovado em: 03.05.2021

Última versão dos autores: 16.06.2021

ÁREAS DO DIREITO: Penal; Digital

RESUMO: o presente estudo objetiva compreender a teoria significativa do delito de Tomás Vives Antón e a definição de ação proposta pelo autor. A partir da dinâmica entre o conceito de ação e o de crime é que a investigação avalia a intenção atribuída ao agente ativo nos casos de preconceito e de discriminação previstos na Lei 7.716/1989 e na Lei 12.288/2010. Debate, assim, como é possível mensurar a ocorrência desses crimes quando há aplicação de decisão automatizada, especificamente de uma Inteligência Artificial (IA) responsável pelo tratamento de dados

ABSTRACT: The present study aims to investigate the significant crime theory of Tomás Salvador Vives Antón, specifically, the definition of action proposed by the author. From the interpretation of the dynamics between the action and the concept of crime, it is analyzed the intention attributed to the active agent in the crimes of prejudice and discrimination provided for in Brazilian racial equality laws (7,716/1989 and 12,288/2010), to then observe how the application of Artificial Intelligence (AI), in the processes of handling sensitive personal data, corroborates

pessoais sensíveis. Com base em uma interface entre a teoria da linguagem e o direito penal é que o texto procura expandir os alicerces de interpretação de ilícito e dos impactos das novas tecnologias na sociedade informacional.

PALAVRAS-CHAVE: Teoria significativa do delito – Ação – Inteligência Artificial (IA).

the incidence of the aforementioned crimes in the context of contemporary technological expansion.

KEYWORDS: Significant crime theory – Action – Artificial Intelligence (AI).

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A lei penal: ação, regra e intenção. 3. A conduta: o agente ativo. 4. Considerações finais. 5. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O acesso rápido a conteúdos disponíveis na internet é um dos pilares da nova dinâmica tecnológica do século XXI. Todavia, a diversidade e a agilidade no teor dessas informações disponíveis no ciberespaço ensejam o questionamento da forma como elas são acessadas e processadas pelas plataformas digitais de Inteligência Artificial (IA) e, de como esse evento, pode intensificar a ocorrência de crimes de preconceito e discriminação. Nesse contexto é que a pesquisa objetiva compreender os crimes de preconceito e discriminação e como eles estabelecem o vínculo de interpretação entre a ação e a intencionalidade para, posteriormente, ensejar o debate em torno de como a Inteligência Artificial (IA) pode ser entendida dentro da teoria significativa do delito.

A investigação parte da análise do conceito de ação dentro da teoria significativa do delito¹ de Tomás Salvador Vives Antón em correspondência com a leitura do texto da lei que define e tipifica os crimes de preconceito e discriminação, presentes na Lei 7.716/1989 e na Lei 12.288/2010. Nesse sentido, a pesquisa objetiva mensurar quais os critérios que definem ação e qual a relação que esta apresenta na interpretação da intencionalidade e na existência do dolo. O ponto de partida é a definição dos crimes de preconceito e de discriminação e de quais são as especificidades da ação e de como esta dialoga com a intencionalidade dentro da construção da teoria do delito.

O segundo momento, passa a investigar como seria possível reconhecer a Inteligência Artificial (IA) como um agente ativo inscrito nos termos do direito

1. Nota do autor: A expressão ‘Teoria significativa do delito’ é utilizada por Paulo César Busato para denominar a estruturação feita por Tomás Salvador Vives Antón da teoria do delito, e será acolhida na presente pesquisa.

penal, uma vez que ela é um *software* e, por conseguinte, não pode dar causa a um resultado ou querer um resultado, pois se trata de um mecanismo configurado para seguir uma determinada programação. A Lei 7.716/1989 e a Lei 12.288/2010 apresentam ações que incidem diretamente em termos de afronta à raça, cor, etnia, religião, procedência nacional e gênero. Em consonância com esses dispositivos legais, a Lei 13.709/2018 define o dado pessoal sensível como aquele que corresponde à

“[...] origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural.”²

Assim, a manipulação e o processamento de dado pessoal sensível por plataformas de Inteligência Artificial (IA) é uma realidade integrante da era tecnológica, mas, quando ocorre o problema da *AI Bias*, que faz com que a IA passe a processar de forma autônoma e indiscriminada esses dados, quem passa a responder como sujeito ativo? No momento em que é selecionado, segregado e ordenado de forma parcial dados pessoais que apresentam uma infinidade de informações da vida participar das pessoas, quem é o causador dessas ações? É possível imputar a um algoritmo ou *software* os crimes de preconceito e discriminação?

A pesquisa não objetiva findar as interrogações, mas estendê-las a contextos distintos. Assim sendo, delineia a análise da lei penal e da teoria da linguagem para, em seguida, apontar a impossibilidade de uma IA responder por crimes de preconceito e discriminação no sistema criminal brasileiro. A premissa de implementação de uma responsabilidade penal da IA requer refinamentos e abordagens multidisciplinares para sua compreensão e validação.

2. A LEI PENAL: AÇÃO, REGRA E INTENÇÃO

Os crimes de preconceito e discriminação estão previstos na Lei 7.716/1989 e na Lei 12.288/2010. A primeira lei define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor e apresenta, em seu artigo 1º, os crimes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional³. A segunda lei

2. Lei 13.709/2018. Art. 5º, II.

3. Lei 7.716/1989. Art. 1º Serão punidos, na forma desta Lei, os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

institui o Estatuto da Igualdade Racial e objetiva defender a igualdade de oportunidade e combater a discriminação e as demais formas de intolerância étnica⁴. Desse modo, as legislações elencam os crimes de preconceito e discriminação com base em ações que venham a trazer como consequência delas um óbice na vida de uma outra pessoa por implicação da sua raça, etnia, religião, gênero etc. As figuras dos crimes de preconceito e discriminação são observadas na Constituição Federal, que elenca, como um de seus objetivos fundamentais, a promoção do bem de todos e a exclusão dos preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação⁵.

O preconceito é apresentado como o conceito ou opinião formados antecipadamente, sem levar em conta o fato que os conteste, e, por extensão, suspeita, intolerância, ódio irracional ou aversão a outras raças, credos, religiões etc. Mais especificamente, pode ser tido como sentimento em relação a uma raça ou um povo, decorrente da adoção de crenças racistas. Por outro lado, a discriminação “consiste em uma atitude dinâmica de separação, apartação ou segregação, traduzindo a manifestação fática ou a concretização do preconceito”. Sendo assim, na análise de Victor Eduardo Rios Gonçalves, os crimes de preconceito e discriminação se instituem como aqueles nos quais o sujeito ativo pode compreender qualquer pessoa, o tipo subjetivo é sempre o dolo, o tipo objetivo ocorre somente se a conduta se der em razão de preconceito, os elementos objetivos são a raça, a cor, o grupo étnico, a religião, a procedência nacional e o gênero⁶ e, por fim, as condutas são discriminadas a partir dos verbos de impedir, obstar, negar e recusar por consequência de raça, cor, grupo étnico, religião, procedência nacional e gênero.

O conceito analítico de crime exposto por René Ariel Dotti compreende uma sistemática do fenômeno do delito na qual o “crime é a ação ou omissão típica, ilícita e culpável”⁷. Nesses termos, a conduta é “a ação ou omissão humana dirigida a um fim”, a tipicidade é a “adequação, objetiva e subjetiva, dessa conduta a uma norma legal”, a ilicitude é a “qualidade de um comportamento não autorizado

4. Lei 12.288/2010. Art. 1º Esta Lei institui o Estatuto da Igualdade Racial, destinado a garantir à população negra a efetivação da igualdade de oportunidades, a defesa dos direitos étnicos individuais, coletivos e difusos e o combate à discriminação e às demais formas de intolerância étnica.

5. Constituição Federal. Art. 3º, IV.

6. Nota do autor: em seu texto, Victor Eduardo Rios Gonçalves não apresenta o gênero, mas, como a pesquisa compreende, também, à Lei 12.288/2010 e esta apresenta, em seu art. 1º, III, a desigualdade de gênero, logo, este é incorporado aos elementos objetivos.

7. DOTTI, 2002, p. 299.

pelo Direito” e a culpabilidade é o “juízo de reprovação que recai sobre a conduta do sujeito que tem ou pode ter a consciência da ilicitude e de atuar segundo as normas jurídico-penais”⁸. Em análise ao art. 13⁹ do Código Penal, Cezar Roberto Bitencourt afirma que o crime pode ser descrito como “a conduta humana e a consequência por ela produzida, isto é, o resultado, de tal forma que só haverá crime consumado quando esse resultado se concretizar”¹⁰. A partir da investigação dos crimes de preconceito e discriminação e de como é construído o conceito analítico de crime é que a pesquisa passa à interpretação da posição defendida por Tomás Salvador Vives Antón em sua teoria significativa do delito.

Tomás Salvador Vives Antón refuta as concepções que objetivam demonstrar uma separação entre a ação e a intenção, ou seja, de que existe um elemento subjetivo interno que se projeta em uma ação externa. Para ele, distintamente, o sentido pode ser projetado de fora para dentro e, por isso, a finalidade subjetiva é insuficiente para determinar o significado da ação¹¹. Desse modo, ele desmistifica a compreensão de que a ação está associada a um aspecto físico e outro mental, pelo contrário, ele considera essa interpretação insuficiente para justificar todas as classes de ação.

*“[...] ni la finalidad subjetiva es elemento necesario de la totalidad de las acciones, ni el proceso de deliberación que, en los casos más significativos, la precede, es una simple ponderación de deseos, sino que, a menudo, constituye una reflexión sobre normas sociales. Desde ellas –y no desde ningún deseo o meta psicológica– se constituye el sentido de las acciones.”*¹²

8. DOTTI, 2002, p. 300.

9. BRASIL. Código Penal. Art. 13. O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

10. Cf. BITENCOURT, 2002, p. 36.

11. “*Tanto en la doctrina penal como en la filosofía de la acción podemos, si la exposición efectuada es, en líneas generales, correcta, estimar inviables las concepciones de la acción que realizan la distinción entre acciones y hechos a partir de que en aquellas (a través del acto de voluntad mediante cualquier otro artificio psicológico) se manifiesta una interioridad substantiva del sujeto (sea su espíritu o, más sencillamente su cerebro) de la que brota el significado. Al respecto, se ha mostrado tanto que el sentido no se proyecta de dentro a fuera (de la mente a la vida social), sino de fuera a dentro (de la vida social a la mente), cuanto que la finalidad subjetiva (o la personalidad o el Yo) resulta, muchas veces, insuficiente o inservible para delimitar el significado que atribuíamos a las acciones*”. VIVES ANTÓN, 2011, p. 219.

12. Idem.

Nesse contexto, Vives Antón pontua a ocorrência de uma mudança na concepção cartesiana da mente como substância¹³, segundo ele, esta concepção já não exerce mais um papel de domínio indiscutível. No campo do Direito Penal, a doutrina da ação estava vinculada a um modelo no qual a ação era concebida como um fato composto, ou seja, como a reunião de um fato físico e outro mental. Todavia, esse esquema não apresenta mais validade, uma vez que a própria filosofia da ação passa a ser entendida não em termos do que os homens fazem, mas, sim, do significado do que eles fazem. Desse modo, Vives Antón passa à investigação de um novo e significativo conceito de ação no qual concebe as ações como interpretações que, conforme os diferentes tipos de regras sociais existentes, podem ser dadas ao comportamento humano. Desse modo, o autor define a ação não como um substrato do comportamento humano capaz de receber um significado, mas como um significado que, de acordo com certas normas, pode ser atribuído ao comportamento.

A partir da compreensão da ação como a representação do comportamento humano vinculado a regras que dão significado a ela, o autor pontua que existe as ações e os fatos, ou seja, há uma diferença entre aquilo que o indivíduo executa e aquilo que simplesmente acontece. Nesse sentido é que o conceito de ação aparece, não para indicar um gênero ao qual os substratos ou os conteúdos da ação são possíveis, mas para representar um limite, uma fronteira que distingue a ação dos simples acontecimentos da natureza. Sendo assim, o fato de ser aceitável conhecer as regras que atuam de forma diversa sobre os modos de vida é o que torna possível identificar o que pode ser considerado como uma ação.

Vives Antón pontua, com isso, a questão das regras a partir do uso da linguagem e do significado das ações, ou seja, de uma estrutura formada por jogos de linguagem que permitem que um modo de vida se manifeste¹⁴. As regras estão vinculadas à instrução de certos modos de agir, que permitem explicar e definir

13. A concepção cartesiana da mente nas palavras de Vives Antón: “*La estratificación de la accionen dos elementos tiene un punto de partida: la concepción sustancial de la mente. Si la mente se concibe como sustancia, cada uno de sus actos no será sino un estado especial de esa sustancia que es la mente, del mismo modo que cada una de las posiciones del cuerpo no es sino un estado especial de la sustancia que es el cuerpo: así como el cuerpo anda, corre, reposa, se inclina, etc. la mente piensa, siente, desea, sufre, quiere, etc. Desde ese punto de partida, la acción no podrá concebirse sino como un proceso dual, en el que se combinan elementos psíquicos y físicos*” (VIVES ANTÓN, 2011, p. 163).

14. “*Sin ese contexto, sin conocer el juego de lenguajes el que las palabras se insertan, no podemos intentar establecer qué significan; pero, tampoco podemos precisar el sentido de las oraciones si permanecemos ajenos a las peculiaridades de la forma de vida de quienes las pronuncian*” (VIVES ANTÓN, 2011, p. 406).

a ação, ou seja, a regra é condicionada à existência de um uso estabelecido para ela. Em decorrência disso, é que a compreensão de seguir certas regras demonstra que as regras prescindem que elas sejam seguidas em conjunto, caso contrário, nos termos do autor, acreditar que a regra é seguida seria o mesmo que seguir a regra¹⁵. Sendo assim, as regras determinam a ação não de modo singular, mas em um contexto coletivo no qual elas são socialmente relevantes para qualificar o comportamento particular. Portanto, o que distingue as ações dos fatos é que estes simplesmente acontecem, enquanto aquelas estão inseridas em um contexto, um contexto regido por regras socialmente estabelecidas.

A partir dessa descrição da relação entre a ação e a regra é que se inscreve a intenção, isto é, a ação depende da capacidade dos indivíduos de expressarem uma intenção. Sendo assim, toda a ação está imbricada em uma intencionalidade e, se o uso da regra está na ação, então, concomitantemente, está na intenção. Contudo, é preciso destacar que a ideia de finalidade¹⁶, na postura assumida pelo autor, se apresenta como um elemento irrelevante em relação a ação¹⁷. É preciso conhecer as regras que se subscrevem no contexto da ação, uma vez que elas se materializam na intenção, mas operam de forma independente de um propósito¹⁸. Vives Antón parte da concepção fundamental de que a ação não pode ser um fato específico e, nem, tampouco, definida como um substrato, mas representa “um processo simbólico regido por normas” que traduzem um “significado da conduta”¹⁹. Segundo palavras de Busato, “não é o fim mas o significado que determina a classe das ações, logo, não é algo em termos ontológicos, mas normativos”²⁰.

Desse modo, Vives Antón apresenta a intenção como algo que não constrói uma relação externa com a ação, mas uma relação com ela, ou seja, é a ação que

15. “Una regla sólo puede seguirse si haya uso establecido”, conforme al cual haya una captación de la regla que se manifieste, de caso en caso de aplicación, en lo que llamamos «seguir la regla» y en lo que llamamos «contravenirla». El seguimiento de reglas pone, por tanto, de manifiesto que las reglas están fuera del sujeto, puebla gramática de «seguir una regla» impide que pueda seguirse «privadamente»; de lo contrario, creer que se sigue la regla sería lo mismo que seguir la regla” (VIVES ANTÓN, 2011, p. 229-230).

16. “[...] conduta (ação) é o comportamento humano consciente dirigido a determinada finalidade” (DAMÁSIO. Parte geral, 2020, p. 593).

17. Questão desenvolvida por Vives Antón quando questiona a tese de Welzel em relação à finalidade da ação (VIVES ANTÓN, 2011, p. 230). Welzel, “sitúa el núcleo del concepto de acción en la finalidad” (VIVES ANTÓN, 2011, p. 237).

18. VIVES ANTÓN, 2011, p. 231.

19. BUSATO, 2017, p. 222.

20. BUSATO, 2017, p. 223.

estabelece as conexões da intenção²¹. O que se observa, desse modo, é que a intenção está vinculada a regras que não são determináveis em um contexto causal e nem operam uma transferência de sentido²². Sendo assim, a intenção está inscrita na ação, mas não determina o sentido da ação, ou seja, os movimentos corporais que se transformam em ação não o fazem por haver uma intenção como causa²³. Portanto, quando ocorre a intenção, essa está inscrita na ação, no comportamento interpretado e é por isso que os movimentos corporais não se transformam em ações pelo fato de serem identificados como tais, mas fato de serem causados por uma intenção ou de acordo com uma intenção²⁴.

O fato de haver um seguimento de regras torna possível falar de um sentido e de observar na ação a realização de uma intenção²⁵. Entretanto, é preciso lembrar que, mesmo que a ação e a intenção possam convergir em uma unidade, elas não estão em uma relação necessária e podem ser dissociadas, uma vez que há uma exterioridade na regra e, por isso, nem toda ação é intencional²⁶. Assim, Vives Antón aponta que a ação e a intenção formam uma unidade na qual a intenção se expressa na própria ação, mas não constitui uma nota definidora porque, observada a exterioridade das regras, nem toda ação compreende uma intenção. Sendo assim, o ponto do debate entre a intenção e a ação é manifestado em uma relação interna, pois não é possível atribuir uma intenção a um sujeito sem medir o compromisso de ele realizar uma ação correspondente. Portanto, para determinar se uma ação pode ser descrita como intencional ou não, é necessário observar se na ação realizada se pode ou não se ver manifesto o compromisso de ação do próprio autor executor da ação. Quando Vives Antón descreve a intencionalidade, ele apresenta a necessidade de haver uma dupla dimensão na intenção²⁷, por um lado, as regras que a identificam e a tornam possível e cognoscível e, por outro, a relação necessária entre o autor e a própria ação.

Esse debate permite demarcar um novo sentido do tipo subjetivo para Vives Antón, uma vez que o dolo²⁸ não está mais em obter um método que determine

21. VIVES ANTÓN, 2011, p. 233.

22. VIVES ANTÓN, 2011, p. 234.

23. VIVES ANTÓN, 2011, p. 235.

24. Idem.

25. VIVES ANTÓN, 2011, p. 236.

26. VIVES ANTÓN, 2011, p. 237.

27. VIVES ANTÓN, 2011, p. 248.

28. Código Penal. “Art. 18. [...] I – doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo; [...]”.

quando ele existe ou quando ele não existe, mas em usar critérios de entendimento que permitam delimitar a seriedade da contradição entre a ação e a diretiva da conduta expressa na norma²⁹. De acordo com ele, nem o dolo nem a imprudência desempenham uma função conceitual ou definidora da ação, salvo se o significado social da ação os integre como momentos constitutivos do conceito da ação de que tratam. Sendo assim, o dolo e a imprudência representam instâncias de imputação da antinormatividade de uma ação ou omissão previamente entendidas como tal.

“De um lado propõe Vives que se faça a identificação da intenção de violação da norma, de realização de uma ação ofensiva de um bem jurídico não suportável pelas exigências do ordenamento jurídico. A pretensão de ilicitude se desdobra na intenção regente já não do tipo de ação, mas da existência ou não de um compromisso com a violação de um bem jurídico, que corresponde ao tipo subjetivo – assim entendido o dolo e a imprudência – e, de outro lado, a consideração a respeito da exclusão da ilicitude pela presença de permissividades no sistema, que podem ser permissões fortes (causas de justificação) ou permissões fracas (escusas ou causas de exclusão de responsabilidade de fato).”³⁰

O processo de objetivação desenvolvido por Vives Antón não faz referência ao naturalismo tradicional, pois a ação não é definida como fatos, mas como significado. Por conseguinte, a ação se expressa em um significado socialmente atribuído a certos movimentos corporais ou à ausência deles, que são definidos independentemente da existência de intenção subjetiva. Portanto, ações se apresentam como formas de narrar a vida social como a entendemos e não são, portanto, conceitos de objeto³¹. Para Vives, nesse momento, ocorre uma mudança de método, pois o significado das ações não depende de objetos na mente, mas de práticas sociais.

“[...] conclui VIVES que a determinação de se estamos diante de uma ação – assim como a determinação do tipo de ação ante o qual se está – já não se efetua com parâmetros psicofísicos, mediante o recurso à experiência externa e

29. VIVES ANTÓN, 2011, p. 253.

30. BUSATO. Direito penal e ação significativa... Op. cit., p. 206.

31. “*Acciones y omisiones no son modos de describirle mundo, sino formas de narrar la vida social tal como la entendemos: no son, pues, conceptos de objeto, sino modos de entendernos a nosotros mismos. Si los utilizamos es porque nos entendemos así, y ese modo de entendernos, a través de la intencionalidad, constituye una capacidad epistemológica específica, distinta de la de describir y explicar causalmente*” (VIVES ANTÓN, 2011, p. 260).

interna, mas tem lugar em termos de regras, ou seja, em termos normativos. É, definitivamente, o novo conceito significativo de ação.”³²

Desse modo, o significado social é o que dá sentido às ações e, com isso, há uma nova interpretação que preconiza uma estratégia intencional capaz de pressupor uma estabilidade nas regras e nas práticas sociais. Assim, o que Vives propõem é que o processo de objetivação de dolo e da culpa possa ser reorientado para recorrer a procedimentos que localizem as atribuições da intenção projetadas no autor. Desse modo, segundo ele, para valorar o compromisso do autor na execução da ação é preciso validar os indicadores externos da própria ação, são eles que irão determinar a existência da culpa ou de dolo, isto é, o juízo como estes se apresentam de forma *a posteriori*. Nesses termos, a atribuição jurídica será sempre *a posteriori*, isto é, não se infere a intenção antes do agente, de fato, agir em configuração à realização de um crime. Nesse ínterim é que se justificam os jogos de linguagem nos quais os sujeitos estão inseridos e que o auxiliam na significação das regras. Eles permitem perceber a fluidez da ação, uma vez que é por meio da aparência da ação que se torna possível identificar uma expressão da vida humana. A investigação de alguns pontos da teoria significativa do delito de Vives Antón evidencia a importância da correspondência entre as regras e a forma como estas interagem com a própria compreensão do que é a ação e a intenção. Na perspectiva de uma análise do crime de preconceito e discriminação, com base nessas ponderações, é possível observar que para definir o sujeito ativo, no direito penal, deve haver um crime e, concomitantemente, uma ação. Para Vives Antón, a ação se inscreve em um contexto de regras, assim como a intenção e, desse modo, o tipo subjetivo se observa *a posteriori*. Todavia, para desenvolver as especificidades de todo o objeto tema da pesquisa, a análise passa à investigação de quem é o agente ativo e quais são os critérios impostos a sua conduta.

3. A CONDUTA: O AGENTE ATIVO

A existência do crime está condicionada à realização de uma ação sem a qual não haveria o próprio conceito de crime. A partir da leitura da teoria significativa do delito de Vives Antón, é destaque a importância da relação firmada entre a ação, as regras e a intenção, mas, o que se passa a esmiuçar é a conduta em termos biológicos. Sendo assim, ao retomar os pontos da investigação expostos anteriormente, é sobressalente a ênfase na validade da conduta como uma ação humana, mas, em que medida ela apresentaria legalidade ao ser estendida a uma

32. PÉREZ, 2016, p. 7.

Inteligência Artificial (IA), isto é, a conduta pode ser compreendida em termos de um algoritmo ou *software*?

Podemos afirmar que as máquinas com IA atualmente existentes têm vontade? Parece-nos que não. Assim, seria impossível que, juridicamente, a IA comesse ato típico, à luz do ordenamento jurídico brasileiro vigente.

Mas, pensemos no futuro. É provável, como dito anteriormente, que, em 2050, as máquinas dotadas de IA tenham consciência própria. Daí, seriam dotadas de vontade e, portanto, autoras de crime. Mas é de suma importância indagar: vamos esperar essa tecnologia atingir tal nível de avanço para responsabilizá-las?³³

Na teoria do delito, a tipicidade caracteriza a conformidade do fato praticado pelo agente com a descrição de uma infração presente no Código Penal, ou seja, para que um fato possa ser considerado típico é necessário que ocorra uma conduta reprovável expressa na lei. Nas palavras de Damásio de Jesus, a tipicidade é “a correspondência entre o fato praticado pelo agente e a descrição de cada espécie de infração contida na lei penal incriminadora”³⁴.

A Inteligência Artificial (IA) foi criada, nas palavras de Marcos Wachowicz, para “emular o raciocínio humano em diversas atividades”³⁵. Desse modo, a aplicação da IA pode ser desdobrada em diferentes formas de auxílio às atividades executadas no cotidiano da vida dos seres humanos. A IA pode ser compreendida a partir de métodos específicos de aplicação e, segundo Kalin Hristov, ela compreende, por um lado, uma IA que se apresenta como uma ferramenta humana e, por outro lado, como uma IA que manifesta uma independência. A primeira categoria compreende a IA como uma ferramenta utilizada para atingir um resultado determinado com a assistência e a contribuição humana³⁶, distintamente, a segunda categoria expõe a capacidade de criação autônoma da IA³⁷.

Nesses dois processos, o que é relevante para a pesquisa é que a IA se distingue entre uma inteligente fraca e uma inteligência forte, ou seja, uma IA que segue a programação humana no cumprimento de um determinado fim e uma IA capaz de criar e, por assim dizer, ter a capacidade de se reprogramar. Segundo Hristov, esta capacidade de criar da IA incorre em duas questões a respeito da

33. PAULA; CORNWALL; CABRAL, 2019, p. 110.

34. JESUS. Parte Geral, 2020, p. 342.

35. WACHOWICZ, 2019, p. 53.

36. “In this category, AI issued as a tool to achieve a determined or predicted goal or outcome” (HRISTOV, 2017, p. 435).

37. “Autonomously generated AI creations” (HRISTOV, 2017, p. 436).

ideia de autoria, a primeira, se é possível determinar uma autoria não humana, quais seriam os desafios legais para especificar essa ação e em que medida haveria um vínculo de responsabilidade com as pessoas físicas. Por outro lado, se a autoria for atribuída, exclusivamente a um ser humano, para qual ser humano seria. Nesse contexto, é que se apresenta a *Machine Learning*³⁸ e as suas três formas principais de aprender a ler informações: o aprendizado supervisionado, o aprendizado não supervisionado e o aprendizado reforçado. A partir desse método, que “utiliza de dados para ensinar uma aplicação de IA determinada atividade”, é que se desenvolve a *Deep Learning*.

“A tecnologia consiste em uma série de unidades (assimilando-se aos neurônios). Cada uma dessas unidades combina uma série de valores de entrada (*inputs*) para produzir um valor de saída (*output*), que por sua vez também é passado para outros neurônios seguindo uma corrente (OSTP, 2016, p. 09). Desse modo, uma aplicação que utilize *Deep Learning* vai, em uma primeira etapa, analisar uma sequência de dados para chegar em determinado padrão; em seguida vai passar esse padrão por uma segunda camada de análise para chegar em um padrão mais refinado e daí em diante.”³⁹

A *Deep Learning* pode ser lida como um processo de refinamento de dados e é nesses termos que a investigação pontua o processamento de dados pela IA e uma possível vinculação aos crimes de preconceito e discriminação. Para especificar a atuação da IA em correlação a esses crimes, é preciso analisar o problema da *AI Bias*, que ocorre quando “uma aplicação de Inteligência Artificial atinge um resultado enviesado que não era esperado pelos seus programadores, mas que estaria de acordo com o banco de dados utilizado por esse programa como referência”⁴⁰. Nesse contexto, é que a pesquisa destaca a importância de observar como se desdobra a questão do problema da *AI Bias* em consonância com os verbos que identificam a conduta dos crimes de preconceito e discriminação⁴¹ e o debate que perpassa a linguagem. A IA pode ser alimentada por inúmeras formas de dados, com informações distintas e com umas mais incidentes que outras e, em

38. “Tentativa de ensinar a um programa a aprender coma experiência” (WACHOWICZ, 2019, p. 53).

39. WACHOWICZ, 2019, p. 55.

40. WACHOWICZ, 2019, p. 64.

41. “Impedir: é negar o acesso, proibir, obstruir; Obstar: é criar obstáculos ou dificuldades, opor-se, causar embaraço; Negar: é recusar-se a atender a pedido ou solicitação, ou ainda deixar de prestar serviço ou entregar bem. Recusar: consiste e deixar de fornecer serviço ou entregar bem” (GONÇALVES, 2016, p. 509).

consequência disso, pode reproduzir uma infinidade de padrões, dependendo daquilo que recebe e daquilo que executa. Sendo assim, segundo Marcos Wachowicz, os padrões enviesados decorrem da forma como a linguagem é construída⁴², ou seja, a IA, nos termos da *Deep Learning*, analisa dados de entrada e, em seguida, recria padrões de interpretação dessa linguagem recebida. Em decorrência disso, a questão é exposta nos seguintes termos, a *AI Bias* recria, devido a inúmeros dados referenciais, uma nova linguagem de processamento e, em que medida esta recriação é entendida como uma ação independente da atuação humana e, por isso, apresenta relevância para o direito penal? A compilação independente e discriminada dos dados pela *Deep Learning* caracteriza uma ação típica?

Quando Vives Antón desenvolve sua compreensão da relação entre ação, regra e intenção, ele afirma que a ação pressupõe uma capacidade de formar e expressar intenções, no entanto, a determinação da ação executada não depende de uma intenção específica que o autor deseja realizar, mas de um código social segundo o qual se interpreta o que ele faz. A interpretação da ação e o vínculo que esta estabelece em relação às normas sociais é uma reestruturação da questão da ação em termos de significado⁴³. A posição do autor em relação a uma reinterpretação da ação é essencial para estruturar uma linha de compreensão entre a ação, as regras e a intenção e, por conseguinte, a definição de crime no direito penal. As ações possuem sentido, ou seja, elas significam e precisam ser entendidas a partir de regras gramaticais⁴⁴, porém, essa afirmação desencadeia uma questão basilar à pesquisa, uma vez que, quando Vives Antón descreve as ações e o seu vínculo com determinadas regras sociais, ele pontua, claramente, o termo “*comportamiento humano*”. Assim, a ação está condicionada a existência de um ser e a um ser descrito como humano.

Nesse contexto, o autor pontua a distinção entre a capacidade da ação e a ação mesma⁴⁵. A partir do fato de a capacidade da ação estar inscrita em um âmbito

42. “Isso se dá pelo fato de que os padrões enviesados emulados pelas máquinas estão presentes em elementos que muitas vezes passam despercebidos pelo crivo dos programadores, mas que estão imbuídos na própria maneira em que a linguagem é construída” (WACHOWICZ, 2019, p. 65).

43. “*Me propongo, en consecuencia, concebir las acciones como interpretaciones que, según los distintos tipos de reglas sociales, pueden darse al comportamiento humano. Definiré, pues, la acción, no como substrato conductual susceptible de recibir un sentido, sino como sentido que, conforme a un sistema de normas, puede atribuirse a determinados comportamientos humanos*” (VIVES ANTÓN, 2011, p. 221).

44. Idem.

45. VIVES ANTÓN, 2011, p. 222.

biológico, ela está condicionada à existência de um “*hombre distinto de los demás habitantes del mundo natural*”⁴⁶ e consiste, em termos de significado, na capacidade de poder conduzir os movimentos corporais mediante ideias⁴⁷. Desse modo, a capacidade da ação apresenta uma condicionante, ou seja, a existência de um homem que execute movimentos a partir de seus conhecimentos. Por outro lado, a ação mesma é descrita como um absurdo, uma vez que busca um substrato diferencial dos fatos do mundo⁴⁸. Sendo assim, a capacidade da ação é um referencial ao observar como, em relação a IA, ocorre o processamento de uma entrada (dados recebidos) e a reconstrução de uma saída (dados recombinaados), ou seja, com base e dependendo das informações prévias inscritas na IA, há uma resposta direcionada para um aspecto “x” ou “y”.

Na teoria da significação do delito de Vives Antón, as intenções já estão expressas na ação e não determinadas por elas⁴⁹ ou, ainda, nem toda a ação é intencional e, por isso, o núcleo da ação não está na intencionalidade⁵⁰. De acordo com Alexandre Quaresma, o conceito de intencionalidade só é possível em um sujeito intencional e, por isso, não é imaginável “compreender a intencionalidade em um âmbito externo ao de uma subjetividade intencional absolutamente biológica”⁵¹. Em termos de interpretação de uma intencionalidade subjetiva e de como esta compreende e/ou corresponde a respostas neurais, é que ele descreve a questão biológica em termos da teoria defendida por John Searle. Segundo Vives Antón, em Searle, todos os processos mentais são causados por processos do cérebro, ou seja, são realizados no cérebro⁵². Assim, a teoria da ação de Searle compreende que a ação possui um componente intencional (mental) e outro componente físico. Sendo assim, o movimento corporal descreve o componente físico e a intenção um componente mental⁵³, mas sua proposta caba por indagar o significado, o que torna uma ação o que é, ou seja, Searle acaba por investigar a intencionalidade⁵⁴.

46. VIVES ANTÓN, 2011, p. 223.

47. Idem.

48. VIVES ANTÓN, 2011, p. 224.

49. BUSATO, p. 224.

50. Idem.

51. QUARESMA, 2020, p. 3.

52. VIVES ANTÓN, 2011, p. 170.

53. VIVES ANTÓN, 2011, p. 173.

54. VIVES ANTÓN, 2011, p. 175.

Sendo assim, a questão biológica direciona a pesquisa à investigação do agente e à caracterização dessa ação realizada por ele. Segundo Margot E. Kaminski, a IA pode ser entendida em termos de uma *Machine Learning* e, por conseguinte, de uma *Deep Learning*, mas estende o debate em termos de uma liberdade de expressão e, nesse contexto, ao fato de que “ainda não existe inteligência artificial que opera independentemente dos seres humanos”⁵⁵. A pesquisa não objetiva a possibilidade de uma relação/ comparação entre a consciência humana e a existência de uma consciência em termos de IA. O ponto da investigação não objetiva desenvolver suas bases nesses parâmetros, pois o foco é destacar em que medida a IA pode ser criminalizada na execução de um novo padrão que seleciona e reestrutura a leitura de dados pessoais sensíveis, conforme definidos na Lei 13.709/2018 e, a partir disso, incorrer nos crimes de preconceito e discriminação, isto é, em que medida a IA pode responder criminalmente pelos crimes supracitados.

Como é destaque na compreensão do Vives Antón, a intenção não é definida em uma subjetividade interna que passa a ser externalizada em uma ação, mas a própria ação reflete a intenção. Para Busato, a relação entre liberdade de ação e normatização é expressa a partir do fato de que a liberdade de ação fundamenta a própria ação, isto é, “a liberdade de ação há de ser o pressuposto da imagem de mundo que dá sentido à própria ação”⁵⁶. Desse modo, o que discrimina a ligação entre a ação e a intencionalidade é a liberdade da ação, porém é preciso perceber que nenhuma ação é capaz de fornecer uma experiência que possa comprovar a existência da liberdade, como afirma Vives Antón⁵⁷. “*Las dos líneas argumentales conducen, pues, al mismo resultado: sin libertad no hay acción, ni razones, ni manera alguna de concebir el mundo: o no hay lenguaje, ni reglas, ni significado ni acción.*”⁵⁸

Desse modo, o problema da *AI Bias*, abarca a possibilidade de uma reprogramação interna que redirecione o programa inicial estabelecido para a *Deep Learning* e, com isso, acabe por incitar a segregação de perfis pessoais. Logo, o importante não é questionar se a IA possui consciência, mas, sim, se o problema da *AI Bias* se inscreve em termos de uma liberdade tecnológica dentro do próprio programa em execução. Se isso pode ser estabelecido, ocorre que a IA irrompe

55. KAMINSKI, 2017, p. 596.

56. BUSATO, p. 231.

57. VIVES ANTÓN, 2011, p. 328.

58. VIVES ANTÓN, 2011, p. 332.

com aquela programação inicial, ou seja, ela não mais segue o programa e essa ruptura pode incorrer em consequências nocivas para a sociedade. Todavia, não seguir uma lei estabelecida, em termos de direito penal, configura em uma conduta antijurídica, mas para incidir nessa conduta é necessário que o agente tenha consciência do fato ilícito⁵⁹, caso contrário, ele é caracterizado como imputável e isento de punição⁶⁰. De acordo com Eduardo Tomasevicius Filho, a IA “consiste em softwares que usam algoritmos emuladores de métodos básicos de solução de problemas”⁶¹, o que permite refutar a possibilidade de imputar à IA uma forma de responsabilidade, isto é, quem responde pelas consequências da aplicação da IA é o ser humano e não a máquina. Assim sendo, como seria possível discriminar uma ação para a IA e imputar a ela, de acordo com o direito penal, a causa que deu ensejo à realização do crime de preconceito e discriminação? Como o direito penal brasileiro poderia conduzir uma leitura nessas menções se, primeiramente, para haver crime, deve haver um agente que pensa esse crime.

Desse modo, Wittgenstein apresenta a possibilidade de pensar a linguagem em termos de comandos e informes, em termos de questões e expressões que afirmam ou negam os fatos e que esta linguagem pode ser a inferência a uma forma de vida⁶². Todavia, a linguagem está inserida em um contexto de dominação da própria linguagem expressa, uma vez que não há como identificar uma forma de linguagem que se desconhece, ou seja, a linguagem demanda um significado: “Só você pode saber se teve a intenção! Só se pode dizer isto a alguém, se lhe explicarmos o significado da palavra ‘intenção’. Ela significa então: é assim que a usamos.”⁶³

Nesse sentido, é preciso observar como ocorre o jogo de linguagem, pois, segundo Wittgenstein, ele está inscrito no seguimento de regras que são internamente verificáveis, isto é, logicamente determinadas. Desse modo, o ponto da

59. Elementos do dolo: elemento cognitivo ou intelectual e elemento volitivo (vontade) (BITENCOURT, 2002, p. 56).

60. Código Penal. Art. 26 – É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

61. TOMASEVICIUS FILHO, 2018, p. 136.

62. “Pode-se imaginar facilmente uma linguagem que seja constituída somente de comandos e informes na batalha. – Ou uma linguagem constituída apenas de questões e de uma expressão de afirmação ou de negação. E inúmeras outras. – E representar uma linguagem equivale a representar uma forma de vida” (WITTGENSTEIN, 2009, p. 23).

63. WITTGENSTEIN, 2009, p. 124.

linguagem pode ser discriminado no seguimento de certas regras, em uma gramática que permite uma reinterpretação para uma existência necessária. Nas palavras de Busato, o jogo de linguagem descrito pela teoria da significação de Wittgenstein assume os seguintes termos:

“Se deve ter presente no jogo de linguagem a existência de uma descrição e uma compreensão, ou seja, a respeito da linguagem, determinadas regras, determinados pontos de partida, para que estes jogos façam sentido. Por isso se associa a linguagem a ações, e o todo formado por estas relações é o chamado jogo de linguagem.”⁶⁴

Essa relação expressa a extensão prática inerente à compreensão do jogo de linguagem de Wittgenstein, uma vez que a partir da possibilidade de cumprimento da regra, se apresenta, também, a ideia de descumprimento dessa regra. Em Vives Antón, o seguir regras é a expressão de um elemento definidor da ação, que permite dar sentido a ela e a distinguir de simples fatos. Desse modo, se infere que, dentro dos termos na linguagem, há a necessidade do cumprimento de certas regras nas quais os agentes estão inseridos. De acordo com a interpretação de Hacker da filosofia wittgensteiniana, os jogos de linguagem são construídos a partir de reações humanas, “elas são constitutivas da forma de vida humana”.⁶⁵

“Por isso que, para a filosofia da linguagem, a constelação de jogos de linguagem possíveis na vida humana ganha significado somente quando interpretada em seu contexto, rejeitando-se, portanto, qualquer ideia de significação metafísica ou *a priori*.”

Dentro dessa perspectiva é que Wittgenstein defende a total rejeição de supraconceitos, afirmando não ter sentido a busca por um conceito-essência, capaz de resolver os problemas de atribuição de significados em todas as hipóteses.”⁶⁶

Partindo do fato de que, nos termos da teoria da significação do delito de Vives Antón, as intenções já estão expressas na ação⁶⁷, a ação e a intenção estão diretamente associadas a regras e estas apresentam um significado a partir de uma

64. BUSATO, p. 215.

65. HACKER, 2000, p. 55.

66. CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Estudos críticos sobre o sistema penal... Op. cit., 2012, p. 975.

67. Cf. BUSATO, p. 224.

linguagem aplicada a um contexto. Assim, como é possível imputar ao agente o dolo e o compromisso com a produção de um resultado típico? Pensando em termos de *Deep Learning*, a IA passa a ser analisada como um possível agente ativo nos crimes de preconceito e discriminação ao incorrer no problema da *AI Bias*.

O Código Penal brasileiro é contundente ao afirmar que a punição é atribuída ao agente da ação reprovável⁶⁸ ou, mesmo, a própria Constituição Federal apresenta que “nenhuma pena passará da pessoa do condenado”⁶⁹. Sendo assim, não há como estender a punição a outros agentes que não àquele que deu causa ao crime e, por conseguinte, o problema central na proposição da pesquisa, ao abarcar a análise dos crimes de preconceito e discriminação em consonância com a teoria de Vives Antón, incorre na extensão da investigação em termos de existência de uma Inteligência Artificial (IA). Como observado pelo estudo, não só a doutrina do direito como a filosofia da linguagem apresenta como requisito para a discussão a existência de um ser humano, ou seja, um ser pensante, consciente, capaz de compreender suas ações, com uma linguagem que significa e que comunica algo.

“A atual legislação brasileira não reconhece os agentes de inteligência artificial como indivíduos a quem a lei possa ser aplicada, portanto, eles não podem ser responsáveis diretamente pelos danos causados. Contudo, com o aperfeiçoamento tecnológico que a IA terá, agindo de forma imprevisível, possuindo autonomia completa e, quiçá, ultrapassando a capacidade intelectual do ser humano, o ordenamento jurídico não mais poderá tratar a IA como mero objeto de direito. E sendo um agente de inteligência artificial totalmente autônomo e ‘consciente de suas ações e consequências’ ele poderia, em tese, ser responsabilizado pelos seus atos, haja vista que não poderá ser um simples instrumento nas mãos de outros intervenientes?”⁷⁰

Portanto, o ponto é que, se não há a possibilidade de qualificar a inteligência artificial (IA) como um agente ativo nos crimes de preconceito e discriminação no processo de manipulação de dados pessoais sensíveis, por ela ser um programa e não um ser humano, em que medida é possível estender a ação (o resultado enviesado no processamento de dados) de uma inteligência artificial (programa) a um programador (pessoa física) ou a uma empresa (pessoa jurídica)? Se o

68. Código Penal. Art. 13 – O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa.

69. Constituição Federal. Art. 5º, XLV.

70. SALMEN. 2019, p. 2-3.

Código Penal brasileiro determina que a ação que resulta em um crime está condicionada à existência de uma consciência capaz de entender a ilicitude desse crime⁷¹, quem estaria na linha sucessória para suprir essa qualificação da ação? A interrogação fica em aberto e objetiva a expansão da pesquisa para outros pontos de debate do direito penal e para o consequente refinamento da investigação⁷².

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A investigação apresenta um estudo em construção e que busca formular respostas adequadas e condizentes com os problemas que propõem, principalmente no que tange à extensão da teoria significativa do delito de Vives Antón e à linha de imputação que estende a uma Inteligência Artificial (IA). A pressuposição de um estudo nesses termos irrompe com os próprios critérios de elaboração dos fundamentos do sistema penal de Vives Antón e, por isso, é indispensável minuciar a discussão do autor com a teoria substancial da mente e com a teoria finalista. Debater, em consonância com o direito penal, a possibilidade de expansão da análise do agente ativo em um quadro linear que abarca a Inteligência Artificial é desafiador e requer o aprimoramento dos discernimentos que levaram Vives Antón a apresentar a sua interpretação da ação em termos de significação.

O debate não está completo, pois, para além da extensão e complexidade da teoria significativa do delito, a investigação perpassa distintos obstáculos apresentados ao longo da sua propositura. Como o fato de um sistema penal poder legislar a respeito da regulação de uma ação não humana e quais seriam as implicações da extensão dessa conduta. O fato de a Inteligência Artificial (IA) e a forma como ela é utilizada no processamento de dados pessoais ainda suscita uma ampla discussão no país, em termos da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD)⁷³.

É preciso ponderar, também, que o Brasil não apresenta legislação específica para os crimes nos quais o agente ativo configura uma Pessoa Jurídica, uma vez

71. “[...] a atividade humana é uma energia inteligente” (BITENCOURT, 2002, p. 36).

72. Ponto com capacidade de rendimento é a análise comportamental da racionalidade do agente. Neste prisma, consoante Samuel Ebel Braga Ramos, “As decisões para a incursão criminosa seriam resultado de uma cuidadosa ponderação de custos e benefícios e se baseariam em preferências existentes, como informações passadas sobre o mesmo ato delituoso, conhecimento da forma de julgamento quando da infringência do mesmo tipo penal e análise do tempo dispendido de forma lícita para o benefício”. Em RAMOS, 2021, p. 84.

73. Lei 13.709/2018. A lei está passando por um extenso debate em relação a data da sua vigência, nos termos de observação do seu art. 65.

que a legislação do país atribui esse tipo de responsabilidade penal somente nos crimes ambientais⁷⁴ e, assim, como seria construída a relação de imputação entre o programa, a pessoa física e a pessoa jurídica.

Portanto, a pesquisa caminha em um terreno fértil, porém desafiador, mas os propósitos se mantêm pautados, principalmente, na ponderação de que a tecnologia não deve retroceder e se hoje é possível apontar como a IA incorre em preconceitos e discriminações⁷⁵⁻⁷⁶, em um futuro não muito distante, este tipo de crime passará a ser debatido de forma contundente no cotidiano.

5. REFERÊNCIAS

- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- BOFF, Salete Oro; FORTES, Vinícius Borges. Crimes informáticos: possibilidades de construção de um modelo normativo de governança do ciberespaço. *SCIENTIA IURIS*, Londrina, v. 20, n. 1, p. 59-78, abr.2016 | DOI: [10.5433/2178-8189.2016v20n1p59].
- BOFF, Salete Oro. Uma análise dos crimes informáticos a partir de uma perspectiva global do direito penal. *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, vol. 13, n. 1, p. 7-24, Jan.-Abr. 2017-ISSN2238-0604.
- BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral*. 2. ed. – São Paulo: Atlas, 2015.
- BUSATO, Paulo César. Direito penal e ação significativa – uma análise da função negativa do conceito de ação em direito penal a partir da filosofia da linguagem.
- BUSATO, Paulo César. *O giro linguístico e o direito penal*. 2017.
- BUSATO, Paulo César. *Dolo e direito penal: modernas tendências*. Coordenador: Paulo César Busato. 3. ed. Florianópolis [SC]: Tirant Lo Blanch, 2019.
- DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal: parte geral*/ René Ariel Dotti. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Legislação penal especial* / Victor Eduardo Rios Gonçalves, José Paulo Baltazar Junior; coord. Pedro Lenza. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

74. Constituição Federal. Art. 225. [...] § 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

75. Ferramenta de recrutamento da Amazon com AI discrimina candidatas mulheres: Disponível em: [exame.com/tecnologia/uso-de-algoritmos-em-analise-de-curriculo-pode-gerar-selecao-enviesada/].

76. Sistema do Google identifica fotos de pessoas negras como gorilas. Disponível em: [www.tecmundo.com.br/google-fotos/82458-polemica-sistema-google-fotos-identifica-pessoas-negras-gorilas.htm].

- GRECO, Luís; BUSATO, Paulo César. *Responsabilidade penal de pessoas jurídicas: seminário Brasil-Alemanha*. Org. Paulo César Busato; coord. Luís Greco, Paulo César Busato. Florianópolis [SC]: Tirant Lo Blanch, 2018.
- HACKER, P.M.S. Wittgenstein. *Sobre a natureza humana*/ P.M.S. Hacker; trad. de João Vergílio Gallenari Cuter. São Paulo: Editora UNESP, 2000. (Coleção Grandes Filósofos).
- HRISTOV, Kalin. Artificial Intelligence and the Copyright Dilemma. 57 *IDEA* 431 (2017).
- JESUS, Damásio de. *Direito penal*. Parte geral. atual. André Estefan. 37. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. v. 1.
- JESUS, Damásio de. *Direito penal*. Parte especial: crimes contra a pessoa a crimes contra o patrimônio – arts. 121 a 183 do CP. atual. André Estefan. 36. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020. v. 2.
- KAMINSKI, Margot E. Authorship, Disrupted: AI Authors in Copyright and First Amendment Law. 51 *U.C. Davis L. Rev.* 589, University of California (2017).
- MOREIRA FILHO, Guaracy. *Código Penal comentado*. 8. ed. São Paulo: Rideel, 2019.
- PAULA, Alice Lima de; CORNWALL, Bruno Meirelles de Melo; CABRAL, Dalila Magalhães. Breves reflexões sobre a inteligência artificial e seus impactos no campo do Direito Penal. In: CHAVES, Natália Cristina (Org.). *Direito, tecnologia e globalização* [recurso eletrônico]. Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2019.
- PÉREZ, Carlos Martínez-Buján. A “concepção significativa da ação” de T. S. Vives e sua correspondência sistemática com as concepções teleológico-funcionais do delito. 2006.
- QUARESMA, Alexandre. Inteligência artificial e o problema da intencionalidade. *Paakat: Revista de Tecnología y Sociedad*, 10 (18). Disponível em: [dx.doi.org/10.32870/Pk.a10n18.403].
- RAMOS, Samuel Ebel Braga. *Análise Econômica do Direito Penal*: O crime, a sanção Penal e o criminoso sob a ótica da Economia. Lisboa: Artelogy, 2021.
- TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. Inteligência Artificial e direitos da personalidade: uma contradição em termos? *R. Fac. Dir. Univ. São Paulo*, p. 133-149 jan./dez. 2018.
- VIVES ANTÓN, Tomás S. Vives. *Fundamentos del sistema penal – Acción Significativa y Derechos Constitucionales*. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.
- WACHOWICZ, Marcos. *Inteligência artificial e criatividade: novos conceitos na propriedade intelectual = Artificial intelligence and creativity: new concepts in intellectual property* / Marcos Wachowicz, Lukas Ruthes Gonçalves. Curitiba: Gedai, 2019.
- WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas* / Ludwig Wittgenstein; trad. Marcos G. Montagnoli: revisão da tradução e apresentação de Emmanuel Carneiro Leão. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2009.

ZILIO, Jacson; BOZZA, Fabio. *Estudos críticos sobre o sistema penal: homenagem ao Professor Doutor Juarez Cirino dos Santos por seu 70º aniversário*. Coord. Jacson Zilio, Fábio Bozza. Curitiba: LedZe Editora, 2012.



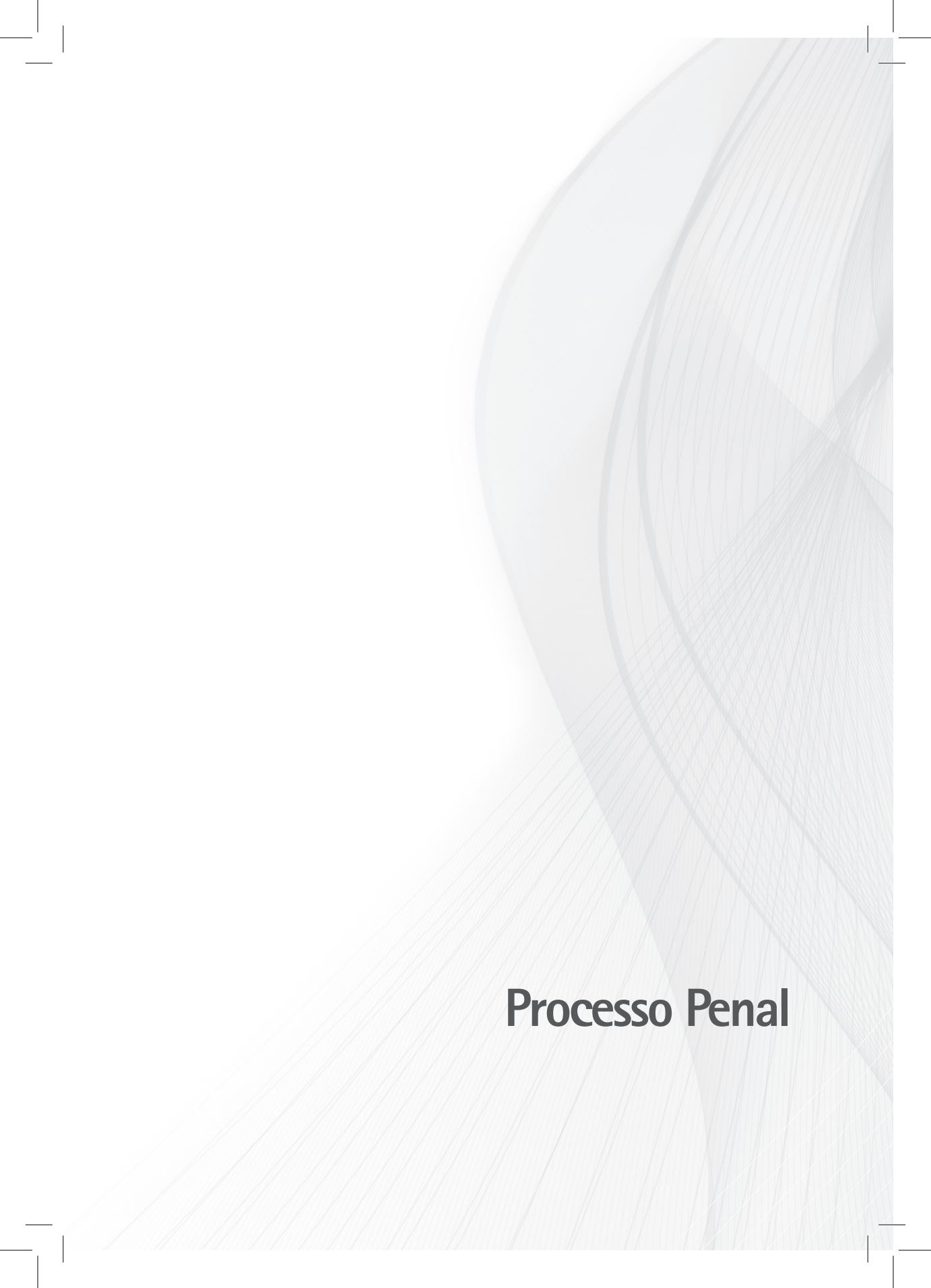
PESQUISAS DO EDITORIAL



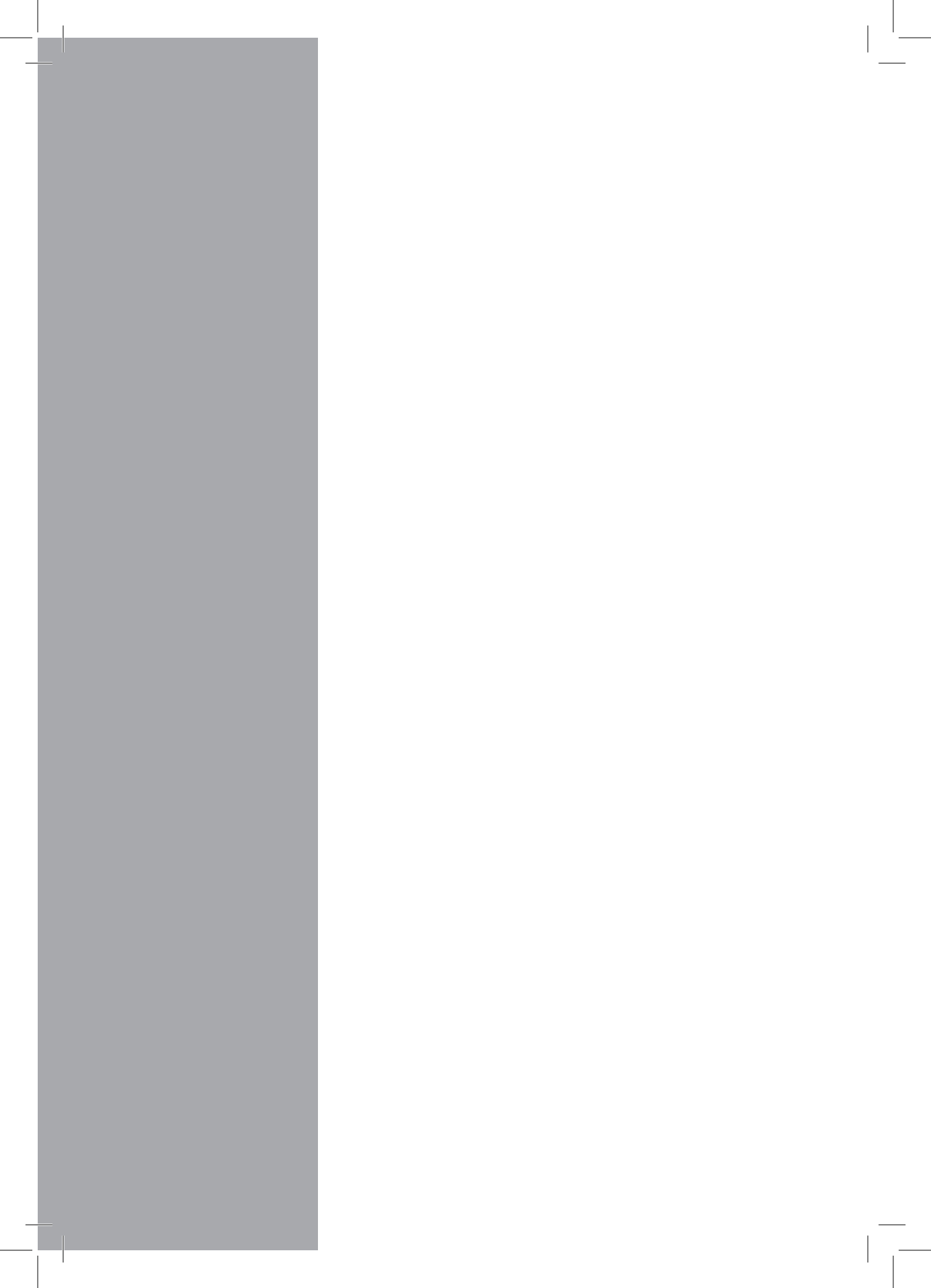
ÁREAS DO DIREITO: Penal; Digital

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- Inteligência artificial, big data e algoritmos: policiamento e as novas roupagens de um agir discriminatório, de Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo e Luíza Correa de Magalhães Dutra – *RBCCrim* 183/247-268;
- Tratamento de dados pessoais em investigações criminais: o direito fundamental à autodeterminação informativa como limite constitucional, de André da Rocha Ferreira – *RBCCrim* 185/115-159; e
- Viés e racismo no policiamento preditivo: casos estadunidenses e os reflexos de conexão com o Brasil, de Pedro Arthur Capelari de Lucena – *RD Tec* 7.

The background of the slide features a complex, abstract design. It consists of several overlapping, semi-transparent circles and a dense network of thin, curved lines that create a sense of depth and movement. The colors are primarily light grays and whites, with some darker gray accents. The overall effect is modern and sophisticated.

Processo Penal



DADOS PESSOAIS NO PROCESSO PENAL: TUTELA DA PERSONALIDADE E DA INOCÊNCIA DIANTE DA TECNOLOGIA

PERSONAL DATA IN CRIMINAL PROCEEDINGS: TECHNOLOGY AND PROTECTION OF PERSONALITY AND INNOCENCE

FLAVIANE DE MAGALHÃES BARROS BOLZAN DE MORAIS

Pós-Doutorado (2007) em Direito pela Università degli studi di Roma Tre. Doutorado (2003) e Mestrado (2000) em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Pesquisadora CNPq – Produtividade em Pesquisa PQ-2. Representante do Colégio de Humanidades – CAPES (2021). Pesquisadora visitante da Università degli studi di Firenze. Professora da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais e da Universidade Federal de Ouro Preto.

Lattes: [<http://lattes.cnpq.br/1159840059123495>].

ORCID: [<https://orcid.org/0000-0002-2377-6026>].

barros.flaviane@gmail.com

LEONARDO AUGUSTO MARINHO MARQUES

Doutorado (2006) e Mestrado (2001) em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professor Associado da Universidade Federal de Minas Gerais e Chefe do Departamento de Direito e Processo Penal da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Advogado Penalista.

Lattes: [<http://lattes.cnpq.br/5388381867392010>].

ORCID: [<https://orcid.org/0000-0001-9687-8405>].

leonardo@leonardomarinho.com.br

JAMILLA MONTEIRO SARKIS

Doutorado em andamento pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, com bolsa concedida pela CAPES. Mestrado (2018) em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Coordenadora Adjunta do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais em Minas Gerais. Professora da Estácio em Belo Horizonte. Advogada Penalista.

Lattes: [<http://lattes.cnpq.br/5388381867392010>].

ORCID: [<https://orcid.org/0000-0002-2730-5950>].

DOI: [<https://doi.org/10.54415/rbccrim.v190i190.120>].

jamilla.sarkis@gmail.com

Autores(as) convidados(as)

ÁREAS DO DIREITO: Penal; Digital

RESUMO: O presente trabalho busca, a partir de uma perspectiva interdisciplinar, bem como do estudo de um caso referência, analisar garantia da pessoa imputada no processo penal de ter protegidos os seus dados pessoais. Para tanto, trabalha a influência da tecnologia no processo, com especial foco na superexposição de dados pessoais. Além disso, demonstra a possibilidade de coexistência entre a publicidade processual e a proteção de dados pessoais, bem como contextualiza os prejuízos gerados pela superexposição de dados pessoais sobre os direitos fundamentais à presunção de inocência e à personalidade com fundamento no marco teórico do modelo constitucional de processo. Diante disso, estuda também a responsabilidade do Estado na preservação dos dados pessoais de pessoas imputadas a partir da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) e do Anteprojeto de Lei de Proteção de Dados para Segurança Pública e Persecução Penal (LGPD Penal), na perspectiva do Estado Democrático de Direito. Ao final, conclui que a Lei Geral de Proteção de Dados e suas sanções se aplica ao poder público, devendo ser objeto de atenção por parte dos órgãos de persecução penal.

PALAVRAS-CHAVE: Dados pessoais da pessoa imputada – Tecnologia – Publicidade – Presunção de inocência – Direitos de personalidade.

ABSTRACT: The present work seeks, from an interdisciplinary perspective, as well as from the study of a reference case, to analyze the guarantee of the defendant to have his personal data protected. To do so, it works on the influence of technology in the process, with special focus on the overexposure of personal data. Moreover, it demonstrates the possibility of coexistence between procedural publicity and the protection of personal data, as well as contextualizes the damages generated by the overexposure of personal data on presumption of innocence and personality based on the theoretical framework of the constitutional model of process. In light of this, it also studies the responsibility of the State in the preservation of personal data of accused persons based on the General Law of Data Protection and the Draft Law of Data Protection for Public Security and Criminal Prosecution, from the perspective of the Democratic State of Law. In the end, it concludes that the General Data Protection Law and its sanctions apply to the public authorities and should be the object of attention by criminal prosecution agencies.

KEYWORDS: Defendant's personal data – Technology – Presumption of innocence – Personality rights.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Tecnologia e processo: superexposição de dados. 3. Publicidade processual e superexposição de dados: um conflito aparente. 4. Direitos da pessoa imputada aos seus dados pessoais: reflexos em um modelo constitucional de processo. 4.1. Reflexos da superexposição de dados pessoais na presunção de inocência. 4.2. Reflexos da superexposição de dados pessoais nos direitos da personalidade. 5. Responsabilidade do Estado sobre os dados de pessoas imputadas. 6. Conclusão. 7. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Você já procurou o seu nome no Google?

É possível que todos respondam, afirmativamente, a esta pergunta. Também é provável que todos já tenham pesquisado nomes de outras pessoas em algum

buscador *on-line*: por motivos pessoais, acadêmicos ou profissionais, ninguém escapa da tarefa de procurar, na *internet*, por dados relacionados a indivíduos que, motivadamente ou por pura curiosidade, nos interessam.

Para alguns, todavia, essa consulta – por decorrência da virada tecnológica e da ampliação do ciberespaço, hoje já faz parte da vida cotidiana – pode apresentar resultados indesejáveis, cujos reflexos sobre a vida privada podem comprometer direitos fundamentais à personalidade e à presunção de inocência.

É o caso das pessoas imputadas no processo penal. Basta *googlar*¹ o nome de alguém que responda criminalmente, por qualquer fato, para que sejam publicizadas informações como o número do processo, a comarca e a vara de origem, as outras partes envolvidas, a imputação em processamento e os andamentos processuais, conforme determina a Resolução 121, de 2010, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

Se o processo for digital, com tramitação por sistemas eletrônicos como PJe, JPe, Projudi, eProc, e-Saj, Themis e outros², as informações disponíveis são ainda mais significativas. Uma consulta detalhada pode revelar a inscrição das pessoas imputadas no Cadastro Nacional de Pessoas Físicas, seu endereço, filiação e outros dados pessoais.

Como notaram Ana Frazão e Luiza Santos (2020, p. 60), esse não é um ônus exclusivo das pessoas imputadas no processo criminal: “algoritmos vêm sendo utilizados para análises complexas, decisões e diagnósticos que, além de representarem uma verdadeira devassa na intimidade das pessoas, terão impactos nas possibilidades e no acesso destas a uma série de direitos e oportunidades.” As autoras ressaltam que, na atualidade, algoritmos são responsáveis por decidir “quem terá crédito e a que taxa de juros, quem será contratado para trabalhar em determinada empresa, qual a probabilidade de reincidência de determinado criminoso, quem deve ser atropelado em determinadas situações, entre inúmeras outras circunstâncias”.

1. Neologismo que corresponde ao ato de pesquisar no buscador *on-line* “Google”.
2. No Brasil, a informatização dos processos judiciais é regida pela Lei 11.419/06 e regulamentada pelo próprio Poder Judiciário. Apesar de o Conselho Nacional de Justiça ter instituído, a partir da Resolução 185/13, o Sistema Processo Judicial Eletrônico – PJe como sistema de processamento de informações e prática de atos processuais, cada Tribunal tem autonomia para implantar o sistema eletrônico que melhor atenda às suas necessidades. Sobre a falta de padronização e uniformização dos ambientes judiciais virtuais, veja-se: FOLLE; SCHELEDER, 2014.

MORAIS, Flaviane de Magalhães Barros Bolzan de; MARQUES, Leonardo Augusto Marinho; SARKIS, Jamilla Monteiro.

Dados pessoais no processo penal: tutela da personalidade e da inocência diante da tecnologia.

Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 190. ano 30. p. 117-156. São Paulo: Ed. RT, maio/jun. 2022.

DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v190i190.120].

Na esfera penal, todavia, o impacto é ainda maior. Grande parte dos afetados pela exposição de dados se incluem em um universo de fragilidade e exclusão social, pertencendo a classes econômicas menos favorecidas (BARROS, 2018, p. 08). Para essas pessoas, responder ao processo penal é, por si só, uma pena: a estigmatização impede o exercício de toda sorte de direitos, entre eles, o livre desenvolvimento da personalidade.

Efetivamente, esses prejuízos configuram manifesta violação à presunção de inocência que, como regra de tratamento, se refere à condição da pessoa imputada durante o processo e veda a sua equiparação à pessoa culpada em qualquer aspecto (ILLUMINATI, 1979, p. 29). Qualquer pessoa pode ter acesso a dados pessoais de indivíduos que respondem a processos criminais ainda em curso, tudo isso disponível aos toques do teclado, já que diversos *websites* utilizam algoritmos para coletar, e esses dados em bancos públicos, inclusive os de Tribunais (DEL MASSO; GODOY, 2020, p. 108).

Este procedimento não é novo nem exclusividade de um *website* específico: denomina-se mineração de dados e se caracteriza como um processo de exploração e análise de grande quantidade de dados, a fim de descobrir significativos padrões, regras e relações que interessem às mais variadas áreas do conhecimento (MAIMON; ROKACH, 2010, p. 22).

Na evolução dos sistemas informáticos, de acordo com Éric Sadin (2020, p. 57), a mineração de dados ocupa um lugar perturbador, tendo em vista a capacidade de revelar fenômenos que sequer são perceptíveis pela consciência humana, capaz de colocar os computadores em posição de superioridade para a avaliação de determinado conjunto de fatos – por exemplo, a viabilidade da contratação de determinado indivíduo com base nos resultados apresentados pelo *Google* mediante a inserção de seu nome no buscador.

Com efeito, a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD – Lei 13.709/2018) determina, em seu artigo 1º, que todos os dados pessoais – isto é, informações relacionadas a pessoas naturais identificadas ou identificáveis (artigo 5º, I) – devem ser objeto de proteção por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado. A finalidade dessa proteção, conforme dispõe a Lei, é garantir os direitos fundamentais de liberdade e de personalidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural. Da mesma forma, o Marco Civil da Internet (Lei 12.965/2014) traz, em seus artigos 7º e 8º, a privacidade e proteção da intimidade como direito básico de qualquer cidadão, seguindo o que preceitua o artigo 5º, inciso X, da Constituição da República de 1988.

Em matéria penal, todavia, a proteção de dados ainda é matéria controversa, cuja necessidade de regulamentação deu origem à Comissão de Juristas criada

pela Câmara dos Deputados para propor o projeto de “Lei de Proteção de Dados para Segurança Pública e Persecução Penal”, apresentado em junho de 2020. Com enfoque nos dados pessoais utilizados para atividades de segurança pública e de persecução penal, a proposta não contempla a proteção às informações pessoais daqueles que já respondem a processos criminais e, por isso, têm seus dados pessoais expostos na rede mundial de computadores.

Partindo dessas premissas, o presente trabalho busca desenvolver a hipótese de que, no processo penal, embora relevante a publicidade dos atos, a pessoa imputada deve ter garantido o sigilo de seus dados pessoais, visto que a salvaguarda dos seus direitos à personalidade e à presunção de inocência deve ser tutelada pelo Estado.

Nesse sentido, a pesquisa irá, inicialmente, trabalhar a influência da tecnologia no processo, com especial foco na superexposição de dados pessoais. Em seguida, será demonstrada a possibilidade de coexistência entre a publicidade processual e a proteção de dados pessoais, bem como contextualizados os prejuízos gerados pela superexposição de dados pessoais sobre os direitos fundamentais à presunção de inocência e à personalidade. Feita essa digressão, a responsabilidade do Estado na tutela dos dados pessoais de pessoas imputadas será estudada a partir da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) e do Anteprojeto de Lei de Proteção de Dados para Segurança Pública e Persecução Penal (LGPD Penal), na perspectiva do Estado Democrático de Direito.

Para tanto, serão empregadas duas diferentes estratégias metodológicas. A primeira delas se fundamenta na necessidade de compor – diante da interdisciplinaridade que permeia o trabalho – um sistema de conceitos analíticos que servirá como base de referências conceituais, a partir do estudo de doutrinas e legislações e sob o marco teórico do modelo constitucional de processo. O marco é suficiente e necessário para assegurar que a base principiológica que sustenta a compreensão do processo no Estado Democrático de Direito deve possuir capacidade de se aperfeiçoar por meio do esforço argumentativo, em virtude da perfectibilidade defendida por Italo Andolina e Giuseppe Vignera (1997). Assim, tendo em vista que o microssistema, no processo penal, se sustenta especialmente pela existência do princípio regente e condutor da presunção de inocência, exige-se que os demais princípios o considerem quando se trata da atuação jurisdicional perante o processo penal (BARROS, 2018).

Cumprir destacar que o trabalho não tem a pretensão de promover uma revisão bibliográfica sobre presunção de inocência ou proteção de dados, nem mesmo de esgotar os conhecimentos e saberes em análise, sendo todo o arcabouço teórico lançado a título do esforço argumentativo de discutir a questão problema

da pesquisa sob o marco escolhido, ancorada na interdisciplinaridade como metodologia regente que busca construir pontes entre saberes.

A segunda estratégia, consolidada com base em uma metodologia prática, será promovida a partir do estudo de caso referência³. Tal método se diferencia do estudo de caso, na medida em que é utilizado como base fática para toda a pesquisa teórica a ser desenvolvida, estando seus elementos presentes em todas as etapas do trabalho e fundamentais para a comprovação da hipótese analisada.

Ao final, espera-se evidenciar que o acesso aos dados pessoais, mesmo diante do princípio da publicidade processual, viola a personalidade e a presunção de inocência das pessoas imputadas, motivo pelo qual sua proteção por parte dos órgãos jurisdicionais deve ser objeto de salvaguarda jurídica e tratamento técnico diferenciado.

2. TECNOLOGIA E PROCESSO: SUPEREXPOSIÇÃO DE DADOS

Ao longo das últimas décadas, o sistema jurídico sofreu importantes rupturas pragmáticas. Foram introduzidas significativas mudanças nos fundamentos e propósitos de atuação das instituições a partir de sua introdução ao ciberespaço (LESSIG, 2009, p. 09), quando informações reais assumiram formas intangíveis e passaram a ser acessadas, democraticamente, por qualquer pessoa em qualquer lugar do mundo.

Os impactos desse movimento, conhecido como virada tecnológica, conforme identifica Dierle Nunes (2020, p. 15-17), transcendem sua mera aplicação instrumental. Impactam, de maneira concreta, o campo processual, seja pela mudança dos institutos jurídicos desde seu âmbito propedêutico, seja pelo dimensionamento de uma nova racionalidade para sua implementação, seja pela criação de novos institutos.

Efetivamente, a virada tecnológica não guarda relação exclusiva com a informatização judicial – como o processo eletrônico – ou com o emprego de tecnologias no exercício das mais diversas carreiras jurídicas – por exemplo, o fluxo de comunicação via *e-mail* ou aplicativos de comunicação. Nas últimas décadas, como pontuam Orna Rabinovich-Einy e Ethan Katsh (2017, p. 14), o esgotamento dos modelos tradicionais de justiça, causados pela redução de recursos

3. Técnica foi desenvolvida por Rosângela Cavallazzi na sua tese de doutoramento (*A plasticidade na teoria contratual*), defendida em 1993 na Universidade Federal do Rio de Janeiro.

financeiros e pela estrutura física que os definem – necessidade de encontros pessoais, com juízes, promotores e advogado – demandaram avanços tecnológicos capazes de lidar ou de reduzir a litigiosidade, além de melhorar, refinar, agilizar, otimizar e turbinar as atividades forenses (SUSSKIND, 2019, p. 34).

Diante da complexa relação entre direito e tecnologia e suas várias interseções é que Antoine Garapon e Jean Lassègue (p. 13, 2018) estabelecem três dimensões da revolução jurídico-digital: a revolução simbólica, com reflexo não apenas no direito, mas na própria elaboração da lei; a revolução gráfica, responsável pelas mudanças no discurso e no silogismo jurídicos, que podem não deixar de ser escritos, mas certamente precisarão de outras ferramentas comunicativas; a revolução política, consistente na substituição do elemento humano pelas estruturas automatizadas em várias circunstâncias, inclusive de cunho decisório.

Das diversas tecnologias aplicáveis ao direito, a Inteligência Artificial (IA) se destaca na medida em que permite a parametrização, o tratamento e a estocagem de uma grande massa de dados (*big data*). Na definição de Ben Coppin (2013, p. 5), a IA consiste no “estudo dos sistemas que agem de um modo que a um observador qualquer parece ser inteligente”, apresentando “uma capacidade de lidar com novas situações; a capacidade de solucionar problemas, responder a questões, de engendrar planos” que se assemelha ao pensamento e consciência humanos. Jerry Kaplan (2016, p. 5), por seu turno, define a IA como uma habilidade, no sentido de possibilitar generalizações apropriadas e oportunas a partir de dados limitados.

Para Dierle Nunes, a Inteligência Artificial possibilita uma revolução nos institutos jurídicos; mas, ao mesmo tempo que inova ao gerar eficiência para a atuação nas profissões jurídicas, acarreta riscos “de generalizações equivocadas, opacidade (não compreensão de como se chegou aos resultados), geração de preconceitos e discriminação” (NUNES, 2020, p. 21).

Tais consequências, nas palavras de José Luís Bolzan e Flaviane Barros (2020, p. 267), impactam os direitos fundamentais, que se perdem ou se relativizam quando postos lado a lado com as facilidades que são fruto da tecnologia e monetarização de alguns serviços ofertados por empresas (*startups*) voltadas ao dimensionamento das questões jurídicas) como as *Legaltechs* ou *Lawtechs*.

De acordo com a Associação Brasileira de *Lawtechs* e *Legaltechs*, as empresas brasileiras voltadas a produtos e serviços de inovação para a área jurídica podem ser divididas em 13 categorias: Analytics e Jurimetria, Automação e Gestão de Documentos, *Compliance*, Conteúdo Jurídico, Educação e Consultoria, Extração e Monitoramento de Dados Públicos, Gestão – Escritórios e Departamentos

Jurídicos, IA – Setor Público, Redes de Profissionais, *RegTech*, Resolução de Conflitos *on-line*, *TaxTech*, *Civic Tech* e *Real Estate Tech*⁴. Especificamente naquilo que se refere às *Lawtechs* e *Legaltechs*, voltadas à extração e ao monitoramento de dados públicos, sua atuação tem como bases a coleta e a compilação de todos os atos oficiais administrativos e judiciais praticados no país.

Para ilustrar o problema a partir de um caso referência, promoveu-se a busca por nome aleatório e genérico, composto por prenome e sobrenome que figuram entre os mais comuns do Brasil⁵, no *Google* – que encontrou, em cerca de 20 segundos, mais de 4.100.000 de resultados. O primeiro *link* sugerido pelo buscador foi direcionado ao *website JusBrasil*, em razão de sua utilidade e relevância⁶.

Conforme se extrai na Política de Privacidade da Plataforma, dados pessoais são extraídos pelo *JusBrasil*, de forma automatizada⁷, a partir de “fontes publicamente disponíveis, como diários oficiais, dados oriundos de tribunais referentes a processos, informações de salas de imprensa de órgãos públicos, e legislação”, com o objetivo de “ampliar o acesso a esse conteúdo por parte dos seus Usuários”⁸.

Ainda de acordo com as informações obtidas no próprio portal *JusBrasil*, a plataforma não atua na criação ou desenvolvimento de dados. Seus serviços se voltam, exclusivamente, na captação de dados que estão disponíveis em bases públicas de consulta, como os *websites* dos Tribunais de Justiça de cada estado,

4. Disponível em: [https://ab2l.org.br/ecossistema/radar-de-lawtechs-e-legaltechs/]. Acesso em: 27.07.2021.
5. Os dados sobre os nomes mais comuns entre a população brasileira estão disponíveis no portal “Nomes do Brasil”, criado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística e disponível em: [https://censo2010.ibge.gov.br/nomes/#/search]. Acesso em 15.01.2022.
6. De acordo com o *Google*, a relevância e utilidade dos resultados apresentados a cada pesquisa no buscador é indexada por uma série de algoritmos que se baseiam em vários fatores, inclusive palavras da consulta, relevância e usabilidade das páginas, conhecimento das fontes, bem como seu local e configurações. Nesse sentido, veja-se: [https://www.google.com/intl/pt-BR/search/howsearchworks/algorithms/]. Acesso em: 14.01.2022.
7. No Brasil, a automação do sistema judicial pode ser dividida em três fases: a pré-automação, caracterizada pela falta de coordenação nas ações, entre as unidades judiciais, e é marcada pelas iniciativas individuais de juízes e servidores; a automação, a partir da qual os *softwares* são capazes de executar rotinas básicas, como a distribuição de petições iniciais, acompanhamento de processo, rotinas de publicação, escalas de audiências; virtualização dos processos, que substitui a utilização de papel para processar ações em ambientes eletrônicos (ANDRADE; JOIA, 2012).
8. Disponível em: [https://suporte.jusbrasil.com.br/hc/pt-br/articles/360041534212]. Acesso em: 27.07.2021.

dos Tribunais Regionais Federais, do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal:

“Vale ressaltar que o JusBrasil age apenas como ferramenta de busca e não cria, edita ou altera informações pessoais exibidas. Todo o processo de coleta de dados cujo resultado culmina nas informações disponibilizadas é realizado automaticamente, através de fontes públicas pela Lei de Acesso à Informação. Além do que, importante ressaltar que a Constituição Federal assegura o direito de acesso à justiça para todos, inclusive com relação à publicidade dos atos processuais (art. 5º, LX). A publicidade dos atos processuais também está consagrada no Código de Processo Civil brasileiro em seu artigo 189.”⁹

Na Política de Privacidade da Plataforma, o portal *JusBrasil* chega a reconhecer que, durante o processo de extração automatizada de dados públicos, é possível a obtenção de “eventuais dados sensíveis”, cujo tratamento deverá pressupor a finalidade, a boa-fé e o interesse público que justificaram sua disponibilização:

“Dados pessoais cujo acesso é público, ou que foram tornados manifestamente públicos pelo seu titular, incluindo eventuais dados sensíveis constantes desses documentos e conteúdos de acesso público (tais quais definidos pela legislação brasileira, como aqueles que revelem orientação religiosa, política ou sexual, convicção filosófica, participação em movimentos políticos ou sociais, informações de saúde ou genéticas), ressaltando que o tratamento desses dados deve levar em consideração a finalidade, a boa-fé e o interesse público que justificaram sua disponibilização.”¹⁰

A *LegalTech*, porém, fundamenta suas atividades na importância da publicidade processual, na relevância da transparência das atividades públicas e na democratização do acesso à informação, ressaltando que possui canais abertos aos usuários para que reportem, por iniciativa própria, a necessidade de remoção de determinados conteúdos:

“Com o propósito de facilitar o acesso à justiça por meio da informação, o JusBrasil disponibiliza uma plataforma de busca que visa fornecer ferramentas para auxiliar e dinamizar o dia a dia dos operadores do direito, bem como democratizar a busca por conteúdo jurídico pelo público em geral, sempre em

9. Disponível em: [https://suporte.jusbrasil.com.br/hc/pt-br/articles/360041539772-Portuguese-meu-nome-apareceu-no-Jusbrasil-]. Acesso em: 27.07.2021.

10. Disponível em: [https://suporte.jusbrasil.com.br/hc/pt-br/articles/360048466791-Quais-s%C3%A3o-os-dados-armazenados-pelo-Jusbrasil-]. Acesso em: 27.07.2021.

MORAIS, Flaviane de Magalhães Barros Bolzan de; MARQUES, Leonardo Augusto Marinho; SARKIS, Jamilla Monteiro. Dados pessoais no processo penal: tutela da personalidade e da inocência diante da tecnologia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 190. ano 30. p. 117-156. São Paulo: Ed. RT, maio/jun. 2022. DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v190i190.120].

busca de conectar as pessoas à justiça e potencializar a efetivação do direito à informação. Neste contexto, reproduzimos e organizamos as informações disponibilizadas pelos órgãos públicos nos seus respectivos sites, como diários oficiais e decisões judiciais, servindo meramente como um indexador de conteúdo. Ocorre que a Constituição Federal garante, em seus arts. 5º, LX, 37 e 93, a publicidade dos atos processuais como regra. Diante do passado ditatorial do Brasil, temos que este é um importante instrumento para a manutenção da democracia. Além disso, todo o sistema normativo, com destaque para a Lei Geral de Proteção de Dados, o Marco Civil da Internet e a Lei de Acesso à Informação, partilha da mesma racionalidade: o tratamento de dados pessoais é instrumental ao princípio constitucional da publicidade da Administração Pública.

[...] Por óbvio, encontramos alguns desafios neste caminho, como a necessidade de compatibilizar o direito à informação, do princípio da publicidade dos atos processuais e o direito à proteção de dados e de desenvolver mecanismos para garantir a proteção dos direitos individuais. No entanto, enquanto mero indexador de informações já disponíveis na internet, resta ao Jusbrasil acompanhar as movimentações dos órgãos públicos neste sentido, sobretudo da Autoridade Nacional de Proteção de Dados, para que realize futuras adequações que se verifiquem necessárias. Por sua vez, o Jusbrasil está constantemente refletindo e adotando medidas para a proteção da privacidade de indivíduos e para mitigar eventuais riscos, o que demonstra sua boa-fé e proatividade na proteção de dados pessoais de cidadãos. Adotamos, por exemplo, uma política amigável de remoção de conteúdo, a qual determina a remoção completa de informações relacionadas a processos em segredo de justiça, pedidos de remoção feitos pelo Poder Judiciário (como ofício ou decisão judicial) e processos envolvendo menores de idade atualmente e/ou à época do processo. Ainda, disponibilizamos uma ferramenta pela qual o próprio usuário pode reportar uma solicitação de remoção de conteúdo, sem necessidade de entrar em contato conosco. No mais, estamos sempre buscando o estado da arte na tecnologia, a fim de garantir que as informações disponibilizadas na plataforma sejam as mais completas e fidedignas possíveis.”¹¹

11. A fim de desenvolver uma pesquisa sempre atenta à ética e, igualmente, em respeito ao contraditório, os dados deste trabalho foram encaminhados ao JusBrasil pelo *e-mail* suporte@jusbrasil.com.br, a fim de que a LegalTech pudesse contribuir, de alguma forma, com os resultados. Em resposta, a JusBrasil encaminhou o seguinte texto, cujo intervalo não colacionado no corpo do texto em razão das regras editoriais do periódico diz: “Desta forma, o Jusbrasil potencializa a materialização do direito fundamental de acesso à informação e influência, diretamente, no acesso à justiça para a sociedade. Compreendemos que há interesse público na divulgação de atos processuais e no acompanhamento das atividades do Poder Judiciário. O trabalho do Jusbrasil amplia o grau de acesso à informação de cunho jurídico e permite a realização de análises quantitativas, através de estatísticas e dados agregados (como a divulgação de quantos processos foram julgados

Depois do direcionamento da pesquisa feita no *Google* ao *JusBrasil*, selecionou-se um dos mais de 8.000 processos vinculados ao nome escolhido e boa parte de suas informações passou a ser exibida¹². Tratava-se de processo penal relacionado a crimes de trânsito em trâmite perante o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

Figura 1 – Consulta a um dos resultados apresentados pelo *JusBrasil* posteriormente à busca pelo nome escolhido



Fonte: elaborada pelos autores a partir do website da *JusBrasil*.

em determinado período ou informações orçamentárias), e qualitativas, o que inclui acompanhamento do teor das decisões e da qualidade da atuação do Poder Judiciário. Inclusive, entre os interesses na análise qualitativa de documentos processuais diversos (e não somente decisões judiciais), apontamos: (i) compreensão de quem são os players que acessam o poder judiciário e como as diferenças de poder afetam o resultado dos processos; (ii) accountability de poder estatal de investidura não democrática; (iii) compreensão sobre tendências jurisprudenciais para auxiliar advogados e partes no desenho de estratégias de atuação judicial; (iv) fornecer subsídios para que agentes externos possam contribuir com a melhoria da gestão do sistema de justiça. Neste contexto, destacamos ainda a importância da manutenção dos nomes de pessoas físicas em nossa plataforma. O acesso a este tipo de informação que o Jusbrasil viabiliza é útil desde situações simples do cotidiano, como ao verificar se uma empresa é confiável para a compra de eletrônicos por meio de uma pesquisa pelo seu CNPJ na plataforma, até casos mais complexos, como ao permitir a análise dos processos contra jornalistas em um determinado período de tempo para verificar o indicativo de perseguição política.”

12. Para acessar determinados dados específicos, como a íntegra dos andamentos e o valor da causa, é necessário ser assinante do *JusBrasil*.

Portanto, o que se verifica é que, ao consultar um nome no *Google* ou em outros buscadores populares disponíveis na *internet*, dados pessoais, inclusive relacionados em processos criminais, podem ser facilmente localizados. Em questão de segundos, é possível saber se uma pessoa responde por algum crime, qual a fase do processo, se houve condenação ou absolvição, qual a pena a ser cumprida etc.

Ainda, com base no caso referência, veja-se que bastou inserir na consulta pública do *website* do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo o número do processo disponibilizado pelo *JusBrasil*, para encontrar dados pessoais da pessoa imputada, entre os quais seu número de telefone e endereço profissional¹³:

Figura 2 – Consulta do processo criminal ao qual responde a pessoa de nome escolhido na consulta pública do Tribunal de Justiça de São Paulo



Fonte: elaborada pelos autores a partir do *website* do Tribunal de Justiça de São Paulo.

A partir da situação exposta, constata-se que o *JusBrasil*, assim como outras empresas de tecnologia voltadas para práticas de inovação e tecnologia jurídicas, atua como uma ferramenta de compilação e exibição de dados que, por sua vez, são disponibilizados por órgãos jurisdicionais. Assim, o centro do problema não parece estar apenas na atuação dessa espécie de *LegalTech*, mas também na disponibilização, por parte dos órgãos jurisdicionais, de dados sensíveis ao indivíduo – como são as informações pessoais – e com grande potencial de violação a direitos fundamentais. Certamente, a *LegalTech* estuda possui uma análise de risco legal da sua atividade econômica e assim mantém tranquila a usar dados e potencializar sua exposição, mas tal análise não será aqui pormenorizada porque foge do foco da pesquisa, pois discutiria a questão sob o enfoque no âmbito do direito privado. O objetivo foco da pesquisa é evidenciar que os dados partem e são alimentados pelo Estado Jurisdicional.

Se parte, do próprio Estado, a atividade de *superexposição* dos dados pessoais, a qual se vê potencializada pela atividade de *Legaltechs* como a *JusBrasil*, resta compreender se a publicidade processual poderia, legitimamente, justificá-la.

13. Por coerência teórica, os dados pessoais do indivíduo foram ocultados pelos autores.

Afinal, para publicizar os atos processuais e promover o acesso democrático à informação e à justiça, é necessário violar direitos fundamentais?

3. PUBLICIDADE PROCESSUAL E SUPEREXPOSIÇÃO DE DADOS: UM CONFLITO APARENTE

Para o processo, o princípio da publicidade tem como objetivo a transparência sobre como o poder público trata questões de interesse social. O Conselho Nacional de Justiça, por meio da Resolução 121, de 2010, garante as consultas públicas dos sistemas de tramitação e acompanhamento processual dos Tribunais e Conselhos, disponíveis na rede mundial de computadores, inclusive em processos criminais:

“Art. 1º A consulta aos dados básicos dos processos judiciais será disponibilizada na rede mundial de computadores (internet), assegurado o direito de acesso a informações processuais a toda e qualquer pessoa, independentemente de prévio cadastramento ou de demonstração de interesse.

Art. 2º Os dados básicos do processo de livre acesso são:

I – número, classe e assuntos do processo;

II – nome das partes e de seus advogados;

III – movimentação processual;

IV – inteiro teor das decisões, sentenças, votos e acórdãos.”

As exceções se restringem às hipóteses nas quais (i) o processo é sigiloso ou está em segredo de justiça; (ii) o processo teve sentença absolutória já transitada em julgado; (iii) foi declarada a extinção de punibilidade do agente; (iv) foi cumprida, em sua integralidade, a pena. Nesses casos, o nome das pessoas imputadas deixa de aparecer por extenso na consulta pública, permanecendo o registro apenas das suas iniciais¹⁴.

De fato, a realização pública de julgamentos constitui um importante elemento da estrutura republicana e democrática do processo penal. Trata-se de

14. A publicidade, de acordo com as determinações do CNJ, serviu também como motivação para o Ministro Supremo Tribunal Federal Marco Aurélio Mello quando, em diversas decisões monocráticas, determinou que os nomes completos de pacientes de *habeas corpus* fossem divulgados na consulta pública, em substituição às iniciais. Veja-se, nesse sentido, as medidas cautelares monocráticas proferidas nos seguintes processos sob relatoria do Ministro: HC 159.113/SP, HC 169.358/RJ, HC 173.989/SP e HC 182.464/SP.

verdadeira manifestação contrária à inquisitorialidade (CORDERO, 1986, p. 73), cujas características pairam pela órbita da opacidade dos julgamentos e do afastamento da jurisdição em relação aos cidadãos.

Conforme explica Alberto Binder (2000, p. 68), a publicidade figura entre as garantias básicas previstas no artigo 8º da Convenção Americana de Direitos Humanos. Para o autor, a publicidade exerce, na processualidade penal, duas funções: primeiro, dada a especificidade da justiça criminal, serve para transmitir a ideia de respeito à vigência dos valores que embasam a convivência social, o que se faz por meio da cominação de penas (prevenção geral) e da aplicação concreta de sanções (BINDER, 2000, p. 69); em segundo lugar, a publicidade exerce o papel de assegurar o controle popular sobre a administração da justiça (BINDER, 2000, p. 70), a fim de diminuir o abismo que existe entre a vida social e administração da justiça. A ideia da publicidade, portanto, se satisfaria pelo conceito de “julgamentos a portas abertas”, a partir dos quais os juízes ditariam as sentenças “frente a frente com o povo” (BINDER, 2000, p. 70).

Contudo, essa visão, apesar de bem-intencionada, acaba dando espaço à chamada “imprensa marrom”, que toma para si a função de controle popular das causas – especialmente as criminais – e se converte em poderoso meio de manipulação da opinião pública e opressão em desfavor das pessoas imputadas, conforme aponta Simone Schreiber (2008).

E, se, na era analógica, determinados casos precisavam cair no interesse popular para serem objeto de cobertura midiática espetacularizada (CASARA, 2018) – seja porque envolviam pessoas famosas, personalidades políticas ou crimes de intensa reprovabilidade como filicídio, parricídio ou matricídio¹⁵ – na era digital, esse acompanhamento em *live streaming* de casos criminais foi potencializado.

No *YouTube*, plataforma de compartilhamento de vídeos mais popular do mundo, existem canais dedicados à transmissão ao vivo de sessões do Tribunal do Júri e acompanhamento de operações policiais; no *Reddit*, um agregador social de notícias equipado com fórum de discussões *on-line*, existem milhares de tópicos relacionados à discussão sobre crimes reais, nos quais os usuários passam a se comportar como verdadeiros detetives¹⁶.

15. Os casos Daniella Perez, PC Farias, Nardoni e Richthofen são alguns exemplos.

16. Veja-se, nesse sentido, a reportagem intitulada “Seis vezes em que usuários do Reddit interferiram em casos judiciais”, disponível em inglês: [<https://www.cbc.ca/shortdocs/features/reddit-websleuths>]. Acesso em: 27.07.2021.

Sobre a forma como a era digital influencia a publicidade de casos criminais, escreve Tanya Horeck (2019, p. 19):

“No Facebook as pessoas compartilham filmagens de circuito interno de câmeras com criminosos roubando lojas locais ou informações sobre jovens desaparecidos, com o espírito de serem bons samaritanos. Os departamentos de polícia postam fotos de pessoas detidas nas suas páginas do Facebook, nas quais as pessoas são capazes de responder com *emojis* e comentários. No Twitter as pessoas emitem os seus julgamentos pessoais sobre crimes e criminosos e acompanham os repórteres do tribunal eles postam sobre casos criminais, como relata um repórter do tribunal: ‘Tenho sido seguido por juízes e promotores e recebo bastante feedback de agentes da polícia. Eu postei a foto de um acusado não compareceu ao tribunal e um agente de polícia o prendeu depois de tê-lo visto - isso já aconteceu algumas vezes.’”¹⁷

Com efeito, a partir do atual nível de interesse e na facilidade do acesso às informações sobre casos criminais em curso, impor limites à transparência e à publicidade em face dos direitos fundamentais é necessário. Em tempos de inteligência artificial e mineração de dados, cabe ao Estado limitar o que é divulgado, assegurando os direitos à intimidade, vida privada, honra e imagem da pessoa, em especial da pessoa imputada que ainda não foi submetida a julgamento e, portanto, deve ser presumida inocente.

Da mesma forma, a publicidade não pode ser subterfúgio para a mercantilização das informações pessoais no mercado das *Legaltechs*. Nesse sentido, a socióloga Sarah Lageson (2019, p. 395) explica como os dados pessoais publicados pelos Tribunais dos Estados Unidos passaram a ser utilizadas para outros fins, que não a mera transparência e publicidade dos atos processuais.

De acordo com a autora, as empresas passaram a reunir registros públicos, geralmente por meio de atacadistas que compram dados diretamente de agências

17. No texto original: “On Facebook people share closed-circuit television (CCTV) footage of criminals stealing from local shops or information about missing young people in the spirit of being Good Samaritans. Police departments now post mug shots on their Facebook pages, where people are able to respond with emojis and comments.¹¹ On Twitter people tweet their personal judgments about crimes and criminals and follow court reporters as they live tweet about criminal cases; as one court reporter recounts: “I’ve been followed by judges and barristers and I get quite a bit of feedback from police officers. I tweeted that one defendant hadn’t turned up for a court appearance and a police officer who follows me saw the tweet and then saw him in the street, and arrested him – that’s happened a couple of times.”

MORAIS, Flaviane de Magalhães Barros Bolzan de; MARQUES, Leonardo Augusto Marinho; SARKIS, Jamilla Monteiro.

Dados pessoais no processo penal: tutela da personalidade e da inocência diante da tecnologia.

Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 190. ano 30. p. 117-156. São Paulo: Ed. RT, maio/jun. 2022.

DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v190i190.120].

governamentais e, em seguida, os vendem para outras empresas que buscam verificar os antecedentes criminais de seus clientes ou até mesmo para *websites* que monetizam a divulgação de fotografias das pessoas presas, as chamadas *mugshots*. Nesse ponto, Lageson esclarece que a utilização dos dados pessoais disponibilizados pelos Tribunais também pode servir para outras finalidades mercantis, como a busca por potenciais clientes, devassa indevida da vida alheia e até mesmo extorsões e fraudes.

E as informações relacionadas também têm potencial para elaborar análises preditivas sobre o comportamento de determinado órgão judicial: a partir dos dados coletados, pesquisadores podem encontrar padrões de acusação, fiança e resultados da sentença, especialmente se os dados fornecem informações demográficas sobre os réus. Lageson ressalta, ainda, que os registros obtidos nos Tribunais também oferecem uma excelente fonte de triangulação de dados: “se esses dados contiverem identificadores pessoais, como nome e data de nascimento, os pesquisadores podem recorrer aos registros judiciais online para se aprofundar na mecânica de um caso criminal”, ou seja, “esclarecer itens em um conjunto de dados agregado que não são claros para pesquisadores não familiarizados com a terminologia ou decisões de codificação de uma agência de justiça criminal” (LAGESON, 2019, p. 397)¹⁸.

Para além da predição de dados relacionados ao comportamento das agências públicas de justiça criminal, a mineração de informações disponíveis em bancos de dados públicos possibilita a análise preditiva do comportamento de indivíduos potencialmente criminosos (EGBERT; LEESE, 2021), ao melhor (ou pior) estilo *Minority Report*.

Nesse sentido, cita-se estudo que, mediante acesso aos bancos de dados das cidades de São Francisco, Chicago e Filadélfia (FENG; ZHENG; HAN; REN; LIU, 2018) que explorou uma série cronológica de dados a fim de prever tendências de criminalidade para os anos seguintes, com projeções até mesmo sobre as espécies delituosas que seriam praticadas em determinados períodos do ano e em pontos específicos de cada cidade. A partir de técnicas de mineração de dados de última geração, os resultados experimentais demonstraram que os modelos de

18. No texto original: “For instance, a researcher may receive a data set of probationers or prisoners from a state level data repository. If these data contain personal identifiers, such as name and date of birth, researchers can turn to online court records to dig deeper into the mechanics of a criminal case. This may clarify items in an aggregate dataset that are unclear for researchers not familiar with the terminology or coding decisions of a criminal justice agency.”

prevenção criminal propostos pelos autores são viáveis e capazes de contribuir com os departamentos de polícia locais para acelerar processos de prevenção e resolução de crimes. O custo, porém, é alto: pessoas que sequer praticaram delitos passam a ser consideradas criminosas em potencial em razão do local onde residem, dos produtos que consomem, dos seus hábitos pessoais e outras informações que podem ser obtidas pela análise de dados pessoais.

Outra possibilidade mercadológica é mineração de dados para a venda de produtos direcionada a determinados perfis de consumidores (LINOFF; BERRY, 2011, p. 27). Seguindo o caso referência mencionado no item anterior, imagine que uma empresa seguradora de veículos que, com o objetivo de potencializar seus negócios, desenvolva um algoritmo¹⁹ capaz de identificar pessoas envolvidas em acidentes de veículos. Pessoas que respondem criminalmente por condutas praticadas no trânsito seriam os alvos perfeitos dessa espécie de publicidade: seus endereços e telefones estariam à disposição de canais de publicidade e *marketing*, graças ao acesso aos mandados de citação e intimação cujo acesso é franqueado ao público pelo *website* do Tribunal de Justiça do estado no qual tramita a ação penal.

O que se verifica, portanto, é que a publicização de dados pessoais da pessoa imputada ultrapassa os limites da publicidade processual. Para além de alimentar a curiosidade e a cultura popular que fazem do crime uma forma de entretenimento, a divulgação do endereço ou do telefone de quem responde, criminalmente, a um processo em nada contribui para que a população possa exercer seu direito de acompanhar ou se aproximar da administração da justiça.

Por outro lado, impede que a pessoa imputada possa escolher o que fazer ou não fazer com suas informações pessoais, tendo maculados seus direitos da personalidade antes mesmo de ser submetido a julgamento – circunstância que representa, igualmente, uma violação à presunção de inocência.

É como se o fato de ser processada criminalmente, portanto, retirasse da pessoa o direito à autodeterminação informativa²⁰, isto é, sua liberdade de dispor de suas informações pessoais, consoante seu próprio interesse (DONEDA, 2011, p. 91).

-
19. Cathy O'Neil (2016, p. 11) alerta que, na atualidade, modelos algorítmicos como este são opacos, não regulamentados e incontestáveis, além de reforçarem a discriminação.
 20. Interessante notar que, apesar de não estar expressamente previsto no rol de garantias fundamentais da Constituição da República de 1988, há expressa vinculação entre a autodeterminação informacional e os direitos fundamentais à liberdade e à dignidade da pessoa humana (MENDES, Laura Schertel, 2019, p. 190).

Há flagrante restrição de liberdade – ainda que não manifestada fisicamente – sobre a pessoa imputada antes mesmo do trânsito em julgado da ação penal.

Assim, apesar de a Resolução do Conselho Nacional de Justiça indicar a forma como o Estado deve gerir os dados da pessoa imputada, a sua inaplicabilidade prática (demonstrada pelo caso referência) conflita com a presunção de inocência e com os direitos de personalidade, assegurados pela Constituição da República de 1988 e impreteríveis no contexto democrático. A seguir, a importância destes direitos será analisada, na perspectiva interdisciplinar da proteção de dados pessoais e com base no marco teórico do modelo constitucional de processo.

4. DIREITOS DA PESSOA IMPUTADA AOS SEUS DADOS PESSOAIS: REFLEXOS EM UM MODELO CONSTITUCIONAL DE PROCESSO

Tradicionalmente, o processo penal lida com a dificuldade de reconhecer, na pessoa imputada, um sujeito de direitos. De acordo com a Exposição de Motivos do Código de Processo Penal²¹, escrita por Francisco Campos em 1941, seria injustificável a primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social.

A tônica da lei processual vigente, portanto, é de impedir que o indivíduo, “principalmente quando vem de se mostrar rebelde à disciplina jurídico-penal da vida em sociedade”, possa “invocar, em face do Estado, outras franquias ou imunidades além daquelas que o assegurem contra o exercício do poder público fora da medida reclamada pelo interesse social” (CAMPOS, 1941, item II).

Pela redação original do Código de Processo Penal do Estado Novo, a pessoa imputada gozava de um único direito: ser representado por defensor. O julgamento parecia depender apenas do cumprimento da rotina burocrática. Presente o réu, devidamente identificado e acompanhado do defensor, a máquina punitivista entrava em ação. A pessoa imputada, nessa ótica, era tão somente o objeto da punição.

Essa realidade somente se viu alterada pela Constituição da República de 1988, quando o Estado Democrático de Direito foi consagrado e passou a garantir, entre outros, os direitos fundamentais à presunção de inocência e da personalidade. A estrutura da Constituição, em relação às garantias processuais,

21. Disponível em: [<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-3689-3-outubro-1941-322206-exposicaodemotivos-149193-pe.html>]. Acesso em: 03.08.2021.

conforme escreve Flaviane Barros (2018, p. 7), estabelece uma base de princípios que se constituem como o modelo constitucional de processo²², a partir do qual se considera a existência de uma base principiológica uníssona, mas que não desconsidera as especificidades dos diversos microssistemas processuais, em razão da codependência entre garantia do processo e direitos fundamentais.

Entre as especificidades do processo penal, duas delas serão objeto de análise na presente pesquisa. Pela ótica do modelo constitucional de processo, a pessoa imputada é sujeito de direitos fundamentais e o microssistema do processo penal quando a inclui por meio da imputação penal deve constituir toda sua estrutura processual tendo, para além da base uníssona formada pelo contraditório, ampla defesa como ampla argumentação, imparcialidade e fundamentação da decisão, também pelo princípio regente do processo penal que é a presunção de inocência. A presunção de inocência é que dá contornos específicos e próprios ao microssistema do processo penal. Por essa feita é que a discussão do caso referência pode ter respostas diversas em outro microssistema processual. É ela que vai exigir que se faça uma leitura do direito da personalidade, cujos reflexos incidem diretamente sobre a matéria dos dados pessoais no âmbito do sistema de justiça criminal de forma diversa e com maior valor para salvaguarda dos direitos das pessoas imputadas.

4.1. Reflexos da superexposição de dados pessoais na presunção de inocência

A presunção de inocência, direito disciplinador do processo penal (BARROS, 2018, p. 11) está disposta no artigo 5º, LVII, da Constituição de 1988, e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos²³. Em ambos os textos, a expressão

22. Sobre o modelo constitucional de processo, Flaviane Barros (2018, p. 9) escreve: “Tal compreensão de modelo constitucional de processo, de um modelo único e de tipologia plúrima, se adéqua à noção de que na Constituição encontra-se a base uníssona de princípios que define o processo como garantia, mas que para além de um modelo único ele se expande, aperfeiçoa e especializa, exigindo do intérprete compreendê-lo tanto a partir dos princípios bases, como também, de acordo com as características próprias daquele processo, como especificado por Andolina e Vignera (1997, p. 10).”

23. A Corte Interamericana de Direitos Humanos já teve a oportunidade de se manifestar, em alguns casos, sobre a presunção de inocência. Em *Suárez Rosero vs. Equador*, definiu que “princípio da presunção de inocência atende ao propósito das garantias, ao firmar a ideia de que uma pessoa é inocente até que a sua culpabilidade seja demonstrada”. Já no caso *Ricardo Canese vs. Paraguai*, decidiu que “o direito à presunção de inocência é um elemento essencial para a realização efetiva do direito de defesa e acompanha o

“presunção de inocência”, foi adotada como forma de superar a noção positivo-fascista que cunhou o termo “não culpabilidade”. Sobre a diferença relevante entre os vocábulos, explica Maurício Zanoide de Moraes (2010, p. 215):

“[...] a noção de ‘não consideração prévia de culpabilidade’ foi uma criação positivista do fascismo habilmente elaborada a fim de que, por meio de um ataque técnico-jurídico sobre a palavra ‘presunção’, se atingisse a palavra ‘inocência’. Afirmava-se, à época, que se não se pode dizer que o imputado seja culpado no início da persecução penal, também não se pode afirmar seja ele inocente. Portanto, concluía-se melhor afirmá-lo ‘não culpado’; jamais inocente.”

Como direito fundamental, a presunção de inocência determina três principais consequências: como regra de tratamento – considerar a pessoa imputada inocente até o trânsito em julgado; como regra probatória – considerar a pessoa imputada inocente até que se prove o contrário; e como regra de juízo – considerar a pessoa imputada inocente se não houver prova do contrário²⁴. A partir dessa tríade de aspectos, a presunção de inocência deixa de ser apenas um princípio do processo para tornar-se o próprio processo, constituindo “uma proibição de desautorização ao processo” e seus efeitos sobre a pessoa imputada (GÓMEZ-TRELLES, 2012, p. 37).

Especificamente naquilo que se refere à regra de tratamento, a presunção de inocência “se refere à condição do imputado durante o processo”, de modo que “é vedada qualquer forma de equiparação da pessoa imputada à pessoa culpada em qualquer aspecto”, sendo também proibida a “execução provisória da sentença condenatória e qualquer antecipação da pena” (ILLUMINATI, 1979, p. 29-30).

Assim, na contemporaneidade, a pessoa imputada tem o direito fundamental de ser considerada inocente durante a tramitação do processo. Até que haja decisão condenatória definitiva, deve poder se valer de todos os direitos atinentes à sua personalidade porque, como norma de tratamento constitucional a presunção de inocência impõe – a todos que atuem na persecução penal – a preservação dos direitos da pessoa imputada à imagem, honra, vida privada e intimidade (CASTILLO, 1992, p. 510).

acusado durante toda a tramitação do processo até que uma sentença condenatória que determine a sua culpabilidade se torne imutável”.

24. Para Augusto Jobim do Amaral (2013, p. 107), poder-se-ia falar, ainda, em uma quarta consequência: “a natureza de regra de fechamento, quer dizer, horizonte de expectativa a ser preenchido com a decisão política auferida na sentença quando persistir a dúvida a ser convertida em certeza jurídica.”

As exceções, como a violação da privacidade e da intimidade ou do domicílio e da correspondência, somente têm espaço quando amparadas por decisões judiciais fundamentadas: busca e apreensão, interceptações telefônicas e telemáticas são algumas das hipóteses em que a violação aos direitos individuais é permitida, excepcionalmente, pelo ordenamento jurídico como forma de obtenção de provas capazes de influenciar na apuração e no processamento do fato criminal. Assim dispõe, nesse tema, Zanoide de Moraes (2010, p. 371):

“[...] a estrutura constitucional da presunção de inocência não significa que a pessoa não possa sofrer restrições à sua liberdade [sendo que] essas restrições devem ser elaboradas e aplicadas de modo proporcional e com justificação constitucional. Em outras palavras: o direito constitucional da presunção de inocência exige que suas restrições sejam elaboradas, interpretadas e aplicadas de modo restrito e rigoroso porquanto se está no campo excepcional da redução no âmbito de proteção de um direito fundamental. Se a sua redução é inevitável em um sistema de princípios interdependentes, ela deve sempre ocorrer da menor forma possível.”

Além do direito de ser considerado inocente até o fim do processo, a presunção de inocência reflete na vedação à antecipação ao cumprimento da pena, seja ela corporal, seja ela social. Sobre o prejuízo social que a presunção de culpabilidade – contrária à presunção de inocência, Jordi Nieva Fenoll (2016) sustenta que, no processo penal, o acusado sempre ocupa a posição mais visível e, ao mesmo tempo, mais adversa.

Para além dessa realidade, o autor (FENOLL, 2016, p. 4) destaca que “o simples fato de apontar uma pessoa como suspeita gera, automaticamente, receios sociais sobre aquele indivíduo”²⁵ e, por isso, é muito difícil que alguém seja, pela perspectiva popular, considerado presumidamente inocente: “Sempre que aparece uma notícia sobre um suspeito, ou sobre uma simples prisão policial, o público tende sistematicamente a tomar a informação como certa e a considerar a pessoa não como suspeita, mas automaticamente como culpada”. Fenoll (2016, p. 5) assevera que isso não acontece apenas com acusações criminais, já que o ser humano tende, por natureza, a acreditar em qualquer rumor negativo sobre uma

25. A fim de confirmar seu pensamento, Fenoll (2016, p. 6) menciona que existem múltiplas frases, nas mais diversas línguas, que reforçam a ideia de presunção de culpa: em espanhol “cuando el río suena, agua lleva” ou “no hay humo sin fuego”; em inglês “where there is a smoke, there is a fire”; em alemão, “kein rauch ohne flamme”. Em francês, “pas de fumée sans feu”; em italiano “non c’è fumo senza arrosto”. Na língua portuguesa, a tendência se mantém com a frase popular “onde há fumaça, há fogo”.

pessoa; da mesma forma, porém, não ocorre com os rumores positivos, que costumam gerar mais dúvidas que certezas.

No cenário de inserção da sociedade no ciberespaço, o prejuízo social da presunção de culpa é extremamente rigoroso. Se, na tradição inquisitorial, as prisões, mortes e torturas eram executadas e noticiadas na comunidade por meio dos suplícios, antes mesmo que a pessoa imputada tivesse qualquer forma de demonstrar sua inocência, a atualidade revela a face modernizada dessa prática de punição social: a tecnologia permite que, mesmo antes do julgamento, a pessoa imputada seja condenada em rede nacional, rede social ou rede mundial de computadores.

No contexto da atual, cujos marcos são a intangibilidade e alta fluidez informacional, todos se sentem convidados a intervir na realidade político-criminal e a agir como se verdugos *tech* fossem. Neste ponto, Leonardo Marinho Marques (2019, p. 190) ressalta que a proibição de tratar o imputado como o antigo inimigo ou herege se mostrou insuficiente para tutelar a qualidade de inocência. Hoje, compreende-se que o imputado não pode ser tratado de forma alguma como condenado e reconhece-se que a regra de tratamento produz efeitos internos e externos ao processo.

Nesse sentido, há preocupações objetivas com todos os fatores que remetam à antecipação do juízo de reprovação, mencionados por Nereu Giacomolli (2012, p. 110), como antecedentes criminais, reincidência, uso desnecessário de algemas, exposição de suspeitos, entrevistas coletivas da Polícia e do Ministério Público, divulgação midiática de dados, utilização de uniformes prisionais em audiência etc.

Aqui, pode-se acrescentar a categoria da exposição *on-line* de dados pessoais. Afinal, quando todos os seus dados pessoais estão disponíveis para quem quiser conhecê-los e utilizá-los, essa punição antecipada se torna ainda mais fácil.

As consequências relacionadas à superexposição dos dados e ao progressivo incremento dos recursos tecnológicos no processo penal repercutem de forma concreta na presunção de inocência das pessoas imputadas, gerando prejuízos profissionais, familiares e nas relações pessoais. Pode-se reportar eliminação precoce em processos seletivos e dificuldade de inserção profissional, fechamento sumário e imotivado de conta bancária ou recusa de crédito por instituições financeiras, dificuldade de renovação de documentos (certidões e passaportes), encerramento de contratos e desligamentos forçados em face das regras de *compliance* das empresas. Há situações que se estendem, por tempo indeterminado, mesmo depois de uma absolvição. Mas não é somente no âmbito da presunção de inocência que a superexposição de dados pessoais gera prejuízos às pessoas

imputadas. Existe uma outra gama de direitos – os da personalidade – que também são garantidos, pela ótica do modelo constitucional de processo, àqueles que respondem por processos criminais e são violados pela superexposição de dados pessoais.

4.2. *Reflexos da superexposição de dados pessoais nos direitos da personalidade*

Antes mesmo da vigência do texto constitucional democrático, René Ariel Dotti (1980, p. 23) definiu os direitos da personalidade como aqueles que asseguram ao indivíduo o domínio sobre a essência de suas mais importantes características, tais como a imagem, o nome, o domicílio e a correspondência, a honra e a reputação, a integridade física e moral e a vida profissional. Asseverava o autor, ainda na década de 1980²⁶, que a informática “criou no homem uma necessidade de reação contra algo de extraordinário que há bem pouco tempo não passaria de ficção, mas que hoje ameaça gravemente o desenvolvimento natural da personalidade (DOTTI, 1980, p. 256).

Conforme explica Anderson Schreiber (2013, p. 05-09), os direitos da personalidade enfrentaram muita resistência ao longo da história; inicialmente, em decorrência do pensamento liberal e, depois, pela falta de consensos e definições sobre suas características. Na experiência jurídica contemporânea, a privacidade, a intimidade, a imagem e a honra ganham protagonismo somente quando reconhecida a importância da dignidade da pessoa humana e consagrado o referido princípio como fundamento máximo da liberdade.

A questão da privacidade ganhou novos contornos, segundo Stefano Rodotà (2008), a partir do momento em que as pessoas e seus corpos foram multiplicados, desterritorializados e desmaterializados: primeiro perderam a unidade, que foi decomposta em órgãos, células, gametas e outras porções que vão além das utilidades estabelecidas pela natureza; em seguida, enfrentaram a crise de sua materialidade quando iniciada a contraposição ao corpo físico do corpo eletrônico.

Hoje, no ciberespaço, os corpos se tornaram um conjunto de dados, um grande sistema de informações. As senhas, imprescindíveis nas relações eletrônicas,

26. A necessidade concreta de garantir uma proteção à privacidade pessoal veio a ser percebida somente no final do século XIX. Nesse sentido, o pioneirismo de Warren e Brandeis (1890). Para uma análise historiográfica dos direitos da personalidade, veja-se Beigner (1992, p. 50-58) e Rodotà (2008).

impressões digitais, reconhecimento facial, biometria, geometria de mãos e orelhas, forma da íris e retina, traços vocais e faciais, marchas e frequência de digitação: estes e outros elementos marcam a individualidade e compõem a personalidade de cada um, podendo servir para sua identificação (RODOTÁ, 2004, p. 91-93).

Diante disso, nas eras da “automação” e “transformação”, não podem restar dúvidas de que os dados pessoais devem integrar o rol dos direitos da personalidade (SARLET; SAAVEDRA, 2020, p. 50), seja em sua dimensão subjetiva, na qual “se decodifica em um conjunto heterogêneo de posições subjetivas de natureza defensiva (negativa), mas também assume a condição de direito a prestações, cujo objeto consiste em uma atuação do estado” (SARLET, 2020, p. 194), seja em sua dimensão objetiva, no sentido de outorgar às normas que preveem direitos subjetivos função autônoma que “desemboca no reconhecimento de conteúdos normativos e, portanto, de funções distintas aos direitos fundamentais mediante a disponibilização de prestações de natureza fática ou normativa” (SARLET, 2020, p. 198).

Embora possam ser definidos como o controle acerca da coleta e utilização das próprias informações pessoais, o protagonismo dos direitos da personalidade na atualidade não pode ser isolado da matéria dos dados pessoais. No âmbito do Supremo Tribunal Federal, o assunto foi objeto de análise por ocasião da declaração de inconstitucionalidade da Medida Provisória 954/2020, que previa o compartilhamento de dados dos usuários de telecomunicações com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) para a produção de estatística oficial durante a pandemia causada pelo vírus SARS-CoV-2. Na ocasião, a Corte decidiu, por maioria, que a proteção de dados pessoais é direito fundamental, traduzido no fundamento da dignidade da pessoa humana e nas garantias de proteção à inviolabilidade da intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas, assim como à autodeterminação informativa e ao sigilo dos dados (MENDES, 2021).

Assim, apesar de a Constituição da República de 1988 não fazer expressa menção à tutela dos dados pessoais – até mesmo por motivos de cunho temporal – é inadequada a sua exclusão do rol de direitos da personalidade. Anderson Schreiber (2013, p. 15) ressalta que a identidade pessoal também não está prevista constitucionalmente como direito da personalidade, ressaltando que “Na falta de explícito reconhecimento legal, é preciso definir se tais manifestações integram ou não a dignidade humana”.

Diante da ausência de previsão constitucional, a matéria dos dados pessoais passou a ser regida pela Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD – Lei

13.709/2018)²⁷ que, nos termos do artigo 2º que estabelece que a disciplina dos dados pessoais se fundamenta, entre outros, no respeito aos direitos da personalidade. A tutela jurídica desses dados pessoais se justifica diante do desenvolvimento de tecnologias avançadas, capazes de reunir, manipular e compartilhar quantidades massivas de dados capazes de identificar pessoas, categorizá-las de acordo com padrões de consumo ou até mesmo discriminá-las em razão de determinados estigmas. Itens aparentemente inofensivos, como um número de telefone ou de inscrição no Cadastro Nacional de Pessoas Físicas, quando reunidos em conjunto, podem gerar efeitos significativos sobre a vida da pessoa exposta – entre eles, a sua categorização ou estigmatização²⁸. São, nessa vertente, as lições de Anderson Schreiber (2013, p. 137):

“Embora a privacidade possa ser definida como o direito ao controle da coleta e da utilização das próprias informações pessoais, sua real importância não pode ser compreendida na observação isolada de cada dado pessoal. A obtenção de um número de telefone ou de um endereço de e-mail, vista de modo

-
27. Sobre o histórico mundial da proteção legislativa aos dados pessoais, assim descrevem Marco Aurélio Cruz e Matheus de Castro (2018, 209-210): “A resposta legislativa sobre a proteção dos dados pessoais pode ser categorizada em fases (DONEDA, 2006). A inicial se caracteriza pelo rigor na criação dos arquivos informatizados, com princípios de proteção amplos e abstratos, centrados na atividade do processamento de dados, com regras dirigidas aos agentes do processamento (LIMBERGER, 2008). [...] A segunda fase se compõe de normas menos austeras para a criação de arquivos e fundamentadas na proteção dos dados pessoais como uma liberdade negativa e não mais no fenômeno computacional (LIMBERGER, 2000). [...] Inicia a terceira fase o Convênio de Estrasburgo, de 28.01.1981, com a pretensão de unificação do direito europeu. É uma tentativa de garantir os direitos e de não obstar o desenvolvimento da informática. Preocupa-se em garantir a liberdade de fornecer ou não os dados pessoais. [...] Danilo Doneda (2006, 2011) identifica uma quarta geração das leis que se caracteriza por tentar equalizar as desvantagens da ênfase individual, além de disseminar o modelo das autoridades independentes, criar normas conexas específicas para alguns setores.”
28. Stefano Rodotà (2001) critica, nesse ponto, as medidas que buscam aproximar a falta de privacidade ao incremento da segurança, geralmente acompanhadas da retórica falaciosa de que “quem não deve não teme”. O autor incorpora ao argumento a metáfora do “homem de vidro”, popularizada na Alemanha nazista, que se baseava na pretensão estatal de conhecer até mesmo os aspectos mais íntimos da vida dos cidadãos, transformando-os sempre em suspeitos os que buscavam a salvaguarda de sua privacidade. Rodotà pontua que, com as novas tecnologias e a inclusão da pessoa no ciberespaço, a retórica falaciosa do “quem não deve não teme” fica ainda mais comprometida, já que a exposição de informações pessoais sujeita os indivíduos ao temor concreto de discriminação e estigmatização.

fragmentado, pode parecer inofensiva. Reunindo-se, contudo, um conjunto de informações disponíveis sobre certa pessoa, é possível classificar tais informações de acordo com critérios estipulados pelo organizador dos dados para construir “perfis” de consumidores, segurados, empregados, devedores e assim por diante. Tais “perfis” guiam decisões, ações e estratégias de entidades privadas e públicas. Toda a complexidade da pessoa humana, em sua singular individualidade, fica reduzida à inserção em uma ou outra “categoria”, como fruto da sua representação virtual a partir de dados coletados de modo autorizado ou não.”

Essas tecnologias, como não poderia deixar de ser, deram origem a um grande mercado (SCHWARTZ, 2003, p. 2.056) no qual informações pessoais valem, objetivamente, dinheiro. Muito dinheiro: trata-se de um modelo de negócios altamente rentável, capaz de “prever e modificar o comportamento humano como meio de produzir receitas e controle de mercado” (ZUBOFF, 2018, p. 18).

Quanto mais relevante o dado mercantilizado, maior sua capacidade de monetização. Exatamente por isso, informações que são capazes de identificar um indivíduo (em inglês, *Personally Identifiable Information* ou PII) possuem alto valor de mercado e, na mesma proporção, alto potencial de danos aos seus titulares (SCHWARTZ; SOLOVE, 2011, p. 1812). A partir daí, surge um novo estágio da economia capitalista que decorre da lógica atual de acumulação: se antes, desejava-se bens, agora busca-se por dados (SAMPAIO; MENDIETA; FURBINO; BOCCHINO, 2021, p. 94).

As definições acerca dos dados pessoais e suas características também ficam a cargo da LGPD, já que “o tratamento de dados só poderá[ia] ser realizado se existi[sse] uma base normativa que o autoriz[asse]” (MENDES, 2019, p. 3). Sua grande inovação, de acordo com Laura Mendes e Danilo Doneda (2018, p. 556), “pode ser compreendida na instituição de um modelo *ex ante* de proteção de dados, baseado no conceito de que não existem mais dados irrelevantes diante do processamento eletrônico e ubíquo de dados na sociedade da informação”.

Conforme se extrai do artigo 5º da referida Lei, “dados pessoais” são informações relacionadas a pessoas naturais identificadas ou identificáveis. Além disso, são “dados pessoais sensíveis”²⁹ aqueles que se referem à origem racial ou étnica,

29. Conforme salienta MULHOLLAND (2018, p. 165-166), o tratamento jurídico dos dados pessoais sensíveis já era conhecido na legislação brasileira desde a promulgação da Lei de Cadastro Positivo – Lei 12.414/11 – que em seu artigo 3º, § 3º, II, proíbe anotações em bancos de dados usados para análise de crédito de “informações sensíveis, assim consideradas aquelas pertinentes à origem social e étnica, à saúde, à informação

convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculados a uma pessoa natural.

A LGPD traz, ainda, outro importante conceito referente ao tema dos dados pessoais: a definição de quem seriam os seus titulares – verdadeiro objeto de proteção (MENDES, 2020, p. 134) e foco da norma (FRAZÃO; OLIVA; ABILIO, 2019, p. 680). Assim, o mesmo artigo 5º, a titularidade dos dados pessoais é conferida às pessoas naturais a quem se referem as informações que são objeto de tratamento.

No processo penal, portanto, as pessoas imputadas têm direito à proteção de seus dados pessoais. Se, por séculos, lhes foi negado todo e qualquer direito individual, a vigência da Constituição da República de 1988 e os tratados internacionais de direitos humanos mudaram o cenário: não se pode admitir a afetação dos direitos da personalidade antes do trânsito em julgado da condenação.

Mesmo que existam exceções às regras que protegem a privacidade, o domicílio e as comunicações, a pessoa imputada continua sendo titular de seu nome, seu endereço, sua filiação, seus registros etc. O fato de responder criminalmente não retira do indivíduo sua condição de pessoa, muito menos de sujeito de direitos.

Com efeito, a titularidade dos dados pessoais não pode ser confundida com a gestão exercida sobre essas informações. Apesar de os dados pessoais das pessoas imputadas lhes pertencerem, sua utilização continua necessária no processo – os dados pertencem à pessoa, e não ao processo, mas nele existem e coexistem com outras informações. Mas, afinal, a quem cabe a proteção dos dados de pessoas imputadas que estão relacionados no processo criminal? É a esta pergunta que o próximo tópico buscará responder, com base na Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) e no Anteprojeto de Lei de Proteção de Dados para Segurança Pública e Persecução Penal, apresentado à Câmara dos Deputados pela Comissão de Juristas presidida pelo Ministro do Superior Tribunal de Justiça Nefi Cordeiro.

genética, à orientação sexual e às convicções políticas, religiosas e filosóficas”. De acordo com a autoria, “Este princípio não discriminação é dos mais relevantes, no que diz respeito ao tratamento de dados sensíveis. É esse o ponto fundamental quando diante do uso de dados sensíveis potencialmente lesivo, em decorrência de sua capacidade discriminatória, seja por entes privados – i.e. fornecedoras de produtos e serviços – seja por entes públicos”.

5. RESPONSABILIDADE DO ESTADO SOBRE OS DADOS DE PESSOAS IMPUTADAS

Os dados pessoais, diante da tutela constitucional aos direitos de personalidade, demandam maior atenção por parte do Estado. Quando postos em conflito com outros interesses, também devem prevalecer: é o caso da Lei de Acesso à Informação que, como exceção à transparência intrínseca às democracias (BLUM; LÓPEZ, 2020, p. 173), atribui aos órgãos e às entidades do poder público, observadas as normas e os procedimentos específicos aplicáveis, assegurar a proteção da informação sigilosa e da informação pessoal, observada a sua disponibilidade, autenticidade, integridade e eventual restrição de acesso (artigo 6º, III, da Lei 12.527/2011).

Seguindo essa mesma premissa, o artigo 23 da LGPD ressalva que o tratamento de dados pessoais pelas pessoas jurídicas de direito público deverá ser realizado para o atendimento de sua finalidade pública. Sendo assim, se justifica quando empregado na persecução do interesse coletivo, inclusive no âmbito penal.

A necessidade de coleta de dados da pessoa imputada, para fins de persecução penal, é premente. As fases de investigação, processamento e julgamento de fatos penais dependem, necessariamente, da identificação e individualização daqueles que, ao menos em tese, podem ser criminalmente responsáveis pela prática delitiva. É natural, portanto, que os bancos de informação do Estado sejam utilizados para fins de identificação criminal, desde que regulamentados com base nos direitos constitucionalmente consagrados.

Situação diferente, porém, ocorre quando a pessoa imputada que ainda está sendo investigada ou processada – ou seja, que ainda não se viu submetida à decisão transitada em julgado – tem cerceados seus direitos da personalidade e limitada a sua autodeterminação informacional. O fato de responder a um inquérito ou processo criminal não pode implicar, automaticamente, em uma renúncia tácita do direito aos próprios dados pessoais. Especialmente, porque ter seu nome e seus dados pessoais a processos e investigações penais significa diferenciar-se dos demais cidadãos, sendo incluído em uma categoria de criminosos – mesmo sem que haja condenação transitada em julgado.

Como pontua Winfried Hassemer (2009, p. 78), a atual política criminal aceita diferenciar, a partir da reputação, os criminosos dos demais cidadãos. Atua, ainda, para consolidar o real temor da população diante do crime. De fato, conforme reconhece o autor, essa é uma característica também dos Estados democráticos, que se consubstancia nas necessidades de segurança da população.

Diante disso, princípios genuínos e que garantem os direitos fundamentais das pessoas imputadas, tais como a presunção de inocência e os direitos de

personalidade, passam para um segundo plano. Nessa nova ordem, deixa-se de garantir aos criminosos – inimigos da segurança pública – o conteúdo total de dignidade humana e personalidade (HASSEMER, 2009, p. 79).

Não se pode, porém, perder de vista o fato de que “o simples manuseio dessas necessidades podem arruinar” o direito e o processo penal: “o medo do crime é um veneno político-criminal para as garantias e os mecanismos de salvaguarda”, dos quais o direito necessita, seja pelas vias constitucionais, seja pelas tradições de direitos humanos (HASSEMER, 2009, p. 78).

Na realidade dos dados pessoais, o medo da sociedade em relação ao criminoso não pode justificar a violação à presunção de inocência e aos direitos de personalidade. Essa postura do Estado, muitas vezes fundamentada a partir de interesses supostamente legítimos de pessoas que temem se aproximar pessoal ou profissionalmente de quem responde a um processo penal, possibilita a distinção entre pessoas nas categorias “criminosos” e “não criminosos”.

Com isso, o Estado se torna o próprio agente da discriminação (SABA, 2007, p. 23) das pessoas imputadas no processo penal. Por trás de uma norma aparentemente neutra e democrática, como é o caso da publicidade, se possibilita – ainda que indiretamente – a estigmatização daqueles que respondem a ações penais e têm seus dados pessoais disponibilizados a qualquer um e por qualquer motivo na *internet*.

Vale destacar que, no contexto brasileiro, a estigmatização tem cor e endereço: são os pretos e moradores de periferias quem mais sofrem com a discriminação. Com a disponibilização de seus dados pessoais na *internet*, além da raça e da condição social, grande maioria das pessoas imputadas em processos penais³⁰ também passa a ostentar o rótulo *on-line* de “criminosos”, circunstância que lhes gera prejuízos pessoais e profissionais antes mesmo de eventual condenação criminal.

E essa preocupação também precisa ser compartilhada com o processo penal. A ralé, composta por pessoas pretas, pobres e periféricas, foi e continua sendo a grande “clientela” do processo penal (BARROS, 2018, p. 18). A invisibilidade sempre foi a regra e serve para encobrir o desrespeito às garantias; o processo penal, nesses casos, esteve e continua em crise democrática.

30. Sempre válida a menção ao Relatório do Conselho Nacional de Justiça, cujos mais recentes resultados (2020) evidenciam que “O Brasil possui cerca de 860 mil presos, a terceira maior população carcerária do mundo, com cerca de 55% dos detentos sendo jovens com idades entre 15 e 20 anos, negros, de baixa escolaridade e de segmentos de baixa renda da população”. Disponível em: [<https://www.cnj.jus.br/pesquisas-abordam-relacao-entre-vulnerabilidade-imprensa-e-prisoers/>]. Acesso em: 03.08.2021.

Essa crise, contudo, tem ganhado importantes reforços. Os discursos emergenciais (CHOUKR, 2002; MOCCIA, 2011) de combate à corrupção, à lavagem de dinheiro e à criminalidade organizada atingem uma gama de pessoas muito diferente da clientela penal típica: empresários vetados por regras de *compliance*, profissionais demitidos de grandes corporações ou comerciantes impedidos de celebrar negócios; estes são os novos alvos atingidos pela violação de garantias fundamentais. A partir da liberação irrestrita de seus dados pessoais, esses sujeitos também passam a sofrer os males da estigmatização, antes mesmo de serem condenados definitivamente.

É relevante, neste aspecto, encarar a situação sem revanchismos, afinal, o des-caso histórico aos direitos e às garantias daqueles que sempre estiveram submetidos aos arbítrios do sistema penal não pode justificar o atual estado de coisas (BARROS, 2018, p. 20). Pelo contrário: se a invisibilidade impedia a constatação das violações que o Estado pratica em desfavor das pessoas imputadas no processo penal, deve-se aproveitar o atual momento de crise constitucional para buscar soluções aos problemas delimitados.

No caso da tutela dos dados pessoais, deve-se reconhecer que o verdadeiro desenvolvimento democrático se vislumbra na interação entre o Estado e a pessoa imputada, titular dos seus dados (BLUM; LÓPEZ, 2020, p. 175). Essa interação, por sua vez, somente é possível pelo reconhecimento e regulamentação de ambos os direitos: o da sociedade, de ter acesso a processos públicos; e o das pessoas imputadas no processo penal, de terem sua privacidade e intimidade preservados até a decisão definitiva, como forma de assegurar a presunção de inocência.

Para isso, o rigor imposto pela LGPD à gestão dos dados pelo poder público – determinando a necessidade de indicação de pessoa encarregada pelo tratamento de dados pessoais (artigo 39) e relacionando as sanções às quais se sujeitam os agentes de tratamento de dados em caso de violação à norma (artigo 52, § 3º) – precisa ser aplicado àquele que dá publicidade a dados de pessoas imputadas, notadamente quando desnecessários ou não relacionados com a persecução penal. No caso que ilustra este trabalho, seria a hipótese de que o encarregado de dados do Tribunal de Justiça respondesse: por qual motivo os números de telefone, endereço e outros dados pessoais de pessoas imputadas estão disponíveis para acesso ao público?

Outro fator de suma importância é reconhecer que “há um enorme déficit de proteção dos cidadãos, visto que não há regulação geral sobre a licitude, a transparência ou a segurança do tratamento de dados em matéria penal” (BRASIL, 2020, p. 2). Partindo dessa premissa, a Câmara dos Deputados criou uma Comissão de Juristas, para propor uma LGPD Penal.

O Anteprojeto da chamada “Lei de Proteção de Dados para Segurança Pública e Persecução Penal” foi apresentado em junho de 2020 e dispõe sobre o tratamento de dados pessoais realizado por autoridades competentes para atividades de segurança pública e de persecução penal, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural sujeita à investigação criminal.

Em seu artigo 2º, a LGPD Penal apresenta como fundamentos que disciplinam a proteção de dados pessoais em atividades de segurança pública e de persecução penal a dignidade e os direitos humanos; o livre desenvolvimento da personalidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais; a autodeterminação informativa; o respeito à vida privada e à intimidade; a liberdade de manifestação do pensamento, de expressão, de informação, de comunicação e de opinião; a presunção de inocência; a confidencialidade e integridade dos sistemas informáticos pessoais; e as garantias do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório, da motivação e da reserva legal.

Ao titular dos dados pessoais – ou seja, à pessoa imputada –, a proposta legislativa garante o direito de obter do controlador, em relação aos dados do titular por ele tratados, entre outros, a anonimização, o bloqueio ou a eliminação de dados desnecessários, excessivos ou tratados em desconformidade com o disposto na Lei (artigo 19, IV). Além disso, determina que os sistemas utilizados para o tratamento de dados pessoais sejam “estruturados de forma a atender aos requisitos de segurança, aos padrões de boas práticas e de governança e aos princípios gerais” (artigo 37), ressaltando que a pessoa “responsável pelo tratamento deve implementar medidas técnicas e organizacionais adequadas para garantir que, por padrão, apenas os dados pessoais necessários para cada finalidade específica do tratamento sejam processados” (artigo 37, § 3º).

As particularidades do ambiente penal são diversas e uma Lei Geral de Proteção de Dados específica é necessária para consagrar direitos fundamentais às pessoas imputadas. Nada obstante, sua efetiva contribuição dependeria de, pelo menos, mais três fatores.

Primeiro, deve-se reconhecer que a implementação da LGPD Penal precisa estar em cotejo com a realidade e a prática dos Tribunais, bem como com as possibilidades oferecidas pelas diversas plataformas digitais adotadas pelos órgãos jurisdicionais ao redor do Brasil (PJe, JPe, Projudi, eProc, e-Saj, Themis e outros). É preciso que as ferramentas tecnológicas sejam, constantemente, submetidas a juízos valorativos e críticos (*technology assessment*) acerca de seus riscos e de suas vantagens, com orientações interdisciplinares que orientam a complexa

interação da tecnologia nos diversos ramos do conhecimento jurídico (PERÉZ LUÑO, 2009, p. 82).

Igualmente, depende dos Estados a adoção de medidas relacionadas à proteção de dados, sendo necessária a indicação de pessoa física encarregada pelo tratamento dos dados pessoais. Essa determinação, já presente no artigo 39 da LGPD e em vigor desde setembro de 2020, até então não foi adotada.

A pessoa física encarregada de dados deverá garantir a gestão dos dados pessoais e promover mudanças relacionadas com o incremento da segurança das informações disponíveis em processos judiciais. Ainda, estará sujeito a sanções em caso de violação das normas de proteção de dados, podendo ser responsabilizado civil e administrativamente por atos ou omissões que prejudiquem seus titulares.

Em segundo lugar, cumpre reconhecer a necessidade de que as pessoas imputadas, até o trânsito em julgado de decisão condenatória, tenham seus dados pessoais protegidos do acesso público. O raciocínio aqui empregado não é inédito no sistema processual penal: a lógica é idêntica à que rege a emissão das certidões criminais por todo o Brasil.

Durante a tramitação de processo criminal, a certidão criminal solicitada em nome de pessoas imputadas é negativa; posteriormente à condenação transitada em julgado, a certidão é positiva. É o que determina a já mencionada Resolução 121, de 2010, do CNJ, em seu artigo 8º, § 1º, I:

“Art. 8º A certidão judicial, cível ou criminal, será negativa quando não houver feito em tramitação contra a pessoa a respeito da qual foi solicitada.

§ 1º A certidão judicial criminal também será negativa:

I – quando nela constar a distribuição de termo circunstanciado, inquérito ou processo em tramitação e não houver sentença condenatória transitada em julgado.”

Com efeito, se uma pessoa que deseja saber se outra responde a um processo criminal apenas terá tal informação depois do trânsito em julgado de sentença condenatória, é um contrassenso permitir que, a partir de uma simples busca no *Google*, esse dado esteja disponível. Principalmente, considerando que a propriedade sobre os dados pessoais recai sobre seus titulares, e não ao processo em si. O direito garantido à pessoa imputada de não ter, contra si, certidão negativa enquanto não transitar em julgado a sentença condenatória deve, então, se estender para as outras modalidades de acesso às informações processuais, assim como a certidão da pessoa imputada cujo caso referência foi analisado no item 1 deste artigo se apresentará negativa porquanto ainda pendentes sentença

e trânsito em julgado, seus dados pessoais deveriam ser preservados, de forma a impedir a identificação do titular.

As duas medidas aqui propostas, em complementação ao Anteprojeto da LGPD Penal, possibilitam uma ampliação da esfera de direitos individuais da pessoa imputada ao contexto tecnológico atual, além de em nada prejudicarem o acesso às informações necessárias para a persecução penal, que poderia ser acessada a qualquer tempo por advogados, promotores, policiais, juízes ou serventuários.

A sociedade, da mesma forma, não seria lesada em seus direitos, podendo acompanhar os andamentos processuais com a devida transparência e, assim, exercer o controle democrático da atuação judicial. Para tanto, não é preciso saber onde vive a pessoa imputada ou qual o seu número de telefone.

Dessa forma, o rigor estabelecido sobre a circulação de dados pessoais, que “se manifesta sobretudo pela proibição de sua coleta por parte de determinados sujeitos (por exemplo, empregadores) e pela exclusão de legitimidade de certas formas de coleta e circulação” (RODOTÀ, 2008, p. 64), seria uma alternativa para possibilitar, simultaneamente, a proteção do direito à informação coletiva e o interesse privado.

Por fim, pode-se falar também em um terceiro fator, cuja abrangência não foge ao objeto deste trabalho: é imperiosa uma definição de diretrizes éticas para a utilização de dados pessoais, em especial aqueles sensíveis ou que podem, de qualquer maneira, interferir nos direitos de personalidade.

Na União Europeia, os riscos que as diversas plataformas de IA podem representar também têm sido encarados com máxima seriedade. Em 2019, a Comissão Europeia divulgou o “Guia Ético para uma Inteligência Artificial Confiável”³¹, documento que, apesar de não ter caráter vinculativo, serve como parâmetro para a atuação científica e legal do tema. O modelo se ampara sobre quatro pilares éticos básicos: a autonomia humana – no sentido de que os sistemas de IA não podem subordinar, coagir, enganar, manipular, condicionar ou arregimentar injustificadamente os seres humanos; a prevenção de danos – que impede os sistemas de IA de afetarem negativamente a vida dos seres humanos de qualquer forma; a equidade – a fim de garantir uma distribuição equitativa e justa dos benefícios e dos custos; e a explicabilidade – cuja intenção é garantir que os processos de IA sejam transparentes e abertos ao público em geral (ROSSI, 2019, *e-book*).

31. Disponível em: [<https://www.aepd.es/sites/default/files/2019-12/ai-ethics-guidelines.pdf>]. Acesso em: 03.11.2021.

Tais limites éticos já encontram, ao menos em solo europeu, efeitos práticos. Em meados de 2021, o Comitê Europeu de Proteção de Dados (EDPB) e a Autoridade Europeia para a Proteção de Dados (EDPS) emitiram uma opinião conjunta³² que sugere o banimento do emprego de IA para reconhecimento facial de pessoas em ambientes públicos, exatamente considerando a incompatibilidade entre tal ferramenta tecnológica e a garantia de direitos e liberdades fundamentais, com destaque para a privacidade e anonimização individual.

De fato, as potencialidades da tecnologia não podem ser recepcionadas acriticamente, como se fossem sempre benéficas ou facilitadoras da vida humana (BORDONI, 2017, *e-book*). Quando potencialmente violador de direitos fundamentais, o tratamento de dados pessoais deve, assim como a Inteligência Artificial, ser parametrizado por princípios éticos que garantam ao indivíduo – sujeito dos seus dados pessoais – maior segurança, ao invés do medo constante de ter sua privacidade invadida pelo Estado, exposta por plataformas *on-line* de busca e, conseqüentemente, de se ver socialmente excluído ou discriminado (BORDONI, 2017, *e-book*).

6. CONCLUSÃO

A Lei Geral de Proteção de Dados é um passo importante na proteção dos direitos de personalidade que, no processo penal, estão atrelados à presunção de inocência. Compete aos agentes do Estado restringir o acesso a dados pessoais de indivíduos penalmente processados. Os princípios da transparência e publicidade podem conviver perfeitamente com os direitos de personalidade e com o tratamento dispensado ao inocente.

Aos sujeitos, como titulares de seus dados pessoais, deve ser assegurado o livre desenvolvimento da personalidade, em todas as suas facetas constitucionais. À pessoa imputada, no processo penal, deve ser possibilitado o pleno exercício da personalidade até que transitada em julgado a condenação.

Para isso, o Estado não pode se eximir de suas responsabilidades. Todos os órgãos públicos, no trato com dados pessoais, estão vinculados à LGPD e devem se ater, detidamente, aos seus termos. Os Tribunais e demais agências públicas estão obrigados, pela legislação vigente, a nomear agentes encarregados de cuidar do tratamento de dados pessoais, os quais estarão sujeitos a sanções cíveis e administrativas quando violada a proteção aos dados pessoais.

32. Disponível em: [https://edps.europa.eu/press-publications/press-news/press-releases/2021/edpb-edps-call-ban-use-ai-automated-recognition_en]. Acesso em: 03.11.2021.

Conhecer as disposições da LGPD e seus princípios fundantes, bem como promover uma atividade legislativa própria para a proteção de dados no âmbito penal é um passo relevante, mas não suficiente. O Estado precisa se empenhar e levar a sério e com rigor ético a proteção dos dados individuais e as disposições legislativas, da mesma forma como tem exigido o compromisso e a adesão de empresas privadas. Afinal, não se pode demandar, no setor privado, uma tutela que inexistisse no âmbito público quando a obrigação é compartilhada.

Ademais, as pessoas imputadas têm direito de serem tratadas como inocentes, preservarem seus empregos, renovarem documentos, manterem laços sociais, participarem de processos seletivos, abrirem contas em instituições financeiras, dando continuidade às atividades íntimas e privadas até que, efetivamente, venham a ser julgados. Os holofotes da Justiça Criminal não podem ultrapassar os limites estabelecidos pela Constituição e pela Lei Geral de Proteção de Dados.

7. REFERÊNCIAS

- AMARAL, Augusto Jobim do. A pré-ocupação de inocência no processo penal. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, n. 62, p. 85-118, 2013.
- ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. *I fondamenti costituzionali della giustizia civile: il modello costituzionale del processo civile italiano*. 2. ed. Torino: Giappichelli, 1997.
- ANDRADE, André; JOIA, Luiz Antonio. Organizational structure and ICT strategies in the Brazilian Judiciary System. *Government Information Quarterly*, v. 29, p. S32-S42, 2012.
- BARROS, Flaviane de Magalhães. A atual crise do processo penal brasileiro, direitos fundamentais e garantias processuais. *Duc In Altum*, v. 10, n. 21, p. 05-33, 2018.
- BEIGNER, Bernard. *Les droits de la personnalité*. Paris: PUF, 1992.
- BINDER, Alberto. *Iniciación al proceso penal acusatorio: para auxiliares de la Justicia*. Buenos Aires: Campomanes Libros, 2000.
- BLUM, Renato Opice; LÓPEZ, Nuria. Lei Geral de Proteção de Dados no setor público: transparência e fortalecimento do Estado Democrático de Direito. *Cadernos Jurídicos*, São Paulo, v. 21, n. 53, p. 171-177, jan.-mar. 2020.
- BORDONI, Carlo. *State of fear: in a liquid word*. Nova Iorque: Routledge, 2017.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. Anteprojeto de Lei de Proteção de Dados para segurança pública e persecução penal. Dispõe sobre o tratamento de dados pessoais realizado por autoridades competentes para atividades de segurança pública e de persecução penal, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da

- personalidade da pessoa natural. 2020. Disponível em: [https://www2.camaraleg.br/atividade-legislativa/comissoes/grupos-de-trabalho/56a-legislatura/comissao-de-juristas-dados-pessoais-seguranca-publica/documentos/outros-documentos/DADOSAnteprojetocomissaoaprotecaodadosseguranca-persecucaoFINAL.pdf]. Acesso em: 07.08.2021.
- CAMPOS, Francisco. *Exposição de motivos do Código de Processo Penal*. 1941. Disponível em: [https://honoriscausa.weebly.com/uploads/1/7/4/2/17427811/exmcpp_processo_penal.pdf]. Acesso em: 03.08.2021.
- CASARA, Rubens Roberto Rebello. *Processo penal do espetáculo* (e outros ensaios). São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2018.
- CASTILLO, Gerardo Barbosa. Presunción de inocencia, derecho al honor y libertad de prensa. *Derecho Penal y Criminología*, v. 14, n. 47-48, p. 159-171, 1992.
- CHOUKR, Fauzi Hassan. *Processo penal de emergência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- COPPIN, Ben. *Inteligência Artificial*. Rio de Janeiro: LTC, 2013.
- CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*. Torino: UTET, 1986.
- CRUZ, Marco Aurélio da Cunha e; CASTRO, Matheus Felipe de. O *habeas data* e a concretização do direito à proteção de dados pessoais na metódica constitucional de Friedrich Müller. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, 19(1), p. 191-230, 2018.
- DEL MASSO, Fabiano; GODOY, Eduardo. Os efeitos da quarta revolução industrial na dinâmica do trabalho jurídico. *Revista Direitos Culturais*, v. 15, n. 37, p. 101-121, 2020.
- DONEDA, Danilo. A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental. *Espaço Jurídico Journal of Law*, v. 12, n. 2, p. 91-108, 2011.
- DOTTI, René Ariel. *Proteção da vida privada e liberdade de informação*. São Paulo: Ed. RT, 1980.
- EGBERT, Simon; LEESE, Matthias. *Criminal futures: predictive policing and everyday police work*. Nova Iorque: Routledge, 2021.
- FENG, Mingchen; ZHENG, Jiangbin; HAN, Yukang; REN, Jinchang; LIU, Qiaoyuan. Big data analytics and mining for crime data analysis, visualization and prediction. *International Conference on Brain Inspired Cognitive Systems*, Cham, p. 605-614, 2018.
- FOLLE, Ana Júlia Cecconello; SCHELEDER, Adriana Fasolo Pilati. As novas tecnologias e a uniformização do processo eletrônico: vantagens e desvantagens. *Direito e Novas Tecnologias I: XXIII Congresso Nacional do CONPEDI*. 2014.
- FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato; ABILIO, Vivianne da Silveira. *Compliance de dados pessoais*. In: FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato (Coords.). *A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no Direito brasileiro*. São Paulo: Ed. RT, 2019.

- FRAZÃO, Ana; SANTOS, Luiza Mendonça da Silva Belo. Plataformas digitais e o negócio de dados: necessário diálogo entre o direito da concorrência e a regulação dos dados. *Revista de Direito Público*, v. 17, n. 93, 2020.
- GARAPON, Antoine; LASSÈGUE, Jean. *Justice digitale*. Paris: PUF, 2018.
- GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição e o Pacto de São José da Costa Rica*. São Paulo: Atlas, 2015.
- GÓMEZ-TRELLES, Javier Sánchez-Vera. *Variaciones sobre la presunción de inocencia: análisis funcional desde el derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2012.
- HORECK, Tanya. *Justice on demand: true crime in the digital streaming era*. Detroit: Wayne University Press, 2019.
- ILLUMINATI, Giulio. *La presunzione d'innocenza dell'imputato*. Bologna: Zanichelli, 1979.
- JORDI, Fenoll Nieva. *La razón de ser de la presunción de inocencia*. 2016. Disponível em: [https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1203_es.pdf]. Acesso em: 07.07.2021.
- KAPLAN, Jerry. *Artificial Intelligence: what everyone needs to know*. Oxford: Oxford University Press, 2016.
- LAGESON, Sarah Esther. Creating digital legal subjects: the use of online criminal court records for research. *Research Handbook on Law and Courts*, p. 394-403, 2019.
- LESSIG, Lawrence. *Code 2.0*. Nova Iorque: Soho Books, 2009.
- LINOFF, Gordon S.; BERRY, Michael J. *Data mining techniques: for marketing, sales and customer relationship management*. Indianapolis: Wiley Publishing, 2011.
- MAIMON, Oded; ROKACH, Lior. Introduction to Knowledge Discovery and Data Mining. In: MAIMON, Oded; ROKACH, Lior (Eds.). *Data mining and knowledge discovery – Handbook*. 2. ed. Londres: Springer, 2020.
- MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. A dimensão da inocência no processo penal: o direito de ser julgado sem juízos incriminatórios alternativos. In: PINTO, Felipe Martins (Coord.). *Presunção de inocência: estudos em homenagem ao Professor Eros Grau*. Belo Horizonte: Editora Instituto dos Advogados, 2019.
- MENDES, Laura Schertel. *Habeas data* e autodeterminação informativa: os dois lados da mesma moeda. *Direitos Fundamentais e Justiça*, v. 12, n. 39, p. 185-2016, 2019.
- MENDES, Laura Schertel. O Supremo Tribunal Federal e a proteção constitucional dos dados pessoais: rumo a um direito fundamental autônomo. In: DONEDA, Danilo (Coord.). *Tratado de proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Forense, 2021.
- MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo. Comentário à nova Lei de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018), o novo paradigma da proteção de dados no Brasil. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 120, p. 555-587, 2018.

- MENDES, Laura Schertel; FONSECA, Gabriel Campos Soares da. STF reconhece direito fundamental à proteção de dados. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 130, p. 471-478, 2020.
- MOCCIA, Sergio. *La perenne emergenza: tendenze autoritarie nel sistema penale*. 2. ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2011.
- MORAIS, José Luiz Bolzan de; BARROS, Flaviane de Magalhães. Compartilhamento de dados e devido processo: como o uso da inteligência artificial pode implicar em uma verdade aleatória. In: NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WOLKART, Erik Navarro. *Inteligência artificial e direito processual: os impactos da virada tecnológica no direito processual*. Salvador: JusPodivm, 2020.
- MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. Dados pessoais sensíveis e a tutela de direitos fundamentais: uma análise à luz da lei geral de proteção de dados (Lei 13.709/18). *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, v. 19, n. 3, p. 159-180, 2018.
- NUNES, Dierle. Virada tecnológica no direito processual (da automação à transformação): seria possível adaptar o procedimento pela tecnologia? In: NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WOLKART, Erik Navarro. *Inteligência artificial e direito processual: os impactos da virada tecnológica no direito processual*. Salvador: JusPodivm, 2020.
- O'NEIL, Cathy. *Weapons of math destruction: how big data increases inequality and threatens democracy*. Nova Iorque: Crown Publishers, 2016.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Ensayos de informática jurídica*. Colonia del Carmen: Distribuciones Fontamara, 2009.
- RABINOVICH-EINY, Orna; KATSH, Ethan. *Digital justice*. Oxford: Oxford University Press, 2017.
- RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- RODOTÀ, Stefano. L'ansia di sicurezza che cancella i diritti. *La Repubblica*. Publicado em 23 out. 2001. Disponível em: [https://www.repubblica.it/online/speciale/ventitreottobre/ventitreottobre/ventitreottobre.html]. Acesso em: 07.08.2021.
- RODOTÀ, Stefano. Transformações do corpo. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 19, n. 19, p. 91-107, 2004.
- ROSSI, Francesca. *Il confine del futuro: possiamo fidarci dell'intelligenza artificiale?* Milão: Feltrinelli Editore, 2019.
- SABA, Roberto. (Des)igualdad estructural. In: ALEGRE, Marcelo; GARGARELLA, Roberto (Coords.). *El derecho a la igualdad: aportes para un constitucionalismo igualitario*. Buenos Aires: LexisNexis, 2007.
- SADIN, Éric. *La inteligencia artificial o el desafío del siglo: anatomia de um anti-humanismo radical*. Buenos Aires: Caja Negra, 2020.

- SAMPAIO, José Adércio Leite; MENDIETA, David; FURBINO, Meire; BOCCHINO, Lavinia Assis. Capitalismo de vigilância e a ameaça aos direitos fundamentais da privacidade e da liberdade de expressão. *Revista Jurídica*, v. 1, n. 63, p. 89-113, 2021.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Proteção de dados pessoais como direito fundamental na Constituição Federal brasileira de 1988: contributo para a construção de uma dogmática constitucionalmente adequada. *Direitos Fundamentais & Justiça*, n. 42, p. 179-218, 2020.
- SARLET, Ingo Wolfgang; SAAVEDRA, Giovani Agostini. Fundamentos jusfilosóficos e âmbito de proteção do direito fundamental à proteção de dados pessoais. *Revista de Direito Público*, v. 17, n. 93, 2020.
- SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- SCHREIBER, Simone. *A publicidade opressiva de julgamentos criminais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- SCHWARTZ, Paul M. Property, privacy, and personal data. *Harvard Law Review*, v. 117, p. 2056, 2003.
- SCHWARTZ, Paul M.; SOLOVE, Daniel J. The PII problem: Privacy and a new concept of personally identifiable information. *The New York University Law Review*, v. 86, p. 1814, 2011.
- SUSSKIND, Richard. *Online courts and the future of justice*. USA: Oxford University Press, 2019.
- UNDERWOOD, Ben; SAIEDIAN, Hossein. Mass surveillance: A study of past practices and technologies to predict future directions. *Security and Privacy*, 2021.
- WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. The right to privacy. In: *Harvard Law Review*, v. IV, n. 5, 1890.
- ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- ZUBOFF, Shoshana. Big other: capitalismo de vigilância e perspectivas para uma civilização de informação. In: BRUNO, Fernanda; CARDOSO, Bruno; KANASHIRO, Marta; GUILHON, Luciana; MELGAÇO, Lucas. *Tecnopolíticas da vigilância: perspectivas da margem*. São Paulo: Boitempo, 2018.



PESQUISAS DO EDITORIAL



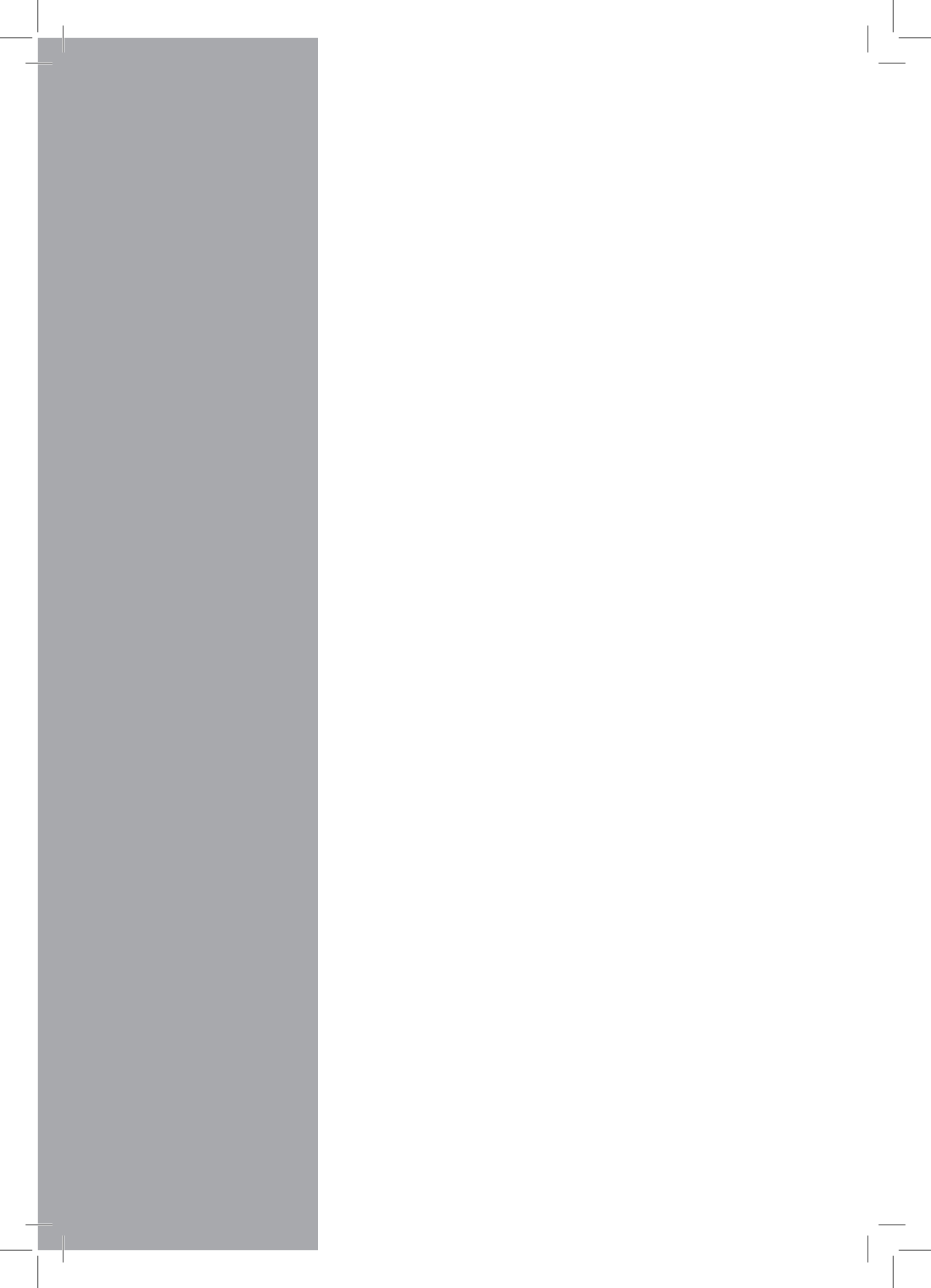
ÁREAS DO DIREITO: Penal; Digital

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- Da privacidade à proteção de dados pessoais: o julgamento histórico do STF e a MP 954/2020, de Guilherme Magalhães Martins e André Luiz Arnt Ramos – *RT* 1036/123-139;
- Princípio de presunção de inocência e princípio de vitimização: uma convivência impossível, de Perfecto Andrés Ibáñez traduzido por Janaina Matida e Aury Lopes Jr. – *RBCCrim* 185/85-100;
- Reconhecimento facial e prova ilícita: a possibilidade de se considerar o reconhecimento facial como meio de prova ilícito, de Matheus Della Monica e Rodrigo Marchetti Ribeiro – *RD Tec* 13; e
- Tratamento de dados pessoais em investigações criminais: o direito fundamental à autodeterminação informativa como limite constitucional, de André da Rocha Ferreira – *RBCCrim* 185/115-159.

The background of the page is a light gray. On the right side, there is a large, abstract graphic consisting of several overlapping circles and a grid of thin, light gray lines that radiate from the right edge towards the center. The word "Criminologia" is printed in a bold, black, sans-serif font, centered horizontally within the lower half of the page.

Criminologia



GOVERNANÇA DIGITAL E INTERSETORIALIDADE: FERRAMENTAS DE GESTÃO DE DESEMPENHO NO SISTEMA SOCIOEDUCATIVO NA PANDEMIA DE COVID-19

*DIGITAL GOVERNANCE AND INTERSECTORIALITY:
PERFORMANCE MANAGEMENT TOOLS IN THE
SOCIO-EDUCATIONAL SYSTEM IN THE PANDEMIC OF COVID-19*

ANA CLÁUDIA SOUZA VALENTE

Mestra em Direito pelo Centro Universitário de Brasília – UniCEUB. Especialista em Direito Público pelo Centro Universitário de Brasília – UniCEUB (2009). Graduada em Direito pelo Centro Universitário de Brasília – UniCEUB (2004). Graduada em Administração pela Universidade de Brasília (2003). Integra o banco de capacitadores, tutores e conteudistas da Escola Superior do Ministério Público da União na área do Direito da Criança e do Adolescente. Analista Processual do Ministério Público da União.

Lattes: [<http://lattes.cnpq.br/0314050108697237>].

ORCID: [<https://orcid.org/0000-0001-8730-352X>].

anaclaudias.valente@gmail.com

SELMA LEITE DO NASCIMENTO SAUERBRONN DE SOUZA

Mestra em Direito pelo Centro Universitário de Brasília – UniCEUB (2014). Graduada em Direito pelo Centro Universitário de Brasília – UniCEUB (1983). Professora do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB. Integra o banco de capacitadores, tutores e conteudistas da Escola Superior do Ministério Público da União na área do Direito da Criança e do Adolescente. Procuradora de Justiça do MPDFT. Vice-Procuradora-Geral Jurídica/Administrativa do MPDFT.

Lattes: [<http://lattes.cnpq.br/1142530731324943>].

ORCID: [<https://orcid.org/0000-0001-6631-0261>].

selmassauerbronn@gmail.com

Recebido em: 29. 03.2021

Aprovado em: 22.09.2021

Última versão das autoras: 29.09.2021

ÁREAS DO DIREITO: Penal; Digital

RESUMO: A pandemia causada pela Covid-19 evidenciou inúmeros desafios, entre eles a gestão de modernas tecnologias no sistema socioeducativo,

ABSTRACT: The pandemic caused by the Covid-19 disease highlighted numerous challenges, including the management of modern technologies in

VALENTE, Ana Cláudia Souza; SOUZA, Selma Leite do Nascimento Sauerbronn de. Governança digital e intersectorialidade: ferramentas de gestão de desempenho no sistema socioeducativo na pandemia de Covid-19.

Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 190. ano 30. p. 159-195. São Paulo: Ed. RT, maio/jun. 2022.

a fim de assegurar os direitos fundamentais dos adolescentes em cumprimento de medida socioeducativa de internação. Diante dessa lacuna de pesquisa, a problemática passa a verificar se os instrumentos normativos nacionais publicados ao longo da pandemia estão em sintonia com as diretrizes do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE), notadamente quanto ao respeito de direitos individuais e sociais do adolescente interno, na perspectiva da governança digital e da intersetorialidade, categorias estratégicas de gestão. Os objetivos foram descrever o modelo intersectorial de atendimento contido no SINASE, mapear a regulação produzida na pandemia para o campo socioeducativo e propor agenda de pesquisa voltada à melhoria do desempenho no atendimento ao adolescente interno, com uso do método indutivo, além do dedutivo, e emprego de técnicas de pesquisa exploratória, como documental, bibliográfica e normativa. Ao final, indicamos elementos que possam subsidiar os estudos na seara da gestão de modernas tecnologias para o sistema socioeducativo, pois o manejo atual do atendimento ao adolescente interno está desconectado da almejada intersetorialidade.

PALAVRAS-CHAVE: Pandemia – Sistema socioeducativo – Intersetorialidade – Governança Digital – Novas tecnologias.

the socio-educational system, in order to guarantee the fundamental rights of adolescents in compliance with a socio-educational internment measure. From this research gap, the problem involves verifying whether the normative instruments published during the pandemic are in line with the guidelines of the National System of Socio-Educational Assistance (SINASE), notably regarding the respect for individual and social rights of the adolescent intern, in perspective of digital governance and intersectoriality, strategic management categories. The objectives were to define the intersectoral model of assistance contained in SINASE, map the regulation in the pandemic to the socio-educational field and suggest a research agenda aimed at improving performance in the assistance of internal adolescents, using the inductive method, in addition to the deductive method with the use of exploratory research techniques, such as documentary, bibliographic and rules. In the end, we indicate elements that support studies in the field of management of modern technologies for the socio-educational system, as the current management of assistance for intern adolescents is disconnected.

KEYWORDS: Pandemic – Socio-educational System – Intersectoriality – Digital Governance – Modern technologies.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A crise pandêmica e o Sistema Socioeducativo fechado: uma contextualização fática e normativa. 2.1. Sistema socioeducativo: SINASE e intersetorialidade. 2.2. A regulação para o SINASE no contexto da pandemia. 3. Governança digital e intersetorialidade como ferramentas de gestão. 3.1. Governança digital e a tecnologia da informação. 3.2. Intersetorialidade como fator de desempenho do sistema socioeducativo. 4. Considerações finais. 5. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A carência de pesquisas no estudo do controle e da gestão da administração da justiça criminal está relacionada à falta de trabalhos acadêmicos que possam contribuir com temas como o desempenho do sistema judicial brasileiro, na esteira do que afirmam Akutsu e Guimarães (2012, p. 197). No campo socioeducativo,

semelhante carência se replica, com mais dificuldades em tempos de pandemia, especialmente no que toca à gestão e ao emprego de novas tecnologias de forma integrada, com foco na garantia dos direitos fundamentais do adolescente em cumprimento de medida socioeducativa de internação¹, dada a superlotação em algumas unidades de internação, assim como a restrição para visitas, os desafios em proporcionar intersectorialidade nas áreas da educação, da profissionalização e de manter os atendimentos médicos, psicológicos e odontológicos, entre outros.

Sob essa perspectiva, o problema deste artigo é verificar se os instrumentos normativos publicados, principalmente em 2020, estão em sintonia com as diretrizes do SINASE, quanto ao respeito de direitos individuais e sociais do adolescente interno, em momento de crise, sob o viés da governança digital e da intersectorialidade. Para tanto, as reflexões propostas partem da hipótese de que a boa governança digital e a intersectorialidade são estratégias fundamentais para a eficiência do sistema socioeducativo, proporcionando a gestão democrática alinhada aos parâmetros normativos². Isso porque as novas tecnologias estão relacionadas às transformações no campo das Tecnologias da Informação e Comunicação (TICs) na Administração Pública quanto à inovação, o que contribui para a melhoria das rotinas das organizações e para o aperfeiçoamento da

1. As “medidas socioeducativas” se diferenciam das “medidas protetivas”. Embora ambas estejam previstas no ECA, as medidas protetivas são aquelas destinadas às crianças e aos adolescentes que tiveram direitos violados e estão elencadas no art. 101 do ECA; ao passo que as medidas socioeducativas, cujo rol encontra-se no art. 112 do ECA, são direcionadas apenas aos adolescentes que cometeram atos infracionais que, de acordo com o art. 103 do ECA, é toda conduta descrita como crime ou contravenção penal (VALENTE, 2020, p. 65). As medidas socioeducativas de internação têm caráter excepcional, podendo ser aplicadas nas hipóteses de ato infracional com uso de violência e grave ameaça à pessoa e de reiteração delitiva grave, conforme art. 122, incisos I e II, da Lei 8.069/1990.
2. A intersectorialidade é termo polissêmico e marcado por baixa densidade teórica, com autores que, em oposição, a utilizam muito mais como “experimento” do que como prática de gestão (BICHIR; CANATO, 2021). Neste artigo, a utilizaremos como prática de gestão de implementação de políticas públicas que contemplam diferentes saberes, conforme item 2.1, visto que um de seus maiores desafios de implementação está associado à desarmonia entre a interação de atores (BICHIR; CANATO, 2019). Da mesma forma, a categoria governança é termo multifacetado que pode ser compreendido de diversas acepções, sendo o termo governança digital desdobramento que merece mais estudos para contemplá-lo. Aqui, a categoria da governança será tratada no item 3.1 como modelo de gestão que contempla conjunto de processos e ações que auxiliam na implementação de políticas públicas.

relação Estado-Sociedade, com a entrega do valor público, a partir da ampliação das possibilidades de interação e participação virtual (FERREIRA DIAS *et al.*, 2019).

A infestação do vírus SARS-CoV-2, que causa a Covid-19, indicou que as políticas públicas para proteção dos direitos fundamentais do adolescente em conflito com a lei devem estar associadas à gestão de novas tecnologias, por meio de governança digital que busque fomentar a intersetorialidade desenhada no campo normativo de responsabilização do adolescente (BRASIL, 2012) e, com isso, minimizar os impactos da pandemia para aqueles que estão segregados, considerando que a ausência de governança digital no uso das TICs pode proporcionar a violação aos direitos fundamentais por falta de atendimento aos adolescentes internos, uma vez que passarão a maior parte do seu tempo completamente isolados sem acesso a ações de profissionalização, de educação, de atendimento médico e odontológico de rotina, entre outras. Além disso, pode levar a sobreposição de ações e retrabalho quanto às variadas políticas dos sistemas que compõem o SINASE.

Nesse contexto, busca-se descrever o modelo intersetorial de atendimento contido no SINASE³, mapear a regulação produzida na pandemia para o campo socioeducativo, a fim de avaliar se as diretrizes impostas aos seus gestores estão em sintonia com a referida lei e, num segundo momento, propor agenda de pesquisa voltada a um dos principais desafios da execução das medidas socioeducativas, quanto à melhoria do desempenho no atendimento voltado ao adolescente interno, relacionado à boa governança digital, com uso de tecnologias compatíveis.

3. O documento referência, conhecido como parâmetros e diretrizes para o sistema nacional de atendimento socioeducativo, compreende o SINASE como “[...] conjunto ordenado de princípios, regras e critérios, de caráter jurídico, político, pedagógico, financeiro e administrativo, que envolve desde o processo de apuração de ato infracional até a execução de medida socioeducativa. Esse sistema nacional inclui os sistemas estaduais, distrital e municipais, bem como todas as políticas, planos e programas específicos de atenção a esse público [...]” (SEDH, 2006, p. 22). Além desse documento referência, posteriormente foi aprovada a Lei 12.594/2012, conhecida como Lei do SINASE, que institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo, regulamenta a execução das medidas socioeducativas destinadas a adolescente que pratique ato infracional, que não se incompatibiliza com o documento referência, mas o completa. Assim, a expressão SINASE será utilizada para referenciar o conjunto de normas, parâmetros, diretrizes, presentes tanto no documento referência de 2006 quanto na Lei 12.594/2012. Conferir o art. 1º, § 1º, da Lei 12.594/2012 (BRASIL, 2012).

A divisão do texto foi proposta levando em consideração que, apesar do SINASE indicar a intersetorialidade como importante ferramenta de gestão, pesquisas apontam que as medidas socioeducativas são executadas com diversas carências intersetoriais, como dificuldades no que se refere ao fornecimento de alimentação adequada, assim como escola e cursos profissionalizantes de qualidade e pronto atendimento de saúde, faltando integração entre os setores socioeducativos, incluindo os atores do sistema de justiça (VALENTE, 2020). Na pandemia, outros desafios emergiram, já que se recrudesceu o isolamento e surgiu a necessidade do uso de programas e ferramentas digitais para inspecionar as unidades de internação, a fim de garantir os direitos individuais dos adolescentes.

O percurso metodológico aponta o método indutivo (BACON, 1981, 2002a, 2002b, 2006, 2007), como adequado para alcançar os objetivos propostos, tendo sido utilizado também o método dedutivo (DESCARTES, 1979) para se propor conclusões como consequência lógica das afirmações e circunstâncias que serão enumeradas, com análise da realidade empírica a partir das relações entre os objetos deste estudo que, nesse caso, são o funcionamento intersetorial do SINASE e as normas publicadas na pandemia que direcionaram o atendimento no sistema socioeducativo.

Bacon (2007, p. 319) tratou separadamente o conhecimento do método, indicando a necessidade de se estabelecer graus de certeza com a definição exata dos sentidos, a partir de instrumentos que afastam os vícios do cotidiano, profundamente arraigados na mente humana sem o rigor científico e, portanto, descartam a verdade pela perpetuação de erros (BACON, 2002b, p. 8). Para ele, “a única esperança radica na verdadeira indução” (BACON, 2002b, p. 14). Parte-se, pois, da minuciosa observação dos fatos para se propor esquemas de construções de novas operações. Por tal motivo, foram utilizadas técnicas de pesquisas exploratórias, uma vez que o tipo de pesquisa é eminentemente documental, bibliográfico e normativo; este último produzido durante a pandemia.

Já Descartes (1979, p. 15-16) elaborou método dedutivo que “ensina a seguir a verdadeira ordem e a enumerar exatamente todas as circunstâncias daquilo que se procura”, ou seja, ao invés de compreender proposições em conjunto, o melhor seria considerá-las em particular, supondo-as em signos breves coordenados em linhas para compreensão do que se pretende estudar.

Assim, o campo foi observado com o objetivo de abstrair a realidade e de fixar preceitos, se socorrendo da multidisciplinariedade, em busca de novas compreensões, que possibilitem variadas alternativas de pesquisas, e ofereçam contribuições teóricas, conforme passamos a expor.

2. A CRISE PANDÊMICA E O SISTEMA SOCIOEDUCATIVO FECHADO: UMA CONTEXTUALIZAÇÃO FÁTICA E NORMATIVA

A pandemia provocada pelo Coronavírus SARS-CoV-2 deu visibilidade a inúmeros problemas desafiadores à engrenagem das políticas públicas, entre os quais está a precária articulação entre os variados setores e níveis de governo. Trata-se de doença pouco conhecida no campo científico e sem possibilidade, até o momento, de tratamento farmacológico com carimbo da ciência⁴, com expectativas de controle vacinal em andamento. Nesse contexto, as orientações das autoridades sanitárias mundiais, inclusive da Organização Mundial de Saúde (OMS), são o distanciamento social, o uso de máscaras e a higienização das mãos como únicas formas de conter sua disseminação.

A OMS (2020) também emitiu orientação para os espaços de privação de liberdade em geral, determinando que todos os Estados são obrigados a garantir não apenas a segurança, mas também a saúde, a proteção e a dignidade humana das pessoas privadas de liberdade e das pessoas que trabalham em locais de detenção em todos os momentos, sendo necessário melhorar as medidas de prevenção e controle em ambientes fechados, bem como aumentar o acesso a serviços de saúde de qualidade. Neste diapasão, mostra-se imperioso que os Estados avancem no detalhamento de seus respectivos planos de contingência, de preferência, de forma integrada.

Assim, diante das incertezas com relação ao tratamento e à evolução da doença, a crise pandêmica trouxe um novo cenário para a população mundial, marcado por traços de fragilidade e angústia, com complexidade dimensionada quando o campo a ser observado é o das políticas públicas dirigidas aos indivíduos que se encontram em situação de vulnerabilidade, como é o caso dos adolescentes e jovens que estão em cumprimento de medida socioeducativa de internação, cujas diretrizes e parâmetros de atendimento estão fixados pelo Estado brasileiro no

-
4. Desde o início da pandemia, a Organização Mundial da Saúde (2021) publicou diversas diretrizes de prevenção e combate ao Coronavírus, inclusive quanto ao tratamento de pacientes. Porém, em diversas oportunidades, manifestou-se contrária a drogas testadas como Remdesivir, Hidroxicloroquina, Lopinavir/Litonavir e Interferon, indicando que não reduzem risco de mortalidade pelo novo Coronavírus. No Brasil, o Ministério da Saúde (2020) lançou um Protocolo de Tratamento do Novo Coronavírus (2019-nCov), com o objetivo de orientar a atuação da Rede de Serviços de Atenção à Saúde do SUS diante de casos suspeitos de infecção humana pelo vírus, mas os casos de contaminação, infelizmente, não cessaram, já que inexistia uma droga capaz de controlar todos os casos de infecção. A pandemia avança no Brasil.

SINASE, em que a intersetorialidade foi reconhecida como imprescindível para a boa governança.

2.1. Sistema socioeducativo: SINASE e intersetorialidade

Nesse ponto, cabe sumariar alguns aspectos do SINASE, que regulamenta a execução das medidas socioeducativas aplicadas aos adolescentes autores de atos infracionais, compreendidos como toda conduta descrita como crime ou contravenção penal (BRASIL, 1990b)⁵. Trata-se de um Sistema amplo que articula todos os entes federativos para o desenvolvimento dos seus programas socioeducativos em espécie aberta ou fechada, interligado com o sistema educacional, sistema de justiça e segurança pública, sistema único de saúde e sistema único de assistência social, considerando que a intersetorialidade é estratégia primordial de governança do SINASE, aqui compreendida como “[...] a articulação de saberes e experiências no planejamento, realização e avaliação de ações, com objetivo de alcançar resultados integrados em situações complexas” (JUNQUEIRA; INOJOSA; KOMATSU, 1997, p. 43), assim como “um produto de interações cotidianas e estratégias de coordenação construídas entre diferentes escalões da burocracia e entre atores estatais e não estatais, em distintos arranjos de implementação” (CANATO; BICHR, 2021).

As reflexões sobre a intersetorialidade no campo das políticas públicas devem ir além da coalizão de saberes, vertentes e abordagens disciplinares, para alcançar a articulação entre diferentes setores de governo, em variadas formulações institucionais, na formulação e implementação de políticas públicas.

O plano normativo, sem dúvida, registra importância à compreensão da intersetorialidade, notadamente à análise do contexto de sua implementação, porquanto, os arranjos de governança organizados para sua efetividade, em geral, não são parametrizados e trazem certa complexidade sistêmica⁶, uma vez que envolvem diferentes atores estatais e não estatais, com desafios de toda ordem, como políticos, institucionais e relacionais, que conduzem a um reforço das estruturas organizacionais e ampliação das dificuldades orçamentárias, com impactos variados, inclusive à aquisição de novas tecnologias para o enfrentamento desses desafios.

5. O art. 103 da Lei 8.069/1990 prevê que: “considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal.” (BRASIL, 1990b.)

6. Em relação à complexidade sistêmica, diferentes narrativas e multiplicidade de atores, utilizamos como marco teórico Niklas Luhmann (1990, 1997, 2005, 2007 e 2010).

Entretanto, o aporte normativo de articulação dos setores que compõem a política pública, por si só, não levará à governança de qualidade para o enfrentamento dos problemas sociais, incluindo-se o atendimento do adolescente em cumprimento de medida socioeducativa em meio fechado, pois também há que lançar um olhar para os entraves ao desenvolvimento dessa articulação, a exemplo de disputas intersetoriais, contendas interpessoais e políticas, envolvendo instituições, atores públicos e privados (BICHR; CANATO; STEPHANELLI, 2017, p. 1), o que sugere aprimoramento das estratégias de gestão na integração entre os setores. Nesse sentido, o diálogo entre atores com formações, histórias, olhares, valores e recursos diferenciados nem sempre guarda congruência, pois as políticas públicas, naturalmente, já envolvem uma dose de conflito e de competição, o que leva à centralidade da discussão da política (*idem*, p. 2). Porém, ainda que sejam identificados esses obstáculos, a articulação a ser proporcionada pela intersectorialidade deve ser perseguida para o sistema socioeducativo, a fim de que ele possa funcionar em rede com diversos órgãos setoriais, como saúde, educação, segurança e profissionalização⁷, além das interfaces com a União Federal, Estados, Distrito Federal e Municípios⁸ (VALENTE, 2020), com o emprego de estratégias tecnológicas, a exemplo das plataformas para videoconferências e dos mecanismos e dispositivos tecnológicos que possam armazenar e tratar cientificamente as informações, como nas tentativas de se criar e aprimorar o Cadastro Nacional de Adolescentes em Conflito com a Lei (CNAACL)⁹ ou a

7. Sobre as várias formas de se operacionalizar a intersectorialidade na socioeducação, consultar: PAES, Paulo Cesar Duarte; ADIMARI, Maria Fernandes; COSTA, Ricardo, 2015, p. 11.

8. Com relação à intersectorialidade no campo socioeducativo, vale conferir a Tese de autoria de Márcio Alexandre Masella (2014), que utiliza essa categoria como proposta de gestão de políticas públicas para desenvolver estratégia que promove a integração entre atores de setores distintos, por meio da comunicação, interação e compartilhamento de saberes, superando práticas fragmentárias.

9. O Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas (DMF), criado pela Lei 12.106/2009, é a área do Conselho Nacional de Justiça responsável por iniciativas relacionadas ao sistema carcerário, à execução penal e à execução de medidas socioeducativas (CNJ, 2021c). Até 2009, os registros de medidas socioeducativas não eram compartilhados entre as unidades da Federação, o que permitia que o ato infracional praticado por um adolescente em um Estado fosse desconsiderado em outro Estado, por desconhecimento das autoridades. Nesse diapasão, o Conselho Nacional de Justiça buscou promover a integração necessária para a melhor aplicação de medidas socioeducativas e colaborar para o exercício da justiça. Assim, instituiu-se pela Resolução 77 do Conselho Nacional de

criação do Sistema de Informação para a Infância e Adolescência (SIPIA), plataforma digital, instituída para possibilitar maior integração da rede de atendimento e, assim, proporcionar melhor desempenho na proteção dos direitos da criança e do adolescente¹⁰ (MMFDH, 2019; MMFDH, 2021).

Dessa forma, o SINASE cuida de política pública dirigida ao adolescente em conflito com a lei que, necessariamente, congrega ações de variados sistemas de

Justiça, de 26 de maio de 2009 (CNJ, 2009), o Cadastro Nacional de Adolescentes em Conflito com a Lei (CNAACL), com o objetivo de reunir dados fornecidos pelas Varas de Infância e Juventude de todo o país sobre os adolescentes em conflito com a lei, incluindo informações sobre o histórico das infrações cometidas e as medidas socioeducativas que já foram aplicadas aos adolescentes que integram o sistema. O CNAACL sofreu muitas críticas quanto à dificuldade de operacionalizá-lo, motivo pelo qual ele foi reformulado em 2014. O novo CNAACL pretendeu tornar-se meio seguro para saber quantos adolescentes cumprem medidas socioeducativas no país. Porém, é instrumento que serve apenas a pessoas previamente cadastradas, dificultando o acesso à informação da sociedade.

10. O Manual do Usuário do SIPIA (MMFDH, 2019) indica que o projeto vem sendo discutido desde 1990, na busca não apenas por repositório de dados, mas também por “uma plataforma de gestão e monitoramento voltada para conselheiros tutelares, conselheiros de direitos, gestores e técnicos de políticas públicas, atores do sistema de justiça, dentre outros relacionados à garantia, promoção, proteção e defesa dos direitos humanos de crianças e adolescentes”. O SIPIA tem uma saída de dados em nível municipal, estadual e nacional e se constitui em uma base única nacional para formulação de políticas públicas no setor. Ele possui três objetivos primordiais: “Operacionalizar na base a política de atendimento dos direitos, ou seja, possibilitar a mais objetiva e completa leitura possível da queixa ou situação da criança ou adolescente, por parte do Conselho Tutelar; Encaminhar a aplicação da medida mais adequada com vistas ao ressarcimento do direito violado para sanar a situação de risco em que se encontram crianças ou adolescentes; Subsidiar as demais instâncias – Conselhos de direitos e autoridades competentes – na formulação e gestão de políticas de atendimento, conforme descrevem os artigos 86 ao 88 da Lei Federal n. 8069/90.” Ainda, consta que “de forma a apoiar o processo de implantação do SIPIA, o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente – Conanda, por meio da Resolução n. 178, de 15 de setembro de 2016, publicada no DOU n. 188 de 29/9/2016, estabeleceu parâmetros e recomendações para implantação, implementação e monitoramento do Sistema de Informação para Infância e Adolescência ao estabelecer aos Conselhos Estaduais e Distrital dos Direitos da Criança e do Adolescente a incumbência de constituir o Comitê Gestor Estadual e Distrital, responsável pela implantação, implementação e do monitoramento do SIPIA Conselho Tutelar, acompanhando e avaliando seu funcionamento. No entanto, desde 10 de dezembro de 2020, ainda na pandemia, consta comunicado da Coordenação Técnica do SIPIA, segundo o qual há falhas no registro de atendimento e que uma equipe de suporte estaria trabalhando na correção em caráter de urgência (MMFDH, 2021). Esse comunicado mostra fragilidades no SIPIA e sinaliza que ele não opera regularmente”.

outras políticas públicas e sociais, cuja articulação entre eles ficará a cargo dos órgãos deliberativos e gestores do SINASE. Para tanto, se exige o envolvimento e a participação das políticas de educação, cultura, saúde, lazer, profissionalização, segurança pública, entes federativos, Judiciário, Ministério Público, Advocacia, Defensoria Pública, Conselhos de Direitos, Conselhos Tutelares etc. A avaliação dessa gestão terá sempre entre um dos seus objetivos a articulação interinstitucional e intersetorial das políticas (BRASIL, 2012)¹¹.

A partir dessa compreensão normativa, entre várias ações positivas ao desenvolvimento da articulação entre os setores, chama-se a atenção para o fomento da intersetorialidade, da expedição de atos normativos conjuntos, com a disciplina de questões pertinentes ao adolescente, em cumprimento de medidas socioeducativas e do respeito às competências e atribuições de cada ente federativo e de seus órgãos, a fim de se evitar a sobreposição de ações¹² e a não efetivação dos direitos fundamentais dos adolescentes internos. Atuações positivas que atraem a aquisição e o manejo de dispositivos tecnológicos e mecanismos de mesma natureza para uma adequada articulação entre os setores, rumo à promessa de concretude dos direitos individuais conferidos aos adolescentes internos.

O regramento do SINASE, para além dos direitos e obrigações voltados aos internos, fixa responsabilidades dos entes federados para o atendimento, bem como dos Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente – organizados nos níveis municipal, distrital, estadual e federal, compreendidos como órgãos de normatização e controle das políticas públicas na seara da infantoadolescência, incluindo-se o campo da responsabilização penal juvenil. Esses Conselhos se apresentam como o locus de excelência da intersetorialidade, ante a sua formação paritária, com representantes do Poder Público e representantes da Sociedade Civil organizada¹³.

As obrigações fixadas aos Conselhos de Direitos exigem um constante diálogo com os integrantes do Sistema de Garantias de Direitos, como o Judiciário, o Ministério Público, a Defensoria Pública, a Ordem dos Advogados do Brasil

11. Art. 22, inciso IV, da Lei 12.594/2012: A avaliação da gestão terá por objetivo: [...] a articulação interinstitucional e intersetorial das políticas (BRASIL, 2012).

12. SEDH, 2006, p. 23; MMFDH, 2018; MEC, 2013.

13. Sobre Conselhos de Direitos e Tutelares, assim como as condições de atendimento do adolescente em conflito com a lei, conferir: ASSIS, Simone Gonçalves, 2009; GONÇALVES, Hebe Signorini; GARCIA, Joana, 2007; CUSTODIO, André Viana; MARTINS, Matheus Denardi Paz, 2020; CONANDA, 2005 e CONANDA, 2006.

e outros, ante a lógica da incompletude institucional presente no Estatuto da Criança e do Adolescente, ao descrever a política de atendimento como um conjunto articulado de ações governamentais e não governamentais, podendo, para tanto, no nosso entender, fazer uso das novas tecnologias para que a estratégia de articulação seja pautada em informações fidedignas, capazes de direcionar ações e evitar a sobreposição de outras, na perspectiva da boa governança.

Em que pese a diretriz da intersetorialidade contemplada pelo SINASE, observa-se que, antes dessa crise sanitária, há anos, o sistema socioeducativo já padecia da denominada contradição performativa (SAUERBRONN, 2014), entendida como uma antinomia entre o discurso doutrinário e prescritivo e a *praxis*, vale dizer, um discurso que não tem repercussão simétrica nas práticas dos atores que atuam nesta seção da política, com formatação desprovida de diálogo entre os sistemas, com precária intersetorialidade, ingrediente que pode ter contribuído, até então, para a manutenção da frágil retaguarda do atendimento socioeducativo fechado. Uma retaguarda que já agonizava com seu déficit estrutural e de governança, tendo em vista a falta de condições humanas e materiais para o atendimento dos adolescentes internos, conforme apontam recentes pesquisas (VALENTE, 2020; CORNELIUS, 2018; SOUZA, 2019), decisões judiciais (STF, 2019) e Relatórios Institucionais (CNMP, 2019).

Sobre Relatórios Institucionais, destaca-se o relatório da Resolução 67/2011 (CNMP, 2015)¹⁴ e o “Panorama da execução dos programas socioeducativos de semiliberdade e internação nos Estados brasileiros e no Distrito Federal” (CNMP, 2019). O primeiro apurou que o cumprimento das medidas socioeducativas de internação e semiliberdade estava em desalinho com o regramento trazido pelo SINASE e com o modelo presente no ECA, eis que além da chaga da superlotação, existiam raríssimas oportunidades de formação educacional e profissional; o ambiente das unidades era insalubre e tensionado com constantes rebeliões e reiteradas fugas; dificuldades de atendimentos de saúde, educação, entre outros. Os dados colhidos nesse relatório apontam grande indiferença ao paradigma da proteção integral, desenhado na Convenção das Nações Unidas sobre os direitos da Criança de 1989 (BRASIL, 1990a), abraçado pela Constituição Federal de 1988 e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, isto porque não existiam em muitas unidades os espaços para escolarização, profissionalização, práticas esportivas, lazer e cultura (CNMP, 2013), o que aparentava, já naquela época, insuficiência de diálogo entre os setores das políticas públicas pertinentes a essas

14. Outras pesquisas e relatórios apontam para as mesmas conclusões: CNJ, 2012; 2015; CNMP, 2019.

áreas do atendimento socioeducativo, assim, em desarmonia com as diretrizes do SINASE¹⁵.

Quanto ao panorama da execução dos programas socioeducativos de semiliberdade e internação nos Estados brasileiros e no Distrito Federal (CNMP, 2019), é fruto dos estudos produzidos pelo grupo de trabalho – SINASE, instituído no âmbito do CNMP, a fim de monitorar a Política Nacional de Atendimento Socioeducativo do Brasil. Esse estudo, em síntese, apurou que, não obstante, o sistema, na sua concepção, ter fixado aos Estados e ao Distrito Federal a obrigação de criar, desenvolver e manter programas para a execução das medidas socioeducativas de semiliberdade e internação, cabendo à União prestar apoio técnico e financeiro para o desenvolvimento dos programas estaduais, distrital e municipais, nos últimos anos, a União não cumpriu a sua obrigação, deixando de contribuir adequadamente para a implantação de novas unidades de internação e semiliberdade nos Estados, tampouco cofinanciou o custeio dos sistemas estaduais, distrital e municipais, obrigando esses entes a arcarem sozinhos com a manutenção dos programas socioeducativos que integram política pública de natureza obrigatória, continuada e permanente (CNMP, 2019). Omissão da União que pode ter fragilizado em maior monta a intersetorialidade ou ser um efeito da ausência da própria intersetorialidade, com a consequente precarização da governança do sistema e o agravamento das violações aos direitos humanos dos adolescentes internados.

A ínfima ou ausência de articulação entre os sistemas da política pública socioeducativa se evidenciou, às escâncaras, no decorrer da pandemia provocada pela Covid-19, diante do descompasso entre o número de adolescentes e de vagas nas unidades de internação¹⁶, o que aparenta contribuir para o surgimento das adversidades em relação ao cumprimento das orientações expedidas pela Organização Mundial da Saúde, pelo Ministério da Saúde e pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), para o enfrentamento dessa emergência sanitária de escala mundial – que compreendem o distanciamento físico, a não aglomeração de pessoas

15. Esse Relatório deu ensejo à elaboração da Resolução 67/CNMP, de 16 de março de 2011 (CNMP, 2011), que dispõe sobre a uniformização das fiscalizações em unidades para cumprimento de medidas socioeducativas de internação e de semiliberdade pelos membros do Ministério Público e sobre a situação dos adolescentes que se encontrem privados de liberdade em cadeias públicas.

16. Ainda, o panorama em referência do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP, 2019), realizado em setembro de 2019, informou que havia, no Brasil, 18.086 adolescentes em privação de liberdade em cumprimento de medida socioeducativa, distribuídos em 330 unidades em todo território nacional, e apenas 16.161 vagas.

e a higienização constante das mãos. Somam-se a essas dificuldades outras para o atendimento dos adolescentes, pela falta de novas tecnologias para a organização e desenvolvimento das atividades oferecidas pelo sistema socioeducativo.

Posteriormente à contextualização sobre o SINASE, é fundamental destacar que normativas pontuais foram elaboradas para o enfrentamento da emergência sanitária ainda em curso, normativas que se acreditava que contemplariam o desenvolvimento da intersetorialidade e a orientação do uso das novas tecnologias para a realização das atividades no ambiente socioeducativo. Entretanto, o que pode ser observado é um verdadeiro vazio normativo nesses itens e um afastamento das diretrizes do SINASE.

2.2. *A regulação para o SINASE no contexto da pandemia*

Nesse ponto, tenciona-se investigar qual é o desenho regulatório para o cumprimento das orientações sanitárias e de atendimento aos direitos fundamentais dos adolescentes inseridos nas unidades socioeducativas fechadas no período pandêmico e alguns desafios de gestão do sistema, com perspectiva de análise nas novas tecnologias.

Não obstante a OMS, em 11 de março de 2020, ter reconhecido essa emergência sanitária mundial, a Lei 13.979, de 6 de fevereiro de 2020 (BRASIL, 2020), se antecipou à OMS, para dispor normas sobre as medidas para o enfrentamento dessa crise, entre as quais estão o isolamento social e a chamada quarentena¹⁷, medidas instigantes e desafiadoras à implementação nas unidades socioeducativas fechadas, que possuem um perene déficit estrutural e uma evidente ausência ou precária articulação entre os setores que fazem parte desta política pública. Contudo, essa lei nada dispôs sobre a importância da integração dos setores das variadas políticas públicas, a fim de que a prestação do serviço fosse mantida, mediante o uso das estratégias tecnológicas.

Em 11 de março de 2020, o Ministério da Saúde editou a Portaria 356 (MS, 2020), que trata da regulamentação e operacionalização da lei em referência

17. “Art. 2º Para fins do disposto nesta lei, considera-se:

I – isolamento: separação de pessoas doentes ou contaminadas, ou de bagagens, meios de transporte, mercadorias ou encomendas postais afetadas, de outros, de maneira a evitar a contaminação ou a propagação do Coronavírus; e II – quarentena: restrição de atividades ou separação de pessoas suspeitas de contaminação das pessoas que não estejam doentes, ou de bagagens, contêineres, animais, meios de transporte ou mercadorias suspeitos de contaminação, de maneira a evitar a possível contaminação ou a propagação do Coronavírus.” (BRASIL, 2020.)

e, dessa forma, estabelece as medidas para o enfrentamento dessa emergência de saúde pública. Nesse ato normativo, o Ministério da Saúde fixou diversas medidas e protocolos direcionados ao enfrentamento dessa emergência, com detalhamento e reafirmação das medidas imprescindíveis relacionadas ao isolamento social. Porém, essa portaria deixou de apontar qualquer diretiva protocolar rumo ao desenvolvimento da intersetorialidade, por meio das novas tecnologias para sistematização das informações e integração entre os variados setores das políticas públicas, em busca da manutenção e do aprimoramento do atendimento aos seus destinatários, notadamente em face da orientação de distanciamento social que, por si só, remete à predileção óbvia de uso dos espaços virtuais.

A partir dessa normativa de natureza geral, em 17 de março de 2020, o CNJ expediu a Recomendação 62 (CNJ, 2020), para orientar os tribunais e magistrados em relação às providências de caráter preventivo à disseminação da doença provocada pelo novo Coronavírus – Covid-19, no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativo. A recomendação foi elaborada para reduzir os riscos epidemiológicos, com observância do contexto local de disseminação do vírus; da incidência preferencial de medidas socioeducativas em meio aberto e da revisão das decisões judiciais que determinaram a internação provisória dos adolescentes; bem como da reavaliação de medidas socioeducativas de internação e de semiliberdade, para fins de eventual substituição por medida em meio aberto, suspensão da medida aplicada anteriormente ou outorga de remissão, ou seja, a recomendação em referência, em vigor, buscava diminuir o contingente de adolescentes encarcerados.

Apesar dessas providências jurisdicionais, um contingente de adolescentes permanece nas unidades, recebendo ou devendo receber o atendimento socioeducativo, quadro desafiador ante as considerações inscritas na própria recomendação, quanto ao agravamento significativo do risco de contágio nos estabelecimentos de socioeducação, tendo em vista a aglomeração de pessoas, a notória insalubridade dessas unidades, os estorvos para assegurar os procedimentos básicos de higiene e isolamento célere dos indivíduos sintomáticos, insuficiência/falta de equipes de saúde, entre outros fatores que interferem de modo negativo na prestação de serviço na socioeducação. Um quadro que requer providências orquestradas entre os sistemas, a começar por um acervo de informações que possam, de modo célere, orientar o cumprimento das determinações das autoridades sanitárias e assegurar estratégias de comunicação e de desenvolvimento das atividades educacionais, profissionalizantes, contatos com os familiares, atendimento pela equipe multiprofissional e outros, o que pode ser alcançado com o uso das novas tecnologias.

Com a finalidade de monitorar as orientações inseridas na Recomendação 62 (CNJ, 2020), o Programa Justiça Presente, do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Conselho Nacional de Justiça (DMF/CNJ) elaborou Relatório que, de forma sistemática, apresenta um conjunto de informações direcionadas ao apoio de ações voltadas à prevenção e controle do avanço da Covid-19 no ambiente dos sistemas prisional e socioeducativo, instalados nas unidades federativas brasileiras¹⁸.

Vale ressaltar que as informações foram prestadas pelas unidades por meio de preenchimento de formulário eletrônico, não tendo sido realizada qualquer confrontação dos dados *in loco*. Ainda que o *survey* não lançasse qualquer pergunta acerca de como as orientações sanitárias estavam sendo empreendidas e como as atividades educacionais, profissionalizantes e outras estavam sendo desenvolvidas, se mecanismos tecnológicos estavam sendo utilizados etc., há indagações que nos levam a uma observação cautelosa em relação à leitura possível desses dados.

Vamos aos dados. De um total de 26 UFs e o Distrito Federal, apenas 17 informaram que tais providências, de algum modo, foram empreendidas; enquanto cinco UFs informaram que essas providências não haviam sido adotadas; e, em quatro UFs, as informações solicitadas não estavam disponíveis¹⁹. De modo impreciso, o mencionado relatório registrou que um número pequeno de unidades federativas disponibilizou dados acerca da revisão das decisões judiciais que decretaram a internação provisória, ou sua substituição por medidas em meio aberto. As que responderam, noticiaram que a citada revisão judicial foi adotada em apenas cinco UFs, abarcando adolescentes segregados cautelarmente pela prática de atos infracionais sem violência ou grave ameaça. Ainda, quanto à providência revisional das decisões para as unidades socioeducativas que vivem com a mazela da superlotação, somente duas UFs enviaram informações a respeito²⁰.

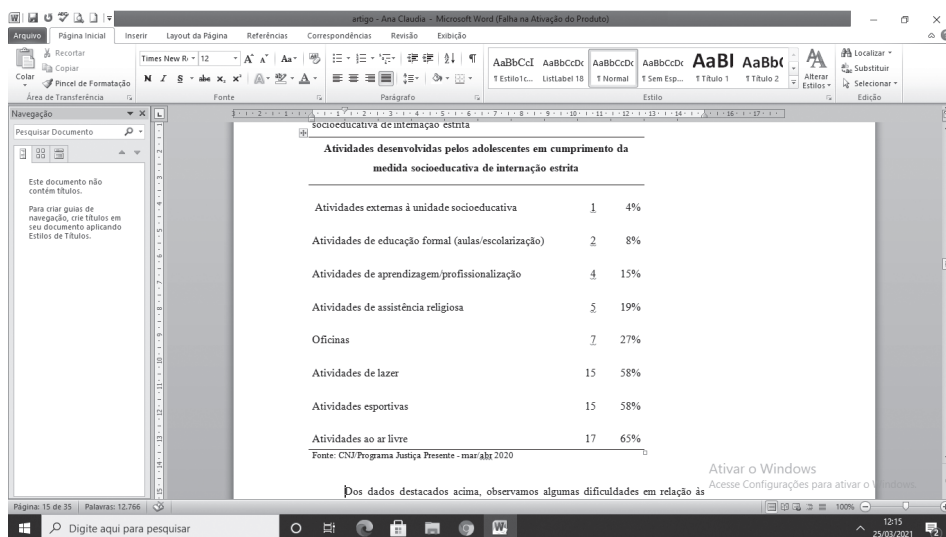
18. Aspectos metodológicos relevantes: [...] o procedimento de levantamento de dados foi realizado com o uso de um formulário on-line, aplicado em cada uma das unidades da Federação pelos(as) coordenadores(as) estaduais do Programa Justiça Presente, que estão em contato direto com as instituições do Executivo e do Judiciário locais para o fortalecimento das ações do programa em nível local. O levantamento das informações pelos(as) coordenadores(as) junto às instituições foi realizado durante o período de 13 a 20 de abril de 2020. Foram levantadas informações para 26 das 27 unidades federativas (apenas para o estado da Paraíba, não foi possível obter informações) (CNJ, 2020).

19. CNJ, 2020, p. 23.

20. CNJ, 2020, p. 23.

Relativamente às atividades desenvolvidas pelos adolescentes em cumprimento da medida socioeducativa de internação estrita, foram levantados indicadores sobre alterações na realização de atividades, conforme tabela a seguir.

Tabela 1 – Atividades desenvolvidas pelos adolescentes em cumprimento da medida socioeducativa de internação estrita



Atividades desenvolvidas pelos adolescentes em cumprimento da medida socioeducativa de internação estrita		
Atividades externas à unidade socioeducativa	1	4%
Atividades de educação formal (aulas/escolarização)	2	8%
Atividades de aprendizagem/profissionalização	4	15%
Atividades de assistência religiosa	5	19%
Oficinas	7	27%
Atividades de lazer	15	58%
Atividades esportivas	15	58%
Atividades ao ar livre	17	65%

Fonte: CNJ/Programa Justiça Presente - mar./abr. 2020

Fonte: CNJ/Programa Justiça Presente – mar.-abr. 2020.

Dos dados supradestacados, observamos algumas dificuldades em relação às informações enviadas, como é o caso das UFs que deixaram de remeter informações sobre as medidas revisionais das internações provisórias, pois somente cinco UFs realizaram o encaminhamento; e, em relação às unidades de internação provisória que enfrentam superlotação, apenas duas UFs enviaram as informações solicitadas. Agregam-se a esses dados aqueles relacionados à internação estrita, que apontam a precariedade quanto à realização de atividades profissionalizantes e educacionais, sendo que somente quatro UFs desenvolviam atividades profissionalizantes e apenas duas UFs realizavam atividades educacionais, o que sugere a ausência ou fragilidade de mecanismos ou dispositivos de armazenamento e tratamento das informações nas unidades, sinalizando para o comprometimento da governança e a insignificante gestão tecnológica.

Acerca da Recomendação 62, do CNJ, ainda chama a atenção para a orientação aos magistrados, no exercício de suas competências de fiscalização das unidades socioeducativas, no sentido de zelar pela elaboração e implementação de um plano de contingências pelo Executivo, o que remete a mais um entrave à

prestação do serviço socioeducativo, pois cada ente recebeu a orientação de elaborar a seu modo o plano de contingências para as unidades socioeducativas fechadas, fora de uma reflexão sedimentada entre os setores que integram a política pública socioeducativa, sem o apoio imprescindível das diretrizes nacionais que deveriam ter sido lançadas, desde logo, pelo órgão competente, que é o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA, 2006)²¹.

Portanto, o contexto supra indica certo desprezo normativo e prático da intersetorialidade, ante a ausência de parametrização do funcionamento do sistema, pois cada unidade federativa está livre para traçar seu plano de contenção da disseminação do vírus²², no âmbito das unidades socioeducativas de internação. Diante da falta de uniformização de protocolos e procedimentos, respeitando-se, por óbvio, as particularidades de cada região do país e o pacto federativo, soma-se o desprovimento de estrutura tecnológica adequada, com equipamentos e sistemas integrados, capazes de propiciar diálogo entre as políticas públicas nas unidades do sistema socioeducativo, fragilidades que podem contribuir para o surgimento de conflitos interpessoais entre os adolescentes e entre estes e os socioeducadores, de consequências imensuráveis, como rebeliões e mortes nas unidades (UMBELINO, 2020; ROCHA, 2020), contexto que desconsidera as diretrizes do SINASE e compromete a governança.

Diante desse cenário, em julho de 2020, foi proposto²³ o Projeto de Lei 3.668/2020, que regulamenta a manutenção do conjunto ordenado de objetivos e princípios

21. Conforme art. 2º do Regimento Interno do CONANDA (CONANDA, 2006), também estão entre as principais competências do conselho: I – elaborar normas gerais para a formulação e implementação da política nacional dos direitos da criança e do adolescente, bem como controlar e fiscalizar as ações de execução nos níveis Federal, Estadual e Municipal observadas as linhas de ação e as diretrizes estabelecidas nos arts. 87 e 88 da Lei n. 8.069/1990, Decreto n. 5.089/2004 e Resolução n. 105/2005; II – buscar a integração e articulação com os Conselhos Estaduais, Distrital, Municipais dos Direitos da Criança e do Adolescente, Conselhos Tutelares, os diversos Conselhos Setoriais, órgãos estaduais, distritais e municipais e entidades não-governamentais, apoiando-os para tornar efetiva a aplicação dos princípios, das diretrizes e dos direitos estabelecidos na Lei n. 8.069/1990 e Resoluções n. 105/2006 e 113/2006.
22. Sobre essa questão, a Associação Nacional dos Centros de Defesa da Criança e do Adolescente (ANCD) reconheceu a ausência de diretriz unificada em relação ao cumprimento das medidas socioeducativas privativas de liberdade, o que engloba a internação e a semiliberdade (ANCD, 2020).
23. A Proposta de Lei foi apresentada pelo deputado Alexandre Padilha (PT-SP) e outros 13 parlamentares de diversos partidos, e tramita na Câmara dos Deputados. Pelo texto, os estados deverão elaborar planos emergenciais de contingência, prevenção, proteção e

que envolvem a aplicação e a execução das medidas socioeducativas durante o período da atual crise sanitária. A proposta legislativa dispõe que as entidades de atendimento socioeducativo deverão assegurar e ampliar o acesso aos cuidados em saúde de adolescentes e jovens internos, em harmonia com a Política Nacional de Atenção Integral à Saúde de Adolescentes em Conflito com a Lei (PNAISARI)²⁴ e devem elaborar Planos Emergenciais de Contingência, Prevenção, Proteção e Combate ao contágio pelo vírus SARS-COV-2 nas unidades de atendimento de todo o país, com a inclusão de medidas emergenciais para casos de surto epidêmico (arts. 3º e 4º), determinações que exigem, por si só, que seja desenvolvida uma articulação entre as unidades socioeducativas e a PNAISARI (MS, 2014).

Ainda, de forma positiva, o projeto de lei reconhece a necessidade de criação de espaços intersetoriais para a articulação de ações, acompanhamento, controle e fiscalização dos planos, mediante a adoção de diversas medidas de saúde e higiene, com a obrigatoriedade de revisões processuais quanto à medida inicialmente aplicada e a testagem e separação dos adolescentes internados provisoriamente²⁵.

Os comandos legais traçados nesse Projeto de Lei, em que pese o reconhecimento da necessidade de se instalar espaços intersetoriais, nada mencionam sobre o uso das novas tecnologias para a instalação de sistema de informações e de comunicação, que englobe todos os sistemas da política socioeducativa, na perspectiva de alcance da intersectorialidade e uma governança de qualidade, de modo que atenda às determinações de implementação de práticas, acompanhamento, controle e fiscalização dos planos a serem implementados nas unidades. Trata-se, assim, de mais um vazio normativo, que aponta para um evidente distanciamento das diretrizes do SINASE, as quais prestigiam a intersectorialidade em suas variadas dimensões à governança que atenda a finalidade última do sistema, qual seja, a concretização do atendimento socioeducativo e dos direitos do adolescente e jovem em cumprimento de medida de internação, por meio da interlocução entre os sistemas que integram o sistema amplo do SINASE.

combate ao Coronavírus em todas as unidades. O plano deverá ter medidas emergenciais para o caso de surto, quando houver mais de três infectados por unidade (BRASIL, 2020b).

24. Art. 6º A PNAISARI tem como objetivo geral garantir e ampliar o acesso aos cuidados em saúde dos adolescentes em conflito com a lei em cumprimento de medidas socioeducativas em meio aberto, fechado e semiliberdade (MS, 2014).

25. Conferir artigos 5º ao 13 do referido Projeto de Lei (BRASIL, 2020b).

O CONANDA, embora não tenha expedido diretrizes para o enfrentamento da atual crise pandêmica para o sistema socioeducativo, apresentou manifestação de apoio ao projeto de lei em referência, ao passo que também expediu a Recomendação 5, de 20 de maio de 2020, que orienta aos gestores, aos Conselhos de Direitos e aos Conselhos Tutelares, em seu âmbito de competência, que adotem ações para a implementação de melhorias e aprimoramento da utilização do SIPIA como instrumento relevante para o acompanhamento, o controle e a avaliação das ações e políticas públicas direcionadas à concretude dos direitos da criança e do adolescente.

Ainda, no âmbito do desenho regulatório, foi expedida a Recomendação Conjunta 01, de 9 de setembro de 2020 (CNJ; CNMP; MC; MMFDH, 2020), pelo Conselho Nacional de Justiça, Conselho Nacional do Ministério Público, Ministério da Cidadania e pelo Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, que dispõe sobre cuidados à comunidade socioeducativa, nos programas de atendimento do SINASE, no contexto de transmissão comunitária do novo Coronavírus, em todo o território nacional e dá outras providências. Assim, recomenda às coordenações e equipes que propiciem recursos para acompanhamento remoto do adolescente e seus familiares ou responsáveis às medidas em meio aberto. Entretanto, quanto às medidas em meio fechado, limitou-se a orientar as equipes que atuem nessas unidades que mantenham os estudos de caso, a elaboração e o acompanhamento dos Planos Individuais de Atendimentos (PIAs) e a elaboração de relatórios técnicos, nada dispondo sobre o atendimento virtual, com o uso das novas tecnologias.

Finalmente, a Recomendação 91 do CNJ, de 15 de março de 2021 (CNJ, 2021b), prorrogou o prazo da Recomendação 62 do CNJ até o dia 31 de dezembro de 2021 e recomendou aos tribunais e magistrados(as) a adoção de medidas preventivas adicionais à disseminação da infecção pelo novo Coronavírus e suas variantes, no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativo. Para este último, orientou que a ocupação das unidades de internação seja realizada com obediência aos parâmetros fixados pelo STF (STF, 2018; 2019; 2020), que proíbe a superlotação de unidades e determina a garantia do direito ao adolescente de ter contato com a família. Contudo, essa recomendação nada dispõe sobre o desenvolvimento da intersetorialidade e o manejo das novas tecnologias como estratégia de gestão para o atendimento socioeducativo.

Dessa forma, o desenho regulatório para o cumprimento das orientações sanitárias no período de pandemia no âmbito socioeducativo fechado, em face dos vazios normativos identificados supra, sugere alguns desafios de gestão desse Sistema, com foco no uso de novas tecnologias integradas.

3. GOVERNANÇA DIGITAL E INTERSETORIALIDADE COMO FERRAMENTAS DE GESTÃO

Nesta seção, sugere-se agenda de pesquisa com elementos da governança digital e da intersectorialidade, como adoção de novas tecnologias, a exemplo de criação de *chats* e de *apps*, integração de dados, atendimento virtual nas áreas de saúde, educação, profissionalização e tomada de decisão conjunta, a fim de aperfeiçoar o desempenho do atendimento aos adolescentes internos durante a crise sanitária.

3.1. Governança digital e a tecnologia da informação

Dentro do campo de estudos da Administração da Justiça, enquanto “conjunto de conceitos teóricos, pesquisa métodos e técnicas, com o objetivo de investigar os processos de gestão associados ao uso e articulação de recursos, conhecimentos e instituições” (GUIMARÃES; GOMES; GUARIDO FILHO, 2018, p. 476), mostra-se necessário definir uma agenda de pesquisa, em razão da multiplicidade de dimensões para sua análise e da sua confluência com outros poderes e instituições na aplicação da medida socioeducativa.

Não há pretensão aqui de se perpassar por todas as fases de desenvolvimento histórico do chamado Governo Eletrônico ao Governo Digital no âmbito da Administração Pública brasileira, tampouco sobre os tipos de inovação (MULGAN; ALBURY, 2003; OCDE, 2005)²⁶, já que o conceito de inovação, principalmente inovação de serviço, é amplo e vagamente definido, com necessidade de mais análise empírica, principalmente nos países em desenvolvimento (WITTELL *et al.*, 2015; CARLBORG; KINDSTRÖM; KOWALKOSKI, 2013).

Busca-se refletir, então, sobre a inovação na governança digital, sob a lente do atendimento em rede, com foco na adoção de novas tecnologias que contribuam para facilitar e ampliar o atendimento do adolescente em conflito com a lei que se encontra segregado, no que toca ao acesso à escola no ambiente virtual, às consultas na área da saúde, ambiente virtual de aprendizagem, quanto à possibilidade de ampliação de cursos profissionalizantes, e proporcionando, inclusive, maior participação do adolescente na reformulação de sua própria história, com implementação de *chats* ou canais digitais que viabilizem acesso direto ao Juiz da Vara da Infância e Juventude, ao Promotor de Justiça e ao Defensor, possibilitando, também, mecanismos de consultas ao andamento processual do seu caso concreto.

26. Somente para exemplificar, Mulgan e Albury (2003) propuseram três tipos de inovação: incremental, radical e transformacional. Já a OCDE classificou inovação em quatro tipos, como de produto, de processo, de marketing e organizacional. Há outras classificações, mas não serão objeto deste artigo.

Nesse sentido, as TICs podem ser utilizadas tanto para possibilitar maior interação entre o Estado, a família, a sociedade civil e o adolescente ou jovem, aprimorando a e-informação, a e-consulta e a e-decisão²⁷ (UNITED NATIONS, 2008, p. 18), quanto para melhorar internamente a rede de atendimento entre os órgãos que compõem o sistema socioeducativo. Duas vertentes que terão apoio na governança digital como instrumento para proporcionar a almejada interação em um sistema de múltiplos atores e garantir relação mais eficaz entre eles e os adolescentes internos por meio da inovação tecnológica (BRANDÃO; BRUNO-FARIA, 2013).

No entanto, o que está contido no termo governança e governança digital? E no termo eficiência? Vamos de trás para frente. A eficiência será analisada como uma das dimensões do desempenho (VOIGT, 2016, p. 2), pressupondo a mensurabilidade da produção de atos coordenados e integrados dos atores do sistema socioeducativo, uma vez que a eficiência desse sistema é determinada pelo comportamento de muitos atores, que não incluem apenas juízes e servidores, promotores e defensores (VOIGT, 2016, p. 4), mas, igualmente, os socioeducadores, as equipes técnicas multidisciplinares, os Conselhos de Direitos, os Conselhos Tutelares e os próprios adolescentes e jovens, com seus familiares na esteira da teoria luhmanniana (1990, 1997, 2005, 2007, 2010) que reconhece a multiplicidade de atores como fator que influencia no manejo das organizações.

A eficiência das organizações está relacionada à imprescindível integração das políticas públicas sociais dos sistemas de saúde, de educação, de trabalho, de previdência social, de assistência social, de cultura, de esporte, de lazer, entre outras, que desenvolvem ações no atendimento ao adolescente interno.

No campo da administração do SINASE, o desafio de aprimorar o uso da tecnologia da informação envolve questões que vão muito além da tecnologia em si: pessoas, estruturas, processos e, sobretudo, conhecimento devem ser articulados para que os recursos tecnológicos de fato respondam adequadamente às aspirações da Administração Pública e da sociedade na efetivação dos direitos e das garantias estabelecidos na Constituição Federal e nas leis, seja no que se refere à eficiência de procedimentos administrativos, com celeridade, seja na melhoria

27. A e-informação refere-se à transparência de dados, documentos e informações sobre as ações da Administração Pública, em que os cidadãos podem acessar os materiais disponibilizados em plataformas digitais. A e-consulta é a Administração Pública que busca informações junto à sociedade ou à família e a e-decisão envolve a participação da sociedade no ciclo de políticas públicas, definindo ações e participando do monitoramento e avaliação (UNITED NATIONS, 2008, p. 18).

da prestação de serviços públicos, das condições para exercício do controle social²⁸ e da participação dos envolvidos.

O SINASE deve ser operacionalizado a partir de um conjunto de ações articuladas governamentais e não governamentais, em várias dimensões, observando-se o regramento constitucional²⁹ e legal³⁰, com integração operacional dos atores do sistema de justiça (Ministério Público, Magistratura, Defensoria Pública e Advocacia) e dos órgãos de execução das medidas socioeducativas, além dos Conselhos de Direitos e dos Conselhos Tutelares.

Relativamente às ações articuladas estão as maiores dificuldades em termos de governança, pois, para que as medidas socioeducativas impostas surtam efeitos positivos para o adolescente, para o jovem e para a sociedade, as ações de execução devem ser coordenadas de forma integrada e intersetorializada, o que de fato não ocorre, como pode ser observado na produção normativa explicitada na primeira seção, demandando novas soluções no âmbito da governança desse sistema.

O termo governança expressa diversos significados, pois é um conceito multifacetado e será empregado neste artigo como um modelo de gestão que aborda um “conjunto de políticas, processos, costumes, atitudes, ações, comportamentos e decisões necessários ao exercício da justiça” (AKUTSU; GUIMARÃES, 2015, p. 942). Associa-se, também, o termo governança à era digital. A governança digital ou e-governança será empregada como “novas formas de interação que não seriam possíveis sem as ferramentas de TIC” e, ainda, como “a busca pelo engajamento dos diferentes atores em um processo de coprodução de serviços públicos” (FERREIRA DIAS *et al.*, 2019, p. 20), levando em consideração que um dos principais desafios no contexto da governança digital é a exclusão digital, proporcionada pela dificuldade de acesso a ferramentas tecnológicas e à *internet*, falta de familiaridade e capacitação para atuar no âmbito digital, ausência de equipamentos e sistemas adequados e integrados, entre outros.

28. Os primeiros teóricos a utilizar o Direito Penal como controle social – Muñoz Conde e Hassemer (1989). Segundo Hassemer e Muñoz Conde (1989, p. 115), a sociedade não existiria sem o chamado controle social. Seria impossível o processo de socialização sem que fossem estabelecidas normas de conduta e sanções para o caso do não cumprimento dessas normas. Francisco Muñoz Conde (2005, p. 11 e 26) aduz que o direito penal como controle social se dá quando a sociedade não consegue “regular a convivência de modo organizado e pacífico”. Desse modo, a ordem jurídica e o Estado assumem esta função, passando ambos a regular a ordem social, intervindo coercitivamente sempre que houver falha no controle informal não institucionalizado.

29. Consultar arts. 204 e 227 da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

30. Consultar art. 86, caput, e art. 88, inciso VI, da Lei 8.069/1990 (BRASIL, 1990b).

Considerando o ambiente digital de rápida mudança, o Estado precisa construir um sistema complexo de comunicação e ciclos de *feedback* com os cidadãos (KOSORUKOV, 2017), o qual envolve a governança digital em rede e integrada, incorporando as novas tecnologias da informação e da comunicação como elemento-chave da Administração (CEPIK; CANABARRO; POSSAMAI, 2014). Nesta perspectiva, não se pode perder de vista que passamos de um modelo de governança eletrônica, focada na evolução da informática, dos meios de comunicação e, particularmente, da *internet*, que definia os modelos para o relacionamento entre Estado e sociedade, incremento dos serviços públicos, para novas estruturas de governança, com enfoque digital (GUIMARÃES; MEDEIROS, 2005).

É preciso levar em consideração que a tecnologia disponível é um dos elementos determinantes da produção de qualquer instituição pública (VOIGT, 2016). Não se trata apenas do número de computadores, mas também do acesso às novas tecnologias relevantes para a tomada de decisões, disponibilidade de programas de *software* que conectam os juízes entre si e sua administração, assim como promotores de justiça, defensores, Conselhos Tutelares, órgãos de segurança pública e de execução de medidas socioeducativas.

Do ponto de vista de quem recebe a medida socioeducativa ou de sua própria família, a participação e o comprometimento com a reinserção de valores, seja no modelo presencial ou virtual, depende da disponibilidade de dados e informações sobre as políticas públicas e a gestão pública, o que revela uma das grandes dificuldades na interação Estado-sociedade: a assimetria de informação (FERREIRA DIAS *et al.*, 2019, p. 12), ou seja, a falta de documentos sobre a atuação governamental dificulta a atuação da sociedade civil no processo de monitoramento e avaliação das ações que estão sendo realizadas. A exemplo das informações inconsistentes e a ausência de outras, constantes no Formulário para Monitoramento da Recomendação 62 (CNJ, 2020), reportado no item 1.2 da Seção 1.

Argumenta-se que a governança digital, com gerenciamento de novas tecnologias e inovações, seria capaz de melhorar o desempenho (SOUSA; GUIMARÃES, 2014) do sistema socioeducativo, aumentando o controle das atividades e da qualidade do atendimento oferecido ao adolescente e ao jovem e aprimorando a comunicação entre os sistemas do SINASE e a comunidade.

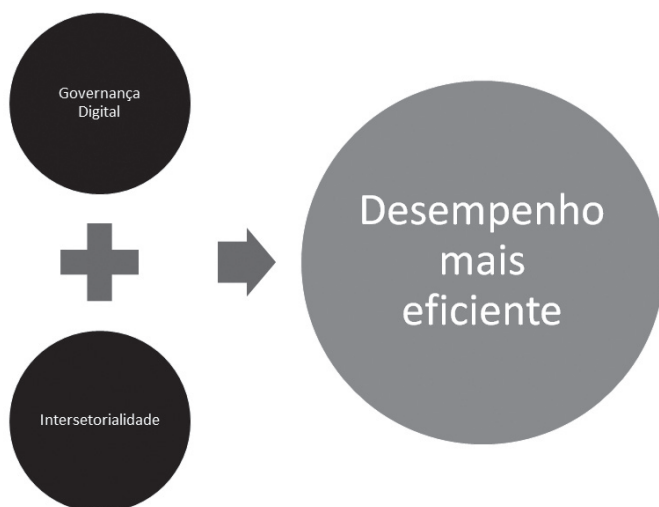
As dificuldades centram-se em mapear os elementos de governança digital que interferem nas práticas e no desempenho do SINASE, verificando se as normas vigentes são suficientes para se implementar políticas públicas integradoras de dados e como podemos transformar a lei e as práticas em números que possibilitem tomadas de decisões no sentido de propor melhorias, indo além, possibilitando transformar a administração desse sistema, pois “a codificação da lei tem por objetivo medir a qualidade das normas jurídicas” (SIEMS, 2011, p. 8).

Outra questão que pode ser discutida é se as decisões de governança são construídas de forma individualista pelas autoridades do campo socioeducativo ou marcadas por regras institucionais que dificultam a almejada integração de dados.

As organizações são, supostamente, instrumentos conscientemente pensados e criados para a realização de determinados objetivos com a maior economia de recursos e pelos meios mais adequados (FIX FIERRO, 2003, p. 142). As organizações socioeducativas não fogem a essa regra, são formais, com objetivos estabelecidos em lei, no art. 1º, § 2º, da Lei 12.594/2012: responsabilização do adolescente quanto às consequências lesivas do ato infracional, integração social do adolescente, garantia de seus direitos individuais e sociais e a desaprovação da conduta infracional (BRASIL, 2012).

Nesse sentido, é necessário aplicar abordagens que possam medir as regras jurídicas de forma quantitativa (SIEMS, 2011, p. 11) e qualitativa. Por tal motivo, propõe-se agenda de pesquisa com os seguintes elementos, conforme as figuras a seguir:

Figura 1 – Elementos que podem promover melhor desempenho no sistema socioeducativo



Fonte: elaborada pelas autoras.

A governança digital é tema central e essencial para gerar uma política digital coerente que afete diretamente o redesenho e a melhoria dos serviços públicos (FILGUEIRAS *et al.*, 2019). No entanto, é tratada de forma incipiente pelos gestores públicos e não têm uma abordagem holística e integrada às diretrizes políticas e estratégicas em seu contexto global (BRANDI; SILVA, 2017).

Dessa forma, a governança digital deve ser concebida como recursos de tecnologia da informação e comunicação, com o objetivo de melhorar a disponibilização de informação e a prestação de serviços públicos pela administração da justiça juvenil, incentivar a participação da sociedade no processo de tomada de decisão e aprimorar os níveis de responsabilidade, transparência e efetividade (BRASIL, 2018), por meio do controle. Como estratégia de governança digital, pode-se destacar o uso de novas tecnologias que conectam todos os órgãos que compõem o sistema socioeducativo e que possam gerar dados para tomadas de decisões, assim como proporcionem continuidade no atendimento ao adolescente interno, ainda que durante crises sanitárias.

3.2. Intersetorialidade como fator de desempenho do sistema socioeducativo

A definição de intersetorialidade foi abordada na seção anterior como articulação de saberes e experiências na operacionalização no SINASE. O desafio que se apresenta na prestação de serviços e no atendimento dispensado ao adolescente interno é de como aprimorar o nível de intersetorialidade entre as instituições que compõem o sistema socioeducativo e, ainda, proporcionar a participação do adolescente, da sua família e da sociedade no processo de ressignificação de valores na socioeducação (OSTROM *et al.*, 2015), mantendo os atendimentos durante o cumprimento da medida socioeducativa de internação durante a pandemia. Defende-se que a governança digital e a intersetorialidade são instrumentos que contribuem para a eficiência do SINASE, conforme figura infra:

Figura 2 – Desdobramentos a serem pesquisados na busca por maior eficiência do SINASE



Fonte: elaborada pelas autoras.

A figura 2 desmembra possíveis elementos da governança digital e da intersectorialidade em dois eixos de pesquisa. Quanto à governança digital, depreende-se que o uso de novas tecnologias e a integração de bases de dados podem ser capazes de produzir melhores resultados no atendimento ao adolescente e ao jovem institucionalizados. Sob o ponto de vista de novas tecnologias, indica-se a necessidade de criação de *chats*, como acesso direto dos adolescentes e jovens aos atores do sistema socioeducativo, possibilidade deles poderem acompanhar o andamento do seu processo sempre que desejarem, fortalecimentos de laços familiares pelo ambiente virtual, além de aprimoramento dos atendimentos de saúde, das equipes multidisciplinares, possibilitando consultas *on-line*, bem como atividades escolares e profissionalizantes no modelo virtual, ampliando a oferta e, nesse sentido, contemplando um maior número de adolescentes e jovens internos.

No que concerne à intersectorialidade, os atores do campo socioeducativo precisam compreender, de maneira conjunta, os princípios que norteiam a aplicação de medidas socioeducativas no processo de responsabilização e de execução da medida, sob pena de torná-la inócua. Além disso, faz-se necessário valorar a intersectorialidade como lógica da própria gestão política democrática de articulação, de modo que as políticas públicas sociais tenham repercussão positiva no atendimento dispensado ao adolescente e ao jovem.

As novas tecnologias permitirão reuniões virtuais entre os sistemas das variadas políticas para fins de integração, em decorrência da incompletude institucional, para uma qualificada governança no sistema socioeducativo. Uma intersectorialidade que não seja periférica e sim capaz de construir repertórios de interações, que alcancem o processo decisório da política e as suas fases (agenda, formulação, implementação, monitoramento e avaliação), bem como o processo de atendimento direto aos adolescentes, respeitando as competências dos entes envolvidos.

Esses elementos, quando somados, podem ser determinantes para a melhoria do desempenho das organizações do sistema socioeducativo, dadas suas peculiaridades, entre elas, a necessidade de maior celeridade, em razão do atendimento de seres humanos em desenvolvimento, cujas demandas estão associadas a diversos sistemas, como saúde, educação, entre outros.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Do estudo, verifica-se que os instrumentos normativos nacionais publicados ao longo da pandemia não estão em sintonia com as diretrizes intersectoriais do

SINASE, notadamente quanto à efetivação dos direitos individuais e sociais do adolescente e jovem internos, bem assim quanto à almejada conexão entre os sistemas de saúde, de educação e profissionalização, de justiça e segurança pública e de assistência social.

A atual crise pandêmica provocada pelo Coronavírus contribuiu para descortinar, em maior dimensão, variadas deficiências estruturais que comprometem o nível operacional das políticas públicas, com evidência para a precária articulação entre os diversos setores e níveis de governo, no que toca ao atendimento dos adolescentes e jovens que estão em cumprimento de medida socioeducativa de internação, sob as diretrizes e os parâmetros desenhados pelo SINASE, os quais reconhecem a intersetorialidade como imprescindível para a boa governança.

Do estudo, extraiu-se que a intersetorialidade no campo do SINASE não envolve somente a junção de saberes e abordagens disciplinares, mas implica em articulação entre diferentes sistemas de governo, em variadas seções das políticas públicas, bem como atores jurídicos e sociais, como a Magistratura, o Ministério Público, a Defensoria Pública, a Advocacia, os Conselhos de Direitos, os Conselhos Tutelares e outros. Essa articulação é fundamental para que o sistema amplo SINASE possa funcionar em rede com os sistemas de saúde, educação, segurança e profissionalização, além das interfaces com a União Federal, Estados, Distrito Federal e Municípios, com o emprego de estratégias tecnológicas, a exemplo das plataformas para videoconferências e dos mecanismos e dispositivos tecnológicos, que possam armazenar e tratar cientificamente as informações, além de compartilhá-las, rumo à boa governança, na perspectiva de formulação das ações de atendimento e de afastamento da indesejável sobreposição de outras ações.

Por meio de pesquisas acadêmicas e levantamentos oficiais de dados, verificou-se que, não obstante a diretriz da intersetorialidade no SINASE, no contexto da execução das medidas socioeducativas em meio fechado, há tempos padece de carências.

Pesquisas e levantamentos apresentados expuseram inúmeras mazelas, entre elas, a omissão da União quanto ao cofinanciamento dos programas socioeducativos, quadro que pode ter contribuído para a fragilização da intersetorialidade e, conseqüentemente, para efeitos adversos à governança do sistema e à intensificação das violações aos direitos fundamentais dos adolescentes internados. Contexto que tendenciou agravar-se em decorrência da atual crise sanitária, diante das orientações expedidas pela OMS, pelo Ministério da Saúde e pelo Conselho Nacional de Justiça, assim sintetizadas: distanciamento físico, não aglomeração de pessoas e higienização constante das mãos. Agregam-se a essas dificuldades outras para o atendimento dos adolescentes, diante da falta de novas tecnologias

para o desenvolvimento das atividades socioeducativas oferecidas e para a sintonia entre os sistemas conectados ao SINASE.

No que toca ao desenho regulatório para atender a essa emergência sanitária no âmbito socioeducativo fechado, observou-se que, além da omissão do CONANDA de não expedir atos normativos a respeito e a falta do esperado impulso do Projeto de Lei 3.668/2020, normativas foram apresentadas por outros órgãos, entretanto, sem qualquer referência ao desenvolvimento da intersectorialidade e à estratégia contemporânea do uso das novas tecnologias, o que denota regulação deficiente sobre o quadro de emergência sanitária. Como exemplo, pode-se apontar a Recomendação 62 (CNJ, 2020), que deixou de indicar providências articuladas entre os níveis de governo e atores jurídicos e sociais, como a organização de acervo de informações que possam, com a devida celeridade, definir as medidas adequadas ao cumprimento das determinações das autoridades sanitárias e garantir estratégias de comunicação e de desenvolvimento das atividades socioeducativas, o que pode ser alcançado com o uso das novas tecnologias, omissão também presente na Recomendação 91 (CNJ, 2021).

O efeito de uma regulação deficiente foi possível observar a partir dos dados publicizados pelo CNJ, que sinalizam fragilidades de mecanismos ou dispositivos de armazenamento e tratamento das informações nas unidades socioeducativas em meio fechado, o que leva a concluir que a gestão tecnológica é insignificante. Indicadores que convidam a refletir sobre ações que possam reduzir o distanciamento entre o que prescreve a lei e as práticas do campo socioeducativo, visto que um dos caminhos para melhorar o controle do desempenho do Sistema pode estar no fortalecimento da intersectorialidade e na boa governança digital, vertente reflexiva que merece realce em agenda de pesquisas para aprofundamento.

Ao recorte do problema, como ponto de partida, fica sinalizado o reconhecimento de que a intersectorialidade é a espinha dorsal do atendimento e que, para ser efetiva, é preciso desenvolver política de governança digital de informações articuladas que, ao mesmo tempo, proteja dados pessoais sensíveis do adolescente e do jovem e garanta a comunicação entre os sistemas na implementação das atividades socioeducativas, além de promover a transparência de dados ao adolescente, ao jovem, à sua família e à sociedade. Dessa forma, indicamos os seguintes elementos que devem ser associados às categorias da intersectorialidade e da governança digital para alcançar eficiência no sistema socioeducativo: o uso de novas tecnologias, a integração de bases de dados e a tomada de decisões conjuntas.

Acreditamos que a contribuição teórica aqui apresentada servirá de estímulo a novas pesquisas, que apresentem respostas para o manejo eficiente do Sistema

Socioeducativo, inclusive em tempos de crise, aprimorando o atendimento ao adolescente e ao jovem submetido à medida socioeducativa de internação, na perspectiva da governança integrada, com uso de novas tecnologias.

5. REFERÊNCIAS

- AKUTSU, Luiz; GUIMARÃES, Tomás de Aquino. Governança judicial: proposta de modelo teórico-metodológico. *Revista de Administração Pública*, v. 49, n. 4, p. 937-958, jul. 2015.
- AKUTSU, Luiz; GUIMARÃES, Tomás de Aquino. Dimensões da governança judicial e sua aplicação ao sistema judicial brasileiro. *Revista Direito GV*, v. 8, n. 1, p. 183-202, 2012.
- ANCED – Associação Nacional de Centros de Defesa da Criança e do Adolescente. *Infância e Adolescência, Direitos Humanos e Pandemia*. São Paulo: ANCED; MNDH, 2020.
- ASSIS, Simone Gonçalves de et al. (Org.) *Teoria e prática dos Conselhos Tutelares e Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente*. Rio de Janeiro: Fundação Oswaldo Cruz; Educação a Distância da Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca, 2009.
- BACON, Francis. *Lógica da sensação*. [S.l.: s.n.].
- BACON, Francis. *A sabedoria dos antigos*. São Paulo: UNESP, 2002a.
- BACON, Francis. *Novum Organum*. [S.l.]: LeLivros, 2002b.
- BACON, Francis. *Da proficiência e o avanço do conhecimento humano*. São Paulo: Madras, 2006.
- BACON, Francis. *O progresso do conhecimento*. São Paulo: UNESP, 2007.
- BICHIR, Renata; CANATO, Pamella. Capítulo 9 – Solucionando problemas complexos? Desafios da implementação de políticas intersetoriais. In: *Implementando desigualdades: reprodução de desigualdades na implementação de políticas públicas*. Rio de Janeiro: IPEA, 2019. Disponível em: [www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livros/190527_livro_implementando_desigualdades_reproducao_de_desigualdades_Cap9.pdf]. Acesso em: 28.09.2021.
- BICHIR, Renata; CANATO, Pamella. Intersetorialidade e redes sociais: a implementação de projetos para população em situação de rua em São Paulo. *Revista de Administração Pública [on-line]*. v. 55, n. 4, p. 995-1006, 2021. Disponível em: [www.scielo.br/j/rap/a/vBvJnmywMQm6nR9HgTh3FTG/?lang=pt#]. Acesso em: 28.09.2021.
- BICHIR, Renata; CANATO, Pamella; STEPHANELLI, Raíssa. Capacidades estatais para a implementação de políticas intersetoriais (EACH-USP). In: Congresso Latino-americano de Ciência Política, organizado pela Associação Latino-Americana de Ciência Política (ALACIP), 9. 26-28 jul. 2017, Montevidéu. *Anais [...]*. Disponível em: [www.pt.congressoalacip2017.org/

arquivo/downloadpublic2?q=YToyOntzOjY6InBhcmFtcyI7czoZNToiY-ToxOntzOjEwOiJJRF9BUlFVSZPIjtzOjQ6IjE0NTEiO3oiO3M6MToiA-CI7czoZMjoiYzU1MzQyMmNmODFkZjE2ZjVjZDAzODAlZGUxYTElO-DAiO30%3D]. Acesso em: 21.03.2019.

BRANDÃO, Soraya Monteiro; BRUNO-FARIA, Maria de Fátima. Inovação no setor público: análise da produção científica em periódicos nacionais e internacionais da área de administração. *Revista de Administração Pública*, v. 47, n. 1, p. 227-248, 2013.

BRANDI, Letícia Souza Netto; SILVA, Armando Malheiro da. Governança digital: estudo comparado em municípios brasileiros e portugueses. *Prisma. com*, n. 35, p. 73-107, 2018.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 3.668/2020. Regulamenta a manutenção do conjunto ordenado de objetivos e princípios que envolvem a aplicação e a execução das medidas socioeducativas durante o período de crise sanitária causada pela Covid-19. Brasília: Câmara dos Deputados, 2020b. Disponível em: [www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2256889]. Acesso em: 21.03.2021.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. *Panorama da execução dos programas socioeducativos de internação e semiliberdade nos estados brasileiros*. Conselho Nacional do Ministério Público. Brasília: CNMP, 2019, p. 9. Disponível em [https://cnmp.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/2019/LIVRO_PROGRAMAS_SOCIOEDUCATIVOS_WEB.pdf]. Acesso em: 22.03.2021.

BRASIL. Decreto 99.710, de 21 de novembro de 1990. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Brasília, DF: Presidência da República, 1990a. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm]. Acesso em: 21.03.2019.

BRASIL. Lei 8. 069/1990, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990b. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm]. Acesso em: 20.01.2021.

BRASIL. Lei 12.594/2012, de 18 de janeiro de 2012. Institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE), regulamenta a execução das medidas socioeducativas destinadas a adolescente que pratique ato infracional; e altera as Leis ns. 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), 7.560, de 19 de dezembro de 1986, 7.998, de 11 de janeiro de 1990, 5.537, de 21 de novembro de 1968, 8.315, de 23 de dezembro de 1991, 8.706, de 14 de setembro de 1993, os Decretos-Leis ns. 4.048, de 22 de janeiro de 1942, 8.621, de 10 de janeiro de 1946, e a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Brasília, DF: Presidência da República, 2012. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12594.htm]. Acesso em: 10.01.2021.

- BRASIL. Lei 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Brasília, DF: Presidência da República, 2020a. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Lei/L13979.htm]. Acesso em: 22.03.2021.
- BRASIL. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. *Estratégia de Governança Digital: Transformação Digital – cidadania e governo*. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, Secretaria de Tecnologia da Informação e Comunicação. Brasília: MP, 2018.
- CARLBORG, Per; KINDSTRÖM, Daniel; KOWALKOWSKI, Cristão. The evolution of service innovation research: a critical review and synthesis. *The Service Industries Journal*, London, v. 34, n. 5, p. 373-398, 2013.
- CEPIK, Marco; CANABARRO, Diego Rafael; POSSAMAI, Ana Júlia. *Governança de TI: transformando a administração pública no Brasil*. Porto Alegre: UFRGS/CEGOV, 2014.
- CNJ. Conselho Nacional de Justiça. *Dos espaços aos direitos: a realidade da ressocialização na aplicação das medidas socioeducativas de internação das adolescentes do sexo feminino em conflito com a lei nas cinco regiões*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015. Disponível em: [www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/06/cb905d37b1c494f05afc1a14ed-56d96b.pdf]. Acesso em: 13.03.2021.
- CNJ. Conselho Nacional de Justiça. Formulário para Monitoramento da Recomendação 62/CNJ: Relatório I Programa Justiça Presente/CNJ. Brasília: CNJ, 2020, p. 3. Disponível em: [www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/07/Relat_Form_Monitoramento_Rec62_1307.pdf]. Acesso em: 17.02.2021.
- CNJ. Conselho Nacional de Justiça. Panorama nacional: a execução das medidas socioeducativas de internação. In: *Programa Justiça ao Jovem*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2012. Disponível em: [www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/panorama_nacional_doj_web.pdf]. Acesso em: 13.03.2021.
- CNJ. Conselho Nacional de Justiça. Recomendação 62, de 15 de março de 2021. Recomenda aos tribunais e magistrados(as) a adoção de medidas preventivas adicionais à propagação da infecção pelo novo Coronavírus e suas variantes – Covid-19, no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativo. Brasília: CNJ, 2021a. Disponível em: [https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3785]. Acesso em: 21.03.2021.
- CNJ. Conselho Nacional de Justiça. Recomendação 91, de 15 de março de 2021. Recomenda aos tribunais e magistrados(as) a adoção de medidas preventivas adicionais à propagação da infecção pelo novo Coronavírus e suas variantes – Covid-19, no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativo. Brasília: CNJ, 2021b. Disponível em: [https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3785]. Acesso em: 21.03.2021.

- CNJ. Conselho Nacional de Justiça. Resolução 77, de 26 de maio de 2009. Dispõe sobre a inspeção nos estabelecimentos e entidades de atendimento ao adolescente e sobre a implantação do Cadastro Nacional de Adolescentes em conflito com a lei. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2009. Brasília: CNJ, 2009. Disponível em: [<https://atos.cnj.jus.br/files/compilado111001202007065f03068926325.pdf>]. Acesso em: 21.03.2021.
- CNJ. Conselho Nacional de Justiça. *Sistema carcerário, execução penal e medidas socioeducativas*. Brasília: CNJ, 2021c. Disponível em: [www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/]. Acesso em: 21.03.2021.
- CNJ. Conselho Nacional de Justiça; CNMP. Conselho Nacional do Ministério Público; MC. Ministério da Cidadania; MMFDH. Ministério da Mulher, Família e Direitos Humanos. Recomendação Conjunta 01/2020, de 9 de setembro de 2020. Dispõe sobre cuidados à comunidade socioeducativa, nos programas de atendimento do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE), no contexto de transmissão comunitária do novo Coronavírus (COVID-19), em todo o território nacional e dá outras providências. Disponível em: [www.mpggo.mp.br/portal/arquivos/2020/10/23/14_52_23_70_SINASE_2020004088497_RECOMENDA%C3%87%C3%83O_CONJUNTA_CNMP_1.2020.pdf]. Acesso em: 22.03.2021.
- CNMP. Conselho Nacional do Ministério Público. *Panorama da execução dos programas socioeducativos de internação e semiliberdade nos Estados brasileiros*. Brasília: CNMP, 2019. Disponível em: [www.cnmp.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/2019/LIVRO_PROGRAMAS_SOCIOEDUCATIVOS_WEB.pdf]. Acesso em: 13.03.2021.
- CNMP. Conselho Nacional do Ministério Público. *Relatório da Resolução n. 67/2011: Um olhar mais atento às unidades de internação e semiliberdade para adolescentes*. Brasília: Conselho Nacional do Ministério Público, 2013, p. 85. Disponível em: [https://crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/publi/cnmp/relatorio_res_67_internacao_v1.pdf]. Acesso em: 17.02.2021.
- CNMP. Conselho Nacional do Ministério Público. Resolução 67/CNMP de 16 de março de 2011. Dispõe sobre a uniformização das fiscalizações em unidades para cumprimento de medidas socioeducativas de internação e de semiliberdade pelos membros do Ministério Público e sobre a situação dos adolescentes que se encontrem privados de liberdade em cadeias públicas. Brasília, CNMP: 2011. Disponível em: [www.cnmp.mp.br/portal/atos-e-normas-busca/norma/705]. Acesso em: 17.02.2021.
- CONANDA. Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente. Recomendação 5, de 20 de maio de 2020. Recomenda aos Gestores, aos Conselhos de Direitos e aos Conselhos Tutelares, em seu âmbito de competência, ações para a implementação de melhorias e aprimoramento da utilização do Sistema de Informação para Infância e Adolescência (Sipia/CT) como importante instrumento de acompanhamento, controle e avaliação das ações

- e políticas públicas em prol da garantia dos direitos da criança e do adolescente. Brasília, CONANDA, 2020. Disponível em: [www.gov.br/mdh/pt-br/ acesso-a-informacao/participacao-social/conselho-nacional-dos-direitos-da-crianca-e-do-adolescente-conanda/recomendacoes-conanda/recomendacao-no-05-de-20-de-maio-de-2020.pdf]. Acesso em: 22.03.2021.
- CONANDA. Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente. Resolução 105, de 15 de junho de 2005. Dispõe sobre os parâmetros para criação e funcionamento dos Conselhos dos Direitos da Criança e Adolescente e dá outras providências. Brasília, CONANDA, 2005. Disponível em: [www.gov.br/participamaisbrasil/resolucoes-conanda]. Acesso em: 21.03.2021.
- CONANDA. Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente. Resolução 113, de 19 de abril de 2006. Dispõe sobre os parâmetros para institucionalização e fortalecimento do Sistema de Garantia dos Direitos da Criança e do Adolescente. Brasília, CONANDA, 2005. Disponível em: [www.gov.br/participamaisbrasil/resolucoes-conanda]. Acesso em: 21.03.2021.
- CONANDA. Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente. Resolução 217, de 26 de dezembro de 2018. Dispõe sobre o Regimento Interno do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente – CONANDA. Brasília.
- CONANDA, 2018. Disponível em: [www.gov.br/mdh/pt-br/acesso-a-informacao/participacao-social/conselho-nacional-dos-direitos-da-crianca-e-do-adolescente-conanda/resolucoes/resolucao_217.pdf]. Acesso em: 22.03.2021.
- CORNELIUS, Eduardo Gutierrez. *O pior dos dois mundos? A construção legítima da punição de adolescentes no Superior Tribunal de Justiça*. São Paulo: IBCCRIM, 2018.
- CUSTODIO, André Viana; MARTINS, Matheus Denardi Paz. As atribuições dos conselhos de direitos na formulação de políticas públicas para a infância. *Conehecimento e Diversidade*, Niterói, v. 12, n. 28, p. 86-98, set.-dez. 2020.
- DESCARTES, RENÉ. *O discurso do método*. São Paulo: Abril Cultural, 1979.
- DIAS, Thiago Ferreira et al. *Inovação e tecnologias da comunicação e informação na administração pública*. Brasília: ENAP, 2019.
- FILGUEIRAS, Fernando; FLÁVIO, Cireno; PALOTTI, Pedro. Digital transformation and public service delivery in Brazil. *Latin American Policy*, v. 10, n. 2, p. 195-219, 2019.
- FIX FIERRO, Héctor. Processing capacity. In: *Courts, justice and efficiency: a socio-legal study of economic rationality in adjudication*. Oregon: Hart Publishing, 2003.
- GONÇALVES, Hebe Signorini; GARCIA, Joana. Juventude e sistema de direitos no Brasil. *Psicologia, ciência e profissão*, Brasília, v. 27, n. 3, p. 538-553, set. 2007. Disponível em: [www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-98932007000300013&lng=en&nrm=iso]. Acesso em: 21.03.2021.

- GUIMARÃES, Tomas de Aquino; GOMES, Adalmir de Oliveira; GUARIDO FILHO, Edson Ronaldo. Administration of justice: an emerging research field. *RAUSP Management Journal*, v. 53, n. 3, p. 476-482, 2018.
- GUIMARÃES, Tomas de Aquino; MEDEIROS, Paulo Henrique Ramos. A relação entre governo eletrônico e governança eletrônica no governo federal brasileiro. *Cadernos EBAPE.BR*, v. 3, n. 4, p. 01-18, 2005.
- HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología y al derecho penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1989.
- JUNQUEIRA, Luciano Antonio Prates; INOJOSA, Rose Marie; KOMATSU, Suely. Descentralização e intersetorialidade na gestão pública municipal no Brasil: a experiência de Fortaleza. In: Concurso de Ensayos del CLAD “El Tránsito de la Cultura Burocrática al Modelo de la Gerencia Pública: Perspectivas, Posibilidades y Limitaciones. 11. Caracas: 1997. *Anais [...]*. Disponível em: [http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/CLAD/UNPAN003743.pdf]. Acesso em: 15.07.2019.
- KOSORUKOV, Artem Andreevich. Digital government model: theory and practice of modern public administration. *Journal of Legal, Ethical and Regulatory Issues*, v. 20, n. 3, p. 1-11, 2017.
- LUHMANN, Niklas. *Sistemi sociali*. Fondamenti di una teoria generale. Trad. Alberto Febbrajo e Reinhard Schimidt. Bolonha: Il Mulino, 1990.
- LUHMANN, Niklas. *Organización y decisión: autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo*. Trad. Dario Rodríguez Mansilla. Barcelona: Anthropos, 1997.
- LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Trad. Javier Torres Nafarrate. Cidade do México: Herder, 2005.
- LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Cidade do México: Herder, 2007.
- LUHMANN, Niklas. *Organización y decisión*. Cidade do México: Herder, 2010.
- MASELLA, Márcio Alexandre. *A inclusão do adolescente autor de ato infracional e a rede de proteção*. 2014. Tese (Doutorado em Educação) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2014.
- MEC. Ministério da Educação. Nota Técnica 38/2013, de 22 de agosto de 2013. Orientação às Secretarias Estaduais de Educação para a implementação da Lei nº 12.594, de 18 de janeiro de 2012, que institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE). Disponível em: [http://ens.sinase.sdh.gov.br/ens2/images/conteudo/nota%20te%CC%81cnica%2038%20_%20sinase.pdf]. Acesso em: 21.03.2021.
- MMFDH. Ministério da Mulher, Família e dos Direitos Humanos. Levantamento anual Sinase 2016. Brasília: Ministério dos Direitos Humanos, 2018. Disponível em: [www.mdh.gov.br/todas-as-noticias/2018/marco/Levantamento_2016Final.pdf]. Acesso em: 21.03.2021.
- MMFDH. Ministério da Mulher, Família e Direitos Humanos. *Manual do usuário SIPIA*. Brasília: Secretaria Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente,

2019. Disponível em: [<https://sipiaconselhootutelar.mdh.gov.br/uploads/ManualdoUsuario-SIPIACT.pdf>]. Acesso em: 21.03.2021.
- MMFDH. Ministério da Mulher, Família e Direitos Humanos. *Sistema de Informação para a Infância e Adolescência*. Brasília: Secretaria Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente, 2021. Disponível em: [www.sipia.gov.br/]. Acesso em: 21.03.2021.
- MS. Ministério da Saúde. Portaria MS 356, de 11 de março de 2020. Dispõe sobre a regulamentação e operacionalização do disposto na Lei n. 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, que estabelece as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (COVID-19). Brasília: Ministério da Saúde, 2020. Disponível em: [[www.legisweb.com.br/legislacao/?id=390571](http://www legisweb.com.br/legislacao/?id=390571)]. Acesso em 22.03.2021.
- MS. Ministério da Saúde. Portaria MS 1.082, de 23 de maio de 2014. Redefine as diretrizes da Política Nacional de Atenção Integral à Saúde de Adolescentes em Conflito com a Lei, em Regime de Internação e Internação Provisória (PNAISARI), incluindo-se o cumprimento de medida socioeducativa em meio aberto e fechado; e estabelece novos critérios e fluxos para adesão e operacionalização da atenção integral à saúde de adolescentes em situação de privação de liberdade, em unidades de internação, de internação provisória e de semiliberdade. Brasília: Ministério da Saúde, 2014. Disponível em: [www.poderesaude.com.br/novosite/images/publicacoes_26.05.2014_-_I.pdf]. Acesso em: 22.03.2021.
- MS. Ministério da Saúde. Protocolo de tratamento do novo coronavírus (2019-nCoV). Brasília: Secretaria de Atenção Especializada à Saúde, 2020. Disponível em: [www.arca.fiocruz.br/bitstream/icict/40195/2/Protocolo_Tratamento_Covid19.pdf]. Acesso em: 20.02.2021.
- MULGAN, Geoff; ALBURY, David. *Innovation in the public sector*. London: Cabinet Office Strategy Unit, 2003. Disponível em: [www.sba.oakland.edu/faculty/mathieson/mis524/resources/readings/innovation/innovation_in_the_public_sector.pdf]. Acesso em: 14.07.2017.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. *Direito penal e controle social*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- OCDE. Manual de Oslo. *Diretrizes para coleta e interpretação de dados sobre inovação*. 3. ed. Brasília: Finep, 2005.
- OMS. Organização Mundial da Saúde. *Coronavirus disease (COVID-19) pandemic*. 2021. Disponível em: <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019>. Acesso em: 20 fev. 2021.
- OMS. Organização Mundial da Saúde. *UNODC, WHO, UNAIDS and OHCHR joint statement on COVID-19 in prisons and other closed settings*. 2020. Disponível em: [www.who.int/news/item/13-05-2020-unodc-who-unaid-and-ohchr-joint-statement-on-covid-19-in-prisons-and-other-closed-settings].

- OSTROM, Amy L.; PARASURAMAN, A., BOWEN, David E., PATRÍCIO, Lia; VOSS, Christopher A. Service research priorities in a rapidly changing context. *Journal of Service Research*, v. 18, n. 2, p. 127-159, 2015.
- PAES, Paulo Cesar Duarte; ADIMARI, Maria Fernandes; COSTA, Ricardo Paes da (Orgs.). *Socioeducação e intersetorialidade: formação continuada de socioeducadores*. Campo Grande: UFMS, 2015. 234 p., caderno 6. Disponível em: [http://ens.sinase.sdh.gov.br/ens2/images/Biblioteca/Livros_e_Artigos/ufms/UFMS.%202015.%20Caderno%206.%20Livro%20intersectorialidade%20-%20completo.pdf]. Acesso em: 16.07.2019.
- ROCHA, Aline. Adolescente é assassinado na Unidade de Internação de Planaltina. Brasília. *Jornal de Brasília*, Brasília, 8 abr. 2020. Disponível em: [https://jornaldebrasil.com.br/brasil/adolescente-e-assassinado-na-unidade-de-internacao-de-planaltina/]. Acesso em: 21.03.2021.
- SAUERBRONN, Selma. *Paradigmas socioeducativos: operação concomitante no campo da justiça do Distrito Federal*. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito e Políticas Públicas) – Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento, ICPD, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2014.
- SEDH. Secretaria Especial de Direitos Humanos. Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente. *Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE)*. Brasília, DF: CONANDA, 2006. Disponível em: [www.conselhoda-crianca.al.gov.br/sala-deimprensa/]. Acesso em: 21.03.2021.
- SIEMS, Mathias M. Measuring the Immeasurable: how to turn law into numbers. In: *Does Law Matter? On Law and Economic Growth*. Cambridge: Intersentia, 2011. p. 115-136.
- SOUSA, Marcos de Moraes; GUIMARÃES, Tomas de Aquino. Inovação e desempenho na Administração Judicial: desvendando lacunas conceituais e metodológicas. *Review of Administration and Innovation*, v. 11, n. 2, p. 321-344, abr., 2014.
- SOUZA, Flora Sartorelli Venâncio de. *Entre Leis, práticas e discursos: justiça juvenil e recrudescimento penal*. São Paulo: IBCCRIM, 2019.
- STF Supremo Tribunal Federal. HC 143.641/SP, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 2ª T., j. 20.02.2018. Disponível em: [https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur392233/false]. Acesso em: 23.03.2021.
- STF Supremo Tribunal Federal. HC 143.988/ES, rel. Min. Edson Fachin, 2ª T., j. 24.08.2020. Disponível em: [http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5189678]. Acesso em: 23.03.2021.
- STF Supremo Tribunal Federal. HC 165.704/DF, rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª T., j. 20.10.2020. Disponível em: [https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur440938/false]. Acesso em: 23.03.2021.
- UMBELINO, Thais. Adolescente é suspeito de matar outro em unidade de internação no DF. *Jornal Correio Brasiliense*, Brasília, 18 mar. 2020. Disponível em: [www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/cidades/2020/03/18/

interna_cidadesdf,835166/adolescente-e-suspeito-de-matar-outro-em-unidade-de-internacao-no-df.shtml]. Acesso em: 21.03.2020.

UNITED NATIONS. *E-government survey 2008: from e-government to connected governance*. New York: United Nations, 2008. Disponível em: [https://publicadministration.un.org/egovkb/portals/egovkb/Documents/un/2008-Survey/unpan028607.pdf]. Acesso em: 21.03.2020.

VALENTE, Ana Cláudia de Souza. *O silêncio além das grades: a intersectorialidade punitiva nas práticas socioeducativas*. Belo Horizonte: Fórum, 2020. Disponível em: [https://digital.editoraforum.com.br/livro/o-silencio-alem-das-grades-4129/1].

VOIGT, Stefan. Determinants of judicial efficiency: a survey. *European Journal of Law and Economics*, v. 42, n. 2, p. 183-208, 2016.

WITELL, Lars et al. Defining service innovation: A review and synthesis. *Journal of Business Research*, v. 69, n. 8, p. 2863-2872, 2015.



PESQUISAS DO EDITORIAL



ÁREAS DO DIREITO: Penal; Digital

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- A medida socioeducativa de internação e a audiência de revisão de medida: um estudo a partir da observação não participante, de Patrícia Silveira da Silva, Marília de Nardin Budó e Felipe da Veiga Dias – *RBCCrim* 158/287-323;
- Medida socioeducativa de internação: noções fundamentais e questões relevantes aos operadores e adolescentes em conflito com a lei, de Sandor Krisztan Borcsik – *RT* 999/465-502;
- O direito das pessoas com Covid-19 e a atuação do Ministério Público, de Eduardo Cambi e Letícia de Andrade Porto – *RT* 1028/75-97; e
- Socioeducação, a política pública do atendimento socioeducativo: um estudo de caso, de Dirceia Moreira e Crisna Maria Muller – *RBCCrim* 177/233-270.

A LEI MARIA DA PENHA EM DIÁLOGO COM A JUSTIÇA RESTAURATIVA: RESGATE DA VOZ DA VÍTIMA COMO FORMA DE RESSIGNIFICAR VIOLÊNCIAS

*MARIA DA PENHA LAW IN DIALOGUE WITH RESTORATIVE JUSTICE:
RESCUING THE VICTIM'S VOICE AS A WAY TO REFRAME VIOLENCE*

Acesse o QR Code para
assistir aos comentários das
autoras sobre esse artigo



DANIELA CARVALHO ALMEIDA DA COSTA

Doutora (2005) e Mestre (2001) em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade de São Paulo – USP. Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade de Salamanca (2006). Professora-Associada da Universidade Federal de Sergipe, vinculada ao Programa de Pós-graduação *stricto sensu* em Direito (PRODIR/UFS) e à graduação em Direito. Instrutora de Facilitadores de Justiça Restaurativa e Círculos de Construção de Paz. Membro da Comissão Executiva e de Articulação Institucional para difusão da Justiça Restaurativa no Estado de Sergipe. Membro do Corpo de Avaliadores da *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*. Membro do Corpo de Pareceristas do *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim)*. Líder do Grupo de Pesquisa "Estudos sobre Violência e Criminalidade na Contemporaneidade" (CNPq/UFS).
Lattes: [http://lattes.cnpq.br/3245592995839786].
ORCID: [https://orcid.org/0000-0003-4699-4250].
dancacosta@hotmail.com

NIULLY NAYARA SANTANA CAMPOS

Mestre em Direito pela Universidade Federal de Sergipe (2020). Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela faculdade de Direito Damásio de Jesus (2013). Pós-graduanda em Direitos Humanos, responsabilidade social e cidadania global pela Pontifícia Universidade Católica – PUCRS. Graduada em Direito pela Universidade Tiradentes (2011). Professora de Direito Penal da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe – FANESE. Advogada.
Lattes: [http://lattes.cnpq.br/2458671777104566].
ORCID: [https://orcid.org/0000-0001-8302-8938].
niullynayara@hotmail.com

Recebido em: 12.04.2021

Aprovado em: 14.12.2021

Última versão das autoras: 07.02.2022

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: O artigo reflete sobre a compatibilidade do uso da Justiça Restaurativa (JR) nos conflitos

ABSTRACT: The article reflects on the compatibility of using Restorative Justice (RJ) in conflicts

que envolvem a violência doméstica e familiar contra a mulher. De início, analisa-se a JR como uma Justiça fundada em valores e princípios, que propõe um novo olhar sobre a gestão dos conflitos. O problema questiona a possibilidade de aproximação da Lei Maria da Penha (LMP) de uma interpretação menos restritiva, que dialogue com a JR, compreendendo os desafios e potencialidades que tal aproximação engendra. A partir da hipótese da insatisfação da mulher vítima com a resposta eminentemente retributiva do sistema de justiça criminal, evidenciada nos dados de diversas pesquisas empíricas, o artigo propõe o exercício de analisar a Lei Maria da Penha à luz da Justiça Restaurativa, com vistas à superação do caráter punitivista da lei, atualmente destacado por seus aplicadores. A pesquisa sugere a potencialidade da JR para estimular novos olhares no controle dos conflitos que envolvem violência doméstica e contribuir para empoderar as mulheres vítimas.

PALAVRAS-CHAVE: Lei Maria da Penha – Violência doméstica e familiar – Voz da vítima – Gestão de conflitos – Justiça Restaurativa.

involving domestic and family violence against women. At first, it analyzes Restorative Justice as a Justice based on values and principles, which proposes a new look on conflict management. The problem questions the possibility of approaching the Maria da Penha Law (MPL) to a less restrictive interpretation that dialogs with JR, understanding the challenges and potentialities that such approach engenders. From the hypothesis of the dissatisfaction of women victims with the eminently retributive response of the criminal justice system, evidenced in data from several empirical researches, the article proposes the exercise of analyzing the Maria da Penha Law in the light of Restorative Justice, with a view to overcoming the punitive character of the law, currently highlighted by its enforcers. The research suggests the potential of Restorative Justice to stimulate new perspectives in the control of conflicts involving domestic violence, and to contribute to the empowerment of women victims.

KEYWORDS: Maria da Penha Law – Domestic and family violence – Victim's voice – Conflict management – Restorative Justice.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Justiça Restaurativa: uma justiça fundada em princípios e valores. 3. Resistências ao uso da Justiça Restaurativa em conflitos que envolvem violência doméstica e familiar contra a mulher. 4. Justiça Restaurativa e Lei Maria da Penha: desafios e potencialidades. 5. Considerações finais. 6. Referências bibliográficas. Legislação.

1. INTRODUÇÃO

Cesare Brandi (2008) define o conceito artístico de restauração. Fixa dois axiomas sobre o tema: o primeiro diz “restaura-se somente a matéria da obra de arte” (BRANDI, 2008, p 31-32), sem a intervenção que modifique o original da obra; e o segundo diz que a restauração “deve visar ao restabelecimento da unidade potencial da obra de arte, desde que isso seja possível sem cometer um falso artístico ou um falso histórico, e sem cancelar nenhum traço da passagem da obra de arte no tempo” (BRANDI, 2008, p. 33).

A teoria artística defende que o objeto restaurado não retorne ao momento da criação, mas continue carregando as marcas do tempo. Não se deve abolir a

história, mas respeitar a complexidade que compete à obra de arte, “não se deverá colocar como secreta e quase fora do tempo, mas deverá ser pontuada como evento histórico tal como o é, pelo fato de ser ato humano e de se inserir no processo de transmissão da obra de arte para o futuro” (BRANDI, 2008, p. 61).

Reestabelecer a unidade potencial de uma obra, sem destruir sua autenticidade, é tarefa desafiadora. No desabrochar simbólico da linguagem, pensar uma Justiça que restaure exige esforço e quebra de paradigmas. Pensar uma Justiça com potencialidade para a restauração de conflitos que envolvem violência doméstica e familiar é compreender que a mulher vítima precisa reconhecer e ter sua dor reconhecida. O sofrimento oriundo da violência é legítimo e gera necessidades que não prescindem de reparação. Muda-se a forma, mantém-se a essência. É preciso reconhecer a dor para ressignificá-la.

O presente artigo investiga a Justiça Restaurativa (JR), tomando-a como uma justiça fundada em princípios e valores, a fim de refletir sobre sua compatibilidade com os conflitos que envolvem violência doméstica e familiar. Não se pretende negar que o tema é aglutinador de profundas críticas e discordâncias, reproduzidas, inclusive, por parte dos movimentos feministas. Entretanto, partindo-se da hipótese de que a resposta estatal ofertada, fundamentada no paradigma da racionalidade penal moderna, não compreende as necessidades da mulher, a pesquisa convida ao exercício de novos olhares, com o objetivo de aproximar a Lei Maria da Penha (LMP) de uma interpretação menos restritiva que dialogue com a Justiça Restaurativa, compreendendo os desafios e as potencialidades que seu uso carrega na gestão dos conflitos de violência doméstica e familiar contra a mulher (VDFM).

A hipótese é testada a partir da análise documental de dados coletados em pesquisa empírica realizada com mulheres vítimas de violência doméstica, em Sergipe, em 2014, bem como em novas pesquisas realizadas em 2018 e 2019 pela Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP e pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA, respectivamente, ambas em parceria com o CNJ¹.

1. Os dados citados no artigo foram extraídos das pesquisas: (i) “Justiça Restaurativa: alternativa viável à solução de conflitos envolvendo violência doméstica e familiar contra a mulher?”, fruto de Projeto de Iniciação Científica da UFS, Edital 02/2014/POSGRAP/COPES/UFS, coordenada pela coautora deste artigo (COSTA, 2014); (ii) “Entre práticas retributivas e restaurativas: a Lei Maria da Penha e os avanços e desafios do Poder Judiciário”, realizada pela UNICAP e publicada em 2018 pelo CNJ; e (iii) “O Poder Judiciário no enfrentamento à violência doméstica e familiar contra as mulheres”, realizada pelo IPEA e publicada em 2019 pelo CNJ.

Tais pesquisas, ao ouvirem mulheres vítimas de violência doméstica nas várias regiões do País, evidenciam que suas vozes não são suficientemente acolhidas numa resposta estatal que prima pela punição.

A metodologia de pesquisa é exploratória e descritiva, efetuada a partir de revisão bibliográfica e documental, por meio da análise de dados/informações das pesquisas citadas, bem como de obras e artigos científicos.

2. JUSTIÇA RESTAURATIVA: UMA JUSTIÇA FUNDADA EM PRINCÍPIOS E VALORES

O estudo de abordagens que priorizem a escuta respeitosa, em que as vítimas possam participar da construção da solução que atenda a suas necessidades, bem como as necessidades do ofensor, sempre que possível, revela-se um caminho necessário de ser trilhado, em busca de mecanismos de empoderamento que promovam rupturas no senso comum sustentado pela cultura do patriarcado.

Não há um conceito pronto e acabado de Justiça Restaurativa. Ao menos, os principais autores que trabalham o tema sempre ressaltam que não se deseja tornar a JR mais um paradigma de controle social, ou questionam, ainda, a finalidade de se estabelecer um conceito rígido. Há o mínimo de consenso a respeito de princípios e valores subjacentes, de critérios que toda prática deve ter para ser considerada restaurativa, mas sem apontar um significado específico ao termo.

Muitas são as tentativas de se definir a JR. Diz-se que é uma nova linguagem na abordagem dos conflitos, uma técnica de solução deles, um movimento social, ou, ainda, uma política pública dos poderes Judiciário e Executivo, priorizando a construção horizontal do justo, por meio de metodologias dialógicas que busquem soluções que atendam às necessidades de todos os envolvidos.

Adota-se Zehr (2008; 2012) como referencial teórico principal porque sua teoria é mais centrada na vítima (sem desconsiderar o ofensor), além de adotar como princípio indispensável a voluntariedade das partes, o que nos parece coerente com o contexto da VDFM. Zehr sugere algumas definições de JR para fins operacionais. Afirmar que a Justiça Restaurativa é um sistema teórico-valorativo fundado nos princípios de corresponsabilidade de todos os envolvidos no conflito, quais sejam, o infrator, a vítima e os demais interessados, que, juntos, buscam soluções e respostas. Diz:

“Justiça Restaurativa é um processo para envolver, tanto quanto possível, todos aqueles que têm interesse em determinada ofensa, num processo que coletivamente identifica e trata os danos, necessidades e obrigações decorrentes da ofensa, a fim de promover o restabelecimento das pessoas e endireitar das coisas, na medida do possível” (ZEHR, 2012, p. 49).

Às vezes, o autor descreve a JR como uma roda que tem no centro um eixo. O eixo é o esforço no sentido de “consertar” o malfeito. Em torno do eixo há quatro raios (1 – a JR trata de danos; 2 – bem como das necessidades e obrigações decorrentes dos danos; 3 – envolve todos os que sofrem impacto com a situação; 4 – e utiliza processos cooperativos e inclusivos) sustentados pelo aro, que Zehr compreende serem os valores que cercam e alicerçam o trabalho (ZEHR, 2008, p. 240).

Para a professora Claudia Cruz Santos, a JR pode ser dividida em três grupos de definição. Um que enfatiza o processo (ligado à ideia de participação das partes e voluntariedade do ofensor); outro que foca os resultados (focado na reparação do dano causado); e um terceiro que compreende a necessidade de ênfase tanto dos processos quanto dos resultados. Nesse sentido, explica:

“Na concepção que perfilho, se um qualquer procedimento consensual entre o agente e a vítima de um crime não almejar uma reparação dos danos causados através de uma responsabilização do agente, esse procedimento não merecerá o qualitativo de plenamente restaurativo; mas também a obtenção de um resultado de reparação como consequência de outras formas de procedimento, nomeadamente aquelas que suponham a coerção, não será uma manifestação da justiça restaurativa. Deste modo, a condenação do agente, no âmbito de um processo penal, à reparação dos danos causados a vítima, não será coincidente com o sentido de uma intervenção restaurativa” (SANTOS, 2014, p. 168).

A Resolução 2002/12 do Conselho Econômico e Social da ONU diz que processo restaurativo é “qualquer processo em que a vítima e o infrator e, quando apropriado, quaisquer outras pessoas ou membros da comunidade afetados por um crime, participem conjuntamente e de forma ativa na resolução das questões que o conflito origina, usualmente com a ajuda de um facilitador”. A JR se apresenta como uma lógica contrária àquela de apropriação do conflito descrita aqui a partir de Nils Christie.

Segundo Riboli (2019, p. 255), Christie é uma das principais referências na literatura dedicada ao estudo da justiça restaurativa. O abolicionismo de Christie é considerado moderado, já que não prega o completo abandono do sistema penal. A JR possui também essa flexibilidade conceitual, na medida em que é construída no contexto do paradigma atual, retributivo, típico da Racionalidade Penal Moderna, na complexa relação entre superá-lo e não ser capturada por ele. Pacheco (2018, p. 16) afirma que os pouco mais de 40 anos de teoria restaurativa são incomparáveis com os 300 anos de tradição do Direito Penal iluminista, ao tempo que também coloca que a velocidade com que se tem produzido textos sobre o tema e se tem difundido seu conteúdo marca um movimento crescente de consolidação e assimilação de suas ideias e propostas.

Sobre a correspondência entre os argumentos abolicionistas e a Justiça Restaurativa, sintetiza Pacheco:

“Em comum, abolicionismo e Justiça Restaurativa compartilham da crítica e da rejeição ao sistema de justiça penal e a sua racionalidade. Rejeitam a pena como resposta padrão para o conflito. Negam a natureza do crime como violação da norma ou do Estado para advogar que o conflito, em verdade, é a violação de pessoas e relações interpessoais.

Ambos procuram assumir uma nova linguagem, a fim de estimular uma espécie de limpeza conceitual. Pregam a participação efetiva das partes no processo e na decisão da situação problemática a que lhes pertence. Criticam a burocracia da justiça e a postura centralizadora e monopolizadora dos profissionais da área jurídica, assim como o reducionismo das sentenças, que se restringem à argumentação jurídica sem considerar o conhecimento particular e os interesses dos envolvidos” (PACHECO, 2018, p. 88-89).

Para Zehr, cuja teoria foi influenciada por valores cristãos, a Justiça bíblica é vista como paradigma ético para a JR. Viver em *Shalom* significa “que as pessoas vivem em paz, sem inimizade (o que não significa sem conflitos)”, e só pode se realizar se cuidarmos do bem-estar uns dos outros, mesmo nos erros. A Justiça bíblica carrega pressupostos, entre eles a ideia de um todo integrado, que busca solução em vez de investigar culpa, baseada na necessidade, e não no merecimento, que compreende o crime como violação de pessoas e relacionamentos, que reconhece que somos ofensores, que gera responsabilidades, porém num conceito holístico (ZEHR, 2008, p. 125-144).

Nesse contexto, a JR, assim como o paradigma bíblico, seria o novo dentro do antigo. Zehr trata da estratégia de Cristo, que criou uma sociedade (Igreja), com novos pressupostos e princípios operacionais, funcionando no seio da antiga, servindo de exemplo e desafio a esta (ZEHR, 2008, p. 212-213). Por isso, o autor defende que haja convivência entre os sistemas retributivo e restaurativo, com oportunidade de escolha entre os dois, respeitando as características de cada comunidade.

Em que medida a justiça restaurativa, ao apresentar uma nova concepção do conflito, horizontalizada e fundamentada no protagonismo das partes, terá o condão de efetivamente engendrar um novo paradigma para o sistema de justiça é uma pergunta ainda sem respostas definitivas. Entretanto, afirma-se, a partir de achados de pesquisa², que:

-
2. A pesquisa, conforme se mencionará adiante, foi realizada, sob coordenação da coautora deste artigo, no Programa-Piloto de Justiça Restaurativa do Tribunal de Justiça

COSTA, Daniela Carvalho Almeida da; CAMPOS, Niuilly Nayara Santana. A Lei Maria da Penha em diálogo com a justiça restaurativa: resgate da voz da vítima como forma de ressignificar violências. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 190. ano 30. p. 197-237. São Paulo: Ed. RT, maio/jun. 2022.

“O modelo restaurativo estimula uma mudança de paradigma acerca de como lidar com o conflito. Ao devolver o conflito às partes, rompe-se com a lógica da universalidade da lei, cujas respostas estariam previamente estipuladas e deveriam ser aplicadas de maneira proporcional à gravidade do conflito; provoca-se uma *mudança de atuação do sistema de justiça* e das demais instituições que atuem em colaboração com ele, que precisarão compreender a importância do novo papel que são chamados a desempenhar. A mudança de paradigma consiste em não mais se apropriar diretamente da resposta a ser dada ao conflito, não mais alijar as partes dessa solução, mas, ao contrário, funcionarão como espécie de gestores do ambiente que será preparado para *oferecer segurança às partes, a fim de que elas mesmas cheguem a uma solução, construída consensualmente em cada caso concreto*, com a participação direta dos afetados pelo conflito e, inclusive, da comunidade em que estão inseridos, sempre que possível” (COSTA, 2019, p. 21-2, destaque ausente no original).

Reconhecer a Justiça Restaurativa como um novo paradigma de justiça exigirá uma teoria muito bem articulada, combinada com uma gramática e uma física de aplicação, além de certo grau de consenso, ainda longe de ser alcançado. Contudo, isso não impede que se desenvolva, conforme sugere Zehr, a capacidade de trocar as lentes com que se observa o fenômeno do conflito e da criminalidade para fins de abertura a novas possibilidades de gestão deles que tenham como finalidade o atendimento das necessidades de todos os envolvidos na relação conflitiva.

Embora inovadora para o mundo do Direito e para a ciência, que vem tratando com maior ênfase do tema desde os anos 1970, em termos de prática, não se

do Estado de Sergipe, a partir do acompanhamento do Núcleo de Justiça Restaurativa implantado na 17ª Vara Cível (Infância e Juventude), e buscou formular um modelo de monitoramento de práticas restaurativas que fosse funcional para programas e práticas restaurativas não apenas judiciais, mas também de forma geral, para além do Poder Judiciário (programas com protagonismo comunitário, por exemplo). De forma global, os dados colhidos pela pesquisa empírica (COSTA, 2019) atestam que 100% dos entrevistados, num universo de 102 pessoas que passaram por pré-círculos conduzidos pelo programa de JR vinculado ao Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe (de fevereiro a junho de 2017), manifestaram-se “muito satisfeitas” ou “satisfeitas”, e 100% dos entrevistados, num universo de 18 pessoas que passaram pelos círculos, ficaram “muito satisfeitas” ou “satisfeitas” com a experiência restaurativa e com a condução dos facilitadores. Os questionários aplicados aos participantes apresentavam uma série de perguntas com o objetivo de mapear se houve uma participação ativa das partes ao longo do processo restaurativo, porquanto esse elemento é decisivo para aferir o valor do empoderamento e para a abordagem restaurativa como um todo, afinal, essa busca devolver o conflito às partes e propiciar uma ressignificação do conflito.

trata de algo novo. A Justiça Restaurativa é derivada de formas antigas de justiça comunitária e se baseia em conceitos ancestrais, tais como a cura, a reconciliação, o perdão e o respeito mútuo. Sua versão mais atual não é a simples recriação desse passado, mas, segundo Zehr (2008, p. 239), a “adaptação de alguns valores básicos, princípios e abordagens dessas tradições combinados com a moderna realidade e sensibilidade quanto aos direitos humanos”.

É possível que se apliquem na Justiça Restaurativa as mais variadas técnicas. Conforme já destacado em publicação anterior, os teóricos da Justiça Restaurativa são enfáticos ao dizer que o respeito aos seus princípios e valores tem importância maior do que a metodologia a ser adotada, já que são eles que funcionam como termômetro do grau de restauração que determinada prática pode oferecer (COSTA, 2019, p. 19). Logo, uma prática dita restaurativa somente o é em essência se respeitar os valores e princípios da Justiça Restaurativa, por isso aqui denominada de “justiça fundada em princípios e valores”.

Zehr (2012, p. 44-45), em obra mais sucinta em que sistematiza princípios e metas, na tentativa de evitar que as muitas direções e programas que se intitulam de JR tornem o termo rarefeito ou confuso, resume em cinco os princípios basilares da JR:

“1 – Focar os danos e consequentes necessidades da vítima, e também da comunidade e do ofensor. 2 – Tratar das obrigações que resultam daqueles danos (as obrigações dos ofensores, bem como da comunidade e da sociedade). 3 – Utilizar processos inclusivos, cooperativos. 4 – Envolver a todos que tenham legítimo interesse na situação, incluindo vítimas, ofensores, membros da comunidade e da sociedade. 5 – Corrigir os males.”

Os princípios, por sua vez, são úteis apenas se estiverem arraigados em valores subjacentes. Zehr, num similar esforço de sistematização, indica três principais valores que norteiam as práticas restaurativas: o primeiro é a interconexão, que compreende a ideia de que todos estão ligados uns aos outros como uma teia de relacionamentos e o rompimento dessa teia afeta a todos; o segundo valor é a riqueza da diversidade. Embora ligadas, as pessoas não são iguais, e devem ter suas particularidades respeitadas; e, por fim, um valor básico ao qual o autor atribui suprema importância é o respeito. É preciso respeitar a todos, mesmo os diferentes ou que parecem inimigos. É o respeito que vincula a interconexão com a diversidade (ZEHR, 2012, p. 47-48).

O professor australiano John Braithwaite (2003, p. 4-11) também elenca valores obrigatórios, numa perspectiva de estabelecer limites ao processo restaurativo. São eles: a não dominação, que diz respeito ao controle de qualquer participante

que tente dominar o outro na prática restaurativa, como fruto do desequilíbrio de poder socialmente construído (como é comum nas relações de gênero); o empoderamento é corolário da não dominação, em que se deve empoderar a parte que está num nível desigual de poder na relação; o respeito aos limites, que proíbe tratamentos humilhantes ou degradantes; a escuta respeitosa significa dar voz a quem não é ouvido, ter o mesmo direito de fala e de escuta; a preocupação com todos os envolvidos carrega a ideia de que uma prática restaurativa deve dar atenção às necessidades de todos os envolvidos no conflito, vítima, ofensor e comunidade afetada; a prestação de contas e recorribilidade trata do controle das práticas exercido por membros da comunidade e da possibilidade de se recorrer a um tribunal; e o respeito pelos direitos humanos, que apresenta como norte, ou melhor, como limites que devem ser seguidos pela JR, os documentos internacionais que tratam sobre direitos humanos. Por fim, aponta a voluntariedade como o valor mais importante, destacando que deve ser dado tanto à vítima quanto ao agressor o direito de escolha de participar de uma prática restaurativa ou de um processo nos moldes tradicionais de natureza retributiva (2003, p. 13).

Braithwaite (2002) apresenta como base de sua teoria de JR as noções de “vergonha reintegrativa” e “regulação responsiva”. Para o autor, a vergonha causada no indivíduo/agressor teria a capacidade de gerar responsabilidade pelo crime ao mesmo tempo que promoveria a reintegração social do agressor, uma responsabilização respeitosa. É interessante aqui refletir sobre essa perspectiva, uma vez que a lógica patriarcal imperante no sistema penal não possibilita ao agressor o reconhecimento de sua responsabilidade. Pelo contrário. Não é incomum encontrar narrativas em que o autor da violência contra a mulher se sente injustiçado quando punido, pela incapacidade de se enxergar como ofensor, muito menos como criminoso, afinal, explica seu comportamento por meio de justificações acerca do papel do homem em relação à mulher, como um reflexo dos valores deturpados pelo rescaldo cultural do patriarcado. Falas do agressor nesse sentido são descritas na pesquisa “O Poder Judiciário no enfrentamento à violência doméstica e familiar contra as mulheres”, publicada em 2019 pelo CNJ.

Numa integração abreviada entre as ideias de Braithwaite e as peculiaridades da violência doméstica, convém refletir que a imediata estigmatização do agressor, inerente ao sistema de justiça penal, sem que haja a desconstrução das complexas motivações que socialmente tornam aceitáveis a violência doméstica, não é capaz de impedir a reprodução do ciclo de violência, que tende a se reproduzir, ainda que com outra parceira.

Em oposição à estigmatização penal, chamada de “vergonha desintegrativa”, Braithwaite propõe a “vergonha reintegrativa”, através da qual a intensa

reprovação social da violência é sucedida por ações de reintegração do indivíduo. Talvez o método seja capaz de interferir positivamente na redução da reincidência. Empoderar a vítima e a comunidade significa lhes devolver a voz na resolução de seus conflitos. Aqui se pode relacionar o conceito de “vergonha reintegrativa” ao de “regulação responsiva”, por meio do qual o Estado poderia modular a intervenção em consonância com a necessidade apresentada no caso concreto. Para o autor, todas as teorias possuem limitações, razão pela qual integrá-las seria um caminho para garantir maior eficácia.

Logo, em casos em que a persuasão fosse possível, seria esse o primeiro mecanismo a ser utilizado. E, apenas se a persuasão não fosse capaz de promover a pacificação do conflito, o Estado avançaria para técnicas de dissuasão e excepcionalmente de inaptidão, como a prisão. Ocorre que, nos conflitos que envolvem violência doméstica, está-se caminhando a passos largos para o impedimento de qualquer solução consensual. O caminho, em verdade, é diametralmente oposto, ao se ignorar por completo a vontade da vítima, encarando-a como coisa a ser protegida, incapaz de qualquer grau de autonomia. Quando o Estado dispõe apenas de respostas dissuasivas ou de incapacitação, Braithwaite não enxerga possibilidade de resultados positivos.

A resolução 2002/12 da ONU traz em seu bojo as principais diretrizes de práticas restaurativas, servindo de base e orientação para sua efetivação no cenário internacional. Segundo Pallamolla (2009), a Resolução sustenta uma visão mais prática da JR. É aqui que se define, por exemplo, o papel do facilitador, o terceiro imparcial, que na prática restaurativa não se confunde com um mediador apenas. O artigo 18 aduz que:

“Art. 18. Os facilitadores devem desempenhar suas funções de forma imparcial, com o devido respeito pela dignidade das partes. Nesse sentido, garantirão que as partes ajam com respeito mútuo e possibilitarão que as partes encontrem uma solução relevante entre si” (Resolução 2002/12 da ONU, tradução nossa)³.

Importante destacar o papel do facilitador, que deve compreender as necessidades das partes e tentar, na medida do possível, corrigir os desequilíbrios

-
3. *Los facilitadores deben desempeñar sus funciones de manera imparcial, con el debido respeto a la dignidad de las partes. En esse sentido, velarán por que las partes actúen con mutuo respeto y deberán hacer posible que las partes encuentren una solución pertinente entre sí (no original).*

COSTA, Daniela Carvalho Almeida da; CAMPOS, Niully Nayara Santana. A Lei Maria da Penha em diálogo com a justiça restaurativa: resgate da voz da vítima como forma de ressignificar violências. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 190. ano 30. p. 197-237. São Paulo: Ed. RT, maio/jun. 2022.

existentes nas relações, como é natural ocorrer em casos de violência doméstica e familiar, em que o agressor está em posição de domínio em relação à vítima.

A Resolução 2002/12 traz, ainda, outros parâmetros, como a regra do artigo 6º, que possibilita a aplicação da justiça restaurativa em diversas fases do procedimento criminal de acordo com o sistema penal local. Ou, ainda, os limites impostos pelo art. 7º, que determina o uso dos programas restaurativos apenas e tão somente se houver provas suficientes para acusar o ofensor, destacando a necessidade de autor e vítima participarem voluntariamente do programa restaurativo que deverá conter obrigações razoáveis e proporcionais, sendo facultado às partes revogar tal consentimento a qualquer tempo (PALLAMOLLA, 2009, p. 90).

Pallamolla (2009, p. 100-101) identifica ao menos quatro estágios de encaminhamento do procedimento restaurativo ao sistema de justiça criminal: 1) fase policial ou de pré-acusação, quando pode ser feito tanto pela polícia quanto pelo Ministério Público (sobre essa fase há diversas críticas destacadas pela autora, sobretudo no Brasil, em razão da discricionariedade do órgão policial, ainda marcada pela atuação repressiva); 2) fase pós-acusação, mas antes do processo, também realizada pelo MP; 3) etapa do juízo, tanto antes do julgamento quanto ao tempo da sentença, cujo encaminhamento será feito pelo Tribunal; 4) e, por fim, fase da punição, como alternativa ao cárcere, como parte dele, ou somada à pena de prisão, cujo encaminhamento será realizado pelo próprio órgão prisional.

Há contundentes críticas em relação às possibilidades de encaminhamento a programas restaurativos pré-sentença e pós-sentença. Pallamolla (2009, p. 101) cita Sica para registrar o perigo da sobreposição dos modelos restaurativo e retributivo gerarem *bis in idem* para o ofensor. Para Sica, com quem a autora concorda, “ou um caso é passível de ser resolvido por métodos restaurativos e, em caso de solução satisfatória nessa esfera, não se autoriza a deflagração do poder punitivo ou o fracasso da intervenção restaurativa resulta no reenvio do caso para o sistema formal”.

Entre as várias técnicas ou práticas restaurativas, alguns modelos ganharam mais relevância em razão de sua ampliada aplicação. Predominam as conferências de família, os encontros vítima-ofensor e os círculos restaurativos. Há outros ainda, citados por diversos autores como a mediação penal, os comitês de paz, o serviço comunitário, a mediação e conciliação aplicadas à Justiça Juvenil, entre outros.

Sobre os modelos que predominam nacional e internacionalmente, Zehr (2012, p. 53) destaca que surgiram durante as décadas de 1970 e 1980 nos EUA e Canadá por meio do Programa de Reconciliação Vítima-Ofensor (VORP). De

lá para cá, o programa foi modificado, outras metodologias antigas foram igualmente reformuladas e passaram a ser chamadas de restaurativas.

Embora possuam diferenças entre si, Zehr (2012, p. 55) agrupou os três principais modelos como formas distintas de JR e destaca que eles têm sido cada vez mais mesclados. Todos possuem em comum o fato de implicarem um encontro, serem liderados por facilitadores (que não impõem acordos), em que as partes podem explorar fatos, sentimentos e resoluções, com a finalidade de chegarem a uma decisão consensual.

Importante destacar que, quando o encontro é considerado inapropriado ou impossível (como muito se argumenta em relação ao reencontro de vítima e agressor de VDFM), representantes ou substitutos entram em seus lugares. Ou seja, em todos os modelos, a participação deve ser voluntária tanto para a vítima quanto para o ofensor, e a ausência de encontro presencial entre ambos não inviabiliza a existência de alguma prática restaurativa. Embora a vítima possa utilizar esse encontro como forma de falar do mal sofrido, bem como o agressor possa enxergar nele a oportunidade para reconhecer o mal causado. Aliás, Zehr (2012, p. 57) destaca que há um pré-requisito mínimo de que o ofensor reconheça, em alguma medida, sua responsabilidade.

A modalidade encontro vítima-ofensor (Zehr, 2012, p. 58) consiste num encontro entre esses atores, precedido de trabalhos realizados com cada um em separado. Caso se deseje prosseguir, acontece um encontro conduzido por um facilitador treinado que orienta para um acordo de reparação (simbólica ou material). Afirma, ainda, que o modelo encontro vítima-ofensor, utilizado em crimes mais graves, é, em sua maioria ativado a pedido das vítimas. Pallamolla (2009, p. 107-108) registra que esse é o modelo mais utilizado no mundo, geralmente voltado a casos contra a propriedade ou delitos de menor gravidade (embora também seja utilizado para crimes violentos).

Sobre as conferências de família, Zehr (2012, p. 58-60) registra que há a ampliação do círculo básico para incluir familiares ou pessoas significativas para as partes. São mais focadas no apoio ao ofensor e se tornaram o procedimento normativo para as ofensas sob a jurisdição das varas da infância e juventude na Nova Zelândia. Os facilitadores também podem ser autoridades ou policiais treinados que utilizam a vergonha de modo positivo em conferências roteirizadas. Mas também ocorrem na Nova Zelândia, de maneira informal, não roteirizada, em que os facilitadores são assistentes sociais pagos pelo Estado, os chamados coordenadores de Justiça do adolescente.

Os círculos restaurativos surgiram, segundo Zehr, nas comunidades aborígenes do Canadá. Embora originado em comunidades homogêneas e pequenas,

hoje o modelo é utilizado nos mais diversos contextos. Os chamados “Círculos de Construção de Paz” contam com a participação da vítima, ofensor, membros da família, às vezes profissionais do judiciário e pessoas da comunidade, convidados em razão de um interesse específico, ou por vezes são parte de um círculo permanente de voluntários comunitários.

Na visão de Boyes-Watson e Pranis (2011, p. 9), os Círculos de Construção de Paz ajudaram a compreender que processos circulares não se confundem com processos restaurativos, embora possam – e devam – conviver sinergicamente com eles. Ou seja, eles podem servir, como destaca Zehr (2012, p. 62), para lidar com conflitos em ambientes de trabalho, como forma de diálogo na comunidade, como círculos de apoio (tanto para a vítima quanto para o ofensor). No dizer de Boyes-Watson e Pranis (2011, p. 16):

“Oferece um método simples, mas profundo, de criar relacionamentos mais significativos e com mais profundidade um com o outro. O círculo é um processo para martelar, de maneira gentil, na força da visão e dos valores compartilhados. O círculo de construção de paz é, acima de tudo, um lugar para criar relacionamentos. É um espaço em que os participantes podem se conectar uns com os outros.”

No modelo restaurativo, os participantes sentados em círculo passam um objeto chamado “bastão de fala” ou “objeto da palavra”, que estabelece igualdade na condição da fala dos participantes e garante que todos sejam ouvidos. Antes, explicitam-se os valores que nortearão os trabalhos, que podem ser construídos/elenca-dos pelos participantes, como o respeito, a verdade, a confidencialidade etc.

No Brasil, desde 2005, a JR iniciou com três projetos-piloto em São Paulo, Rio Grande do Sul e Distrito Federal, por meio de uma parceria entre os Poderes Judiciários, a Secretaria da Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça e o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD). Em quase 15 anos, a JR tem avançado no País, segundo mapeamento dos programas de justiça restaurativa feito pelo CNJ e publicado em 2019.

O Mapeamento dos Programas de Justiça Restaurativa, realizado pelo CNJ em 2019⁴, aponta que 93% dos programas de JR no Brasil utilizam os círculos de construção de paz, baseados em Kay Pranis. Em 68% das iniciativas, ocorre encontro entre vítima, ofensor e comunidade; em 54%, o encontro é apenas entre

4. CNJ, 2019. Disponível em: [<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/06/8e6cf55c06c5593974bfb8803a8697f3.pdf>]. Acesso em: 10.01.2020.

COSTA, Daniela Carvalho Almeida da; CAMPOS, Niully Nayara Santana. A Lei Maria da Penha em diálogo com a justiça restaurativa: resgate da voz da vítima como forma de ressignificar violências. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 190. ano 30. p. 197-237. São Paulo: Ed. RT, maio/jun. 2022.

ofensor e comunidade. Há, ainda, registro de encontro de grupo de ofensores em 48% dos programas, projetos ou ações; e 41%, de práticas com encontro somente da vítima com a comunidade. Grupos apenas de vítimas acontecem em 39% dos programas; e encontro vítima-ofensor é uma das práticas menos utilizadas, ocorrendo em 36% dos programas, projetos ou ações em Justiça Restaurativa.

O CNJ publicou, em maio de 2016, a resolução 225/2016, que dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências, na perspectiva de evitar desvirtuamentos das práticas. A Resolução, que tem servido de base para a implementação da JR no País, estabeleceu a coordenação das práticas para facilitadores restaurativos capacitados em técnicas autocompositivas e consensuais de solução de conflitos próprias da Justiça Restaurativa, podendo ser servidor do tribunal, agente público, voluntário ou indicado por entidades parceiras; determinou como atribuição do CNJ desenvolver plano de difusão, expansão e implantação da JR; e, ainda, a criação e instalação de serviços de atendimento restaurativo, como por meio da redação dada ao § 3º do artigo 3º da Resolução 128/2011 do CNJ, que estabelece:

“§ 3º. Na condução de suas atividades, a Coordenadoria Estadual da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar deverá adotar, quando cabível, processos restaurativos com o intuito de promover a responsabilização dos ofensores, proteção às vítimas, bem como restauração e estabilização das relações familiares.”

Em Sergipe, as práticas restaurativas têm ocorrido e se estruturado a partir do judiciário. Há, em parceria com o TJ/SE, Projeto-piloto de JR na 17ª Vara Cível de Aracaju, vara da infância e juventude, que trabalha com adolescentes em conflito com a lei penal, bem como em alguns municípios do interior como Canindé do São Francisco, Estância e Pacatuba (PACHECO, 2018, p. 66).

Há, ainda, a realização de grupos reflexivos no interior do Estado, realizados com agressores que se assemelham aos moldes da Justiça Restaurativa, ainda que não possuam essa denominação específica. Será necessária pesquisa empírica mais detalhada com os referidos grupos reflexivos, para determinar em que medida carregam os valores e princípios restaurativos e quais os resultados podem ser monitorados a partir das práticas.

O referido projeto-piloto de JR na 17ª Vara Cível de Aracaju é objeto de vasta pesquisa,⁵ iniciada em 2016, fruto do convênio 27/2016 entre TJSE e UFS, re-

5. A pesquisa foi efetuada sob coordenação da coautora deste artigo e está inserida no Programa de Iniciação Científica – PIBIC – da Universidade Federal de Sergipe – UFS.

sultado do Protocolo de Cooperação Interinstitucional para Difusão da Justiça Restaurativa em Sergipe. O objetivo geral da pesquisa é a construção de um modelo de monitoramento das práticas restaurativas. A apresentação dos primeiros dados resultou na publicação da obra *Monitoramento da justiça restaurativa em três dimensões*, de autoria da coordenadora da pesquisa, publicado em 2019 pela editora UFS. A expectativa é que o modelo de monitoramento em construção seja incorporado aos programas de JR já implantados pelo sistema de justiça sergipano, bem como aos que venham a ser implantados, para fins de acompanhamento e gestão de qualidade da Justiça Restaurativa em Sergipe (COSTA, 2019, p. 12-13).

Cumpre, ainda, destacar que Andrade (2018, p. 145), no relatório “Pilotando a Justiça Restaurativa”, alerta para a criação do que chama de mitologias restaurativas no Brasil, o que considera um desafio epistemológico a ser superado. São os mitos da celeridade, da formação instantânea, do método alternativo de resolução de conflitos e da criminalidade leve. Igualmente apontados por Zehr (2012, p. 18-23), quando estabelece o que a Justiça Restaurativa não é, a fim de evitar desvios ou ideias equivocadas.

A Justiça restaurativa não é uma justiça *fast food*⁶. Não pode ser. Já que se trata de uma Justiça vivencial, exigente, que trata as dores das partes e não quer unicamente entregar um produto. Pode ser, inclusive, mais demorada do que a justiça tradicional em razão das necessidades dos encontros. De igual maneira, não se pode conceber a ideia de uma formação instantânea, com apenas um curso. A JR exige capacitação continuada dos atores que lidam com as realidades humanas.

Andrade, no mesmo sentido de Zehr, questiona o mito de ser a Justiça Restaurativa uma Justiça alternativa, que seria capaz até de desafogar o judiciário. Não se trata disso. Andrade explicita que, embora a Resolução 225/2016 do CNJ recomende que os procedimentos ocorram de forma alternativa, na prática, a regra no Brasil não é a suspensão, mas a tramitação paralela e concorrente dos procedimentos restaurativos com os da justiça tradicional. O próprio Zehr (2012, p. 23) admite que, apesar de suas afirmações em obras anteriores, não mais enxerga a JR

Além da professora coordenadora, professora-associada do Departamento de Direito, conta com um membro externo, Haroldo Luiz Rigo da Silva, egresso do Programa de Pós-graduação em Direito da UFS – Prodir –, bem como com alunos da graduação em Direito da UFS (COSTA, 2019, p. 11).

6. Expressão utilizada pelo juiz Egberto Penido, citado por Andrade (2018).

COSTA, Daniela Carvalho Almeida da; CAMPOS, Niully Nayara Santana. A Lei Maria da Penha em diálogo com a justiça restaurativa: resgate da voz da vítima como forma de ressignificar violências. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 190. ano 30. p. 197-237. São Paulo: Ed. RT, maio/jun. 2022.

como necessariamente oposta à justiça retributiva. Nesse sentido, não é alternativa, é concorrente. Não possui como objetivo desafogar o sistema.

A JR não pode ser confundida com um instrumento paliativo para a crise do sistema de justiça. Sposato (2018, p. 72) cita compreensão de Leonardo Sica de que a Justiça Restaurativa não pode ser entendida como instrumento de alívio dos tribunais, de extensão burocrática do judiciário ou de indulgência. Em vez disso, devem representar a ampliação dos espaços democráticos e construção de novas modalidades de regulação social, sob pena de padecer dos mesmos defeitos do “velho”, do sistema tradicional.

Ainda, é fundamental compreender que a Justiça Restaurativa não foi concebida para atuar em crimes considerados mais leves, os chamados de “menor potencial ofensivo”. Zehr (2012, p. 21) até destaca que talvez seja mais fácil conseguir apoio da comunidade a programas que tratem esse tipo de infração, mas a JR pode produzir muito mais impacto em casos mais graves. Embora o autor aconselhe cautela em casos de violência doméstica que reconhece como uma área de aplicação mais problemática, também é verdade que a necessidade de abordagens restaurativas nesses casos fica muito evidente.

Sobre o mito da criminalidade leve, afirma Andrade (2018, p. 148):

“O mito de que apenas a criminalidade leve (ou as condutas de baixa ofensividade) podem ser objeto da Justiça Restaurativa persiste, em grande medida, porque não se supera ao que tudo indica, a tal visão positivista de criminalidade, nem um esquema causal de resposta a ela, mesmo quando os projetos brasileiros de Justiça Restaurativa já operaram e operam com crimes ditos graves, embora excepcionalmente. E o fazem tanto em nível pós-processual (a exemplo das experiências da Vara de Execuções Penais de Porto Alegre e seu trabalho pioneiro no presídio) quanto em nível processual, abrangendo tentativa de homicídio (caso zero), furto, roubo, estupro e tráfico de drogas (a exemplo da Vara da Infância e Juventude de Tatuí). *E com questões de gênero (a exemplo das Varas de Violência Doméstica de Novo Hamburgo e de Porto Alegre)*” (destaque nosso).

Perante a incapacidade do sistema penal tradicional em ouvir e acolher a mulher vítima, numa atuação que, quando exitosa, interrompe a situação de violência concreta sem interferir na complexa dinâmica que a originou, é fundamental refletir se a JR pode significar, ou não, um novo paradigma de gestão de conflitos que supere a lógica do crime/castigo. Torna-se crucial refletir se o uso da Justiça Restaurativa em casos de violência doméstica pode ou não trazer benefícios para o agressor, mas, sobretudo, para a vítima e sua família.

3. RESISTÊNCIAS AO USO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA EM CONFLITOS QUE ENVOLVEM VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER

Há muitas resistências enfrentadas pela Justiça Restaurativa quando se está em discussão seu uso para casos de violência doméstica e familiar. De início, é preciso que se afaste o diálogo e suas inerentes complexidades, do campo da disputa moral e religiosa da atualidade. Há uma clara disputa entre um grupo que deseja liberdade, autonomia, equidade para as mulheres e luta por uma vida livre de violência; e um grupo que deseja a neutralidade da violência em defesa do silêncio, do recato, da unidade da família tradicional.

Não é nesse cenário nebuloso que se situam as críticas aqui trazidas. Os movimentos feministas que advogam o uso da JR para casos de violência doméstica, bem como os que são profundamente contrários à ideia, estão no mesmo campo de luta por liberdade e direitos para as mulheres, apenas enxergam caminhos diversos para o atingimento das finalidades.

Antes de iniciar a análise dos tensionamentos entre os movimentos feministas e as possibilidades de uma abordagem restaurativa para os conflitos de VDFM, parece-nos valioso perquirir o que querem as mulheres vítimas ao procurarem o sistema de justiça criminal. Para tanto, apresentam-se alguns achados da pesquisa realizada pela Universidade Federal de Sergipe, cujo objetivo foi compreender o que querem essas mulheres, ao partir da hipótese de que o modelo retributivo do sistema de justiça criminal não é capaz de compreender suas necessidades⁷.

A pesquisa ratificou o cenário já largamente denunciado, fruto da cultura do patriarcado, em que o cônjuge, companheiro, noivo ou namorado, seja o atual, seja o ex, figurou como o ofensor em 81,7% (oitenta e um vírgula sete por cento) dos casos.

Quarenta e quatro por cento (44%) das mulheres ouvidas responderam que pensaram ou tentaram retirar a denúncia ou desistir do processo. Diante desse dado, parece-nos necessário refletir acerca da motivação dessas mulheres.

-
7. O universo pesquisado foi de mulheres que figuravam como vítima em processo judicial em trâmite no Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher da Comarca de Aracaju (SE). Tendo sido realizada a aplicação dos questionários nos meses de setembro, outubro e novembro de 2013, resultando na oitiva de 191 (cento e noventa e uma) mulheres vítimas de violência de gênero, as quais foram entrevistadas no fórum Gumerindo Bessa, enquanto aguardavam audiência a ser realizada no Juizado ou procuravam informações acerca do processo.

COSTA, Daniela Carvalho Almeida da; CAMPOS, Niully Nayara Santana. A Lei Maria da Penha em diálogo com a justiça restaurativa: resgate da voz da vítima como forma de ressignificar violências. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 190. ano 30. p. 197-237. São Paulo: Ed. RT, maio/jun. 2022.

A pesquisa fragilizou a hipótese de que a principal razão de desistência se daria por pressões exercidas pelo homem-agressor, uma vez que apenas 10,8% (dez vírgula oito por cento) das mulheres alegaram ter sido em razão de um pedido do agressor.

Esse movimento de a vítima acionar o sistema penal e depois demonstrar o desejo de não seguir em frente faz com que, muitas vezes, a mulher receba o estigma de irresponsável ou irracional pelos atores que compõem o sistema penal (delegado, promotor, juiz, defensor), levando a um total descrédito suas afirmações, o que a vitimologia qualifica como vitimização secundária. Outras vezes, a vítima, não desejando dar prosseguimento ao processo, deixa de comparecer à audiência de instrução e julgamento, em que deverá ser ouvida ou comparece e simplesmente retira ou nega o que disse em sede policial.

Em todas essas hipóteses, na grande maioria dos casos, o acusado é absolvido por insuficiência de provas, já que, como a violência doméstica e familiar se dá no ambiente privado, as declarações da ofendida constituem muitas vezes o único meio de prova. Nesse cenário, o modelo retributivo fica impossibilitado de dar a única resposta que lhe é possível, que é a imposição de uma sanção, não resolvendo o conflito intersubjetivo e correndo o risco de provocar uma recidiva por parte do agressor diante da sensação de impunidade. A estratégia de grande parte do movimento feminista de utilização da carga simbólica do Direito Penal como forma de “inverter o poder onipotente do marido sobre a mulher, trazendo à tona o equilíbrio na relação doméstica” (MELLO, 2010, p. 940), se mostra inoperante.

“O movimento feminista termina falando por mulheres que são vítimas de relações violentas. Essas vozes dificilmente seriam ouvidas se o movimento feminista não falasse por elas, porém isso não significa dizer que aquilo que está falando reflete o desejo de todas as mulheres que são vítimas desse tipo de agressão” (MELLO, 2010, p. 936).

Sessenta e dois por cento (62%) das mulheres responderam que não desejam a condenação do ofensor. Entretanto, a resposta mais reveladora do quanto o sistema de justiça criminal não está conseguindo alcançar o que desejam as mulheres vítimas é que apenas onze por cento (11%) disseram querer a prisão do ofensor.

Esta pesquisa culmina em duas últimas perguntas que evidenciam o desejo da mulher vítima de violência de gênero em ter um papel de protagonismo na solução do conflito, sinalizando para um novo modelo de administração do conflito. Setenta e oito por cento (78%) responderam que gostariam de ser consultadas acerca da decisão a ser tomada pelo juiz, enquanto que quarenta e quatro por cento (44%) responderam estar dispostas a participar de um procedimento que

contasse com a participação também do agressor na busca de uma solução para o conflito. Cabe aqui esclarecer que a questão se limitou a perguntar se a vítima estaria disposta a se submeter a algum procedimento, envolvendo também o agressor na construção da solução do conflito, não fornecendo maiores explicações, tais como a desnecessidade de vítima e agressor ficarem frente a frente.

O sistema de justiça criminal formal, ao sequestrar o conflito das partes, retira-lhes a oportunidade de efetivamente exporem os seus problemas e aspirações. Há uma clara mensagem ao Estado-juiz, com vistas à superação da postura de expropriador do conflito e assunção de uma posição de escuta respeitosa para com a vítima, posto que onde não há voz não há possibilidade de empoderamento. Percebe-se o quanto os achados da pesquisa apresentada convergem com o denunciado por Christie acerca da revitimização engendrada pelo sistema de justiça criminal:

“Primeiro, as partes estão sendo representadas. Segundo, a parte que é representada pelo Estado, no caso a vítima, é tão inteiramente representada que ela ou ele [a vítima] na maior parte dos procedimentos é totalmente levada para fora da arena, sendo reduzida a um simples disparador da coisa toda [por meio do registro da ocorrência]. *A vítima é uma dupla perdedora: primeiro, diante do ofensor; mas segundo, e geralmente de uma forma mais limitadora, em virtude da negação de direitos à plena participação naquilo que pode ter sido uma das mais importantes experiências de sua vida.* A vítima perdeu o caso para o Estado” (CHRISTIE, 1977, p. 3, tradução livre, destaques nossos).⁸

Apesar dessa constatação, há muita resistência à abordagem restaurativa por parte dos movimentos feministas. Importante, então, realizar um mapeamento dos principais questionamentos e inseguranças que impedem o avanço da JR sobre conflitos de VDFM. Talvez a maior barreira ainda enfrentada seja o fato de que se conhece muito superficialmente a Justiça Restaurativa, atribuindo-se a ela com frequência a ideia de que se trata de uma justiça “mais branda”, ou até de ausência de responsabilização. Ao contrário do que se dissipa erroneamente, os teóricos da JR defendem que há de haver o reconhecimento da culpa por parte do agressor e a reparação do dano, seja de forma material, seja simbólica. A JR não prega ausência de responsabilização, não almeja descriminalizar condutas, mas parece capaz de atingir uma responsabilização mais eficaz.

8. No original: “she or he [a vítima] is a sort of double loser; first, vis-à-vis the offender, but secondly and often in a more crippling manner by being denied rights to full participation in what might have been one of the more important ritual encounters in life. The victim has lost the case to the state (CHRISTIE, 1977, p. 3).

COSTA, Daniela Carvalho Almeida da; CAMPOS, Niully Nayara Santana. A Lei Maria da Penha em diálogo com a justiça restaurativa: resgate da voz da vítima como forma de ressignificar violências. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 190. ano 30. p. 197-237. São Paulo: Ed. RT, maio/jun. 2022.

O argumento mais citado pelos que são contrários ao uso da JR em casos de violência doméstica é, sem dúvida, o de que não há como aplicar técnicas de mediação nas questões de gênero, em que se pressupõe desigualdade nas relações, fruto da lógica patriarcal e machista que domina a sociedade. Há nessa maneira de pensar ao menos duas limitações. A primeira é a ideia de que a JR se limitaria a uma “técnica de mediação”, ou a um simples método de solução de conflitos. E a segunda é a ideia de que a mulher é um ser absolutamente passivo, condenada a um conceito rígido de gênero, incapaz de participar da solução de seus conflitos.

Compreende-se que a JR vai além de um novo método de resolução consensual de conflitos:

“Dada a resistência imanente do sistema de justiça às transformações, é preciso ter em mente que um programa de Justiça Restaurativa precisa ser encarado para além de um método consensual e dialogado de resolver conflitos (particularmente conflitos de natureza penal), sob pena de ser reduzido e capturado pela lógica punitivista; um programa bem estruturado de JR deve se orientar pelas duas finalidades acima mencionadas, a fim de catalisar mudanças em três dimensões, quais sejam: relacional, institucional e social” (COSTA, 2019, p. 25).

A dimensão relacional trata dos efeitos provocados pelas práticas nas vidas das pessoas (o ofensor, a vítima, mas também seus familiares, filhos e, por via reflexa, a comunidade). Logo, devolver o conflito às partes, por meio de metodologia e ambiente seguros, tem potência para ressignificar a dor e gerar maior satisfação entre os envolvidos.

A dimensão institucional diz respeito ao aperfeiçoamento da administração da justiça por parte das instituições, dentro ou fora do sistema de justiça, em que tais práticas sejam desenvolvidas, com vistas à superação da lógica da punição. Por fim, a dimensão com impacto mais abrangente, surgida do entrelaçamento entre as outras duas dimensões, é a dimensão social, que seria o atingimento da finalidade político-criminal. Logo, não se pode reduzir a JR a um simples método de solução de conflito, tampouco a mera mediação, para que seu potencial transformador não seja perdido (COSTA, 2019, p. 26).

Não se deve limitar a JR a uma Justiça com atuação apenas no campo individual. É verdade que a Justiça Restaurativa, quando se propõe a devolver o conflito às partes, possibilita a busca de soluções que respeitam as individualidades e diferentes demandas dos envolvidos no conflito. Contudo, a lógica restaurativa impacta diretamente a dimensão social, na medida em que interfere na política criminal com potência para desconstrução de padrões estruturais de desigualdade (COSTA, 2019, p. 26).

A mulher em situação de violência, de fato, está fragilizada em relação ao agressor. No entanto, o conceito de gênero de Saffioti (2001, p. 125-126) é expresso como uma construção social do masculino e do feminino. A socióloga adota um conceito flexível, que afasta essencialismos biológicos ou sociais, a fim de que a mulher, que historicamente sempre lutou contra as diversas formas de opressão, tenha condição real de modificar as relações de poder.

A rejeição à JR é compreensível por diversos motivos. Inclusive, em razão da equivocada ideia que reduz as práticas restaurativas a meras mediações está o receio de que seja retomado o contexto da banalização da violência doméstica quando do uso das medidas despenalizadoras da Lei 9.099/95, em que as mulheres eram revitimizadas e a violência “autorizada” por meio de uma pena pecuniária ou do pagamento de cesta básica.

Cabe destacar crítica colhida no depoimento de uma defensora pública em pesquisa do CNJ/IPEA, que, quando questionada sobre sua percepção em torno do protagonismo das mulheres no curso dos processos, respondeu que não enxergava essa autonomia, usando tal argumento para se posicionar contrariamente ao uso da JR:

“Inclusive é uma queixa que eu faço para aplicar a justiça restaurativa em casos de violência doméstica. A Semana pela Paz em Casa acontece às custas do silêncio das mulheres e da manutenção do status quo. A mediação ou conciliação não pode ocorrer quando a mulher tem uma medida protetiva. Isso diminui a visibilidade da violência doméstica. Sou contra seu uso [...]. Não se pode fazer conciliação nos casos de violência doméstica, mas aqui [no município] fazem muito. Então já me adianto e cito nas petições os precedentes internacionais de por que não realizar conciliação nos casos de violência doméstica. Sempre vejo o que a mulher quer e está disposta a fazer (Defensora pública)” (CNJ/IPEA, 2019, p. 95).

É preciso clareza para compreender que a paz buscada pela JR, a paz dos programas da Justiça pela paz em casa, não deve ter relação com a paz do silêncio. Paz com anulação do outro não é paz. Trata-se da busca pela cultura da paz, longe de ser alcançada pelas práticas tradicionais de enfrentamento à violência doméstica e familiar por meio da lógica exclusivamente retributiva. Uma justiça fundada em valores restaurativos jamais poderá reproduzir a perspectiva familista em detrimento dos direitos das mulheres. Interessante questionar aqui em que medida a punição pura e isolada, ofertada pelo sistema de justiça tradicional, é capaz de promover paz para a vítima? Os relatos das pesquisas empíricas atestam o contrário.

Contudo, é igualmente importante levar em conta a crítica feita, para que se analise, do ponto de vista prático, como têm se dado as práticas intituladas como restaurativas, uma vez que a defensora pública ouvida na pesquisa transcrita diz que “fazem muito”. As práticas restaurativas exigem constante monitoramento e aperfeiçoamento, inclusive para que não sejam colonizadas pela lógica da punição, ou pela banalização de conflitos complexos.

Nesse sentido, monitoramento e correção de rotas são procedimentos indispensáveis e de exercício contínuo, para que as práticas restaurativas não se afastem das finalidades e princípios da JR. Aqui, vale destacar o modelo de monitoramento, construído a partir da pesquisa realizada na 17ª Vara cível de Aracaju, que tem como norte as finalidades e dimensões de um programa de Justiça Restaurativa, para que se consiga mensurar seu potencial transformador que supere a ideia de limitá-lo a uma técnica consensual de solução de conflitos. O modelo de monitoramento pretende ser um instrumento de avaliação continuada, em que os indicadores servem como parâmetro para ajustes de rotas e planejamentos de capacitação continuada (COSTA, 2019, p. 16).

A pesquisa que serve de base ao desenvolvimento do modelo de monitoramento mapeou indicadores que apontam como necessários, para se avaliar um programa de JR, que servem como uma espécie de guia, para que se evite negligenciar qualquer questão importante. São eles:

- “a) indicadores da dimensão relacional;
 - papel do facilitador e alinhamento aos valores e princípios da JR,
 - participação ativa e grau de satisfação das partes,
 - possibilidade de assistência jurídica,
 - potencial transformador na esfera do sentir e agir das partes,
- b) indicadores da dimensão institucional;
 - concepção de JR adotada – nicho institucional e objetivos do programa,
 - filtro para derivação,
 - fluxo e volume processual,
 - acordo restaurativo: índice de cumprimento, definitividade e monitoramento,
 - recursos materiais: infraestrutura do programa,
 - recursos humanos: presença de autoavaliação, de avaliação e capacitação continuadas e de vínculo da equipe,
 - potencial transformador na esfera do sentir e agir dos gestores e atores institucionais,

- c) indicadores da dimensão social;
 - papel da comunidade,
 - quanto à articulação com a rede de proteção,
 - potencial transformador na esfera do sentir e agir dos membros da comunidade” (COSTA, 2019, p. 15).

Uma simples mediação ou conciliação certamente pressupõe ambas as partes num mesmo nível ético, com responsabilidades a serem partilhadas. Na JR, embora possa haver práticas de mediação e conciliação, a igualdade de partes não é presumida. Ao contrário, as individualidades devem ser observadas e respeitadas. A figura do facilitador atua para promover equilíbrio, como destacam os teóricos da JR. É fundamental compreender a importância do papel desempenhado pelo facilitador de toda prática restaurativa que envolva violência doméstica e familiar, que precisa passar por processos de formação continuada principalmente sobre gênero.

No mesmo contexto de evitar revitimização (vitimização secundária) das mulheres, muito se argumenta que o reencontro entre vítima-ofensor gera fundamentado temor de que se perpetue o padrão de violência típico do patriarcado. Aqui, é fundamental destacar que a vítima – caso deseje o encontro com o agressor, o que não é exigido, já que a vítima pode se fazer representar por outras pessoas, conforme sugere Zehr (2012) – estará sempre acompanhada do facilitador, podendo, ainda, contar com a presença de familiares, amigos e pessoas da comunidade. Antes, ainda, de qualquer encontro, há pré-círculos ou contatos isolados com a vítima e com o ofensor, em que devem ficar claros os valores restaurativos, entre eles a voluntariedade – considerada indispensável –, a não dominação, o empoderamento, entre outros.

Cabe destacar que, nas entrevistas realizadas com mulheres vítimas e com atores do sistema de justiça nas pesquisas exploradas no trabalho, restou evidenciado que o sistema de justiça tradicional também não tem sido capaz de impedir o encontro vítima-ofensor, seja porque muitas varas e comarcas não possuem espaço reservado à mulher vítima, que, durante o processo penal encontra com o agressor; seja porque as penas, quando convertidas em restritivas de direito ou concedido, o regime aberto não são capazes de impedir a aproximação agressor-vítima; ou, ainda, porque as relações geralmente são retomadas em razão da existência de filhos ou do retorno da convivência do casal.

Vale problematizar também a ideia de que a JR, num movimento de empoderar a vítima, poderia gerar desequilíbrio inverso, na medida em que teria voz (ou uma supervoz) para dispor, inclusive, da pena, cuja apropriação pelo Estado nos

moldes do marco da modernidade se deu num processo gradual de humanização. A JR possibilitaria vingança das vítimas que assim o desejassem, ou a imposição de penas cruéis? É fundamental se pensar a respeito, porque se trata de uma crítica bastante contundente, mas fundada nos parâmetros do modelo retributivo, na lógica da Racionalidade Penal Moderna, que impossibilita respostas outras, diversas daquelas ofertadas pelo direito penal.

Numa ótica essencialmente restaurativa, a resposta à pergunta feita é não. Isso porque os princípios e valores que modulam a JR, constantes, inclusive, nos documentos internacionais como a resolução 2002/12 da ONU, bem como na Resolução 225 do CNJ, vinculam as práticas ao absoluto respeito aos direitos humanos, proibindo penas humilhantes ou degradantes. Braithwaite (2003) discorre sobre os valores restaurativos, apontando-os como limite a qualquer prática, entre eles a não dominação, o respeito aos limites a penas degradantes, a recorribilidade e o respeito aos direitos humanos.

Cumprir destacar a cláusula de salvaguarda da Resolução 2002/12 da ONU, que diz expressamente no artigo 23 que “Nada do enunciado nestes princípios básicos deve afetar quaisquer direitos do infrator e da vítima que estejam reconhecidos pela legislação nacional ou pelo direito internacional aplicável”. De igual maneira, a Resolução 255 do CNJ traz em vários artigos os princípios norteadores das práticas, bem como assegura no artigo 2º que todos os participantes deverão ser tratados de forma justa e digna, com mútuo respeito entre as partes, e, ainda, que o acordo decorrente do procedimento restaurativo conterá obrigações razoáveis e proporcionais, que respeitem a dignidade de todos os envolvidos.

Nesse sentido, Zehr também destaca que a atenção aos princípios fundamentais é uma das salvaguardas mais importantes para evitar deformações e desvios, que podem ocorrer mesmo com as melhores intenções:

“Experiências anteriores para promover mudanças no campo da Justiça nos advertem de que desvios e deformações acontecem inevitavelmente, apesar de nossas melhores intenções. Se os defensores da mudança não estiverem dispostos a reconhecer e atacar esses prováveis desvios, seus esforços poderão acabar produzindo algo muito diferente do que pretendiam. De fato, as ‘emendas’ podem acabar sendo muito piores que o ‘soneto’ que planejavam reformar ou substituir. Uma das salvaguardas mais importantes contra tais desvios é dar a devida atenção aos princípios fundamentais. Se estivermos bem conscientes deles, se planejarmos nossos programas com esses princípios em mentes e nos deixarmos avaliar por esses mesmos princípios, é bem mais provável que nos mantenhamos na trilha correta. A questão é que o campo da Justiça Restaurativa tem crescido com tanta rapidez e em tantas direções que às vezes não é fácil

caminhar para o futuro com integridade e criatividade. Somente uma visão clara dos princípios e metas poderá oferecer a bússola de que precisamos para encontrar o norte num caminho inevitavelmente tortuoso e incerto” (ZEHR, 2012, p. 16-17).

Na compreensão de Elena Larrauri, quando se trata de JR, não se pode supor perspectivas diametralmente opostas (com ou sem garantias). A JR possui garantias, como demonstrado pelos princípios e valores externados nas obras de seus vários teóricos. No entanto:

“Isso não implica assumir o direito penal em sua forma atual, que se caracteriza não apenas por assegurar certas garantias, mas também por ser presidido pelo objetivo de punir, em vez de solucionar ou neutralizar o conflito, por impor sanções ao infrator que consistem em privá-lo de liberdade e por negar autonomia à vítima” (LARRAURI, 2007, p. 140, tradução nossa)⁹.

Por fim, insiste-se em afirmar que a JR não tem como objetivo o atingimento de metas no sistema de justiça. Embora tenha ganhado destaque no País, num contexto de acesso à justiça, esse acesso é traduzido pela exigência de qualidade nas soluções dos conflitos (SPOSATO, 2018, p. 46-52).

Nesse sentido, para Andrade (2018, p. 37-38), mesmo sob a rubrica de um “modelo alternativo de resolução de conflitos”, com perspectiva reducionista procedimental (como é erroneamente compreendida no Brasil em certa medida pela resolução do CNJ), a JR não almeja o modelo de eficiência típico do punitivismo. Assim, é preciso que os juízes e atores do sistema de justiça compreendam a JR e suas peculiaridades para que não permitam seu reducionismo ou sequestro pela lógica de celeridade de procedimentos.

Santos e Machado, ao refletirem sobre a instauração de um modelo de justiça restaurativa nos casos de violência doméstica, entendem que:

“Para que se conceba um modelo de justiça transformadora aplicável aos casos de violência doméstica, deve-se coordenar alternativas individuais e coletivas, reconfigurando a política de valoração das mulheres a partir de sua experiência de vida, mas também se propondo a enfrentar a violência enquanto fenômeno

9. *Ello no implica asumir el derecho penal en su forma actual, que se caracteriza no sólo por asegurar unas garantías sino por estar presidido por el objetivo de castigar en vez de solucionar o neutralizar el conflicto, por imponer unas penas al infractor que consisten en privarle de libertad y por negar autonomía a la víctima, no original.*

COSTA, Daniela Carvalho Almeida da; CAMPOS, Niully Nayara Santana. A Lei Maria da Penha em diálogo com a justiça restaurativa: resgate da voz da vítima como forma de ressignificar violências. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 190. ano 30. p. 197-237. São Paulo: Ed. RT, maio/jun. 2022.

presente em nossa cultura colonizadora dos corpos femininos e no contexto de instituições que, por sua vez, tendem a reproduzir a lógica da violência de gênero racializada” (SANTOS; MACHADO, 2018, p. 258).

Não é viável creditar todas as expectativas de enfrentamento da VDFM em soluções únicas ou apenas ao nível individual. Importante refletir que a JR não se apresenta mesmo como solução única, tampouco atua apenas em nível individual. Mas certamente caminha em sentido oposto ao da lógica punitiva e revitimizadora do sistema de justiça criminal. O desafio do presente trabalho é aproximar a Lei Maria da Penha de uma interpretação menos punitiva, portanto mais condizente com um modelo de justiça transformador e emancipatório.

4. JUSTIÇA RESTAURATIVA E LEI MARIA DA PENHA: DESAFIOS E POTENCIALIDADES

Há imensos desafios a serem superados pela JR e grandes potencialidades para que possa se constituir como um novo paradigma. Conforme apresentado, seus teóricos e apoiadores reconhecem isso. Contudo, refletir sobre esses desafios e, principalmente, sobre as potencialidades das práticas restaurativas sob um olhar epistemológico feminista é o caminho que se acredita mais frutífero com vistas a ressignificar o contexto da gestão de conflitos envolvendo a violência doméstica e familiar contra a mulher.

O feminismo, como contradispositivo, tem se mostrado capaz de subverter a ordem de poder, da linguagem, da ciência. Nesse sentido, questiona a ideia de subalternidade da mulher e impõe, no dizer de Santos (2014, p. 76) que “todas as pessoas têm idêntico valor como seres humanos; a harmonia e a felicidade são mais importantes do que o poder e o patrimônio; o pessoal é o político”.

Assim é que se reconhece a Justiça Restaurativa como uma justiça eminentemente feminista, porque sua voz é diferente da voz dominante, prega a empatia, a ética do cuidado:

“A ideia simples de que se deve agir com tolerância face ao que é diferente do padrão dominante – diferente do padrão masculino dominante, mas também diferente da atitude conformista dominante relativamente às normas – acaba assim por transpirar do pensamento feminista em geral para o pensamento feminista da criminologia e para a criminologia da pacificação. E, surge, desta forma, uma oposição entre uma justiça que seria masculina e punitiva e uma outra justiça que seria feminina e ‘de cuidado’ com o outro. A justiça restaurativa surgiria assim, com uma ‘*care (or feminine) response to crime*’, enquanto

o sistema penal se apresentaria como uma '*justice (or masculine) response to crime*'" (SANTOS, 2014, p. 77-78).

Andrade (2018, p. 162), ao se referir às comunidades de trabalhadores pesquisadas, registra que o campo se revelou vigoroso, de extraordinária vocação e de comprometimento, e, com robusta participação de mulheres, o que chama de "uma expressiva dimensão feminina".

É nesse esforço guiado pela lógica feminista que se propõe aproximar a Justiça Restaurativa da Lei Maria da Penha sem, contudo, desconsiderar as muitas contradições dessa manobra.

Já em seus artigos inaugurais, a LMP diz a que veio: cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

Ou seja, a Lei se fundamenta em convenções internacionais para dizer que a violência doméstica é uma violação de direitos humanos. E, para o controle de tão grave fenômeno, prevê, além dos dispositivos que dialogam com o sistema penal, um conjunto ampliado de garantias para mulheres vítimas, bem como para homens agressores. Já nesse aspecto, dialoga com as ideias restaurativas, pois cria mecanismos que visam assegurar às mulheres as condições para o exercício efetivo dos mais diversos direitos. Noutras palavras, carrega uma ideia de resposta completa, integrada, para restaurar a situação de violência das mulheres.

A LMP possui múltiplas dimensões: a dimensão de proteção e assistência; de educação e prevenção; e de combate e responsabilização. Nesse sentido, é preciso lançar luz sobre as possibilidades de interpretação da lei que se aproximem da garantia de autonomia e protagonismo da mulher vítima e seu consequente diálogo com a JR. E o que se destaca desde logo é que o espírito da LMP é voltado para a promoção de políticas públicas e ações que atendam as partes, assim como é a Justiça Restaurativa.

Apesar de o caráter retributivo da Lei ter ganhado destaque e capturar o foco de aplicação no sistema de justiça criminal, a maioria dos seus dispositivos se aproxima de uma lógica diversa. Isso porque, muito embora a LMP não traga expressamente dispositivos mandamentais ou recomendações sobre práticas

restaurativas, prevê ações que visam essencialmente restaurar as partes e as relações entre elas, como é o caso do artigo 35 da Lei 11.340/2006, que determina expressamente:

“Art. 35. A União, o Distrito Federal, os Estados e os Municípios poderão criar e promover, no limite das respectivas competências:

I – *centros de atendimento integral e multidisciplinar para mulheres e respectivos dependentes em situação de violência doméstica e familiar;*

II – *casas-abrigos para mulheres e respectivos dependentes menores em situação de violência doméstica e familiar;*

III – *delegacias, núcleos de defensoria pública, serviços de saúde e centros de perícia médico-legal especializados no atendimento à mulher em situação de violência doméstica e familiar;*

IV – *programas e campanhas de enfrentamento da violência doméstica e familiar;*

V – *centros de educação e de reabilitação para os agressores*” (destaques nossos).

O dispositivo está em consonância com a lógica restaurativa, na medida em que prevê o cuidado integral para as partes envolvidas no conflito, sejam a mulher e filhos, vítimas, ou o agressor que deverá ser submetido à reabilitação. As pesquisas exploradas apontam que os grupos reflexivos realizados com agressores e grupos de apoio às vítimas parecem se amoldar a práticas restaurativas, contudo, ainda ocorrem de forma tímida, e dependem do comprometimento pessoal dos atores do sistema de justiça. Assim, quando há profissionais sensibilizados e capacitados para a importância do tema da VDFM, esses grupos ocorrem ainda que sem os necessários investimentos institucionais. Quando não, a política pública prevista na LMP acaba subvalorizada pela indisponibilidade de recursos, de profissionais e de estrutura mínima.

Os grupos reflexivos de homens em muito se afastam da lógica da violência, da correção pela dor. São práticas educativas em que os agressores têm oportunidade de reflexão, aprendizado e fala. A pesquisa sobre o Poder Judiciário no enfrentamento à violência doméstica e familiar contra as mulheres (CNJ/IPEA, 2019) destacou que muitos agressores nesses grupos externam sua própria vitimização por meio de falas como “somos vítimas de uma lei”, “precisamos agora da lei João Maria”, entre tantas. Embora a pesquisa apenas registre a falta de percepção da violência produzida por eles, cabe refletir que foi o momento em que externaram o quanto se sentem injustiçados, dada a naturalização da violência. Num processo exclusivamente punitivo, são incapazes de reconhecer suas responsabilidades. Razão pela qual conduzir as práticas de grupos reflexivos por

meio dos princípios e valores da Justiça Restaurativa pode ser capaz de interferir positivamente para a mudança de comportamento e auto responsabilização.

A LMP prevê, nos artigos 8º e 9º, a integração operacional do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública com as áreas de segurança pública, assistência social, saúde, educação, trabalho e habitação. Estabelece que a assistência à mulher em situação de violência doméstica e familiar deverá ser prestada de forma articulada e conforme os princípios e as diretrizes previstos na Lei Orgânica da Assistência Social, no Sistema Único de Saúde, no Sistema Único de Segurança Pública. Noutras palavras, não se limita ao sistema de justiça criminal, prevê um trabalho articulado em rede. De igual maneira, a JR só pode ser vista numa perspectiva de interconexão entre as partes, a comunidade e a rede de proteção com a justiça, para que se possam promover mudanças nas relações conflituosas.

Também nos artigos 27 e 28 da Lei, em que se determina o acompanhamento da vítima por advogado, defensoria pública ou assistência judiciária gratuita, tanto em sede policial quanto judicial, mediante atendimento específico e humanizado, a LMP se aproxima dos princípios restaurativos que preveem amparo, assistência e acesso à informação para a vítima. Na prática, as pesquisas indicaram que o acesso à Defensoria não é uma regra e, como o perfil das mulheres atendidas pelo sistema ainda concentra aquelas dos recortes sociais mais vulneráveis (embora a violência atinja todas as camadas da sociedade), era de se esperar que passassem pelo sistema de justiça, desamparadas e mal-informadas.

Determinação da Lei 11.340/2006, a instituição de Juizados de Violência Doméstica e Familiar é considerada uma de suas mais significativas inovações. Os JVDFM surgiram com o intuito de serem espaços mais humanizados no sistema de justiça criminal, próprios para o atendimento às mulheres vítimas, dotados de equipes multidisciplinares com função de fornecer subsídios por escrito mediante laudos, ou verbalmente em audiência, ao juiz, ao Ministério Público e à Defensoria Pública, além de desenvolver trabalhos de orientação, encaminhamento, prevenção e outras medidas, voltados para a ofendida, o agressor e os familiares, com especial atenção às crianças e aos adolescentes.

Inobstante os desafios dos juizados de se afastarem de uma aplicação mecânica da lei, ou restarem reduzidos a juízos essencialmente criminais – quando, em verdade, a lei estabeleceu competência híbrida¹⁰ (cível e criminal) – a vontade

10. O relatório do CNJ/IPEA (2019, p. 95-96), ao tratar da competência híbrida, aponta que, entre as localidades pesquisadas, a competência híbrida dos âmbitos criminal e

da Lei Maria da Penha expressa na criação dos JVDPM com todos os profissionais e serviços a ele inerentes também encontra correspondência com uma lógica de acolhimento especializado e individualizado das partes, com pregação a Justiça Restaurativa.

No mesmo sentido, a capacitação permanente das Polícias Civil e Militar, da Guarda Municipal, do Corpo de Bombeiros, do Poder Judiciário, do Ministério Público, da Defensoria Pública, das áreas de assistência social, saúde, educação, trabalho e habitação quanto às questões de gênero e de raça ou etnia, como previsto na Lei Maria da Penha encontra ressonância na lógica restaurativa, que exige monitoramento e capacitação continuada.

Uma prática norteada pelos valores da Justiça Restaurativa exige igualmente dos facilitadores capacitação continuada para uma atuação imparcial que seja capaz de pôr em movimento a voluntariedade e o consenso na prática. Ou seja, os facilitadores não podem permitir que nenhum dos envolvidos tenha um papel de dominação sobre o outro, do contrário, a metodologia, embora restaurativa, conduziria a resultados não restaurativos.

A JR não prescinde da voluntariedade. Não se ignora que a construção de um ambiente seguro, que ofereça a possibilidade de igualdade entre as partes, é um desafio para as comunidades e para o Estado no uso da Justiça Restaurativa, como já o é para o processo tradicional. A implementação acurada dos mecanismos da Justiça Restaurativa exige esforço e disposição na construção dessas condições adequadas e na garantia das salvaguardas. O desafio gira em torno do cuidado metodológico utilizado nas práticas. Estas, conduzidas pelos facilitadores, devem estar sempre fundamentadas pelos valores que norteiam a Justiça Restaurativa, valores estes que reconhecem tanto a dimensão de interconectividade dos relacionamentos quanto o respeito às individualidades.

É preciso que se aprofundem os estudos empíricos para a avaliação continuada dos efeitos do endurecimento da Lei Maria da Penha. Segundo o artigo 41 da

cível, de forma plena e definitiva, ocorre em apenas uma unidade. Cabe trazer o registro de uma defensora pública que atua pelas mulheres nessa unidade: “A minha angústia é o não cumprimento do art. 14. Quando os legisladores pensaram na Lei Maria da Penha, pensaram no amparo integral à vítima. *E entenderam, de forma correta, que quando a mulher é vítima de violência doméstica ela não quer apenas a situação de condenação e absolvição do réu. Ela não busca só a esfera criminal e a vingança, ela também busca virar a página da vida dela.* Como ela faz isso? Com o divórcio, com a dissolução da união, com a fixação de alimentos para os filhos... Por isso, a lei acaba sendo híbrida, mista, cível e criminal, é um diferencial dentro da área da Justiça” (destaque nosso).

lei, de setembro de 1995, “aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei 9.099/95”. O legislador vedou dos crimes e contravenções cometidos sob a égide da Lei 11.340/06 a aplicação dos institutos despenalizadores como a transação penal (artigo 76) e a suspensão condicional do processo (artigo 89), na perspectiva de evitar que os crimes de VDFM fossem vistos como de menor potencial ofensivo e nessa esteira fossem banalizados.

Há, igualmente, a Súmula 536 do STJ expressando o mesmo entendimento de que “a suspensão condicional do processo e a transação penal não se aplicam na hipótese de delitos sujeitos ao rito da Lei Maria da Penha”. Em 2012, na ADC 19, o Supremo declarou a constitucionalidade do referido artigo 41 da LMP.

Para sedimentar a questão, em 2017, no bojo de uma Reclamação Constitucional, o Supremo reafirmou a incompatibilidade entre os crimes praticados com violência familiar e os institutos despenalizadores previstos na Lei 9.099/95 e, dessa feita, citou expressamente a suspensão condicional do processo, a transação penal e a composição civil dos danos.

Pois bem, resta incontestado que não é possível a aplicação de tais institutos em casos de VDFM. Mas é interessante vislumbrar argumentos de atores do sistema de justiça ouvidos na pesquisa do CNJ/IPEA sobre a atuação do judiciário nos casos de violência contra a mulher. Embora a pesquisa afirme que nas unidades visitadas o instituto da suspensão condicional do processo não se aplica, igualmente também registra opiniões divergentes.

O estudo afirma que alguns profissionais se manifestam contrários à aplicação da suspensão condicional do processo nos crimes de LMP, mas “comentam que poderia ser interessante se fosse condicionada à participação em projetos psicossociais, como os grupos reflexivos para homens” (CNJ/IPEA, 2019, p. 92). Ou seja, os atores do sistema de justiça sugerem compreender que o problema não está no instituto despenalizador em si, mas na forma como é aplicado, que passaria a impressão de isenção do acusado perante o crime que cometeu.

No mesmo sentido, os argumentos favoráveis à suspensão condicional do processo para casos de VDFM também ressaltam que medidas educativas poderiam ser aplicadas

“como condicionalidades à suspensão do processo seriam mais eficazes e, quiçá, mais punitivas que as penalidades que atualmente são impostas e, claro, que as absolvições – comuns por falta de provas e/ou interesse da vítima no processo criminal – e prescrições” (CNJ/IPEA, 2019, p. 93).

Há, ainda, argumentos no sentido de que as medidas protetivas de urgência constantes nos artigos 22, 23, e 24 da LMP poderiam ser mantidas, enquanto durasse a suspensão condicional do processo e o agressor fosse encaminhado para grupos reflexivos. Quem discorda desse entendimento argumenta que as medidas protetivas têm caráter cautelar e de urgência, mas não possuem natureza satisfativa, razão pela qual não podem conceder à vítima o direito desejado, e, por isso, sua manutenção não serve para justificar a suspensão condicional do processo. Todavia, vale a reflexão de que tal entendimento se trata de entrave meramente burocrático, além do que foi comum aos dados visualizados em pesquisas que ouviram mulheres vítimas, a insatisfação delas com a resposta dada pelo sistema de justiça criminal, o que leva a crer que a medida satisfativa desejada não é a punição do agressor.

Caso a LMP tivesse uma interpretação mais aproximada da lógica restaurativa, como se acredita que deveria ter, medidas restaurativas de caráter educativo poderiam ser um caminho para uma responsabilização mais eficaz, com resultados que avançariam para além da punição.

Também foi proposta ADI 4424 para garantir uma interpretação conforme a Constituição aos artigos 12, inciso I, 16 e 41 da Lei 11.340/2006. O julgamento da ADI 4424, que se deu na mesma sessão em que foi julgada a ADC 19, complementou o entendimento do Supremo para declarar que a natureza da ação penal em caso de crime de lesão corporal contra a mulher no ambiente doméstico era pública incondicionada. Ou seja, em se tratando de lesão corporal, mesmo de natureza leve, o processamento penal deveria ser automático, e o desejo e autonomia da mulher, ignorados sob o argumento de sua proteção. Na interpretação do Supremo, não se estava interferindo na seara de liberdade da mulher, mas protegendo-a.

Logo, a interpretação dada à LMP em relação ao processamento automático do agressor afasta por completo a autonomia da mulher vítima. Pune-se independentemente de sua vontade, ainda que a mulher tenha reatado o relacionamento, ou tenha conseguido por outra circunstância solucionar o conflito, quando o processo perde o sentido e acaba revitimizando-a.

Mas o que se quer destacar são relatos de algumas entrevistadas pela pesquisa da UNICAP (MELLO, ROSENBLAT e MEDEIROS, 2018, p. 186) que conseguiram afastar o agressor com o mero registro da ocorrência na delegacia, mesmo sem medida protetiva. Ainda que as mulheres não estivessem questionando a importância da medida protetiva (já que, nos raros casos em que não foi pedida, a razão é que a mulher já havia conseguido frear o agressor), o estudo observa que esse tipo de relato contraria a ideia generalizada de que, em casos de VDFM, “é

imprescindível existir um processo penal, com ampliadas possibilidades de prisão provisória e, por fim, uma condenação dos agressores a penas severas”.

A reflexão deve ser no sentido de não ignorar esses dados, bem como todos os relatos que têm se repetido nas pesquisas empíricas que ouvem mulheres vítimas, a fim de se repensar o modelo de combate à violência doméstica e familiar, aproximando-o cada vez mais do respeito às individualidades dos envolvidos, em especial das mulheres vítimas.

Observa-se que, mesmo diante da obrigatoriedade de processamento penal das condutas descritas como violência doméstica e familiar e da proibição de utilização dos institutos da Lei 9099/95, analisando-se a totalidade dos artigos da LMP, nenhum deles chega a proibir a realização de práticas restaurativas.

Apesar de se investigar o potencial da JR para fazer emergir um novo paradigma, também é verdade que não se prega o absoluto abandono do processo penal tradicional. O próprio Zehr (2012, p. 71-76) já não mais compreende as lógicas retributiva e restaurativa como necessariamente excludentes. Argumenta que ambas entendem que o comportamento social nocivo desequilibra a balança entre ofensor e vítima. As propostas diferem sobre o meio que consideram mais eficaz para alcançar novamente o equilíbrio. Enquanto a lógica retributiva tenta responder às perguntas “que leis foram infringidas?”, “quem fez isso?”, “o que merece em troca?”; a teoria restaurativa opta pela troca das lentes e dos questionamentos para “quem foi prejudicado e quais suas necessidades?”, “quem tem responsabilidade para atender tais necessidades?”, “como se conseguirá envolver os interessados na busca de uma solução?”.

Ora, sabe-se que a JR não carrega nenhuma ideia milagrosa ou simplista, não é capaz de alcançar e resolver todos os males, também possui limitações e problemas. Por isso mesmo, Zehr enxerga como mais realista mirar um futuro em que a JR se constitua como norma, como norte de todos os procedimentos judiciais, ao tempo que alguma forma de justiça criminal lhe ofereça retaguarda. Ilustra sua reflexão sobre a justiça real enxergando-a como um continuum¹¹. De um lado, estaria o sistema penal ocidental (com suas qualidades, princípios limitadores do poder punitivo, promoção dos direitos humanos; e seus incontestes problemas), do outro lado, a JR (com iguais qualidades e limitações). Vislumbra como meta o avanço tanto quanto possível na direção do processo restaurativo, até o dia em que se efetivamente chegue a processos guiados por seus fundamentos.

11. Conjunto de elementos tais que se possa passar de um para outro de modo contínuo.

COSTA, Daniela Carvalho Almeida da; CAMPOS, Niully Nayara Santana. A Lei Maria da Penha em diálogo com a justiça restaurativa: resgate da voz da vítima como forma de ressignificar violências. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 190. ano 30. p. 197-237. São Paulo: Ed. RT, maio/jun. 2022.

Pois bem, mesmo diante da indisponibilidade do processo penal, disposto nas vedações da LMP e por interpretação do Supremo, que tornou pública incondicionada a ação penal nos crimes de lesão leve, ainda assim, pode-se aplicar a Justiça Restaurativa nos casos que envolvem violência doméstica e familiar. As práticas seguem em paralelo aos procedimentos judiciais. E, nesse contexto, é possível vislumbrar benefícios, seja para a mulher vítima, para o ofensor, seja, ainda, para filhos ou familiares do casal e demais pessoas afetadas. Nesse sentido, vale destacar passagem da pesquisa Pilotando a Justiça Restaurativa, coordenada pela professora Vera Regina, em que foi entrevistado um casal de Porto Alegre, que havia passado pela experiência da prática restaurativa:

“Por último, teve-se a oportunidade de entrevistar as partes, um casal em fase de separação, com uma filha menor de idade, cuja mulher acionara judicialmente o marido em situação de violência doméstica. A entrevista foi concedida em separado, logo após o término de sua participação em um pós-círculo [...]. Na percepção de ambos, a passagem pelo procedimento conseguiu reverter os sentimentos dolorosos e de negatividade presentes ao final do relacionamento (frustração, tristeza, mágoa, traição) para sentimentos positivos de valorização e de respeito da relação e da filha que tiveram juntos. Eles perceberam que vivenciaram, ao longo de sua união, muito mais vitórias do que dificuldades e descobriram que haviam aprendido ali uma nova forma de comunicação e de relacionamento que levariam para o resto das suas vidas” (ANDRADE, 2018, p. 218).

Ora, o respeito ao indivíduo é um valor evidente na prática restaurativa. Dar voz a quem não é ouvido significa empoderar, ressignificar a experiência vivida, dando a ela moldes de uma cultura de paz e inclusão, diversa do caminho de exclusão da pena pura e simplesmente perseguida. Isso porque, para as lentes da Justiça Restaurativa, o processo deve empoderar e informar. O que se nota no sistema retributivo é a ausência do sentimento de justiça, um pseudoempoderamento, ainda que tenha ocorrido vitória processual. A justiça, quando é realizada pelo Estado e apenas informada às partes, não transmite seu significado real. Assim, para a Justiça Restaurativa, não basta haver justiça. É preciso vivenciá-la, e, nessa perspectiva, a participação no processo é capaz de devolver a percepção real de poder à vítima de violência doméstica. Quando não há respeito, não há prática restaurativa ainda que orientada por seus princípios.

Para a Justiça Restaurativa, por exemplo, recontar a história, por meio da escuta respeitosa, é um elemento fundamental no processo de recuperação ou superação da violência. Numa prática com valores restaurativos, a vítima não é tratada como número, em que as circunstâncias e os sentimentos que envolvem

o conflito não têm qualquer valor jurídico, como é comum no sistema retributivo, em que é solicitado que a vítima fale apenas e exclusivamente o que for de interesse para a elucidação sobre a autoria e a materialidade do fato e em que a fala da vítima se resume a declarações de cunho probatório, longe da vontade da Lei Maria da Penha, criada com o escopo claro de proteção integral à vítima de VDFM.

Ao se trabalhar a perspectiva da violência contra a mulher, não se pode imaginar um sistema que se diga verdadeiramente restaurativo com uma mulher vista sem identidade, sem história, como incapaz de resgatar sua dignidade. Isso exige atender às necessidades dos envolvidos diretamente no conflito. Devolver à vítima e ao ofensor a responsabilidade sobre o conflito e o poder de cura, no sentido do poder de decidir a melhor maneira de seguir adiante.

A Justiça Restaurativa tem profunda preocupação com as necessidades da vítima, necessidades que são ignoradas pelo sistema de justiça tradicional, mas que são a razão de ser da própria LMP. Os movimentos de endurecimento da lei são reflexos da racionalidade penal moderna no contexto das lutas por uma vida livre de violência, mas andam na contramão do espírito da Lei Maria da Penha, pensada numa dimensão muito mais ampla do que o da mera responsabilização.

A Lei Maria da Penha é compreendida como um estatuto de proteção e assistência à mulher vítima, ao tempo que estabelece importante papel ao homem agressor quando prevê sua recuperação e reeducação. Não se desconsidera o caráter punitivista da Lei, reforçado por seus aplicadores e pelo legislador, que inova para restringir. O sistema de justiça tradicional fundado na lógica retributiva é um obstáculo difícil de ser transposto. Contudo, a potência da Justiça Restaurativa e sua força acolhedora podem ser capazes de conviver com a justiça penal, como uma alternativa não excludente. Os muitos dispositivos da Lei Maria da Penha, que, embora não tratem especificamente de Justiça Restaurativa, também não a proíbem, podendo dela ser aproximados num esforço típico dos que acreditam que transformar é possível.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nos cenários reais e complexos da violência doméstica e familiar contra a mulher, repetir as mesmas práticas esperando resultados diversos não parece uma saída perspicaz. Não se pode mais adiar a experiência concreta por novos caminhos, quando os objetivos são tão caros à humanidade: o direito das mulheres a uma vida sem violência, em que as relações sejam construídas em parceria, cuidado, afeto e autonomia.

Assim, o presente trabalho iniciou apresentando as bases de Justiça Restaurativa, reconhecendo-a como uma justiça fundada em princípios e valores, usando principalmente Howard Zehr como base teórica. Mesmo diante das limitações do sistema de justiça tradicional, fez-se um esforço para inverter a lógica da abordagem crítica e aproximar a Lei Maria da Penha da Justiça Restaurativa. Melhor, buscou-se olhar a LMP a partir das lentes restaurativas, isso porque se acredita que dar ênfase às dimensões não meramente retributivas da lei seja capaz de conduzir a uma aproximação dos atores que a aplicam de uma lógica mais afastada da mera punição como castigo.

Após esse brevíssimo caminho, resta claro que o uso da Justiça Restaurativa em conflitos que envolvem violência doméstica e familiar contra a mulher envolve muitos desafios. Isso porque a própria Lei Maria da Penha não abre espaços de forma clara para a adoção de práticas restaurativas em casos de VDFM. Ademais, a racionalidade penal moderna ainda impera, basta que se observem novos dispositivos da lei que enrijecem a punição do agressor, ou, ainda, a forma restritiva de interpretação da lei pelos atores do sistema de justiça.

Muito embora a Lei não contenha dispositivos com previsão de real devolução do conflito às partes diretamente afetadas, observá-la de forma mais ampla e interpretá-la a partir da lógica restaurativa pode contribuir para empoderar as mulheres vítimas por meio da ação integrada da rede de proteção e assistência cada vez mais inclinadas na direção dos princípios e valores restaurativos.

A potencialidade da Justiça Restaurativa para estimular novos olhares no controle dos conflitos que envolvem violência doméstica foi reforçada pela ideia de que pode atuar mesmo em meio a práticas retributivas e, ainda que não possa substituí-las (ao menos não no contexto atual de aumento de violência, de disputas morais, de discursos intolerantes e punitivistas), pode conviver com elas na perspectiva de substituí-las paulatinamente. Ou, ainda, que se mantenha o sistema penal retributivo na retaguarda, como sugere Zehr, que se abra espaço para o atendimento das necessidades dos diretamente afetados pelo conflito, notadamente a mulher vítima; especialmente porque restou evidenciado o quanto ela sai perdendo quando a abordagem que lhe é ofertada se esgota na punição, sobretudo quão longe o modelo retributivo está de lhe compreender os anseios e atender a suas necessidades.

É possível que, em alguns casos mais graves, a situação concreta se mostre inconciliável com a abordagem restaurativa, todavia, não há como definir essa inadequação de maneira apriorística. A Justiça Restaurativa não é resposta para tudo. Ademais, no dizer de Zehr, não se pode perder de vista as garantias do sistema jurídico como o Estado de Direito, a imparcialidade, o respeito pelos direitos

humanos. De igual maneira, é preciso cautela para que as práticas restaurativas não sejam capturadas pela lógica punitiva e representem um jeito informal de expansão do sistema punitivo, ou, ainda, uma reforma meramente “estética” do sistema de justiça criminal.

Mas é preciso avançar, porque a crença de que punir (e punir cada vez mais) o agressor pode resolver os conflitos de VDFM ou garantir segurança e paz às mulheres vítimas é uma falácia anunciada. Portanto, é preciso trocar as lentes. As mulheres que sempre lutaram por equidade, pelo direito aos seus corpos, por uma vida sem violência, que pautaram a criação das DEAMs, da Lei Maria da Penha, também precisam abrir espaço para que as mulheres que sofreram violência possam ser ouvidas.

As vozes das mulheres vítimas que ressoam em tantas pesquisas ao longo desses 15 anos de LMP escancaram a revitimização protagonizada pelo sistema de justiça criminal e pela lógica da punição. Devolver o conflito às partes, empoderar as mulheres vítimas não são mantras a serem repetidos sem o correspondente esforço ousado de buscar formas para sua concretização. Perscrutar esse caminho é tarefa que exige comprometimento e abertura a novos saberes, num processo contínuo de desconstrução, reconstrução e aproximação feminista e soroterna.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANDRADE, Vera Regina Pereira de (Coord.). *Pilotando a Justiça Restaurativa: o papel do poder judiciário*. Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e Fundação José Arthur Boiteux (UFSC). Brasília, 2018.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Sistema penal máximo x Cidadania mínima: codificação da violência na era da globalização*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- BIROLI, Flávia. *Gênero e desigualdades: limites da democracia no Brasil*. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2018.
- BOYES-WATSON, Carolyn; PRANIS, Kay. *No coração da esperança: guia de práticas circulares*. Trad. Fátima de Bastiani. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Departamento de Artes Gráficas, 2011.
- BRAITHWAITE, John. Principles of restorative justice. In: VON HIRSCH, A., ROBERTS J., BOTTOMS, A., ROACH, K., SCHIFF, M. (Org.). *Restorative Justice & Criminal Justice: Competing or Reconcilable Paradigms?* Oxford and Portland: Hart, Publishing, 2003.
- BRAITHWAITE, John. *Restorative Justice and Responsive Regulation*. New York: Oxford University Press, 2002. Disponível em: [<https://www.google.com/>]

url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=2ahUKEwicxtPM9MDhAhUPGrkGHY7lBbEQFjAAegQIARAC&url=http%3A%2F%2Fjohnbraithwaite.com%2Fwp-content%2Fuploads%2F2016%2F06%2FRestorative-Justice-and-Respon.pdf&usg=AOvVaw2UrtJo9YUtGNV_2cYiEyog]. Acesso em: 05.04.2019.

BRANDI, Cesare. *Teoria da restauração*. Trad. Beatriz Mugayar Kühl. Cotia: Ateliê Editorial, 2008 (Coleção Artes & Ofícios).

CHRISTIE, Nils. Conflicts as property. *The British Journal of Criminology*, London, v. 17, n. 1, p. 1-15, 1977. Disponível em: [https://doi.org/10.1093/oxfordjournals.bjc.a046783]. Acesso em: 05.01.2020.

CHRISTIE, Nils. *Limits to Pain: The Role of Punishment in Penal Policy*. Eugene: Wipf and Stock Publishers, 2007.

COSTA, Daniela Carvalho Almeida da. *Monitoramento da Justiça Restaurativa em três dimensões: desenho a partir da experiência das práticas restaurativas de 17ª Vara Cível da Comarca de Aracaju (adolescentes em conflito com a lei)*. São Cristóvão: Editora UFS, 2019.

COSTA, Daniela Carvalho Almeida da. *Justiça Restaurativa: alternativa viável à solução de conflitos envolvendo violência doméstica e familiar contra a mulher?* Grupo de Pesquisa Estudos Sobre Violência e Criminalidade na Contemporaneidade (CNPQ). Linha de Pesquisa Violência de Gênero – Pesquisa sobre a efetividade da Lei 11.340/06. Edital 02/2014/POSGRAP/COPES/UFS. São Cristóvão, 2014.

COSTA, Daniela Carvalho Almeida da; CAMPOS, Niully Nayara Santana. *Justiça restaurativa e enfrentamento à violência doméstica: o desafio de superar a lógica patriarcal e promover autonomia às mulheres*. Anais do XXVIII Encontro Nacional do CONPEDI, Goiânia, 2019.

IZUMINO, Wania Pasinato. Delegacias de Defesa da Mulher e Juizados Especiais Criminais: Contribuições para a Consolidação de uma Cidadania de Gênero. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 10, n. 40, p. 283, 2002.

KARAM, Maria Lúcia. *Os paradoxais desejos punitivos de ativistas e movimentos feministas*. São Paulo: Justificando, 2015. Disponível em: [http://www.justificando.com/2015/03/13/os-paradoxais-desejos-punitivos-de-ativistas-e-movimentos-feministas//. ISSN: 2527-0435]. Acesso em: 26.07.2019.

KARAM, Maria Lúcia. Violência de gênero: o paradoxal entusiasmo pelo rigor penal. *Boletim do IBCCrim*, ano 14, n. 168, nov. 2006.

LARRAURI, Elena. *Criminología crítica: Abolicionismo y garantismo*. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Boletim Oficial del Estado, n. L, jan., 2007.

LEMAIRE, Ria. Patrimônio e matrimônio: proposta para uma nova historiografia da cultura ocidental. *Educar em Revista*, Curitiba, v. 34, n. 70, p. 17-33, jul.-ago. 2018. Versão On-line ISSN 1984-0411.

- MELLO, Marília Montenegro Pessoa de. *A lei Maria da Penha e a força simbólica da nova criminalização da violência doméstica contra a mulher*. XIX Encontro Nacional do CONPEDI, 2010, Fortaleza. Disponível em: [<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3263.pdf>]. Acesso em: 05.04.2021.
- MELLO, Marília M. P. de; ROSENBLATT, Fernanda C. da Fonseca; MEDEIROS, Carolina S. L'Armée Q. de. *Entre práticas retributivas e restaurativas: a Lei Maria da Penha e os avanços e desafios do Poder Judiciário*. Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP) e Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Brasília, 2018. Disponível em: [<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/69f98306e01d7a679720c82bf016b8ea.pdf>]. Acesso em: 02.01.2020.
- MESQUITA, Marcelo Rocha. *Justiça Restaurativa: uma opção na solução de conflitos envolvendo violência doméstica e familiar contra a mulher*. 2015. 170f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Sergipe. São Cristóvão, 2015.
- ONU. *Resolução 2002/12*. Princípios básicos para utilização de programas de Justiça Restaurativa em matéria criminal. Disponível em: [http://www.juridica.mppr.mp.br/arquivos/File/MPRestaurativoEACulturadePaz/Material_de_Apoio/Resolucao_UNU_2002.pdf]. Acesso em: 06.04.2019.
- PACHECO, Rubens Lira Barros. *Justiça Restaurativa, responsabilidade e crimes patrimoniais: o desafio de superação do paradigma etiológico*. 2018. 324f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Sergipe. São Cristóvão, 2018.
- PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. *Justiça restaurativa: da teoria à prática*. 1. ed. São Paulo: IBCCRIM, 2009.
- PALLAMOLLA, Raffaella; ACHUTTI, Daniel. *Justiça Criminal e Justiça Restaurativa: possibilidades de ruptura com a lógica burocrático-retribucionista*. *Sistema Penal & Violência*, Porto Alegre, v. 6, n. 1, p. 75-87, jan.-jun. 2014.
- PIRES, Álvaro. A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos. *Novos Estudos*, CEBRAP, n. 68, p. 39-60, mar. 2004. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/121354/mod_resource/content/1/Pires_A%20racionalidade%20penal%20moderna.pdf]. Acesso em: 05.04.2019.
- RIBOLI, Eduardo Bolsoni. Um “tribunal orientado para a vítima”: o minimalismo de Nils Christie e as suas contribuições à justiça restaurativa. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 5, n. 1, p. 253-298, jan.-abr. 2019.
- SAFFIOTI, Heleieth I.B. Contribuições feministas para o estudo da violência de gênero. *Cadernos Pagu*, p. 115-136, n. 16, 2001. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/285905598_Contribuicoes_feministas_para_o_estudo_da_violencia_de_genero]. Acesso em: 06.04.2019.
- SANTOS, Cecília MacDowell; MACHADO, Isadora Vier. Punir, restaurar ou transformar? Por uma justiça emancipatória em casos de violência doméstica. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 146, ano 26, p. 241-271, ago. 2018.

- SANTOS, Cláudia Cruz. *A justiça restaurativa: um modelo de reação ao crime da justiça penal: por quê, para quê e como?* Coimbra: Coimbra Editora, 2014.
- SPOSATO, Karyna Batista. *Justiça Juvenil Restaurativa e novas formas de solução de conflitos*. São Paulo: CLA Cultural, 2018.
- ZEHR, Howard. *Justiça Restaurativa*. Teoria e prática. Trad. Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2012.
- ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: Justiça Restaurativa para o nosso tempo*. Trad. Tônia Van Acker. 25. ed. São Paulo: Palas Athena, 2008.

Legislação

- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA). *O Poder Judiciário no Enfrentamento à Violência Doméstica e Familiar Contra as Mulheres*, 2019. Disponível em: [<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/7b7cb6d9ac9042c8d3e40700b80bf207.pdf>]. Acesso em: 02.01.2020.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). *Mapeamento dos Programas de Justiça Restaurativa*, 2019. Disponível em: [<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/06/8e6cf55c06c5593974bfb8803a8697f3.pdf>]. Acesso em: 10.01.2020.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). *Resolução 225/16*. Dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: [http://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/resolucao/resolucao_225_31052016_02062016161414.pdf]. Acesso em: 05.04.2019.
- BRASIL. *Constituição de 1988*. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.
- COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (OEA). *Relatório 54/01*, referente ao caso 12.051 – Maria da Penha Maia Fernandes, de 04 de abril de 2001. Disponível em: [<http://www.cidh.org/annualrep/2000port/12051.htm>]. Acesso em: 05.08.2019.



PESQUISAS DO EDITORIAL



ÁREA DO DIREITO: Penal

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- Lei Maria da Penha e lei do feminicídio: a violência de gênero no Brasil entre hostilidades, simbolismo e legitimidade, de Danler Garcia – *RBCCrim* 169/163-192;
- Lei Maria da Penha: avanços e insuficiências, de Victor Sugamoto Romfeld – *RBCCrim* 140/109-137; e
- Lei Maria da Penha: tutela diferenciada dos direitos das mulheres em situação de violência doméstica e familiar, de Eduardo Cambi e Emmanuella Magro Denora – *RBCCrim* 133/219-255.

INTEGRAÇÃO DE GÊNERO À LUZ DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RESPOSTAS DO SISTEMA JUDICIAL AO CRIME ORGANIZADO

GENDER MAINSTREAMING WITH RESPECT TO FUNDAMENTAL RIGHTS IN THE JUSTICE SYSTEM'S RESPONSES TO ORGANIZED CRIME

DENISE NEVES ABADE

Doutora em Direito Constitucional e Processual pela Universidad de Valladolid. Mestre em Direito Processual pela Universidade de São Paulo. Professora de Direito Penal e Processual Penal na Universidade Presbiteriana Mackenzie. Membro do Berkeley Center on Comparative and Anti-Discrimination Law, da Faculdade de Direito de Berkeley, Califórnia. Procuradora Regional da República.

Lattes: [<http://lattes.cnpq.br/8867992867299068>].

ORCID: [<https://orcid.org/0000-0001-5855-2543>].

DOI: [[10.54415/rbccrim.v190i190.121](https://doi.org/10.54415/rbccrim.v190i190.121)].

deniseabade@gmail.com

Recebido em: 01.10.2021

Aprovado em: 07.02.2022

Última versão da autora: 20.02.2022

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: Embora o número de mulheres envolvidas na criminalidade organizada venha aumentando, as circunstâncias e papéis que desempenham nesses grupos e os níveis de violência com os quais se envolvem diferem dos homens em muitos contextos. Mulheres podem cometer delitos ao mesmo tempo que são vítimas de violência. Organizações criminosas miram especificamente mulheres como alvo através de atos de violência sexual e de gênero como um meio de atingir objetivos táticos. Mulheres podem também enfrentar dificuldades específicas de gênero ao tentar ter acesso à justiça e buscar respostas quando vítimas do crime organizado. Apesar desses diferentes impactos, a análise tradicional muitas vezes se esquece da perspectiva de gênero nos discursos de combate

ABSTRACT: Although the number of women involved in organized crime is increasing, the circumstances and roles they play in these groups and the levels of violence with which they are involved differ from men in many contexts. Women may commit crimes at the same time that they are victims of violence. Criminal organizations specifically target women through acts of sexual and gender-based violence as a means of achieving tactical objectives. Women may also face gender-specific difficulties when attempting to access justice and seek remedies as victims of organized crime. Despite these different impacts, traditional analysis often overlooks the gender perspective in discourses of fighting organized crime, whether analyzing victims or members of criminal organizations. One of the

ABADE, Denise Neves. Integração de gênero à luz dos direitos fundamentais nas respostas do sistema judicial ao crime organizado.

Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 190. ano 30. p. 239-273. São Paulo: Ed. RT, maio/jun. 2022.

DOI: [[10.54415/rbccrim.v190i190.121](https://doi.org/10.54415/rbccrim.v190i190.121)].

ao crime organizado tanto no estudo da situação das vítimas ou das integrantes das organizações criminosas. Uma das principais estratégias para promover a igualdade de gênero e os direitos da mulher é a integração da perspectiva de gênero (*gender mainstreaming*). O presente artigo pretende avaliar a dimensão de gênero que deve ser acrescentada à compreensão da criminalidade organizada, levantando questões e alcances para a compreensão tanto do fenômeno quanto das estratégias para enfrentá-lo, considerando as sinergias que devem existir entre o enfrentamento do crime organizado e as políticas de igualdade de gênero

PALAVRAS-CHAVE: Gênero – Mulher – Política de igualdade de gênero – Fatores de violência – Organizações criminosas – Crime organizado – Direitos fundamentais.

main strategies to promote gender equality and women's rights is gender mainstreaming. This article intends to evaluate the gender dimension that must be added to the understanding of organized crime, raising questions and scope for understanding both the phenomenon and the strategies to confront it, considering the synergies that must exist between the confrontation of organized crime and gender equality policies.

KEYWORDS: Gender – Women – Gender equality policy – Factors of violence – Criminal organizations – Organized crime – Fundamental rights.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Metodologia. 3. A integração de gênero como fenômeno indissociável de uma abordagem à luz dos direitos fundamentais. 4. Mulheres e o crime organizado. 5. Definição de criminalidade organizada e as limitações da análise tradicional. 6. Como o gênero se manifesta na criminalidade organizada. 7. Crime organizado e feminicídio. 8. Perspectiva de gênero como parte da abordagem de direitos fundamentais no enfrentamento da criminalidade organizada: o papel do Ministério Público e órgãos de acusação. 9. Conclusão. 10. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo visa acrescentar dimensão de gênero à tradicional abordagem da criminalidade organizada, integrando o conceito no marco teórico da jusfundamentalização do Direito e buscando compreender o fenômeno, bem como traçando estratégias para enfrentá-lo, levando em consideração sinergias que devem existir entre o enfrentamento do crime organizado e as políticas de igualdade de gênero.

Parte-se da premissa de que, embora não exista uma definição única de gênero, há vários elementos em que as principais autoras e autores coincidem. Os gêneros têm relação com os modos culturais de agir e falar que reconhecemos como “típicos” de um ou outro sexo, não tendo nenhuma relação com modos “naturais” de agir de homens e mulheres, mas sim a códigos que socialmente foram mostrados e ensinados a reconhecer como femininos ou masculinos. Ou seja,

enquanto o termo “sexo” é usado para se referir a diferenças biológicas relacionadas à reprodução e outros traços físicos entre seres humanos, – criando categorias entre homens e mulheres – por gênero nos referimos ao social nos referimos às características que são socialmente atribuídas a pessoas de ambos os sexos¹.

Considerando que a igualdade e a não discriminação constituem a grande pauta do século XXI – e os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da Agenda 2030 comprovam isso, porque todos têm por fim eliminar, de uma forma ou outra, a desigualdades estruturais que ainda perduram nos dias de hoje – pretende-se aqui demonstrar a importância de integrar uma perspectiva de gênero nos esforços para prevenir e combater a criminalidade organizada. As instituições brasileiras têm a obrigação, a partir de uma ótica de implementação de direitos humanos e direitos fundamentais, de incluir a igualdade de gênero também nessa área. Essa obrigação deriva tanto dos tratados de direitos humanos como deriva da própria Constituição de 1988. Por isso, aborda-se aqui que as respostas estatais à criminalidade organizada devem variar entre homens, mulheres, meninos e meninas, região e sobreposição de vulnerabilidades.

Portanto, a integração de uma perspectiva de gênero é um pré-requisito para prevenir e enfrentar com sucesso a criminalidade organizada de forma a não violar os direitos humanos e direitos fundamentais.

Como “realista esperançosos”, utilizando aqui a expressão de Suassuna², entendemos que, assim como o Direito pode ser um instrumento de dominação, também pode converter-se em uma poderosa ferramenta de transformação social.

Enfrentamento ao crime, direito penal e direitos fundamentais, assim, podem contribuir estrategicamente à construção de sociedades mais igualitárias, a partir do momento em que constatamos e deciframos os mecanismos da desigualdade e relações de poder.

É essa visão que estrutura o presente artigo, com compreensão do Direito e direitos fundamentais, que incluem integração de gênero.

1. JARAMILLO, Isabel. *La crítica feminista al derecho, en Género y teoría del derecho*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores. 2000. p. 2.
2. Em entrevista ao jornal *Folha de S.Paulo*, o escritor afirmou: “Não sou nem otimista, nem pessimista. Os otimistas são ingênuos, e os pessimistas amargos. Sou um realista esperançoso. Sou um homem da esperança” (PRADO, Juliana. Ariano Suassuna, na Flupp: sou um homem da esperança. *Folha de S.Paulo*, São Paulo, 08.11.2012. Disponível em: [<https://www.terra.com.br/diversao/arte-e-cultura/ariano-suassuna-na-flupp-sou-um-homem-da-esperanca,b518ad3345a1b310VgnCLD200000bbccceb0aRCRD.html>]. Acesso em: 17.02.2022).

2. METODOLOGIA

A pesquisa aqui exposta utiliza abordagem indutiva, com o uso da técnica de pesquisa bibliográfica e documental, expondo o objetivo metodológico voltado à exploração da temática e à proposição de nova forma de entender o objeto de estudo do presente artigo.

3. A INTEGRAÇÃO DE GÊNERO COMO FENÔMENO INDISSOCIÁVEL DE UMA ABORDAGEM À LUZ DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Como já afirmamos em estudo anterior³, o paradigma do Estado Democrático Social de Direito determinado no texto constitucional brasileiro nos leva à reflexão do fenômeno da constitucionalização do Direito, que se revela, também, como o fenômeno de “irradiação dos efeitos das normas (ou valores constitucionais) aos outros ramos do direito”⁴.

A premissa da qual partimos no presente artigo é a ideia da constitucionalização do Direito, fundado na força expansiva das normas constitucionais, pela qual o conteúdo material de suas normas irradia-se e vincula todo o ordenamento jurídico, inclusive as normas penais que tratam sobre crime organizado.

Paralelamente ao fenômeno da constitucionalização do Direito, ocorre também a “jufundamentalização da Constituição”, que consiste na inserção, nos textos constitucionais, de pauta ampla de direitos humanos e fundamentais. E a jufundamentalização do Direito vai além da inserção, com superioridade material, de normas de direitos fundamentais na Constituição. Há, ainda, a jufundamentalização do restante do ordenamento jurídico em nome da própria força expansiva da Constituição. Consequentemente, há a impregnação dos princípios constitucionais que vinculam a interpretação de todo o ordenamento⁵.

Aproximando essa visão ao tema de que estamos tratando, vê-se que a jufundamentalização do Direito é tópico essencial para a compreensão da necessária

3. Conferir, nesse sentido, ABADE, Denise Neves. *Direitos fundamentais na cooperação jurídica internacional: Extradição, assistência jurídica, execução de sentença estrangeira e transferência de presos*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 69-84.

4. SILVA, Virgínio Afonso da. *A constitucionalização do direito*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 38. Ainda, ver GUASTINI, Riccardo. A “constitucionalização” do ordenamento jurídico e a experiência italiana. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. *A constitucionalização do direito – Fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. 271-293, em especial p. 272.

5. ABADE, Denise Neves. *Direitos fundamentais na cooperação...*, cit., p. 80-81.

perspectiva de gênero na persecução penal da criminalidade organizada, já que as regras de direito material e processual sobre o tema nem sempre contemplam diretamente direitos fundamentais. Logo, o efeito irradiante dos direitos fundamentais é essencial. Dada a predominância do estatuto infraconstitucional das normas incriminadoras de atos de corrupção, a leitura de direitos fundamentais é imprescindível.

Isso porque o ordenamento brasileiro incorporou diversos tratados que combatem a discriminação e violência contra a mulher, visando alcançar a igualdade material de gênero – e não meramente formal. Esses tratados exigem a implementação de regras e medidas especiais destinadas a acelerar a igualdade de fato entre homem e mulher – igualdade esta que é um dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) da Agenda 2030, o ODS 5: alcançar a igualdade de gênero e empoderar todas as mulheres e meninas, explicitando que os Estados devem se comprometer a “acabar com todas as formas de discriminação contra todas as mulheres e meninas em toda parte”⁶

Nesse sentido, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher das Nações Unidas (CEDAW, na sigla em inglês) determina que os Estados Partes devem tomar as *medidas necessárias* para suprimir a discriminação de gênero *em todas as suas formas e manifestações*⁷.

A proteção dos direitos fundamentais e, como já afirmamos anteriormente, a proteção da cidadania com a perspectiva de gênero, deve levar em conta as estruturas e os padrões de poder e domínio que submetem mulheres às diferentes formas de violência e as obrigações assumidas pelos Estados no quadro da Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW), adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 1979; da Convenção Interamericana para Prevenir, Sancionar, Erradicar a Violência contra a Mulher – Convenção de Belém do Pará, adotada pela Assembleia-Geral da Organização dos Estados Americanos em 1994; das Regras de Brasília sobre Acesso à Justiça das Pessoas em Situação de Vulnerabilidade, adotadas pela XIV Cimeira Judicial Ibero-Americana em 2008; e dos demais textos internacionais que visam à igualdade⁸.

6. Conferir em: [<https://brasil.un.org/pt-br/sdgs/5>]. Acesso em: 18.02.2022.

7. Convenção sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, CEDAW, Preâmbulo. Grifo nosso.

8. ABADE, Denise Neves. Perspectiva transversal de gênero no enfrentamento da corrupção. In: WOLKMER DE CASTILHO, Ela Wiecko; OMOTO, João Akira; VIEGAS E

Por esse motivo, como a igualdade material é um dos direitos fundamentais em que se baseia o Estado Democrático Social de Direito, o fenômeno da jusfundamentação do Direito impõe que o alcance dessa igualdade seja estendido também para o direito penal. E não só: há que se determinar um olhar diferente, com perspectiva de gênero, no trato de diversas formas de criminalidade – e este artigo enfocará a criminalidade organizada, âmbito em que o olhar transversal de gênero quase sempre é esquecido.

Importa lembrar que esse trato diferenciado não é proibido pela igualdade entre homens e mulheres prevista na Constituição de 1988 no art. 5º, uma vez que o objetivo é justamente do texto constitucional é promover a igualdade material entre homens e mulheres. Nas palavras da Min. Cármen Lúcia, em voto histórico na ADC 19⁹, o trato diferenciado é necessário, mesmo que temporariamente, para a sociedade “superar a indiferença às diferenças” (Intervenção oral no julgamento da ADC 19/DF, rel. Min. Marco Aurélio, j. 09.02.2012)¹⁰.

E, ainda, em 2015, o Comitê da CEDAW reforçou no seu Comentário Geral 33, sobre o acesso de mulheres à justiça, que “a independência e a imparcialidade do sistema de justiça são elementos fundamentais para a luta contra a *impunidade estrutural, enraizada em todos os níveis do sistema de justiça*, em relação às violações de direitos das mulheres”¹¹. O Comitê esclarece que esse problema envolve diversas dimensões do sistema de justiça, incluindo mecanismos especializados e quase-judiciais, *cabendo aos Estados enfrentar a presença de estereótipos de gênero*,

SILVA, Marisa; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo (Org.) *Perspectivas de gênero e o sistema de justiça brasileiro*. Brasília: ESMPU, 2019. p. 107.

9. A Ação Direta de Constitucionalidade (ADC 19) visou declarar constitucional os arts. 1º, 33 e 41 da Lei Maria da Penha, após divergências judiciais sobre a constitucionalidade da Lei. No âmbito da ADC 19, foi discutido o argumento – contrário à constitucionalidade da lei – de eventual tratamento discriminatório promovido pela lei, uma vez que o homem agredido em um contexto familiar ou doméstico não pode beneficiar-se do seu manto protetor.
10. O episódio foi bem lembrado por CARVALHO RAMOS, André. *Curso de direitos humanos*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 698.
11. Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra as Mulheres, Recomendação Geral 33 sobre o acesso das mulheres à justiça de 03 de agosto de 2015. Original em inglês. Trad. Valéria Pandjarian; Revisão: Silvia Pimentel (Comitê CEDAW). Disponível em: [chrome-extension://efaidnbmninnibpcapjcgclclefindmkaj/viewer.html?pdfurl=https%3A%2F%2Fassets-compromissoeatitude-ipg.sfo2.digitaloceanspaces.com%2F2016%2F02%2FRecomendacao-Geral-n33-Comite-CEDAW.pdf&clen=782683&chunk=true]. Acesso em: 17.02.2022. Grifo nosso.

leis discriminatórias, procedimentos cegos às questões de gênero e, especialmente, *a falha em garantir de forma sistemática que os mecanismos judiciais sejam física, econômica, social e culturalmente acessíveis a todas as mulheres* (grifos nossos)¹²

O olhar transversal de gênero para a justiça criminal é um olhar de direitos fundamentais. E, na abordagem jusfundamental do Direito, como ressaltam Ela Wiecko de Castilho e Carmen Hein, devemos buscar a construção de uma dogmática jurídica que efetivamente incorpore a perspectiva de gênero enquanto paradigma hermenêutico de interpretação sistemática¹³.

Por esse motivo, o Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) é claro ao dispor que

“os critérios que orientam os processos de criminalização secundária, que consistem na atuação do poder punitivo sobre pessoas concretas, devem ser lidos com as lentes de perspectiva de gênero. A incapacidade do sistema de justiça, como um todo, para atuar sobre a totalidade das condutas criminosas redundando em incidência que é seletiva, por natureza. A questão que se coloca para o Poder Judiciário está em visibilizar esses critérios de escolha para que sua atuação não venha a maximizar as desigualdades inerentes a esta atuação”¹⁴.

4. MULHERES E O CRIME ORGANIZADO

A partir dos anos 1990, a globalização e a abertura das economias – combinadas com fatores sociais como pobreza e desigualdade, além da debilidade institucional dos Estados – favoreceram o crescimento das atividades do crime organizado transnacional, como o narcotráfico, o tráfico de armas e o tráfico de pessoas, fazendo com que a América Latina seja a região onde a criminalidade organizada mais cresceu em todo o mundo¹⁵.

12. Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra as Mulheres, Recomendação Geral 33 sobre o acesso das mulheres à justiça de 03 de agosto de 2015. Original em inglês. Trad. Valéria Pandjarian; Revisão: Silvia Pimentel (Comitê CEDAW). p. 13.

13. CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de; CAMPOS, Carmen Hein de. Sistema de justiça criminal e perspectiva de gênero. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 146, 2018. p. 273-303.

14. Conselho Nacional de Justiça (Brasil). *Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça – CNJ; Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – Enfam, 2021. p. 72.

15. Para Francisco Rojas Aravena, “El crimen organizado ha dado un importante salto cualitativo en América Latina. Ejemplo de ello son los índices de criminalidad, que han

Embora a participação das mulheres no crime organizado tenha sido comparativamente menor que a dos homens, nos últimos tempos, como visto, ela tem aumentado e se diversificado,¹⁶

Até alguns anos atrás, mulheres assumirem posições mais altas na hierarquia do crime organizado era algo muito raro. No Brasil, embora o crime organizado ainda seja amplamente dominado por homens¹⁷, nos últimos anos parece crescer o envolvimento de mulheres em espaços de mais poder nas organizações. Nesse sentido, observa-se que

hecho de las ciudades latinoamericanas las más inseguras del mundo. En los años 90, un 74,5% de los habitantes de las grandes urbes latinoamericanas fueron víctimas de algún tipo de acto delictivo. Con sólo tener el 8% de la población mundial, la región registró el 75% de los secuestros ocurridos en el mundo en 2003. Y el narcotráfico ha contribuido sustancialmente al aumento de la criminalidad, generando corrupción, violencia y desestabilización política. En 10 de 13 países que ofrecen datos fiables, las tasas de delincuencia aumentaron de 4 a 6 veces desde los años 90. Todo ello se agrava debido a las disfunciones que sufren los Estados y que fundamentalmente se pueden constatar en tres ámbitos: un Estado de Derecho débil, incapaz de garantizar el imperio a la ley; un Estado incapaz de asegurar los bienes públicos para el conjunto de la población, y en una importante erosión de sus sistemas políticos, especialmente en las jóvenes democracias de la región. La debilidad institucional de las democracias posibilita una mayor erosión del Estado por parte del crimen organizado”. SOLÍS, Luis Guillermo y ROJAS ARAVENA, Francisco (Ed.) *Crimen organizado en América Latina y el Caribe*. Santiago, : Catalonia, 2008, pp. 11-12

16. SAFRANOFF, Ana y TIRAVASSI, Antonella, “Mujeres en contextos de encierro en América Latina: características y factores de riesgo asociados a determinados comportamientos delictivos. Banco Interamericano de Desarrollo – División de Innovación para Servir al Ciudadano, 2018. Disponível em: [<http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2018/10/doctrina47064.pdf>]. Acesso em: 28.06.2021.
17. Ver, nesse sentido, a obra de NUNES DIAS, Camila C. *PCC: hegemonia nas prisões e monopólio da violência*. São Paulo: Saraiva, 2013. Seguindo a mesma linha, Carlos Henrique Aguiar Serra e Luís Antônio Francisco de Souza afirmam que “A relação das mulheres com o mundo do crime e com o mundo do encarceramento pode ser compreendida como um protagonismo subalterno, na medida em que, por mais que elas ganhem espaço e alguma visibilidade, ainda permanecem em posições secundárias e dependentes. Assim, o que se percebe é uma luta silenciosa e dolorosa das mulheres num universo dominado por homens, uma resistência confusa, que ora tente para o lamento em razão das perdas sociais e familiares sofridas, ora como esperança de uma vida melhor fora do cárcere” (AGUIAR SERRA, Carlos Henrique; FRANCISCO DE SOUZA, Luís Antônio. Entre dominação, sujeição e sujeito. Reflexões sobre encarceramento de mulheres no estado de São Paulo. *Anais do V Seminário Internacional de Pesquisa em Prisão*. Disponível em: [<http://andhep.org.br/anais/index.php/2-uncategorised>]. Acesso em: 27.06.2021.

“as mudanças de concepção de gênero e criminalidade foram a partir de um processo histórico demonstrando que a mulher nem sempre está em situação de vítima, assumindo uma nova abordagem social, que muitas vezes é incompreendida, trazendo tratamentos diferenciados socialmente”.¹⁸

A presença de mulheres nas esferas mais elevadas de poder na criminalidade organizada foi constatada inicialmente nos Estados do Norte e Nordeste brasileiro¹⁹, mas dados apontam que as mudanças talvez já estejam alcançando os Estados do sudeste do País – e provavelmente nos demais países latino-americanos²⁰.

Assim, algumas mulheres participam ativamente de quadrilhas e grupos de crime organizado e estão envolvidas na prática de crimes relacionados à criminalidade organizada. Contudo, a participação das mulheres, as circunstâncias da associação de mulheres com a criminalidade organizada contemporânea, os papéis que desempenham nesses grupos e os níveis de violência com os quais se envolvem diferem dos homens em muitos contextos, e são muitas vezes baseados em estereótipos de gênero. Em alguns casos, as mulheres podem cometer delitos enquanto são ao mesmo tempo vítimas de violência.

Por outro lado, se é certo que mulheres e homens, meninas e meninos estão entre as vítimas do crime organizado, as organizações criminosas miram especificamente mulheres como alvo através de atos de violência sexual e de gênero – tais como estupro, violência doméstica, feminicídio – como um meio de atingir objetivos táticos. Mulheres podem também enfrentar dificuldades específicas

-
18. SILVA SANTOS, Vanessa Érica. Mulheres criminosas: a evolução do discurso de vitimização da criminalidade de gênero em face da inserção da mulher no crime organizado. *Anais do CONIDIF– Congresso Internacional de Direitos Difusos*. Campina Grande: Realize, 2017. Disponível em: [https://www.editorarealize.com.br/editora/anais/conidif/2017/TRABALHO_EV082_MD1_SA6_ID280_19082017094723.pdf]. A autora conclui em seu estudo que “a mulher desenvolve sua criminalidade historicamente através da vitimização, partindo de uma abordagem de submissão ao gênero masculino, mas que ao longo dos anos vem se alterando para compor um perfil independente”.
 19. Em 2018, duas mulheres foram presas em Roraima por homicídio de outras mulheres, todas ligadas ao crime organizado, de acordo com a polícia local. Os casos tiveram ampla repercussão por conta da forma brutal como ocorreram. Nenhum dos casos de homicídio de mulheres envolvidas com o crime organizado naquele ano foram computados como feminicídio. Conferir em: [<https://folhabv.com.br/noticia/CIDADES/Capital/Perfil-de-mulheres-envolvidas-no-crime-organizado-mudou/39023>].
 20. Sobre a tendência, ver a pesquisa de PAULA, Juliana; RODRIGUES, Rebeca. O feminino frente às facções criminosas. *Anais do XV Encontro de Iniciação Científica da UNI7*, v. 9, n. 1, 2019.

de gênero ao tentar ter acesso à justiça e buscar soluções como vítimas do crime organizado.

Apesar desses diferentes impactos e associações, a análise tradicional tem, muitas vezes, esquecido da perspectiva de gênero e colocado as mulheres na periferia dos discursos de combate ao crime organizado – seja como vítimas, seja como integrantes das organizações criminosas.

Uma das principais estratégias para promover a igualdade de gênero e os direitos da mulher, e eliminar todas as formas de discriminação contra as mulheres com base no sexo e no gênero, é a integração da perspectiva de gênero (*gender mainstreaming*).

O conceito surgiu como uma estratégia acordada internacionalmente para promover a igualdade de gênero na Quarta Conferência Internacional sobre a Mulher, realizada em Pequim, e foi posteriormente adotada pelo Assembleia-Geral da ONU em sua Resolução 50/203 como uma política das Nações Unidas para todo o seu sistema. Integrar uma perspectiva de gênero é promover os direitos humanos da mulher e a eliminação da discriminação contra a mulher. Também contribui para assegurar que as medidas para prevenir e combater a criminalidade organizada sejam mais bem fundamentadas e direcionadas, tornando-as mais eficazes. Segundo o Relatório Integrar a perspectiva de gênero no trabalho dos órgãos dos tratados de direitos humanos das Nações Unidas,

“integrar uma perspectiva de gênero, ou *gender mainstreaming*, é uma abordagem conceitual de direitos/questões que requer que as realidades socialmente construídas de mulheres e homens sejam abordadas explicitamente no contexto de cada uma das convenções de direitos humanos, com o objetivo de prevenir, ou pelo menos reduzir, as desvantagens das mulheres”²¹.

Portanto, analisar casos de crime organizado e avaliar como o sistema de Justiça e, em especial, os órgãos incumbidos da persecução penal se comportam sob uma perspectiva de gênero significa basicamente levar em conta, por um lado, os preconceitos e estereótipos que derivam da legislação e, por outro lado, os preconceitos e estereótipos que derivam das práticas sociais. Em ambos existem conceitos preconcebidos sobre os papéis atribuídos a cada sexo.

-
21. *Integrating the gender perspective into the work of United Nations human rights treaty bodies – Report by the Secretary-General*. Tenth meeting of persons chairing human rights treaty bodies, Geneva, 14-18 September 1998. Disponível em: <https://www.un.org/womenwatch/daw/news/integrating.htm>. Acesso em: 13.06.2021.

Como, então, a perspectiva de gênero também pode ser articulada na persecução penal da criminalidade organizada?

A dimensão de gênero que deve ser acrescentada à compreensão da criminalidade organizada levanta novas questões e alcances para a compreensão tanto do fenômeno quanto das estratégias para enfrentá-lo. Isso implica deixar de pensar no crime organizado e seus efeitos em termos neutros e partir de uma compreensão dessa criminalidade como um fenômeno complexo, multidimensional, bem como considerar as sinergias que devem existir entre o enfrentamento do crime organizado e as políticas de igualdade de gênero.

Apesar do crescente interesse na relação entre crime organizado e gênero, não há consenso sobre como abordar essa questão, que ainda está em debate e construção. É possível afirmar que o principal obstáculo para abordagens mais sólidas é a falta de dados empíricos para analisar e medir a relação: falta visibilidade sobre o problema.

A perspectiva de gênero nos casos de crime organizado implica não apenas uma análise dos diferentes impactos do crime organizado sobre as mulheres, mas também deve levar à sensibilização e ao treinamento daqueles que operam o sistema judicial, com o objetivo de realizar uma interpretação normativa e uma administração da justiça que tenha critérios antidiscriminatórios para as mulheres. Além disso, a perspectiva de gênero deve ser dirigida à criação e ao bom funcionamento de todos os mecanismos, tanto judiciais quanto policiais, cujo objetivo principal é garantir a aplicação efetiva das normas legais que protegem os direitos humanos das mulheres também na persecução penal da criminalidade organizada.

Toda a legislação deve ser interpretada e aplicada de acordo com os valores, princípios e direitos consagrados na Constituição, bem como nos tratados internacionais de proteção de direitos humanos (inclusive os que versam sobre a busca de igualdade de gênero).

Até porque o desenvolvimento do direito penal inclui a proteção de direitos humanos também para sua efetivação: a utilização da via criminal para eficaz enfrentamento das graves violações de direitos humanos muitas vezes é indispensável. Cada vez mais é inegável que para proteção eficiente de bens jurídicos cuja violação atinge direitos sociais busca-se que Estados tipifiquem criminalmente e punam tais infrações na esfera penal.²²

22. Conforme afirmamos de forma mais detalhada em: ABADE, Denise Neves. Bens jurídicos e direitos: repensando a competência penal nas infrações contra a livre-concorrência. *Revista Brasileira de Ciências Criminais* São Paulo, n. 172, ano 28, out. 2020. p. 59-96.

ABADE, Denise Neves. Integração de gênero à luz dos direitos fundamentais nas respostas do sistema judicial ao crime organizado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 190. ano 30. p. 239-273. São Paulo: Ed. RT, maio/jun. 2022. DOI: [10.54415/rbccrim.v190i190.121].

Já é reconhecida pelo sistema interamericano de direitos humanos a relação entre crime organizado, corrupção e debilidade de democracias em alguns países latino-americanos. De fato, os relatórios da Comissão Interamericana de Direitos Humanos de 2015 e 2016 sobre o México²³ e sobre a Guatemala²⁴ indicaram que crime organizado – juntamente com a impunidade, corrupção, intolerância, violência política e social e a violência política e exclusão social de vários de vários setores – representa um sério perigo de regressão do Estado de direito e restringe o pleno gozo dos direitos humanos que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos reconhece a toda pessoa.

Por isso, uma resposta efetiva do sistema criminal ao crime organizado deve incluir uma abordagem com base na integração da perspectiva de gênero e dos direitos humanos e levar em conta as multifacetadas e distintas formas em que mulheres e homens estão envolvidos e são impactados por atos do crime organizado.

5. DEFINIÇÃO DE CRIMINALIDADE ORGANIZADA E AS LIMITAÇÕES DA ANÁLISE TRADICIONAL

A Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional (Convenção de Palermo, UNTOC, na sigla em inglês) define que um “grupo criminoso organizado” é um grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando de forma combinada com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material²⁵.

Considerando a grande variedade de fatores que influenciam o conceito de crime organizado, a complexidade das organizações criminosas e a ainda maior complexidade das relações que existem entre elas, é muito difícil determinar uma escala fixa de atividade para esses grupos. Como bem observa Madsen, suas atividades não estão apenas inter-relacionadas – como pode ser observado pela relação entre lavagem de dinheiro e tráfico humano ou tráfico de entorpecentes, por exemplo – estão também ligadas a causas políticas, tais como Estados de

23. CIDH, Situación de los derechos humanos en Mexico. Disponível em: [<http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/mexico2016-es.pdf>].

24. CIDH, Situación de los derechos humanos en Guatemala: diversidad, desigualdad y exclusión, 2015, OEA/Ser.L/V/II.Doc. 43/15, párr. 513. Disponível em: [<http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/guatemala2016.pdf>].

25. Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional, art. 2, “a”.

democracia frágil, piores condições econômicas, desenvolvimento sociocultural e até mesmo condições ecológicas²⁶.

A legislação e o sistema judiciário tradicionalmente não conseguem coibir adequadamente todos os níveis de envolvimento no crime organizado. Por isso, os Estados passaram a responder a formas mais sofisticadas de criminalidade introduzindo novas medidas em sua legislação penal, em um esforço para conciliar o direito penal tradicional com as exigências de percepção, investigação e demonstração de novos atos criminosos.

Mas, ao mesmo tempo que a nova legislação enfatiza uma abordagem que se pretende não tradicional, ela permanece focada na persecução de indivíduos e organizações a partir de uma visão patriarcal da sociedade, em vez de usar uma perspectiva de direitos humanos e de gênero.

As disposições de direito penal – sob as quais as condutas relacionadas com o crime organizado são puníveis – são geralmente formuladas em termos neutros de gênero. Pune-se as condutas que estão abarcadas sob o guarda-chuva do conceito de crime organizado (homicídio, abdução, tortura, financiamento da organização etc.) sem se distinguir gênero dos autores ou os diferentes impactos que essa criminalização tem sobre mulheres e homens.

Contudo, uma abordagem neutra de gênero, que não diferencia entre o impacto do crime organizado sobre mulheres e homens e assume que eles compartilham as mesmas experiências, necessidades e preocupações, é problemática porque resulta em uma presunção de que apenas as experiências dos homens em relação ao crime organizado são relevantes. Como os homens normalmente dominam a tomada de decisões, uma abordagem neutra de gênero pode, de fato, refletir em grande parte as prioridades masculinas.

A integração de uma perspectiva de gênero nas políticas, práticas e programas envolve o exame das necessidades e experiências tanto das mulheres quanto dos homens. As respostas nacionais e internacionais ao crime organizado devem considerar e ser moldadas pelas experiências de homens e mulheres: experiências como autores, como vítimas e como agentes em instituições estatais e não estatais (como movimentos sociais) envolvidos no combate ao crime organizado.²⁷

26. MADSEN, Frank G. General Questions. In: HAUCK, Pierre; PETERKE, Sven (Ed.). *International Law and Transnational Organised Crime*. Oxford: Oxford University Press, 2016. p. 34

27. Em reflexão similar, mas aplicada aos crimes de terrorismo, conferir HUCKERBY, Jayne Huckerby. Gender, counter-terrorism and international law. *Research Handbook on International Law and Terrorism*. Cheltenham: Edward Elgar, 2014. p. 165.

Interessante notar que, nas vezes em que o gênero é considerado no contexto do crime organizado, pouca atenção foi dada aos “homens” como uma categoria. Em vez disso, o termo “gênero” tem sido equiparado a “mulheres”. Como resultado, tem havido pouca reflexão política sobre quais elementos de masculinidade, identidade masculina, vínculo masculino e *status* masculino estão implicados na criminalidade organizada²⁸. Considerar o papel das masculinidades na criminalidade organizada pode ser fundamental para compreender as motivações para o envolvimento em atos de extrema violência e as formas pelas quais são empregadas determinadas táticas de recrutamento²⁹. Portanto, não é acidental que grupos criminosos mais violentos manipulem estereótipos de gênero para recrutar tanto homens como mulheres.

Embora reconhecendo a importância de analisar o papel da masculinidade, este artigo analisa predominantemente a forma como as mulheres vivem e são impactadas pela resposta do sistema de justiça à criminalidade organizada. Esse enfoque se justifica, dado que uma abordagem neutra em relação ao gênero (que tem caracterizado a maioria das respostas da justiça criminal ao crime organizado até o momento), é baseada na suposição implícita de que os autores de crimes ligados à criminalidade organizada, suas vítimas e os agentes estatais vinculados ao seu combate são principal ou exclusivamente masculinos.

As respostas do sistema criminal à criminalidade organizada devem integrar perspectiva de gênero em plena conformidade com as diretrizes de humanos, a fim de impedir o recrutamento de mulheres e meninas e promover a plena proteção das mulheres e meninas contra qualquer forma de exploração ou violência. Isso é obtido a partir de uma abordagem multidisciplinar, integrando as melhores práticas da justiça criminal, medidas de combate ao crime organizado contemporâneo com a promoção dos direitos das mulheres e da igualdade, e a eliminação da violência contra as mulheres.

A abordagem tradicional não indica com precisão como o sistema de justiça criminal está impactando homens e mulheres. Para que esses dados estejam

28. Um dos pioneiros ensaios a tratar da questão é STEFFENSMEIER, Darrell; ALLAN, Emilie. *Gender and Crime: Toward a Gendered Theory of Female Offending*. *Annual Review of Sociology*, v. 22, 1996. p. 459-487. JSTOR. Disponível em: [www.jstor.org/stable/2083439]. Acesso em: 14.06.2021.

29. Fionnuala Ní Aoláin analisou o fenômeno com relação a crimes de terrorismo. NÍ AO-LÁIN, Fionnuala. *The complexity and challenges of addressing conditions conducive to terrorism*. In: NOWAK, Manfred; CHARBORD, Anne (Ed.) *Using Human Rights to Counter Terrorism*. Cheltenham, Reino Unido: Edward Elgar, 2018. p. 187.

disponíveis, há necessidade de estabelecer diferentes metodologias, inclusive com adequação das leis penais aos parâmetros constitucionais e dos tratados internacionais de proteção de direitos humanos que impõem busca pela igualdade. A visão tradicional da justiça criminal, por si só, hoje se mostra insuficiente. O combate e a prevenção ao crime organizado – prevenção esta acompanhada com a devida preocupação com impactos sociais dessas ações – também devem abordar fatores socioeconômicos, de boa governança, instituições eficazes, direitos humanos e liberdades fundamentais, passando, obviamente, pela perspectiva de gênero. E a sociedade civil tem um papel crucial a desempenhar.

6. COMO O GÊNERO SE MANIFESTA NA CRIMINALIDADE ORGANIZADA

Mostra-se relevante avaliar os diferentes impactos do crime organizado nas mulheres e analisar potenciais respostas que o sistema criminal de Justiça pode apresentar adotando uma perspectiva de gênero.

Primeiramente, é importante evitar estereótipos – como a presunção de que mulheres só assumem papéis auxiliares na cadeia criminosa (o que é afastado já com os exemplos que iniciaram este artigo) ou de que apenas ingressam na criminalidade organizada por coerção ou por incentivo de uma figura masculina. Por outro lado, há que se reconhecer que as atribuições das mulheres nas organizações criminosas e na prática de crimes cometidos a partir dessas atribuições diferem daqueles cometidos por homens, como veremos, e essas diferenças são em muitos casos ditadas por normas sociais e estereótipos de gênero. Desenvolver um conhecimento dessas diferenças é essencial para construir respostas ao crime organizado que se mostrem efetivas e em consonância com os direitos humanos e fundamentais.

Em segundo lugar, o desenvolvimento desse conhecimento deve passar pelo exame sobre de que maneiras as respostas do direito penal para a criminalidade organizada afetam diferentemente homens e mulheres.

Os estudos tradicionais sobre o crime organizado costumam se concentrar principalmente nos modos de ação dos autores e nas formas de vitimização causados por grupos criminosos, na maior parte das vezes liderados por homens. Como consequência, em primeiro lugar, tende-se a “ignorar ou minimizar as perspectivas e a participação das mulheres”; uma segunda consequência é que as análises dos papéis da mulher no crime organizado “se concentram em sua identidade como vítima, como colaboradora passiva ou em suas relações emocionais ou familiares com os homens que fazem parte de uma organização”³⁰.

30. Conforme TICKNER, Arlene; ALONSO, Laura; LOAIZA, Lara; SUÁREZ, Natalia; CASTELLANOS, Diana; CÁRDENAS, Juan Diego. *Mujeres y crimen organizado* em

Os fatores usualmente identificados na doutrina para explicar o envolvimento das mulheres em várias atividades do crime organizado incluem (i) motivações socioeconômicas derivadas de contextos de vida precários, (ii) a existência de relações familiares dentro de empresas criminosas e, finalmente, (iii) relações sentimentais ou sexuais com líderes masculinos de organizações criminosas³¹. O fenômeno da feminização da pobreza (correlacionado com a falta de educação e o desemprego) pode também explicar o envolvimento das mulheres no crime organizado como uma forma de tentar aumentar sua qualidade de vida³².

Quando observamos as mulheres que estão no cárcere na América Latina, verificamos que a maioria delas não são apenas pobres, mas também economicamente marginalizada, pois têm poucas qualificações profissionais ou experiência de trabalho que lhes permitam ter acesso a melhores oportunidades de trabalho³³.

América Latina: más que víctimas o victimarias. Estudio elaborado por el Observatorio Colombiano de Crimen Organizado. Disponível em: [<https://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/30683/INFORME-Mujeres-y-crimen-organizado-en-America-Latina-1.pdf?sequence=1&isAllowed=y>]. Acesso em: 13.06.2021.

31. GIACOMELLO, Corin. Mujeres, delitos de drogas y sistemas penitenciarios en América Latina. *Documento informativo del IDPC (International Drug Policy Consortium)*, 2013. Disponível em: [https://www.unodc.org/documents/congress/background-information/NGO/IDPC/IDPC-Briefing-Paper_Women-in-Latin-America_SPANISH.pdf]. Acesso em: 13.06.2021.
32. Conforme ensaio de Gretchen Cloutier. A autora aponta que “varying degrees of drug laws in seventeen Latin American countries, combined with the vulnerable economic and social status of women, can be used explain increased female incarceration rates [...] Liberation makes women more likely to be economically marginalized, as can be observed by the feminization of poverty. Combining the propensity to commit economically motivated crimes, such as drug offenses, with aggressive War on Drugs criminalization practices explains the increased incarceration rates of women relative to men”. Ver em CLOUTIER, Gretchen. Latin America’s Female Prisoner Problem: How the War on Drugs, Feminization of Poverty, and Female Liberation Contribute to Mass Incarceration of Women. *Clocks and Clouds*, v. 7, n. 1, 2016. Disponível em: [<http://www.inquiriesjournal.com/a?id=1563>].
33. Conforme relatório do Banco Interamericano de Desenvolvimento de 2018: SAFRANOFF, Ana. Mujeres en contextos de encierro en América Latina: características y factores de riesgo asociados a determinados comportamientos delictivos – Nota técnica del BID 1409. Disponível em: [<https://publications.iadb.org/es/publicacion/17375/mujeres-en-contextos-de-encierro-en-america-latina-caracteristicas-y-factores-de>]. Acesso em: 13.06.2021.

Em consonância com esse problema, em muitos lares são as mulheres que têm de assumir a responsabilidade econômica, mas com salários que muitas vezes são inferiores aos recebidos em média pelos homens³⁴. Além de vir de baixo estrato socioeconômico, a maioria das mulheres na prisão é mãe e chefe de família monoparental: de acordo com um estudo realizado pela Banco Interamericano de Desenvolvimento, 87% das mulheres presas na América Latina têm filhos³⁵.

As informações sobre a participação das mulheres em organizações criminosas e nos crimes perpetrados por essas organizações refletem-se em algumas tendências relevantes para uma análise baseada em gênero – desde a criminalização, passando pela persecução penal e punição de condutas relacionadas ao crime organizado.

A primeira dessas tendências é o número crescente de mulheres envolvidas no crime organizado³⁶, que exige estratégias de prevenção. Por isso, há necessidade de implementação de programas que atendam especificamente às necessidades das mulheres e meninas.

A segunda tendência é que, embora as mulheres estejam cada vez mais desempenhando papéis operacionais e estejam se envolvendo em atos violentos em algumas organizações³⁷, os números apontam que isso ocorre com menos frequência do que com homens. Conforme afirmam Barcinski e Cúnico³⁸,

“o protagonismo e a atividade femininas são ignorados em argumentos que se centram na inabilidade feminina para o crime, na natural propensão das mulheres a protegerem aqueles ao seu redor ou na relação de causalidade linear entre violência sofrida e violência perpetrada pelas mulheres. Não se trata obviamente de ignorar a vitimização das mulheres, nem tampouco o seu papel nas escolhas (ou na falta de escolhas) das traficantes femininas [...]. No entanto, apesar do caráter transgressor do tráfico de drogas, por exemplo, as

34. CLOUTIER, op. cit., p. 102-122.

35. SAFRANOFF, Ana, op. cit., p. 17.

36. Conforme estudo de TICKNER, Arlene; ALONSO, Laura; LOAIZA, Lara; SUÁREZ, Natalia; CASTELLANOS, Diana; CÁRDENAS, Juan Diego. *Mujeres y crimen organizado en América Latina: más que víctimas o victimarias*, cit.

37. Cite-se o estudo de BARCINSKI, Mariana; CÚNICO, Sabrina Daiana. *Mulheres no tráfico de drogas: Retratos da vitimização e do protagonismo feminino*. Dossiê: Mulheres e violência. *Civistas, Rev. Ciênc. Soc.*, v. 16, n. 1, jan.-mar. 2016. Disponível em: [https://doi.org/10.15448/1984-7289.2016.1.22590].

38. Ob. cit., p. 61.

mulheres traficantes não podem definitivamente ser consideradas emancipadas, autônomas ou empoderadas”.

De fato, as mulheres ainda desempenham principalmente papéis não violentos no apoio às atividades das organizações criminosas – até porque, na lógica do crime organizado, mulheres são usadas pelas organizações criminosas para a consecução das tarefas menos valorizadas dentro da organização, social e financeiramente, o que inclui as atividades “coadjuvantes”³⁹. Assim, as mulheres são particularmente afetadas pela criminalização das chamadas *condutas de apoio* ou *condutas de suporte* à organização criminosa⁴⁰.

Uma terceira tendência notada é que muitas vezes as mulheres se associam ao crime organizado como resultado de relações amorosas ou familiares com um homem associado ao grupo⁴¹.

Por fim, constata-se que, embora tanto homens quanto mulheres possam se envolver com organizações criminosas também por meio de algum tipo de coerção, subserviência e violência, as mulheres têm uma probabilidade desproporcionalmente maior de serem coagidas a participar⁴². Ter essa percepção

39. A partir de dados da realidade brasileira, conferir BARCINSKI, Mariana. *Women in drug trafficking: the identity construction of Brazilian reformed criminals*. Saarbrücken: VDM, 2008.

40. O termo “papéis de suporte” ou “condutas de suporte” é amplamente utilizado quando tratamos de crimes de terrorismo, mas pode ser adequado às condutas de crime organizado. Conferir NAÇÕES UNIDAS. Office on Drugs and Crime. *Handbook on gender dimensions of criminal justice responses to terrorism* [documento eletrônico] – Vienna: United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC), 2019. p. 39-40 Disponível em: [https://www.unodc.org/documents/terrorism/Publications/17-08887_HB_Gender_Criminal_Justice_E_ebook.pdf].

41. Steffensmeier e Allan apontam para o caráter relacional dos crimes cometidos por mulheres. Segundo os autores, mulheres envolvidas em atividades criminosas tendem a enfatizar seu papel como cuidadoras, justificando seu envolvimento no crime como estratégia de proteção de suas relações afetivas. A provisão material para a família, especialmente quando da ausência da figura masculina no núcleo familiar, bem como a manutenção de uma relação afetiva com parceiro envolvido na rede do tráfico são apontadas como motivadoras do ingresso na atividade. Ver em: STEFFENSMEIER, Darrell; ALLAN, Emilie. Gender and crime: toward a gendered theory of female offending. *Annual Review of Sociology*, v. 22, 1996. p. 459-487. Disponível em: [10.1146/annurev.soc.22.1.459].

42. Cite-se a interessante observação de Barcinsky e Custódio em análise da participação de mulheres no narcotráfico brasileiro: para as autoras, o envolvimento de mulheres na rede do tráfico de drogas expressa a vitimização e a submissão feminina e,

e tratá-la de forma apropriada, dimensionando a responsabilidade criminal pelo envolvimento daquela que foi coagida é, portanto, de particular importância quando se trata de eventuais infratoras do sexo feminino envolvidas com o crime organizado.

Com relação à criminalização de condutas de apoio à organização criminosa, é importante enfatizar que as obrigações dos Estados de processar e julgar atos de crime organizado se aplicam igualmente às condutas de mulheres e homens. Mais uma vez, ressalta-se que os agentes da justiça criminal devem evitar perpetuar estereótipos que sugerem que as mulheres são menos culpáveis por cometerem essas ofensas, ou que seriam incapazes de agir por sua própria vontade.

Nesse sentido, Carol Smart observou que o Direito não é simplesmente uma força coercitiva: é também um discurso social poderoso e produtivo que cria e reforça as normas de gênero. Em outras palavras, a lei não opera simplesmente sobre realidades de gênero preexistentes, mas contribui para a construção dessas realidades, muitas vezes de forma prejudicial⁴³. Isso não se limita à forma como a lei trata as mulheres, mas se aplica também à forma como o sistema judiciário trata genericamente mulheres e homens a partir de estereótipos sociais.

Portanto, analisar casos de crime organizado sob a perspectiva de gênero significa basicamente levar em conta, por um lado, os preconceitos e estereótipos que derivam da legislação e, por outro lado, os preconceitos e estereótipos que derivam de práticas sociais e normas informais. Em ambos existem conceitos preconcebidos em relação aos papéis atribuídos a cada gênero.

Barcinsky e Cúnico salientam, quanto ao perigo de nos prendermos em estereótipos,

“a importância de adotarmos uma perspectiva relacional da violência, de modo a evitar o reforço da dicotomia docilidade-feminina e agressividade-masculina. Ao assumirmos a posição que considera a mulher sempre como vítima passiva e o homem sempre como algoz, não abrimos espaço para que

ao mesmo tempo, a apropriação de características e prerrogativas do mundo masculino. “São simultaneamente vítimas e protagonistas em suas histórias, reafirmando e contestando o lugar de submissão e passividade socialmente destinado às mulheres” (BARCINSKI, Mariana; CÚNICO, Sabrina Daiana. Mulheres no tráfico de drogas: Retratos da vitimização e do protagonismo feminino. Dossiê: Mulheres e violência. *Civistas, Rev. Ciênc. Soc.*, v. 16, n. 1, jan.-mar. 2016. Disponível em: [<https://doi.org/10.15448/1984-7289.2016.1.22590>]).

43. SMART, Carol. *Feminism and the Power of Law*. London: Routledge, 1989. p. 88.

as relações de poder e prescrições acerca dos comportamentos de homens e mulheres na sociedade possam ser ressignificadas e transgredidas”⁴⁴.

Dito isso, é importante, ao mesmo tempo, reconhecer que as mulheres podem ser diferente e desproporcionalmente impactadas pela criminalização de certas condutas relacionadas com o crime organizado de formas e consequências dessas condutas que o legislador inicialmente não havia previsto. Isso se mostra relevante, tendo em vista que as leis contra o crime organizado foram escritas predominantemente por homens e respondem ao que convencionalmente tem sido visto como uma ameaça principalmente masculina.

Uma tendência importante na legislação anticrime, particularmente na legislação que visa combater a criminalidade organizada transnacional, é a criminalização de condutas que contribuem para as atividades principais das organizações criminosas, incluindo condutas que configuram formas de apoio ao crime organizado, o que permite ao sistema de justiça criminal interromper os preparativos, prender indivíduos o mais cedo possível antes que eles possam cometer outros crimes mais graves e também fulminar as atividades criminosas da organização “pelas beiradas”⁴⁵.

Em termos legais, a criminalização de tal conduta varia muito entre as jurisdições nacionais. Algumas funções de apoio são criminalizadas como delitos autônomos, outras como decorrentes dos delitos principais que acontecem na atividade da organização criminosa (narcotráfico, tráfico de pessoas, tráfico de armas etc.).

A criminalização de condutas de apoio é uma tendência para se atingir – em tese – maior efetividade na persecução penal de organizações criminosas vinculadas ao tráfico de pessoas, narcotráfico, contrabando de armas, contrabando de animais e corrupção⁴⁶.

44. BARCINSKI, Mariana; CÚNICO, Sabrina Daiana. Mulheres no tráfico de drogas: Retratos da vitimização e do pveragonismo feminino. Dossiê: Mulheres e violência. *Civistas, Rev. Ciênc. Soc.*, v. 16, n. 1, jan.-mar. 2016. Disponível em: [<https://doi.org/10.15448/1984-7289.2016.1.22590>].ver

45. Usa-se aqui o termo “condutas de apoio” para referência a diferentes formas de conduta que contribuem a atividades de crime organizado que não envolvam o envolvimento direto nos atos principais da organização criminosa nem em atos de violência.

46. Nesse sentido, embora fuja do escopo deste artigo, não podemos deixar de mencionar o aumento da criminalização de condutas que auxiliariam o tráfico de pessoas, mas que estão sendo utilizadas contra aqueles que oferecem apoio humanitário, tais como hospedagem ou assistência médica a migrantes ilegais, especialmente no espaço europeu.

A criminalização precoce e ampla de atos de apoio e preparatórios ao crime organizado é uma medida de justiça criminal novamente tida como neutra em termos de gênero. No entanto, os efeitos de tais medidas afetam particularmente as mulheres, para quem na maior parte das vezes são atribuídas essas tarefas⁴⁷.

Cabe notar que a criminalização das condutas de suporte às organizações criminosas deve estar de acordo com o princípio da legalidade. O princípio da legalidade (*nullum crimen nulla poena sine previa lege*) é um princípio fundamental de direitos humanos e dos Estados Democráticos de Direito, consagrado no artigo 15 do Pacto sobre Direitos Civis e Políticos e outros tratados de direitos humanos. Esse princípio proíbe a ação penal e punição por conduta que não seja prevista como crime por lei no momento do cometimento: exige que as disposições de direito penal sejam previamente estabelecidas em um texto legal. Mas não somente isso: devem ser escritas e dispostas de forma a dar um aviso justo e prévio sobre a conduta que é proibida, e em que termos tal conduta será vedada. O princípio da legalidade, portanto, oferece uma salvaguarda essencial contra processos e punições arbitrários.

Tanto as condutas de suporte (facilitar, preparar, financiar, fornecer apoio material) como os atos criminosos centrais das organizações criminosas devem ser definidos de forma a cumprir o princípio da legalidade.

Como as leis de combate à criminalidade organizada foram escritas com base em suposições sobre a forma como os homens participam dessas atividades, elas

Liz Fekete aborda bem essa problemática, avaliando que sanções criminais a princípio criadas para inibir organizações criminosas estão sendo cada vez mais usadas também contra aqueles que protestam contra as deportações em aviões e aqueles que buscam resgatar migrantes presos no mar (FEKETE, Liz. *Migrants, borders and the criminalisation of solidarity in the EU. Race and Class*, v. 59, n. 4, fev. 2018. p. 65-83. Disponível em: [https://doi.org/10.1177/0306396818756793]).

47. Felipe Chiarello, Ana Cláudia Ruy Cardia Atchabahian e Caroline Lopes Placca abordam o tema especificamente com relação ao tráfico de pessoas, apontando a importância das normas internacionais para abordagem de gênero de algumas condutas: “Tal passo foi de extrema relevância para retirar o caráter de criminalização das vítimas que, muitas vezes, eram consideradas delinquentes ante a errônea percepção dos pressupostos de sua aquiescência” (CHIARELLO DE SOUZA PINTO, Felipe; ATCHABAHIAN, Ana Cláudia Ruy Cardia; PLACCA, Caroline Lopes. Estatísticas relacionadas ao tráfico de pessoas: dos relatórios do unodc à busca de uma metodologia compreensiva sobre o tema. In: SMANIO, Gianpaolo P; CHIARELLO DE S. PINTO, Felipe; ATCHABAHIAN, Ana Cláudia Ruy Cardia; JUNQUEIRA, Michelle Asato; TOREZAN ANDREUCC, I Ana Cláudia P. (Org.) *Mulheres invisíveis: panorama internacional e realidade brasileira do tráfico transnacional de mulheres*. Curitiba: CRV, 2018. p. 37-52.

podem não apresentar o nível exigido de clareza e previsibilidade quando aplicadas às formas de participação das mulheres, ditadas por estereótipos de gênero.

Assim, no contexto da criminalização da conduta de suporte ao crime organizado, a lei deve fornecer detalhes suficientes para que uma pessoa possa entender quais as formas de suporte se enquadrariam em quais ofensas criminosas. Uma maneira de evitar ambiguidade seria a adoção de uma listagem em rol exemplificativo que identifique as características comuns da conduta proibida.

7. CRIME ORGANIZADO E FEMINICÍDIO

De acordo com as Diretrizes Nacionais para investigar, processar e julgar com perspectiva de gênero as mortes violentas de mulheres (feminicídio), adaptação do Modelo de Protocolo latino-americano para investigação das mortes violentas de mulheres por razões de gênero (femicídio/feminicídio) à realidade social, cultural, política e jurídica no Brasil,⁴⁸ os feminicídios (homicídio de mulher provocado por menosprezo ou discriminação da condição do sexo feminino) podem ser praticados por indivíduos ou por grupos, sejam eles particulares ou agentes do Estado.

Essas mortes também são definidas por características relacionadas aos contextos em que ocorrem, as circunstâncias e segundo as formas de violência empregadas.

Os contextos do feminicídio geralmente envolvem o ambiente privado e se referem à violência doméstica e familiar, mas não se restringem a esses espaços, podendo ocorrer também nos espaços públicos, inclusive em áreas dominadas pelo crime organizado (narcotráfico, quadrilhas ou máfias). As circunstâncias, portanto, incluem não somente a violência nas relações familiares, mas também aquelas situações de maior vulnerabilidade como a exploração sexual, o tráfico de mulheres e a presença do crime organizado.

As mortes violentas de mulheres que ocorrem no contexto do crime organizado são menos estudadas do que as que ocorrem em ambientes domésticos – até

48. As Diretrizes Nacionais, de 2016, estão disponíveis em [https://oig.cepal.org/sites/default/files/diretrizes_para_investigar_processar_e_julgar_com_perspectiva_de_genero_as_mortes_violentas_de_mulheres.pdf]. Acesso em: 03.06.2021. O Modelo de Protocolo foi elaborado pelo Escritório Regional do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (ACNUDH), em colaboração com a Entidade das Nações Unidas para a Igualdade de Gênero e o Empoderamento das Mulheres (ONU Mulheres). Disponível em: [https://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2015/05/protocolo_femicidio_publicacao.pdf].

mesmo pela dificuldade de acesso a dados. Nesse sentido, observa Valeria Pizzini-Gambetta que as pesquisas sobre os papéis de gênero em grupos de crime organizado têm mostrado que, enquanto os membros masculinos geralmente experimentam taxas mais altas de vitimização do que membros femininos de gangues, a vitimização violenta de membros femininos pode ter natureza sexual e os crimes são perpetrados não apenas por membros de gangues rivais, mas também por companheiros da mesma organização criminosa.⁴⁹

Além disso, há certa dificuldade por parte das autoridades de considerarem as mortes violentas de mulheres no contexto do crime organizado como feminicídio, enxergando-as com perspectiva de gênero. O Modelo de Protocolo Latino-americano de investigação das mortes violentas de mulheres por razões de gênero (femicídio/feminicídio), de 2015, prescreve a coordenação das agências na investigação dessas mortes e avalia que quando o crime ocorrer em contextos e circunstâncias relacionadas às redes de crime organizado, a articulação do trabalho de investigação com os organismos regionais ou internacionais de cooperação jurídica internacional poderá contribuir para a desarticulação dessas redes e dos *modus operandi* de tais estruturas, principalmente quando se detecte o uso das fronteiras como estratégia de escape ou ocultamento de possíveis sujeitos ativos de mortes violentas de mulheres e outros crimes relacionados⁵⁰. Contudo, infelizmente tal coordenação ainda não foi totalmente abraçada pelas instituições no contexto latino-americano.

Rita Segato, ao analisar os casos de feminicídios em Ciudad Juárez, México⁵¹, observa que as relações de poder em regiões tomadas pelo crime organizado e

49. PIZZINI-GAMBETTA, Valeria. Organized Crime: The Gender Constraints of Illegal Markets. In: GARTNER, R. and MCCARTHY, B. (Ed.). *The Oxford Handbook of Gender, Sex, and Crime*. Oxford: Oxford University Press, 2014. p. 448-467.

50. Disponível em: [https://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2015/05/protocolo_feminicidio_publicacao.pdf].

51. A omissão do Estado mexicano com relação à violência contra as mulheres nesses casos chegou à Corte Interamericana de Direitos Humanos, com condenação do México – Caso González e outras (“Campo Algodonero”) vs. México (sentença de 16.11.2009. Carvalho Ramos aponta que a condenação pela CIDH foi emblemática “A Corte IDH analisou, pela primeira vez, a situação de violência estrutural de gênero. A sentença voltou-se, além da indenização aos familiares, também à promoção de medidas gerais de compatibilização do direito interno com parâmetros internacionais de proteção à mulher – sobretudo em relação à Convenção de Belém do Pará. Tendo em vista a existência de múltiplos casos de feminicídio que ocorrem em Ciudad Juárez, a Corte determinou a necessidade de as autoridades estatais adotarem medidas amplas de luta contra os

pelo tráfico de drogas fazem com que as mortes violentas de mulheres se assemelhem a crimes de guerra – “uma guerra da qual as mulheres não fazem parte como ‘soldados inimigos’, mas como corpos e objetos de poder”⁵². Argumenta a autora que os crimes cometidos em Ciudad Juárez, bem como outros crimes feminicidas cometidos em contextos do crime organizado, carregam uma mensagem de “fraternidade”, uma mensagem trocada entre os homens, que são os cidadãos efetivamente envolvidos em conflitos urbanos, as guerras modernas.⁵³

No contexto brasileiro, dados do Anuário Brasileiro de Segurança Pública de 2020 apontam que em 2019 houve 3.730 homicídios com vítimas mulheres, sendo que 1.326 foram considerados feminicídios – 35,5% das mortes violentas de mulheres. Do total de feminicídios, 97,4% foram cometidos no âmbito de violência doméstica (89,9% pelos companheiros) – ou seja, as estatísticas podem apontar uma tendência que as autoridades estão computando como feminicídio somente as mortes violentas de mulheres que ocorrem no âmbito privado. Não se esclarece nos dados apresentados a conjectura de 64,5% dos demais homicídios de mulheres.⁵⁴

Essa tendência foi expressamente reconhecida no Estado do Ceará, no nordeste do País. O grupo Fórum Cearense de Mulheres se debruçou nas estatísticas daquele Estado e constatou a subnotificação de casos de feminicídio no Ceará, especialmente aqueles ocorridos fora do contexto privado.⁵⁵ A entidade assim se manifestou: “Definir um crime como feminicídio não é apenas uma questão de

casos de violência ligados a estereótipos de gênero socialmente dominantes, bem como combaterem a impunidade nos casos de violência contra as mulheres (mais um uso do Direito Penal pelos Tribunais de Direitos Humanos)” (CARVALHO RAMOS, André. *Curso de Direitos Humanos*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 477.

52. SEGATO, Rita Laura. Território, soberania e crimes de segundo Estado: as escrituras nos corpos das mulheres de Ciudad Juárez. *Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 13, n. 2, maio-ago. 2005. p. 273.

53. SEGATO, Rita Laura. *La Guerra contra las mujeres*. Madrid: Traficantes de sueños, 2016. p. 158-164.

54. ANUÁRIO BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, tabela 37 e p 118-122. Disponível em: [https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2021/02/anuario-2020-final-100221.pdf]. Acesso em: 18.06.2021.

55. Assim, no ano de 2018, os dados da Secretaria de Segurança Pública e Defesa Social (SSPDS) contabilizavam 24 feminicídios na cidade de Fortaleza, em um universo de 209 homicídios de mulheres. Com base em um levantamento próprio, a entidade contabilizou 52. Ver em: [https://www.opovo.com.br/jornal/colunas/ricardomoura/2018/12/a-morte-no-ceara-tem-rosto-de-mulher.html]. Acesso em: 18.06.2021.

preciosismo teórico. É tornar explícito um conjunto de relações sociais de dominação masculina que contribuem para a violência contra as mulheres”.⁵⁶

Assim, ainda há um longo percurso para se percorrer na persecução penal de mortes violentas de mulheres ocorridas no contexto do crime organizado.

8. PERSPECTIVA DE GÊNERO COMO PARTE DA ABORDAGEM DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ENFRENTAMENTO DA CRIMINALIDADE ORGANIZADA: O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO E ÓRGÃOS DE ACUSAÇÃO

Não raro, ouvimos—até mesmo entre operadores do Direito—um equívoco comum sobre a natureza de uma abordagem de direitos humanos ao crime organizado. Tem sido erroneamente presumido em alguns setores que uma abordagem de direitos humanos ao crime organizado seria, de alguma forma, inconsistente com o uso da lei penal. Essa premissa deve ser rejeitada. O Direito Internacional e os tribunais internacionais de direitos humanos já consolidaram a tese que concilia o uso do direito penal efetivo como forma de implementar direitos humanos. Nesse sentido, André de Carvalho Ramos ensina que

“o entrelaçamento entre a proteção de direitos humanos e o Direito Penal foi consagrado na Conferência Mundial de Direitos Humanos de Viena, de 1993. Tal Conferência foi um marco na proteção de direitos humanos no mundo, tendo como resultado a elaboração de uma Declaração e um Programa de Ação para a promoção e proteção de direitos humanos”.⁵⁷

Estar em conformidade (*compliance*) com normas de direitos humanos é essencial para a investigação eficaz e justa de casos de crime organizado.

Durante o curso das operações de combate ao crime organizado, as autoridades de investigação e de persecução na fase processual exercem uma série de

56. Conferir em: MOURA, Ricardo. A morte no Ceará tem rosto de mulher. 24.12.2018. Disponível em: [<https://www.opovo.com.br/jornal/colunas/ricardomoura/2018/12/a-morte-no-ceara-tem-rosto-de-mulher.html>]. Acesso em: 18.06.2021.

57. Prossegue o autor: “A Declaração e Programa de Ação da Conferência Mundial de Viena (1993) implantou, em definitivo, o dever dos Estados de punir criminalmente os autores de graves violações de direitos humanos para que seja consolidado o Estado de Direito, tendo sido estabelecido que os “Estados devem ab-rogar leis conducentes à impunidade de pessoas responsáveis por graves violações de direitos humanos, como a tortura, e punir criminalmente essas violações, proporcionando, assim, uma base sólida para o Estado de Direito” (CARVALHO RAMOS, André. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 281).

poderes que incluem buscas e apreensão, técnicas especiais de investigação, medidas cautelares etc.

No exercício desses poderes, no entanto, as autoridades devem respeitar os direitos humanos e fundamentais – o que inclui o direito à não discriminação. Saliente-se que nem toda distinção no tratamento é necessariamente discriminatória. Entretanto, sem uma justificativa objetiva, o tratamento diferenciado de diferentes grupos de pessoas durante a investigação é incompatível com o princípio de não discriminação – inclusive discriminação com base no sexo ou gênero.

De uma forma geral, os sistemas de justiça criminal em alguns contextos são desfavoráveis às mulheres em várias etapas: no contato inicial das mulheres com o sistema; durante as investigações criminais; durante e após o julgamento.

Na fase da investigação, essa percepção pode apresentar-se de várias maneiras, especialmente porque os homens estão representados em maior proporção entre agentes do sistema (policiais, membros do Ministério Público, membros do Judiciário)⁵⁸: com raras exceções, esses homens não são treinados em práticas de investigação e processos sensíveis às questões de gênero. Isso é significativo, dado que a representação das mulheres nesses sistemas desempenharia um papel fundamental para assegurar igualdade perante a lei e igualdade de tratamento no sistema de justiça criminal, juntamente com a sensibilidade ao gênero. Urge estimular treinamento sobre questões de gênero para todas as mulheres e homens que trabalham nessas áreas.

58. No Brasil, pesquisa do CNJ – Conselho Nacional de Justiça – de 2020 aponta que somente 38% dos membros do Judiciário são mulheres. A presença feminina reduz-se drasticamente nos cinco tribunais superiores do país: dos 90 juizes que ocupam esses tribunais, somente 14 são mulheres (CNJ. Diagnóstico da participação feminina no Poder Judiciário. Disponível em: [chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/viewer.html?pdfurl=https%3A%2F%2Fwww.cnj.jus.br%2Fwp-content%2Fuploads%2F2019%2F05%2Fcae277dd017bb4d4457755febf5eed9f.pdf&cien=1052805&chunk=true]. Acesso em: 14.07.2021). Com relação ao Ministério Público, de acordo com dados do CNMP – Conselho Nacional do Ministério Público – 59% dos membros de todos os ramos do Ministério Público são homens (CNMP. Cenários de Gênero. Disponível em: [chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/viewer.html?pdfurl=https%3A%2F%2Fwww.cnmp.mp.br%2Fportal%2Fimages%2F20180625_CENARIOS_DE_GENERO_v.FINAL_3.1_1.pdf&cien=7614370&chunk=true]. Acesso em: 14.07.2021). Por sua vez, a pesquisa As mulheres nas instituições policiais, de 2015, formulada pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública, apontou que mulheres são 18,8% dos membros dos integrantes da polícia no Brasil. Disponível em: [https://forumseguranca.org.br/publicacoes_posts/as-mulheres-nas-instituicoes-policiais/]. Acesso em: 14.02.2022.

Utilizando-se a perspectiva de gênero nas investigações do crime organizado em muitos dos instrumentos seria possível observar uma grande mudança. Uma ferramenta de investigação mais comuns e em que se poderiam verificar mais transformações são as oitivas (entrevistas) de vítimas, testemunhas e suspeitos. Trata-se de tradicional parte de investigação de crime organizado, especialmente nos casos em que técnicas especiais de investigação e outras tecnologias mais avançadas não estão disponíveis.

O treinamento e doutrina tradicionais que se debruçam sobre técnicas para interrogar e entrevistar testemunhas, vítimas e suspeita (os) na investigação são – em geral – omissos quanto à questão de gênero⁵⁹.

De acordo com as boas práticas de entrevista investigativa⁶⁰, os entrevistadores devem procurar obter informações precisas e informações confiáveis; reunir todas as evidências disponíveis pertinentes a um caso antes de iniciar entrevistas; preparar e planejar entrevistas com base nessas evidências; manter uma conduta profissional, justa e atitude respeitosa durante o interrogatório; estabelecer e manter um relacionamento com o entrevistado; permitir que o entrevistado preste contas dos eventos de forma livre e ininterrupta; utilizar um período de tempo indeterminado para perguntas e escuta ativa; examinar o depoimento do entrevistado e analisar as informações obtidas contra informações ou provas previamente disponíveis.⁶¹

No Protocolo Universal para Entrevistas (Informe do Relator Especial sobre Tortura e outros maus tratos ou penas cruéis da ONU)⁶² há vedação expressa de uso de táticas de entrevista ilegais, baseadas na suposição errônea de que maus-tratos

59. A maior parte faz referências a textos legais e a técnicas neutras e genéricas, não abordando as especificidades de gênero. Por exemplo, MAIA, Antonio João. Técnicas de Entrevista e Interrogatório em Investigação Criminal. *Revista do Ministério Público*, n. 135, jul.-set. 2013. p 107-138.

60. Conferir a publicação *Women in detention: a guide to gender-sensitive monitoring*. London: Penal Reform International, 2013. p. 9. Disponível em: [https://cdn.penal-reform.org/wp-content/uploads/2013/03/Women-in-detention-ES1.pdf]. Acesso em: 03.06.2021.

61. Citando-se aqui regramento internacional contido no “Protocolo Universal para Entrevistas” – Informe provisional del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles de las Naciones Unidas, 2016, A/71/298, para. 48. Disponível em: [https://digitallibrary.un.org/record/839995?%20ln=en#record-files-collapse-header]. Acesso em: 14.06.2021.

62. [https://digitallibrary.un.org/record/839995?%20ln=en#record-files-collapse-header]. Acesso em: 14.06.2021.

e coerção são necessários para obter confissões ou obter informações. Em casos que causam maior comoção na sociedade, como costumam ser investigações envolvendo crime organizado, essas táticas devem ser especialmente evitadas.

Além de evitar métodos de entrevista coercitivos, os investigadores devem evitar métodos secundários de vitimização das pessoas com quem eles lidam no curso de uma investigação. O questionamento das vítimas e testemunhas de violência, incluindo violência sexual, causada pela criminalidade organizada traz consigo um alto risco de vitimização secundária⁶³.

Assim, nos interrogatórios de suspeitas de envolvimento com o crime organizado, é importante notar que, embora exista um estereótipo segundo o qual as mulheres cometem atos criminosos mais por razões mais emocionais e menos lógicas do que os homens⁶⁴, as mulheres são muitas vezes movidas por motores econômicos, condições sociopolíticas etc.⁶⁵ Suspeitos tanto do sexo masculino como o feminino são vulneráveis a métodos ilegais ou coercitivos de interrogatório, mas essas vulnerabilidades se manifestam de diferentes maneiras. Exige-se atenção especial em casos de vítimas de violência sexual ou de tráfico de pessoas, situações que dificultam a cooperação nas investigações de crime organizado. Nessas circunstâncias, as autoridades incumbidas do interrogatório devem ser treinadas para trabalhar com testemunhas vulneráveis – inclusive para ter consciência de que mulheres suspeitas de associação a organizações criminosas são mais propensas a enfrentar o estigma social de gênero decorrente de seus vínculos com a organização, colocando-se – e a seus filhos – em risco.

63. *Women in detention ...*, cit.; e UNODC, *Anti-Human Trafficking Manual for Criminal Justice Practitioners: Module 8 – Interviewing Victims of Trafficking in Persons Who Are Potential Witnesses* (Vienna, 2009). Disponível em: [https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/TIP_module8_Ebook.pdf]. Acesso em: 03.06.2021. p. 20.

64. Ver em SUTTON, Robbie M.; FARRALL, Stephen. Gender, Socially Desirable Responding And The Fear Of Crime: Are Women Really More Anxious About Crime?. *The British Journal of Criminology*, Oxford, v. 45, n. 2. March 2005. p. 212-224.

65. Mariana Barcinski e Sabrina Cúnico apontam, ainda, que “A vitimização feminina em diversos níveis – do abuso e negligência à extrema pobreza –, portanto, resultaria em um processo de criminalização peculiar às mulheres. Assis e Constantino (2001), ao investigarem os impactos da vitimização na trajetória de meninas em conflito com a lei enfatizam o abandono, o abuso emocional e agressão física como características recorrentes nas histórias de vida destas meninas”. Ver em: BARCINSKI, Mariana; CÚNICO, Sabrina Daiana. Mulheres no tráfico de drogas: retratos da vitimização e do protagonismo feminino. Dossiê: Mulheres e violência. *Civitas, Rev. Ciênc. Soc.*, v. 16, n. 1, jan.-mar. 2016. Disponível em: [<https://doi.org/10.15448/1984-7289.2016.1.22590>].

De uma forma geral, quando há casos de violência de gênero contra as mulheres por grupos de crime organizado ou no contexto de suas ações, devem ser considerados pelos membros do Ministério Público e órgãos incumbidos pela persecução penal de forma oportuna, completa e séria, incorporando uma perspectiva de gênero e de interseccionalidade⁶⁶.

Não podemos olvidar, considerando a realidade apresentada neste artigo, que a investigação de uma morte violenta de uma mulher causada por um grupo de crime organizado ou no contexto de suas atividades deve incluir a hipótese da feminicídio desde o seu início. Os membros do Ministério Público e órgãos incumbidos da investigação devem investigar se as vítimas também foram submetidas a violência sexual concomitante à sua morte.

9. CONCLUSÃO

Diante de tudo o que foi exposto, comprovou-se a intrínseca ligação entre o crime organizado, o gênero e a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável, especialmente os ODS (Objetivos do Desenvolvimento Sustentável 5 (Igualdade de Gênero) e 16 (Paz, Justiça e Instituições Eficazes)).

O crime organizado – incluindo o narcotráfico, tráfico de pessoas, tráfico de armas de fogo, crimes contra a fauna e vida selvagem, corrupção e lavagem de dinheiro – alimenta a violência, a corrupção e a desigualdade de renda. Isso inibe a atividade social e econômica legítima, representa uma séria ameaça à saúde pública e à paz e segurança internacional e mina a igualdade de gênero e o empoderamento das mulheres.

O fortalecimento da estrutura legal de combate ao crime organizado que seja sensível ao gênero promove e fortalece um regime de justiça criminal funcional em conformidade com o Estado Democrático de Direito (SDG 16) e buscará a

66. Interseccionalidade foi um termo cunhado por Kimberlé Crenshaw, em 1989. Segundo ela, a interseccionalidade nos permite enxergar a colisão das estruturas. Em termos simples, significa que as pessoas se encontram em situações de desvantagem perante a sociedade por sofrerem as mais diversas formas de opressão em razão de suas marcas de identidade. Raça, classe, gênero, identidade de gênero, orientação sexual, religião, nacionalidade, dentre outras, são algumas das marcas que colocam as pessoas em situações desprivilegiadas pelo simples fato de serem quem são. E os preconceitos se sobrepõem uns aos outros. Conferir em: CRENSHAW, Kimberle. Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique os Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics. *University of Chicago Legal Forum*, n. 1, 1989. p. 139-167. Acesso em: 28.05.2021.

integração das perspectivas de gênero, visando alcançar a igualdade de gênero e o empoderamento das mulheres, eliminando a discriminação e reforçando o respeito aos direitos das mulheres durante a investigação, processo e julgamento de tais casos e na prestação de assistência às vítimas do crime organizado (SDG 5).

Por fim, adotar uma perspectiva de gênero em todos os aspectos do crime organizado somente faz sentido no contexto da gramática de direitos fundamentais – ou seja, estabelecendo-se como prioridade na persecução penal dessa criminalidade os valores de igualdade e liberdade consagrados nos textos constitucionais e internacionais de direitos humanos.

10. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABADE, Denise Neves. Bens jurídicos e direitos: repensando a competência penal nas infrações contra a livre-concorrência. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 172, ano 28, p. 59-96, out. 2020.
- ABADE, Denise Neves. Perspectiva Transversal de Gênero no Enfrentamento da Corrupção. In: WOLKMER DE CASTILHO, Ela Wiecko; OMOTO, João Akira; VIEGAS E SILVA, Marisa; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo (Org.) *Perspectivas de gênero e o sistema de justiça brasileiro*. Brasília: ESMPU, 2019.
- ABADE, Denise Neves. *Direitos fundamentais na cooperação jurídica internacional: extradição, assistência jurídica, execução de sentença estrangeira e transferência de presos*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- AGUIAR SERRA, Carlos Henrique; FRANCISCO DE SOUZA, Luís Antônio. Entre dominação, sujeição e sujeito. Reflexões sobre encarceramento de mulheres no estado de São Paulo. *Anais do V Seminário Internacional de Pesquisa em Prisão*. Disponível em: [http://andhep.org.br/anais/index.php/2-uncategorized]. Acesso em: 27.06.2021.
- ANUÁRIO BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, tabela 37 e p 118-122. Disponível em: [https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2021/02/anuario-2020-final-100221.pdf]. Acesso em: 18.06.2021.
- ASSOCIATION FOR THE PREVENTION OF TORTURE. *Women in detention: a guide to gender-sensitive monitoring*. London: Penal Reform International, 2013. Disponível em: [https://cdn.penalreform.org/wp-content/uploads/2013/03/Women-in-detention-ES1.pdf].
- BARCINSKI, Mariana. *Women in drug trafficking: the identity construction of Brazilian reformed criminals*. Saarbrücken: VDM, 2008.
- BARCINSKI, Mariana; CÚNICO, Sabrina Daiana. Mulheres no tráfico de drogas: Retratos da vitimização e do protagonismo feminino. Dossiê: Mulheres e violência. *Civistas, Rev. Ciênc. Soc.*, v. 16, n. 1, jan.-mar. 2016. Disponível em: [https://doi.org/10.15448/1984-7289.2016.1.22590].

- CARVALHO RAMOS, André de. *Curso de direitos humanos*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.
- CARVALHO RAMOS, André. *Teoria Geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
- CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de; CAMPOS, Carmen Hein de. Sistema de justiça criminal e perspectiva de gênero. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 146, p. 273-303, 2018.
- CHIARELLO DE SOUZA PINTO, Felipe; ATCHABAHIAN, Ana Cláudia Ruy Cardia; PLACCA, Caroline Lopes. Estatísticas relacionadas ao tráfico de pessoas: dos relatórios do unodc à busca de uma metodologia compreensiva sobre o tema. In: SMANIO, Gianpaolo P; CHIARELLO DE S. PINTO, Felipe; ATCHABAHIAN Ana Cláudia Ruy Cardia; JUNQUEIRA, Michelle Asato; TOREZAN ANDREUCCI, Ana Cláudia P. (Org.) *Mulheres invisíveis: panorama internacional e realidade brasileira do tráfico transnacional de mulheres*. Curitiba: CRV, 2018.
- CIDH, Situación de los derechos humanos en Guatemala: diversidad, desigualdad y exclusión, 2015, OEA/Ser.L/V/II.Doc. 43/15, párr. 513. Disponível em: [<http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/guatemala2016.pdf>].
- CIDH, Situación de los derechos humanos en Mexico. Disponível em: [<http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/mexico2016-es.pdf>].
- CLOUTIER, Gretchen. Latin America's Female Prisoner Problem: How the War on Drugs, Feminization of Poverty, and Female Liberation Contribute to Mass Incarceration of Women. *Clocks and Clouds*, Boston v. 7, n. 1, 2016. Disponível em: [<http://www.inquiriesjournal.com/a?id=1563>].
- COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Situación de los derechos humanos en Mexico. Disponível em: [<http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/mexico2016-es.pdf>].
- COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Situación de los derechos humanos en Guatemala: diversidad, desigualdad y exclusión, 2015, OEA/Ser.L/V/II.Doc. 43/15, párr. 513. Disponível em: [<http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/guatemala2016.pdf>].
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). *Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça – CNJ; Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – Enfam, 2021.
- CRENSHAW, Kimberle. Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique os Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics. *University of Chicago Legal Forum*, n. 1, p. 139-167, 1989.
- DE PAULA, Juliana; RODRIGUES, Rebeca. O feminino frente às facções criminosas. *Anais do XV Encontro de Iniciação Científica da UNI7*, v. 9, n. 1, 2019.

ENTIDADE DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A IGUALDADE DE GÊNERO E EMPODERAMENTO DAS MULHERES – ONU MULHERES. *Diretrizes para investigar, processar e julgar com perspectiva de gênero as mortes violentas de mulheres* (2016). Disponível em: [https://oig.cepal.org/sites/default/files/diretrizes_para_investigar_processar_e_julgar_com_perspectiva_de_genero_as_mortes_violentas_de_mulheres.pdf].

ESCRITÓRIO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA DROGAS E CRIME – UNODC. *Anti-Human Trafficking Manual for Criminal Justice Practitioners: Module 8 – Interviewing Victims of Trafficking in Persons Who Are Potential Witnesses* (Vienna, 2009). Disponível em: [https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/TIP_module8_Ebook.pdf].

ESCRITÓRIO DO ALTO COMISSARIADO PARA OS DIREITOS HUMANOS DA ONU– ACNUDH –. *Integrating the gender perspective into the work of United Nations human rights treaty bodies – Report by the Secretary-General*. Tenth meeting of persons chairing human rights treaty bodies, Geneva, 14-18 September 1998. Disponível em: [<https://www.un.org/womenwatch/daw/news/integrating.htm>].

ESCRITÓRIO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA DROGAS E CRIME – UNODC. *Handbook on gender dimensions of criminal justice responses to terrorism* [Documento electrónico]. Vienna: United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC), 2019, p. 39-40. Disponível em: [https://www.unodc.org/documents/terrorism/Publications/17-08887_HB_Gender_Criminal_Justice_E_ebook.pdf].

ESCRITÓRIO REGIONAL DO ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA OS DIREITOS HUMANOS (ACNUDH) e ENTIDADE DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A IGUALDADE DE GÊNERO E EMPODERAMENTO DAS MULHERES – ONU MULHERES. *Modelo de protocolo latino-americano americano de investigação das mortes violentas de investigação das mortes violentas de mulheres por razões de gênero de mulheres por razões de gênero (femicídio/feminicídio)* (2015). Disponível em: [https://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2015/05/protocolo_feminicidio_publicacao.pdf].

FEKETE, Liz. Migrants, borders and the criminalisation of solidarity in the EU. *Race and Class*, v. 59, n. 4, p. 65-83, Feb. 2018. Disponível em: [<https://doi.org/10.1177/0306396818756793>].

GIACOMELLO, Corina. Mujeres, delitos de drogas y sistemas penitenciarios en América Latina. *Documento informativo del IDPC (International Drug Policy Consortium)*, 2013. Disponível em: [https://www.unodc.org/documents/congress/background-information/NGO/IDPC/IDPC-Briefing-Paper_Women-in-Latin-America_SPANISH.pdf].

GUASTINI, Riccardo. A “constitucionalização” do ordenamento jurídico e a experiência italiana. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel.

- A constitucionalização do direito* – Fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.
- HUCKERBY, Jayne Huckerby. Gender, counter-terrorism and international law. *Research Handbook on International Law and Terrorism*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2014.
- JARAMILLO, Isabel. *La crítica feminista al derecho, en Género y teoría del derecho*. Bogotá: Siglo Del Hombre Editores, 2000.
- MADSEN, Frank G. General Questions. In: HAUCK, Pierre; PETERKE, Sven (Ed.). *International Law and Transnational Organised Crime*. Oxford: Oxford University Press, 2016.
- MAIA, Antonio João. Técnicas de Entrevista e Interrogatório em Investigação Criminal *Revista do Ministério Público*, Lisboa, n 135, p 107-138, jul.-set. 2013.
- MOURA, Ricardo. A morte no Ceará tem rosto de mulher. 24.12.2018. Disponível em: [<https://www.opovo.com.br/jornal/colunas/ricardomoura/2018/12/a-morte-no-ceara-tem-rosto-de-mulher.html>].
- NAÇÕES UNIDAS. Office on Drugs and Crime. *Handbook on gender dimensions of criminal justice responses to terrorism* [Documento eletrônico]. Vienna: United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC), 2019. Disponível em: [https://www.unodc.org/documents/terrorism/Publications/17-08887_HB_Gender_Criminal_Justice_E_ebook.pdf].
- NÍ AOLÁIN, Fionnuala. The complexity and challenges of addressing conditions conducive to terrorism. In: NOWAK, Manfred; CHARBORD, Anne (Ed.). *Using Human Rights to Counter Terrorism*. Cheltenham, Reino Unido: Edward Elgar, 2018.
- NUNES DIAS, Camila C. *PCC: hegemonia nas prisões e monopólio da violência*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- PIZZINI-GAMBETTA, Valeria. Organized Crime: The Gender Constraints of Illegal Markets. In: GARTNER, R. and MCCARTHY, B. (Ed.). *The Oxford Handbook of Gender, Sex, and Crime*. Oxford: Oxford University Press, 2014.
- PRADO, Juliana. Ariano Suassuna, na Flupp: sou um homem da esperança. *Folha de S.Paulo*, São Paulo, 08.11.2012. Disponível em: [<https://www.terra.com.br/diversao/arte-e-cultura/ariano-suassuna-na-flupp-sou-um-homem-da-esperanca,b518ad3345a1b310VgnCLD200000bbcccb0aRCRD.html>]. Acesso em: 17.02.2022.
- SAFRANOFF, Ana; TIRAVASSI, Antonella. Mujeres en contextos de encierro en América Latina: características y factores de riesgo asociados a determinados comportamientos delictivos. Banco Interamericano de Desarrollo – División de Innovación para Servir al Ciudadano, 2018. Disponível em: [<http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2018/10/doctrina47064.pdf>]. Acesso em: 28.06.2021.

- SEGATO, Rita Laura. Território, soberania e crimes de segundo Estado: as escrituras nos corpos das mulheres de Ciudad Juárez. *Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 13, n. 2, p. 273, maio-ago. 2005.
- SEGATO, Rita Laura. *La Guerra contra las mujeres*. Madrid: Traficantes de sueños, 2016.
- SILVA SANTOS, Vanessa Érica. Mulheres criminosas: a evolução do discurso de vitimização da criminalidade de gênero em face da inserção da mulher no crime organizado. *Anais do CONIDIF– Congresso Internacional de Direitos Difusos*. Campina Grande: Realize, 2017. Disponível em: [https://www.editorarealize.com.br/editora/anais/conidif/2017/TRABALHO_EV082_MD1_SA6_ID280_19082017094723.pdf].
- SILVA, Virgínio Afonso da. *A constitucionalização do direito*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- SMART, Carol. *Feminism and the Power of Law*. London: Routledge, 1989.
- SOLÍS, Luis Guillermo; ROJAS ARAVENA, Francisco (Ed.) *Crimen organizado en América Latina y el Caribe*. Santiago: Catalonia, 2008.
- STEFFENSMEIER, Darrell; ALLAN, Emilie. Gender and Crime: Toward a Gendered Theory of Female Offending. *Annual Review of Sociology*, v. 22, 1996. p. 459-487. JSTOR. Disponível em: [www.jstor.org/stable/2083439]. Acesso em: 14.06.2021.
- SUTTON, Robbie M.; FARRALL, Stephen. Gender, Socially Desirable Responding And The Fear Of Crime: Are Women Really More Anxious About Crime?. *The British Journal of Criminology*, Oxford, v. 45, n. 2, p. 212-224. Mar. 2005.
- TICKNER, Arlene; ALONSO, Laura; LOAIZA, Lara; SUÁREZ, Natalia; CASTELLANOS, Diana; CÁRDENAS, Juan Diego. Mujeres y crimen organizado en América Latina: más que víctimas o victimarias. Estudio elaborado por el Observatorio Colombiano de Crimen Organizado. disponível em: [<https://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/30683/INFORME-Mujeres-y-crimen-organizado-en-America-Latina-1.pdf?sequence=1&isAllowed=y>].
- UNODC. *Anti-Human Trafficking Manual for Criminal Justice Practitioners: Module 8 – Interviewing Victims of Trafficking in Persons Who Are Potential Witnesses* (Vienna, 2009). Disponível em: [https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/TIP_module8_Ebook.pdf].



PESQUISAS DO EDITORIAL



ÁREA DO DIREITO: Penal

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- Desafios e desvios do sistema criminal brasileiro, de Miguel Reale Júnior e Paula Thieme Kagueia-ma – *RT* 1019/277-304;
- Encarceramento feminino por tráfico de drogas no Brasil: a estratégia neoliberal de exclusão das mulheres à margem do sistema capitalista, de Priscylla Kethellen Viana e Franciele Silva Cardoso – *RBCCrim* 146/613-647;
- Mulheres e drogas sob o cerco policial, de Helena Rocha C. de Castro e Manuela Abath Valença – *RBCCrim* 146/483-514; e
- Obstáculos contemporâneos ao combate às organizações criminosas, de Gustavo Senna Miranda – *RT* 870/459-503.

"VOU TEMPERAR VOCÊS": UM ESTUDO DE CASO SOBRE A RESPONSABILIDADE DO JUDICIÁRIO NO COMBATE ÀS PRÁTICAS DE TORTURA NO SISTEMA SOCIOEDUCATIVO

"I WILL SEASON YOU": A CASE STUDY ABOUT THE RESPONSIBILITY OF THE BRAZILIAN JUDICIARY ON THE FIGHT AGAINST TORTURE PRACTICES IN THE JUVENILE JUSTICE SYSTEM

HAMILTON GONÇALVES FERRAZ

Doutor em Direito (2020) pela PUC-Rio. Mestre (2016) em Direito Penal pela UERJ. Bacharel (2014) em Direito pela UERJ. Professor Adjunto de Direito Penal (UFF-MDI). Advogado. Lattes: [<http://lattes.cnpq.br/4038462874056018>]. ORCID: [<https://orcid.org/0000-0002-0471-2529>]. ferraz.hamilton.hgf@hotmail.com

MARIANA CHIES-SANTOS

Doutora em Sociologia (2018) pela UFRGS. Mestra (2012) em Ciências Criminais pela PUCRS. Bacharel em Direito pela PUCRS e em Ciências Sociais pela UFRGS. Professora em tempo integral do Insper. Pesquisadora associada ao Núcleo de Estudos da Violência da USP. Lattes: [<http://lattes.cnpq.br/0902400941116843>]. ORCID: [<https://orcid.org/0000-0002-8151-9044>]. chiesmariana@gmail.com

Autores convidados

ÁREAS DO DIREITO: Penal; Direitos Humanos

RESUMO: O presente artigo consiste em um estudo de caso do Recurso Extraordinário com Agravo 1.161.625/RJ, julgado pela 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, que considerou constitucional o Decreto Estadual 41.553/2008, proveniente do RJ, o qual autoriza a aquisição e emprego, ir-restritos, de armamento menos letal no sistema socioeducativo fluminense. Pretende-se investigar se é possível atribuir – e, em caso positivo, em que medida – responsabilidade do Judiciário

ABSTRACT: the present paper consists in a case study on the Recurso Extraordinário com Agravo 1,161,625/RJ, judged by the Brazilian Supreme Court's, which considered the State Decree 41,553/2008, from Rio de Janeiro, that authorizes the unrestricted acquisition and employment of less lethal weapons in Rio de Janeiro's socio-educational system, constitutional. The work intends to investigate if it is possible to assign – and, if so, in what extend – responsibility on Brazilian

brasileiro pela legitimação da tortura praticada no sistema socioeducativo através do abuso na utilização de tal armamento sobre adolescentes privados de liberdade. Assim, apresenta-se o que são armas menos letais e sua situação atual no Brasil; na sequência, são analisadas as normas internacionais relativa ao emprego da força na justiça juvenil, além do caso "Instituto de Reeducação do Menor" vs. Paraguai, Corte IDH (2002), que envolveu o uso de armamentos menos letais pela justiça juvenil paraguaia. Por fim, apresentamos o caso julgado pela Suprema Corte do Brasil em que houve a perda de oportunidade de garantir um mínimo de direitos para adolescentes privados de liberdade.

PALAVRAS-CHAVE: Armas menos letais – Justiça juvenil – Adolescentes – Tortura – Poder Judiciário.

Judiciary for legitimizing torture practiced in the juvenile justice system by the abuse on use of such weapons on court-involved youth. Therefore, it is presented what less lethal weapons are and its current situation in Brazil; in sequence, international rules on the utilization of force in juvenile justice are analyzed, in addition to "Juvenile Reeducation Institute v. Paraguay, IACrHR (2002), which involved the use of less lethal weapons by the Paraguayan juvenile justice system. Finally, it is presented the Brazilian Supreme Court's case in which the opportunity of assuring court-involved youth a minimum of rights was lost.

KEYWORDS: Less lethal weapons – Juvenile justice – Adolescents – Torture – Judiciary.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O que são armas menos letais?. 3. O emprego da violência pelo Estado na Justiça Juvenil e o Direito Internacional dos Direitos Humanos. 3.1. As Nações Unidas e o Direito Internacional dos Direitos Humanos de Crianças e Adolescentes. 3.2. Lições do caso "Instituto de Reeducação do Menor" vs. Paraguai, Corte IDH (2002). 4. O ARE 1.161.625/RJ, STF: a história de uma oportunidade (perdida) de combate à tortura no sistema socioeducativo. 4.1. Breve histórico do caso. 4.2. Como o Estado do Rio de Janeiro (não) regulamentou as armas menos letais em seu sistema socioeducativo. 5. O Supremo errou?. 5.1 Considerações "de princípio". 5.1.1. A excessiva vagueza e abertura da norma em comento e sua violação a direitos e garantias fundamentais. 5.2. Considerações consequencialistas. 5.2.1. O Decreto Estadual 41.553/2008, Rio de Janeiro, como fator de agravamento das condições das unidades socioeducativas e sua contraposição à jurisprudência do STF. 5.2.2. Projetos de Lei no Congresso. 5.2.3. Breve painel geral dos demais Estados da Federação. 6. Considerações finais. 7. Referências bibliográficas. Jurisprudência.

1. INTRODUÇÃO

Em 2020, a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, nos autos do Habeas Corpus Coletivo 143.988/ES, proferiu a mais importante decisão judicial da história da Justiça Juvenil brasileira. A decisão dá efetividade ao artigo 49, II, da Lei Federal 12.594/2012 ("Lei do Sinase"), que prevê o cumprimento de medida socioeducativa em meio aberto no caso de ausência de vagas para o cumprimento de privação de liberdade. A decisão é histórica porque consistiu em uma leitura normativamente alinhada à doutrina da proteção integral e empiricamente sensível à realidade de superlotação e violência institucional que caracterizam as unidades socioeducativas de nosso país.

Assim, ficou consagrado, em nível nacional, o dever de observância e respeito, por parte do Estado, ao número de vagas disponível em cada unidade socioeducativa e, no caso de ausência de vagas, a imposição de aplicação de medidas em meio aberto ou internação domiciliar.

Um ano depois, o mesmo Supremo e a mesma Turma, no Agravo em Recurso Extraordinário 1.161.625/RJ, entendeu, por maioria de votos (vencido o Min. Edson Fachin), que, diante da vedação de reanálise de matéria fático-probatória no exercício da jurisdição constitucional, não cabia à Corte analisar a compatibilidade da Constituição com o Decreto Estadual 41.553/2008/RJ, o qual autoriza o Departamento Geral de Ações Socioeducativas (DEGASE) a adquirir e empregar, sem prever quaisquer limites ou regulamentações, armas “não letais” – tecnicamente, menos letais – isto é, permitindo desde espargidores (*sprays*) de pimenta a *tasers*, bombas de “efeito moral”, ou mesmo canhões de água.

Entretanto, sabe-se, há muito, que parcelas consideráveis das violências praticadas no âmbito de unidades socioeducativas no Brasil se devem ao excesso no emprego da força, notadamente, por abuso na utilização de armamento menos letal. Nesse sentido, questiona-se: o que aconteceu?

Como a 2ª Turma – a mesma Turma que, em 2020, proferiu uma decisão histórica no sentido de assegurar os direitos de adolescentes privados de liberdade –, um ano depois, parece ter demonstrado pouco interesse em um tema tão central para o cotidiano e a rotina (de violência) da socioeducação no Brasil, qual seja, o controle à aquisição e emprego de armamento menos letal por parte dos órgãos e agentes socioeducativos? É possível reconhecer – e, em caso positivo, em que medida – responsabilidade do Judiciário brasileiro pela legitimação, do plano legislativo ao plano empírico, da tortura praticada no sistema socioeducativo através do abuso na utilização de tal armamento sobre adolescentes aos quais se atribui a prática de ato infracional?

Para responder a essas perguntas, a partir de revisão bibliográfica e pesquisa jurisprudencial, o trabalho apresentará o que são armas menos letais e sua problemática no Brasil e, na sequência, analisará a normativa internacional relativa aos controles e restrições quanto ao emprego da força na Justiça Juvenil; após, é feito o estudo de caso do ARE 1.161.625/RJ, STF, respondendo-se então aos questionamentos propostos.

2. O QUE SÃO ARMAS MENOS LETAIS?

De acordo com o Caderno de Instrução – Tecnologia Menos Letal do Exército Brasileiro: “armas menos letais são armas projetadas e empregadas para

incapacitar temporariamente as pessoas, ao mesmo tempo em que busca evitar mortes e ferimentos permanentes, danos indesejáveis às instalações e comprometimento do meio-ambiente” (MINISTÉRIO DA DEFESA, 2017, p. 3-1). Muito embora, segundo o senso comum, as armas menos letais estejam associadas principalmente ao emprego de *sprays* de pimenta, gás lacrimogêneo, *tasers* e granadas explosivas *outdoor* (vulgarmente chamadas de “bombas de efeito moral”), tecnicamente, há várias classificações sobre os inúmeros tipos de armamento que podem ser classificados como menos letais, que variam segundo “funcionamento” (armas brancas, armas de fogo, armas especiais), “alvo”, “tecnologia” (físicas, químicas) e “lançamento” (manuais ou por armamento).

Supõe-se, apressadamente, que essas armas não comprometem de modo significativo a vida e a saúde das pessoas; contudo, uma análise mais cuidadosa revela que elas podem sim trazer riscos severos.¹

Além dos riscos consideráveis à vida e à saúde, uma preocupação adicional em relação ao armamento menos letal é quanto à sua (des)regulamentação no Brasil, como revela a Profa. Anna Feingenbaum, pesquisadora da Bournemouth University (Reino Unido) e autora da obra *Tear Gas: From the Battlefields of WWI to the Streets of Today*²:

“Tal como acontece com muitos outros países, a regulamentação das armas menos letais no Brasil deixa um espaço aberto para a corrupção, o erro e a

1. Ressalta-se no relatório intitulado *Lethal in disguise: the health consequences of crowd-control weapons* [em tradução livre: *Letal disfarçado: as consequências para a saúde de armas de controle de multidão*], elaborado pela Physicians for Human Rights (PHR) e pela American Civil Liberties Union (ACLU) sobre o *spray* de pimenta, uma das principais – senão a principal – arma menos letal empregada por agentes de segurança pública no Brasil, que a partir da revisão da literatura médica, há a identificação de diversas pessoas que sofreram danos, inclusive permanentes, com o uso desse armamento. Nesse sentido: “Uma revisão sistemática da literatura médica documentando os efeitos de saúde de irritantes químicos identificou 5.131 pessoas que sofreram danos; duas dessas pessoas morreram e setenta sofreram sequelas permanentes. De 9.261 lesões documentadas, 8,7% foram severas e demandaram atendimento médico profissional; 17% foram substanciais; e 74,2% foram menores. [...] Enquanto irritantes químicos são normalmente considerados como causadores de mínimos danos, os dados identificam preocupantes níveis de comorbidade e mesmo mortes causadas por estas armas” (PHR, 2016, p. 7 – tradução nossa, sem grifo no original).
2. Em tradução livre: *Gás lacrimogêneo: dos campos de batalha da 1ª Guerra Mundial para as ruas de hoje*.

FERRAZ, Hamilton Gonçalves; CHIES-SANTOS, Mariana. “Vou temperar vocês”: um estudo de caso sobre a responsabilidade do Judiciário no combate às práticas de tortura no sistema socioeducativo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 190. ano 30. p. 275-307. São Paulo: Ed. RT, maio/jun. 2022.

irresponsabilidade. De acordo com um relatório do grupo de jornalismo investigativo Pública, todas as vendas internacionais de gás lacrimogêneo do país passam pelo Ministério das Relações Exteriores do Brasil e pelo Ministério da Defesa. No entanto, eles não mantêm um registro de como estes produtos são usados posteriormente e os números de vendas não são tornados públicos. Como a Pública diz, “[n]esta indústria, a norma é a falta de transparência” (FEINGENBAUM, 2015, p. 113).

Em 2020, as Nações Unidas elaboraram um documento intitulado “Guia sobre Armas Menos Letais em Segurança Pública”, que consigna diretrizes gerais para a autorização, regulamentação e emprego desse tipo de armamento, que devem ser revestidas da máxima cautela. Nesse norte, o artigo 2.5 consagra uma recomendação fundamental:

“2.5 Apenas armas e sistemas de armamentos devidamente autorizados por autoridades estatais relevantes para uso em segurança pública devem ser implementadas por agências de segurança pública e empregadas por agentes de segurança pública. *A Lei Doméstica e regulações devem especificar as condições para o uso de armas menos letais e seus equipamentos relacionados, e devem impor limitações no seu uso de maneira a minimizar o risco de dano*” (tradução nossa)³.

No Brasil, destaca-se, ainda, a recente “Nota Técnica sobre emprego de munição de impacto controlado em manifestações democráticas”, de autoria do Coronel da Reserva da Polícia Militar do Rio de Janeiro, Antropólogo e pesquisador do Laboratório de Análise da Violência, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (LAV/UERJ), Robson Rodrigues da Silva. Esse documento sugere a criação de uma *comissão interdisciplinar* para a observação do cumprimento das normas regulamentadoras do armamento menos letal, tendo em vista a gravidade e efeitos desta tecnologia sobre as pessoas (SILVA, 2020).

Por todo o exposto, é evidente que a temática do armamento menos letal deve ser compreendida e analisada com extrema cautela – mais ainda quando se trata de seu emprego no sistema socioeducativo, envolvendo diretamente população vulnerável e titular de maiores proteções e garantias – os(as) adolescentes aos quais se atribui a prática de atos infracionais.

3. O original pode ser encontrado em: UNITED NATIONS, 2020, p. 5. Disponível em: [https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CCPR/LLW_Guidance.pdf]. Acesso em: 03.08.2021.

FERRAZ, Hamilton Gonçalves; CHIES-SANTOS, Mariana. “Vou temperar vocês”: um estudo de caso sobre a responsabilidade do Judiciário no combate às práticas de tortura no sistema socioeducativo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 190. ano 30. p. 275-307. São Paulo: Ed. RT, mai/jun. 2022.

3. O EMPREGO DA VIOLÊNCIA PELO ESTADO NA JUSTIÇA JUVENIL E O DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

Desde a edição da Constituição de 1988, foram ratificados cada vez mais tratados internacionais (globais e regionais) com o objetivo de proteger os direitos da pessoa humana, agregando e reconhecendo novos direitos e garantias ao ordenamento jurídico interno (MAZZUOLI, 2011). Embora algumas normas ainda não tenham sido ratificadas pelo Brasil, elas já vêm sendo utilizadas na fundamentação de diversas decisões de nossa Suprema Corte como forma de observância e efetivação do Direito Internacional dos Direitos Humanos⁴.

O Ministro Edson Fachin, por exemplo, ao julgar o Habeas Corpus coletivo 143.988/ES, que dizia respeito à garantia do princípio de *numerus clausus* nas unidades educacionais de internação para adolescentes a quem se atribui a prática de atos infracionais, trouxe referência tanto à Convenção Internacional dos Direitos da Criança de 1989 como à jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Ressaltam-se, aqui, dois trechos do voto:

“Consabido que essa normativa internacional trata como criança todo indivíduo com menos de 18 (dezoito) anos, mas também disciplina que as legislações internas devem estipular um patamar etário abaixo do qual inexistente a responsabilização por fatos análogos a crimes (art. 40, 3, a, da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança).

É inequívoco que esse conjunto de princípios e regras estrutura as normas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente, de sorte que a superação do anterior modelo da “situação irregular”, de viés tutelar e punitivo, deve traduzir-se no integral respeito a essas premissas teóricas e aos valores [...] *também no momento da interpretação*” (STF, 2020 – sem grifo no original).

Evidencia-se, assim, que parte dos Ministros do Supremo Tribunal Federal têm compreendido que não é suficiente que os dispositivos do direito brasileiro sejam compatíveis somente com a Constituição da República de 1988. É necessário

4. A título de exemplo, no Habeas Corpus coletivo 143.641/SP, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, no qual houve a concessão de prisão domiciliar às mulheres mães privadas de liberdade, há a expressa menção em diversas partes do voto às Regras de Bangkok, que são às Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras. Na própria ementa do voto é possível observar a citação a esta *soft law*. Para acesso a íntegra da decisão: [https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748401053]. Acesso em: 24.01.2022.

FERRAZ, Hamilton Gonçalves; CHIES-SANTOS, Mariana. “Vou temperar vocês”: um estudo de caso sobre a responsabilidade do Judiciário no combate às práticas de tortura no sistema socioeducativo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 190. ano 30. p. 275-307. São Paulo: Ed. RT, maio/jun. 2022.

mais: o ordenamento jurídico brasileiro precisa estar em conformidade com os tratados internacionais, para poder fazer parte da ordem jurídica internacional, não se admitindo violações a nenhum de seus preceitos (MAZZUOLI, 2011).

Assim, para demonstrar a importância do tema e exemplificar alguns dos documentos internacionais que cuidam de adolescentes a quem se imputa a prática de atos infracionais, apresentaremos a seguir normativas internacionais específicas para adolescentes e sua relação com a justiça juvenil e a utilização de armas e violência no contexto de privação de liberdade.

3.1. As Nações Unidas e o Direito Internacional dos Direitos Humanos de Crianças e Adolescentes

Nesse ponto, procuraremos evidenciar as regras das Nações Unidas que digam respeito especificamente aos direitos humanos de crianças e adolescentes que se encontram em situação de conflito com a lei. Assim, por ordem cronológica, apresentaremos as Regras de Beijing de 1985, a Convenção Internacional dos Direitos da Criança de 1989 e as Regras de Havana de 1990. Além disso, apresentaremos as regras mais atuais da ONU em relação ao uso de armamento menos letal. Justifica-se o presente ponto em razão da necessidade de cumprimento, no plano interno, das regras pensadas em âmbito internacional, conforme especificado no ponto anterior.

As Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e Juventude, conhecidas como Regras de Beijing, foram publicadas pelas Nações Unidas em 1985, tendo como pano de fundo a realização do “VII Congresso sobre Prevenção ao Delito e Tratamento de seu autor”. São essas regras que começam a delinear, no plano internacional, a proteção aos(às) adolescentes e jovens a quem se atribui a prática de atos infracionais.

As Regras de Beijing falam sobre todas as políticas de assistência que devem ser dirigidas aos(às) adolescentes que se encontram em uma situação de conflito com a lei, desde o momento de apreensão, até o momento do cumprimento de uma sanção que pode vir a ser aplicada pelo Estado. Com base nos princípios da brevidade e da excepcionalidade, as Regras de Beijing entendem que a privação de liberdade deve ser o último recurso a ser utilizado pelo Judiciário e, se for o caso, pelo tempo mais breve possível.

Em relação ao tratamento destinado aos(às) adolescentes em privação de liberdade, a norma informa que o tratamento dentro de uma instituição deve ser oferecido no sentido de assegurar assistência, proteção, educação e formação profissional (Regra 26.1). Embora não falem diretamente sobre o uso de armamentos

menos letais, as Regras de Beijing insistem que a toada do sistema de Justiça Juvenil deve ser o respeito e a proteção a parcela da população ali inserida.

A Convenção Internacional dos Direitos da Criança (CIDC), publicada em 1989, é considerada o principal tratado em matéria de direitos humanos de crianças – entendidas como sujeitos de até 18 anos de idade –, e é o documento internacional que conta com o maior número de ratificações do que qualquer outra Convenção elaborada pela ONU.

A CIDC trata de uma série de direitos e se destina a disciplinar também a Justiça Juvenil. Considerando o fato de que o Brasil ratificou a Convenção e, portanto, recepcionou no seu ordenamento jurídico interno tal documento por meio do Decreto 99.710, de 1990, é importante atentarmos para algumas diretrizes importantes que tratam da Justiça Juvenil na presente Convenção.

O artigo 37 da Convenção, por exemplo, informa que:

“Art. 37. Os Estados Partes zelarão para que:

a) *nenhuma criança seja submetida a tortura nem a outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes*. Não será imposta a pena de morte nem a prisão perpétua sem possibilidade de livramento por delitos cometidos por menores de dezoito anos de idade;

b) *nenhuma criança seja privada de sua liberdade de forma ilegal ou arbitrária. A detenção, a reclusão ou a prisão de uma criança será efetuada em conformidade com a lei e apenas como último recurso, e durante o mais breve período de tempo que for apropriado*;

c) *toda criança privada da liberdade seja tratada com a humanidade e o respeito que merece a dignidade inerente à pessoa humana, e levando-se em consideração as necessidades de uma pessoa de sua idade*. Em especial, toda criança privada de sua liberdade ficará separada dos adultos, a não ser que tal fato seja considerado contrário aos melhores interesses da criança, e terá direito a manter contato com sua família por meio de correspondência ou de visitas, salvo em circunstâncias excepcionais;

[...].”

Fica claro, portanto, da leitura do dispositivo indicado, que é proibida a prática de tortura, maus-tratos e tratamentos cruéis, desumanos e degradantes dispensados a crianças em privação de liberdade.

Ressalta-se, ainda, o artigo 40 da CIDC, que diz:

“Artigo 40.

1. Os Estados Partes reconhecem o direito de toda criança a quem se alegue ter infringido as leis penais ou a quem se acuse ou declare culpada de ter infringido

as leis penais de ser tratada de modo a promover e estimular seu sentido de dignidade e de valor e a fortalecer o respeito da criança pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais de terceiros, levando em consideração a idade da criança e a importância de se estimular sua reintegração e seu desempenho construtivo na sociedade.

[...]

VII) ter plenamente respeitada sua vida privada durante todas as fases do processo.

[...].”

Assim, parece evidente que a Convenção, ao cuidar especificamente da justiça juvenil e do tratamento a ser dispensado às crianças institucionalizadas, proíbe que os Estados-parte – como o Brasil – tratem de forma violenta essa parcela da população. Nesse sentido, é possível compreender que o emprego de armas menos letais, como forma de maus-tratos, consiste em tratamento cruel, vedado pela legislação internacional.

Desde o plano do Direito Internacional dos Direitos Humanos, invoca-se importante e esclarecedora norma contida nas chamadas “Regras Mínimas das Nações Unidas para a Proteção dos Jovens Privados de Liberdade” (Resolução 45/11, de 14 de dezembro de 1990). Dispõem os artigos 63, 64 e 65 da norma em comento, que aqui convém serem reproduzidos na literalidade:

“Capítulo IV – Administração dos Centros de Detenção de Jovens

K. Limitações da coerção física o uso da força

63. O uso de instrumentos de coerção e a força, com qualquer fim, deverá ser proibido, salvo nos casos estabelecidos no Artigo 63.

64. Somente em casos excepcionais se poderá usar a força ou instrumentos de coerção, quando todos os demais meios de controle tenham esgotado e fracassado, e apenas pela forma expressamente autorizada e descrita por uma lei ou regulamento. Esses instrumentos não deverão causar lesão, dor, humilhação, nem degradação, e deverão ser usados de forma restrita e pelo menor período de tempo possível. Por ordem do diretor da administração, estes instrumentos poderão ser utilizados para impedir que o menor prejudique a outros ou a si mesmo ou cause sérios danos materiais. Nesse caso, o diretor deverá consultar, imediatamente, o pessoal médico e outro pessoal competente e informar à autoridade administrativa superior. [sem grifo no original]

65. Em todo centro onde haja jovens detidos, deverá ser proibido o porte e o uso de armas por parte dos funcionários.”

Além desses artigos constantes das Regras de Havana, vale a pena colacionar outra parte do documento, que, por sua vez, fala sobre o emprego de violência no tratamento de pessoas com menos de 18 anos de idade:

“83. [...] O pessoal dos estabelecimentos de menores deve ser continuamente encorajado a desempenhar os seus deveres e obrigações de um modo humano, empenhado, profissional, justo e eficiente, a agir sempre de forma a merecer e ganhar o respeito dos menores e proporcionar-lhes um modelo de identificação e uma perspectiva positivas.

87. [...]

a) Nenhum membro do pessoal do estabelecimento de detenção pode, sob qualquer pretexto ou em quaisquer circunstâncias, infringir ou tolerar qualquer ato de tortura ou qualquer forma de tratamento, castigo, correção ou disciplina cruel, desumana ou degradante;

d) O pessoal do estabelecimento deve assegurar a completa proteção da saúde mental e física dos menores, incluindo a proteção contra abusos e exploração físicos, sexuais e emocionais e deve tomar providências imediatas para assegurar cuidados médicos quando necessário.”

Isso tudo deixa claro que o emprego de armas menos letais, como forma de tratamento destinado às crianças em privação de liberdade, é contrário ao que preveem as principais normativas internacionais que regem os direitos humanos de crianças e adolescentes.

Ainda nesse sentido, vale mencionar que o Comitê sobre Direitos da Criança (CRC – ONU), em seu Comentário Geral 8, em que avalia a possibilidade do emprego de castigo físico como forma de educação de crianças e adolescentes, concluiu no sentido da impossibilidade de seu emprego, rejeitando qualquer justificativa para violência.

De outra banda, reconheceu-se que, muitas vezes, será necessário ao cuidador o emprego de ações físicas para protegê-las. Ou seja, admitiu-se o emprego de ações físicas *protetoras*, o que é distinto do uso deliberado e punitivo da força. Por sua pertinência com o tema em debate nesse recurso, transcrevemos parte da opinião daquele órgão consultivo internacional, encarregado de realizar a interpretação sobre a Convenção sobre Direito das Crianças de 1989:

“14. O Comitê reconhece que exercer a paternidade e cuidar de crianças, especialmente de bebês e de crianças pequenas, demandam ações físicas e invenções frequentes para protegê-las. Isso é bem diferente do uso deliberado e punitivo da força para causar algum grau de dor, desconforto ou humilhação. Como adultos, nós próprios sabemos distinguir uma ação física protetora de uma agressão punitiva; não é mais difícil fazer tal distinção quando se trata de ações envolvendo crianças. Em todos os Estados, a lei, explícita ou implicitamente, permite o uso da força não-punitiva e necessária para se proteger uma pessoa.

15. O Comitê reconhece que existem circunstâncias excepcionais nas quais professores e outros, por exemplo, aqueles que trabalham com crianças em instituições e com crianças em conflito com a lei, podem ser confrontados por comportamentos perigosos que justificam o uso da contenção razoável para controlá-los. Aqui também há uma distinção clara entre o uso da força motivado pela necessidade de se proteger uma criança e o uso da força para castigar. O princípio do uso da força minimamente necessário pelo menor período de tempo possível deve ser aplicado sempre. Também são necessários orientação e treinamento detalhados, tanto para minimizar a necessidade do uso da contenção quanto para garantir que quaisquer métodos usados sejam seguros e proporcionais à situação e não envolvam a aplicação da dor como forma de controle.”

Reiterando o posicionamento geral do Comentário 8, o Comitê dos Direitos da Criança da ONU, ao divulgar o Comentário Geral 24, de 2019, informa que:

“75. O Comitê reitera que o castigo corporal como sanção é uma violação do artigo 37 (a) da Convenção, que proíbe todas as formas de tratamento ou castigo cruel, desumano e degradante (ver também o comentário geral nº 8 (2006) do Comitê sobre o direito da criança à proteção contra castigos corporais e outras formas cruéis ou degradantes de castigo).

95.

g) Qualquer medida disciplinar deve ser coerente com a defesa da dignidade inerente à criança e os objetivos fundamentais do cuidado institucional. Medidas disciplinares, em violação ao artigo 37, da Convenção, devem ser estritamente proibidas, incluindo castigos corporais, colocação em cela escura, solitária ou qualquer outra punição que possa comprometer a saúde física ou mental ou o bem-estar da criança em questão, e as medidas disciplinares não devem privar as crianças de seus direitos básicos, como visitas de representantes legais, contato familiar, alimentação, água, vestuário, roupa de cama, educação, exercício ou contato diário significativo com outras pessoas;”

Evidente, portanto, que a dignidade e humanidade no tratamento dispensado às crianças em situação de conflito com a lei que se encontram institucionalizadas não preveem o uso imoderado e irrestrito da força, como parecem querer aqueles que defendem o uso de armas menos letais.

Por último, as Nações Unidas, em seu “Guia para o uso da força e armas de fogo em segurança pública” (*Resource book on the use of force and firearms in Law Enforcement*), que se baseia nas Regras de Havana e em outras normas internacionais, orienta que:

“No caso de crianças⁵, os Estados devem adotar políticas e procedimentos claros e transparentes que encorajem o uso de formas positivas e educacionais de disciplina, e estabelecerem na legislação o dever de diretores e agentes de detenção para gravarem, revisarem e monitorarem toda situação na qual medidas disciplinares são usadas. Eles também devem proibir qualquer forma de violência ou ameaças contra crianças pelo pessoal de Unidades de Detenção de modo a forçar crianças a obedecerem a atividades contra suas vontades. Como regra geral, sob circunstâncias excepcionais pode ser necessária a utilização de instrumentos de contenção, mas apenas quando estritamente necessários, de acordo com a Lei e de um modo compatível com o princípio da proporcionalidade e pelo menor período de tempo possível.” (tradução nossa)⁶

Por todo o exposto, consagra-se, em nível internacional, a necessidade de máxima observância, cautela e restrições no emprego de quaisquer instrumentos de coerção (o que inclui o caso de armas menos letais) em Centros de Detenção de Jovens, rigores que o Decreto Estadual 41.553/2008 não observa.

Da normativa à prática, na sequência, analisa-se, no seio da jurisprudência do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, o mais importante caso de violência institucional praticada no sistema de Justiça Juvenil da região.

3.2. Lições do caso “*Instituto de Reeducação do Menor*” vs. *Paraguai*, Corte IDH (2002)

O *Instituto de Reeducción del Menor* “Coronel Panchito López” foi uma instituição paraguaia responsável pela internação de adolescentes autores de infrações penais. Denúncias contra o instituto foram recebidas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) em 1996 e tratavam de diversos fatores que motivaram, posteriormente, uma declaração da CIDH, a qual dizia que o Instituto “Coronel Panchito López” representou a manutenção de um sistema de detenção contrário a todos os padrões internacionais relativos à privação de liberdade de crianças. Os adolescentes internos do Instituto estavam reclusos em condições inadequadas para qualquer parâmetro internacional, estavam inseridos em um contexto cheio de situações precárias, como a superlotação,

5. Reitera-se: pessoas menores de 18 anos de idade, conforme entende o Direito Internacional dos Direitos Humanos. Sobre isso, conferir a esclarecedora Opinião Consultiva 17/2002, Corte Interamericana de Direitos Humanos.

6. UNITED NATIONS, 2017, p. 146. Disponível em: [https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/17-03483_ebook.pdf]. Acesso em: 03.08.2021.

a insalubridade, a falta de infraestrutura adequada, guardas penitenciários em quantidade insuficiente e incapacitados para trabalhar com jovens menores de 18 anos. Chegaram a ocorrer três incêndios no Instituto, os quais levaram diretamente à morte nove garotos, além de um deles ter sido vítima de arma de fogo, baleado por um dos guardas, e, devido aos incêndios, mais 38 tiveram ferimentos e/ou saíram intoxicados. Por fim, a totalidade ou parte das vítimas sobreviventes de cada um dos incêndios foi transferida para penitenciárias de adultos, sem nem mesmo terem sido, em sua maioria, condenadas.

Logo, diante de todos esses fatos, e a partir da tramitação do processo na CIDH, o órgão alegou que o Estado do Paraguai, responsável pelo *Instituto de Reeducação*, entre agosto de 1996 e julho de 2001, cometeu ofensa aos arts. 4º (direito à vida) e 5º (direito à integridade pessoal), relacionando-os com o art. 1.1 e igual violação aos arts. 7º (liberdade pessoal), 8º (garantias judiciais), ao art. 19 (direitos da criança) e, por último, ao art. 25 (proteção judicial), todos da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica).

A CIDH, então, recomendou algumas ações ao Estado, como a transferência imediata dos meninos e adolescentes a centros mais adequados, a adoção de medidas que fizessem o Código da Infância e Adolescência entrar em vigência imediata, além de outras alterações legislativas, administrativas e medidas necessárias para se garantir o direito de defesa da criança e do adolescente, em especial estes privados de liberdade, como a redução do tempo de prisão preventiva e medidas alternativas à privação de liberdade. Depois dos trâmites na CIDH, a demanda foi levada à Corte IDH, que pôde concluir que em nenhum momento existiram no Instituto condições necessárias para que os internos pudessem desenvolver-se de maneira digna, mas apenas condições inumanas e degradantes.

Apesar de não se tratar, especificamente, de emprego de armamento menos letal, uma análise mais cuidadosa demonstra que o Caso do Instituto de Reeducação do Menor vs. Paraguai traz lições importantes sobre essa questão, uma vez que a Corte observou que tal armamento era utilizado de forma banalizada pela Unidade, gerando situações cotidianas de maus tratos, abusos e tortura, pois além de armas de fogo, os guardas usavam abusivamente de armas não letais (como gás lacrimogêneo)⁷.

7. “No último incêndio, houve um motim, no qual os guardas mataram um companheiro sem motivo, razão pela qual os internos ficaram furiosos e começaram a queimar tudo. Os guardas jogavam gás lacrimogêneo, davam pancadas muito fortes e, além disso, começaram a disparar com metralhadoras. Os internos tinham facas e estiveram “a ponto de matar dois zeladores”. (Testemunho de Clemente Luis Escobar González, ex-interno do

De se notar a fundamentação desenvolvida pela Corte Interamericana nos parágrafos a seguir, que convém transcrever na íntegra:

“160. Sobre o direito à vida, quando o Estado se encontra na presença de crianças privadas de liberdade, como ocorre no presente caso, tem, além das obrigações em relação a toda pessoa, uma obrigação adicional estabelecida no artigo 19 da Convenção Americana. Por um lado, deve assumir sua posição especial de garante com maior cuidado e responsabilidade, e deve tomar medidas especiais orientadas pelo princípio do interesse superior da criança. Por outro lado, *a proteção da vida da criança requer que o Estado se preocupe particularmente com as circunstâncias da vida que levará enquanto se mantenha privado de liberdade, já que esse direito não se extinguiu nem se restringiu por sua situação de detenção ou prisão* (par. 159 supra).” (grifo nosso)

“161. Nesse sentido, os artigos 6 e 27 da Convenção sobre os Direitos da Criança incluem, em relação ao direito à vida, a obrigação do Estado de garantir, ‘na máxima medida possível, a sobrevivência e o desenvolvimento da criança’. O Comitê dos Direitos da Criança interpretou a palavra ‘desenvolvimento’ de uma maneira ampla, holística, que abrange o aspecto físico, mental, espiritual, moral, psicológico e social. Visto assim, *um Estado tem, em relação às crianças privadas de liberdade e, portanto, sob sua custódia, a obrigação de, inter alia, provê-las de assistência à saúde e educação, para assim assegurar que sua detenção não destruirá seus projetos de vida*.” (grifo nosso)

“162. Em íntima relação com a qualidade de vida, estão as obrigações do Estado em matéria de integridade pessoal de crianças privadas de liberdade. *A qualificação de penas ou tratamentos como cruéis, desumanos ou degradantes deve considerar necessariamente a qualidade de criança dos afetados*.” (grifo nosso)

Assim, o Caso do Instituto de Reeducação do Menor vs. Paraguai é um exemplo extremo, mas de suma importância para a questão aqui discutida, uma vez que ilustra as consequências do abandono e do desprezo à socioeducação pelo Estado – o que, quanto ao Paraguai, rendeu uma significativa condenação perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos. O Brasil conta com casos similares, como Complexo do Tatuapé da Febem vs Brasil (2005-2006); e UNIS vs Brasil (2011-2017)⁸ que, no entanto, não obtiveram, propriamente, uma sentença condenatória.

Instituto. In CORTEIDH, 2004, p. 20. Disponível em: [https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/1384a89a0996f1ea1767dc3533187a82.pdf]. Acesso em: 17.12.2021).

8. Este último integra o chamado “supercaso” brasileiro perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Em junho desse ano, a Corte IDH realizou audiência pública

FERRAZ, Hamilton Gonçalves; CHIES-SANTOS, Mariana. “Vou temperar vocês”: um estudo de caso sobre a responsabilidade do Judiciário no combate às práticas de tortura no sistema socioeducativo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 190. ano 30. p. 275-307. São Paulo: Ed. RT, maio/jun. 2022.

4. O ARE 1.161.625/RJ, STF: A HISTÓRIA DE UMA OPORTUNIDADE (PERDIDA) DE COMBATE À TORTURA NO SISTEMA SOCIOEDUCATIVO

4.1. *Breve histórico do caso*

A 2ª Turma do STF, na relatoria do Min. Kássio Nunes Marques, julgou recurso interposto pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro em face de Recurso Extraordinário, cujo objeto centrava-se na análise da legalidade do Decreto Estadual RJ 41.553/2008, que autoriza o Departamento Geral de Ações Socioeducativas (DEGASE) a adquirir e empregar, irrestritamente, armamento menos letal no sistema socioeducativo fluminense.

O caso iniciou-se com uma Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, que buscou, inicialmente, a declaração de ilegalidade do Decreto. A sentença julgou o pedido improcedente e essa decisão foi mantida em segunda instância, ao fundamento de que o ato impugnado era necessário e adequado à proteção e segurança de adolescentes em cumprimento de medidas socioeducativas de privação de liberdade.

Segundo o acórdão recorrido, é necessário que “os servidores públicos possam se valer de instrumentos minimamente eficazes à contenção, à segurança e à proteção próprias e a dos adolescentes”; sendo certo que revelar-se-ia “razoável a ponderação exercida pelo Estado quando da edição do decreto em comento, nada havendo que justifique a invalidação judicialmente” (eSTJ fl. 396).

No recurso extraordinário, não admitido pela 3ª Vice-Presidência do TJRJ, alegou-se violação do art. 227 da CF/88, que introduziu no ordenamento jurídico nacional a doutrina da proteção integral, colocando crianças e adolescentes a salvo de toda forma de violência, crueldade e opressão.

A Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro requereu habilitação como assistente litisconsorcial, solicitando que fosse dado provimento ao recurso. O órgão argumentou que, dada a posição de garante do Estado em relação aos(as) adolescentes que estejam sob sua custódia, ele deve zelar pela higidez de suas integridades, competindo-lhe assegurar suas existências dignas (integridade física e mental), propiciando alojamentos salubres, atividades educacionais e

para verificar o andamento e as providências do Estado brasileiro quanto às violações denunciadas e processadas. Conferir mais em: CONECTAS, 2021, paginação irregular. Disponível em: [<https://www.conectas.org/noticias/corte-idh-faz-audiencia-publica-sobre-violacoes-em-presidios-brasileiros-relembre-supercaso-que-esta-no-tribunal/>]. Acesso em: 03.08.2021.

FERRAZ, Hamilton Gonçalves; CHIES-SANTOS, Mariana. “Vou temperar vocês”: um estudo de caso sobre a responsabilidade do Judiciário no combate às práticas de tortura no sistema socioeducativo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 190. ano 30. p. 275-307. São Paulo: Ed. RT, maio/jun. 2022.

profissionalizantes, entre outros direitos (art. 94 e 124 da Lei 8.069/90). Assim, por possuir um dever especial de proteção em relação aos(as) adolescentes em cumprimento de medida socioeducativa de privação de liberdade, o Estado deveria agir para impedir quaisquer ofensas às suas integridades físicas, psicológicas e emocionais (obrigação positiva); como também abster-se de utilizar qualquer técnica que as coloque em risco (obrigação negativa). No caso do Decreto impugnado, a Defensoria argumentou que ele “restringe de forma inconstitucional os direitos fundamentais insertos no art. 227 da CF/88”, uma vez que:

“1 – é ato infralegal, e a restrição desse direito fundamental deveria estar prevista em lei em sentido formal, além de atender os requisitos de proporcionalidade;

2 – é absolutamente genérico, ao não especificar as hipóteses em que o agente público está autorizado a empregar o armamento menos letal; quais agentes estão autorizados; tipo de armamento a ser comprado/adquirido; padrões de conduta para evitar abuso e permitir a responsabilização dos abusos eventualmente perpetrados.

Note-se que o Decreto mencionado é muito mais genérico do que a Lei 13.060, que dispõe sobre “o uso dos instrumentos de menor potencial ofensivo pelos agentes de segurança pública”, e prevê requisitos para seu emprego (legalidade, necessidade, razoabilidade), além de defini-los (art. 4º.), dispor sobre a necessidade de treinamento dos agentes (art. 3º), e obrigações decorrentes de sua utilização (art. 6º).

E, muito embora claramente os servidores do DEGASE não integrem a categoria de integrantes das carreiras da segurança pública, afinal não incluídos no Sistema Único de Segurança Pública, criado pela Lei n.º 13765, conforme veto da Presidência da República ao inciso IX do § 2º art. 9, a comparação revela, por maioria de razão (argumento a fortiori), a escancarada violação ao art. 227 da CF/88, muito bem apontada pelo Ministério Público.”

A Procuradoria-Geral da República opinou favoravelmente, argumentando que a regulamentação do armamento não letal, por afetar intensamente a integridade física e psíquica dos(as) adolescentes a eles submetidos – sujeitos que são titulares de maiores proteções, em razão das garantias constitucionais que se projetam a partir do art. 227 da Constituição da República – deve ser revestida de fortes cautelas. Isso porque não somente seu emprego, mas também e, principalmente, a forma de sua autorização e disciplina legal, no referido Decreto, são absolutamente genéricas, não se identificando quem pode dele se valer, em que circunstâncias e sob que tipos de controle. Nas palavras da PGR:

“O decreto que o Ministério Público fluminense recrimina não atende, *nem em grau mínimo*, a essas exigências que a matéria sobre que versa cobra. Não delinea medida alguma de prevenção ao uso desordenado desse meio de promover a segurança – o que é tanto mais grave, quando os sujeitos a ação dessas armas são menores. O decreto, portanto, não protege minimamente os interesses elementares dos menores diante do poder que entrega a agentes públicos. A espécie retrata caso nítido de proteção insuficiente de direitos fundamentais dos menores, incompatível com o princípio da proteção integral que eles merecem por deliberação do constituinte originário.” (sem grifo no original)⁹

Em um voto de singelas três páginas, o Min. Kássio Nunes Marques, acompanhado da maioria da 2ª Turma do STF, negou provimento ao recurso, ao argumento de que rever o posicionamento do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro seria, em síntese, reexame de matéria fático-probatória, o que seria inviável em sede de RE, justificando sua posição com as súmulas 280 e 279 do STF¹⁰. O Ministro Relator também invocou, em sua *ratio decidendi*, os precedentes consubstanciados no ARE 1.101.267-AgR/SP (um caso previdenciário cujo Recorrente era o INSS); ARE 1.229.056-AgR/RJ (discussão sobre gerência de recurso de fundo para a infância e juventude) e RE 827.282-AgR/AL (mais um caso previdenciário sobre o direito de pensão por morte e menor de idade sob guarda)¹¹.

Vencido, o Min. Fachin subscreveu as razões da PGR, do MPRJ e da DPRJ, dando provimento ao recurso, compreendendo que a questão de que ele tratava era, na verdade, a banalização do uso e emprego de armamento menos letal, cuja

9. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Agravo em Recurso Extraordinário 1.161.625/RJ. Parecer da Procuradoria Geral da República, de 03 de julho de 2019. Recorrente: Ministério Público do Rio de Janeiro. Recorrido: Estado do Rio de Janeiro. Ministro Relator: Min. Celso de Mello. 2ª Turma, p. 4. Disponível em: [<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15340558470&text=.pdf>]. Acesso em: 07.10.2021.
10. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Agravo em Recurso Extraordinário 1.161.625/RJ. Recorrente: Ministério Público do Rio de Janeiro. Recorrido: Estado do Rio de Janeiro. Ministro Relator: Min. Nunes Marques (Voto). 2ª Turma. Sessão virtual de 24.09.2021 a 01.10.2021, DJE 02.12.2021, p. 2. Disponível em: [<https://redir.stf.jus.br/paginador-pub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=758477858>]. Acesso em: 07.10.2021.
11. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Agravo em Recurso Extraordinário 1.161.625/RJ. Recorrente: Ministério Público do Rio de Janeiro. Recorrido: Estado do Rio de Janeiro. Ministro Relator: Min. Nunes Marques (Voto). 2ª Turma. Sessão virtual de 24.09.2021 a 01.10.2021, DJE 02.12.2021, p. 2. Disponível em: [<https://redir.stf.jus.br/paginador-pub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=758477858>]. Acesso em: 07.10.2021.

violência que lhes é inerente deveria ser controlada¹². Vale transcrever, no ponto, as palavras do Ministro:

“Nesse sentido, o recurso a armas contra os adolescentes submetidos à custódia do Estado deve estar cercado de cautelas, não podendo ser objeto de autorizações genéricas, em que não se identifica quem pode delas se valer, em que circunstâncias e sob que tipos de controle.

Por conseguinte, o dever de minudenciar assim autorizações dessa espécie é inafastável e constitucionalmente necessário, diante da intensidade da interferência sobre direitos fundamentais que essas armas possibilitam.

O decreto que o Ministério Público fluminense recrimina não atende, nem em grau mínimo, a essas exigências que a matéria sobre que versa cobra. Não delineia medida alguma de prevenção ao uso desordenado desse meio de promover a segurança – o que é tanto mais grave, quando os sujeitos a ação dessas armas são adolescentes ainda em formação.”¹³

4.2. *Como o Estado do Rio de Janeiro (não) regulamentou as armas menos letais em seu sistema socioeducativo*

Para melhor compreensão do objeto de toda a controvérsia anteriormente apresentada, convém transcrever, na íntegra, os artigos do Decreto 41.553/2008 que autorizam e regulamentam o emprego deste armamento. O Decreto foi publicado em novembro de 2008 e, após fundamentação preliminar baseada na Constituição e em legislação infraconstitucional visando demonstrar o rechaço ao emprego de armas de fogo, assim dispõe sobre o armamento menos letal:

“Art. 1º – Fica autorizado o Departamento Geral de Ações Socioeducativas – DEGASE a adquirir e a utilizar equipamentos não letais de segurança para a

12. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Agravo em Recurso Extraordinário 1.161.625/RJ. Recorrente: Ministério Público do Rio de Janeiro. Recorrido: Estado do Rio de Janeiro. Ministro Relator: Min. Nunes Marques. Voto Min. Luiz Edson Fachin. 2ª Turma. Sessão virtual de 24.09.2021 a 01.10.2021, DJE 02.12.2021, p. 4-6. Disponível em: [https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=758477858]. Acesso em: 07.10.2021.

13. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Agravo em Recurso Extraordinário 1.161.625/RJ. Recorrente: Ministério Público do Rio de Janeiro. Recorrido: Estado do Rio de Janeiro. Ministro Relator: Min. Nunes Marques. Voto Min. Luiz Edson Fachin. 2ª Turma. Sessão virtual de 24.09.2021 a 01.10.2021, DJE 02.12.2021, p. 6. Disponível em: [https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=758477858]. Acesso em: 07.10.2021.

contenção e a proteção dos adolescentes em cumprimento de medidas socioeducativas em meio fechado, respeitando-se os direitos fundamentais dos adolescentes em situação de risco, a Doutrina da Proteção Integral e primazia do atendimento, preceitos estes contidos na Constituição Federal, Lei Federal 8.069/90 e SINASE.

Art. 2º – Este Decreto entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.”

E nada mais – o que, por si só, traz diversos questionamentos.

5. O SUPREMO ERROU?

Para que se possa responder adequadamente a essa pergunta simples e direta, devem ser desenvolvidas duas ordens de considerações: (i) “de princípio”; e (ii) consequentialistas/empíricas. Sustenta-se, em síntese:

“(i) Além de se contrapor a toda a normativa internacional acima descrita a respeito dos limites intrínsecos ao emprego da violência na Justiça Juvenil, o Decreto Estadual 41.553/2008, Rio de Janeiro, é excessivamente vago, ofendendo qualquer exigência mínima de legalidade ou proporcionalidade;

(ii) Uma vez que o Judiciário, sobretudo a partir de seu órgão de cúpula, validou uma norma tão vaga quanto esta, a Corte contribuiu para agravar as condições precárias das Unidades Socioeducativas – inclusive já admitidas pelo próprio Supremo (HC 143.988) –, o que eleva o risco à vida e à saúde dos(as) adolescentes internados(as) e submetidos(as) a este tipo de armamento.”

5.1 Considerações “de princípio”

5.1.1. A excessiva vagueza e abertura da norma em comento e sua violação a direitos e garantias fundamentais

O Decreto 41.553/2008 é excessivamente vago e aberto, pois autoriza, sem qualquer rigor, especificação ou aprofundamento, a aquisição e utilização de armas menos letais (erroneamente designadas pela norma como “não letais”) pelo DEGASE. Por essa norma, estão autorizados a serem adquiridos e utilizados, sem limites, desde *sprays* de pimenta a canhões de água, *tasers* e bombas de efeito moral – como em episódio grave recente narrado pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro.

Na literatura e na jurisprudência, há uma teoria que é perfeitamente aplicável nessa situação: a chamada *void for vagueness doctrine* (“doutrina da nulidade

FERRAZ, Hamilton Gonçalves; CHIES-SANTOS, Mariana. “Vou temperar vocês”: um estudo de caso sobre a responsabilidade do Judiciário no combate às práticas de tortura no sistema socioeducativo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 190. ano 30. p. 275-307. São Paulo: Ed. RT, mai/jun. 2022.

por vagueza”), construída pela Suprema Corte dos Estados Unidos, que se fundamenta pela noção do devido processo legal em sentido substantivo. Isso porque o argumento nuclear da teoria pode ser resumido à ideia de que uma norma insuportavelmente indeterminada potencializa o surgimento de ações estatais violadoras de direitos fundamentais (CORREIA, 2011).

Além disso, é evidente que o Decreto não resiste à avaliação de outros critérios de análise, como o princípio da proporcionalidade nas suas consagradas três dimensões (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), que contam com incontáveis precedentes construídos ao longo da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Normas excessivamente vagas que autorizam ações estatais restritivas de direitos e garantias fundamentais já são, por si mesmas, inconstitucionais, a despeito do esforço de motivação e argumentação por vezes exigido nesse tipo de situação. Uma norma excessivamente vaga que autoriza grave atuação estatal sobre pessoas vulneráveis e titulares de ainda mais direitos e garantias, como é o caso de adolescentes em cumprimento de medidas socioeducativas em meio fechado, por sua vez, parece dispensar maiores esforços argumentativos para demonstrar sua inconstitucionalidade.

À míngua de critérios claros, a responsabilização torna-se difícil e, quiçá, impossível. O “vazio normativo” torna-se ambiente propício para o imprevisto e excessos.

Nesse ponto, importante destacar o relatório temático denominado “Presídios com nome de escola: inspeções e análises sobre o sistema socioeducativo do Rio de Janeiro”, elaborado pelo Mecanismo Estadual de Prevenção e Combate à Tortura, que bem ilustram as consequências concretas do Decreto impugnado:

“O tratamento dedicado aos adolescentes autores de atos infracionais configura um cenário de *crônica violência institucional*. O MEPCT/RJ entende como de extrema gravidade as denúncias de tortura e violações de direitos humanos verificadas no DEGASE, as quais aviltam a dignidade humana das pessoas privadas de liberdade nos espaços de socioeducação e de seus familiares, que nunca alcançam justiça e reparação integral. É alarmante o fato de que, em um período de 10 anos (2007-2017), foram registradas 19 mortes no sistema socioeducativo do Rio de Janeiro. Em nenhuma delas houve responsabilização de agentes do Estado. O tratamento dispensado aos adolescentes privados de liberdade *viola o exercício da proteção integral e desconsidera o adolescente como pessoa em sua condição peculiar de desenvolvimento*. A lógica punitiva é o fio condutor do tratamento oferecido aos jovens, o qual ofusca, sem deixar resquícios, a lógica da socioeducação. A reiterada utilização de algemas em quaisquer deslocamentos externos dos adolescentes, o uso recorrente de

espargidor de pimenta, armas de eletrochoque (teaser), a ritualização da ‘cabeça baixa e mãos para trás, em fila indiana’ remetem a uma lógica militarizada, disciplinadora e punitiva, que fere a inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral. Outro agravante verificado pelo Mecanismo nas unidades do Rio de Janeiro se dá em razão das chamadas ‘convivências protetivas’. Nelas, os adolescentes passam por períodos de isolamento em relação aos demais, prática expressamente proibida em normativas nacionais e internacionais para esse público. Em praticamente todas as visitas realizadas pelo MEPCT para o presente relatório, *foi uníssona a reclamação dos adolescentes em relação ao uso excessivo da força perpetrada pelos agentes socioeducativos.* Os relatos são desde agressões físicas e verbais – como xingamentos, intimidações, tapas, socos, pontapés, até a utilização de barras de ferro ou madeira. Nos sete anos de existência do Sistema Estadual de Prevenção e Combate à Tortura fluminense, foram observadas diversas situações de torturas e maus tratos.” (sem grifo no original) (RIO DE JANEIRO, 2017).

5.2. Considerações consequencialistas

5.2.1. O Decreto Estadual 41.553/2008, Rio de Janeiro, como fator de agravamento das condições das unidades socioeducativas e sua contraposição à jurisprudência do STF

O Ministro Edson Fachin, em seu voto no Habeas Corpus Coletivo 143.988/ES registrou afirmativa que bem ilustra o propósito do presente tópico:

“Deve-se, pois, atentar para uma atuação do Poder Judiciário que garanta a dignidade aos internados mediante atuação que *coíba toda forma análoga a tratamento cruel ou degradante.* Exsurge, por conseguinte, viável e necessária a atuação jurisdicional reparadora, sem ofensa ao inarredável postulado da separação dos poderes.” (STF, 2020)

Quando desse voto, referia-se o Ministro à situação de superlotação que afeta gravemente Unidades Socioeducativas de todo o País. Contudo, sua posição esclarece qual deve ser o papel do Judiciário enquanto agente garantidor de direitos humanos e fundamentais, especialmente no sistema socioeducativo, questão que se torna ainda mais sensível quando este, diante do quadro de violência institucional que lhe atravessa, é desvirtuado de suas finalidades de promover, justamente, a socioeducação.

É precisamente sobre essa exposição à violência, ao abuso e à crueldade no sistema socioeducativo fluminense – e o emprego de armamento menos letal

pelos agentes socioeducativos é decisivo nessa questão – que se pretende, nesse momento, discorrer.

Contudo, antes disso, vale a pena citar, também, a apresentação do Ministro Ricardo Lewandowski às Regras de Beijing, quando da tradução do texto para o português que foi feito pelo CNJ quando dele foi presidente:

“Contudo, ainda que haja lei prevendo a máxima proteção a esses indivíduos ‘em formação’, inspeções realizadas pelo Conselho Nacional de Justiça, em centros de internação e de cumprimento de medidas socioeducativas, nos últimos anos, constatarem uma realidade bastante diversa daquela idealizada pelo legislador.

Crianças e adolescentes foram encontrados cumprindo medidas socioeducativas em estabelecimentos superlotados, expostos a estruturas precárias e sujas, sem acesso à educação, profissionalização ou plano de atendimento pedagógico, com segurança efetivada por policiais militares.

Pior: notou-se, ainda, *que agressões físicas ou psicológicas eram práticas constantes em várias dessas unidades inspecionadas.*

Ainda que programas de atendimento ao jovem venham sendo, paulatinamente, alavancados a partir de iniciativas do Poder Judiciário brasileiro, sempre pensando em formas mais eficazes de otimizar a reintegração social da criança e do adolescente em conflito com a lei, esse esforço empreendedor não está sendo o suficiente.

É preciso jogar ‘mais’ luzes sobre o problema!.” (CNJ, 2016)

A partir de estudo dos documentos produzidos pelo Mecanismo Estadual de Prevenção e Combate à Tortura do Rio de Janeiro (MEPCT/RJ), entre 2011 e 2018, Ionara Fernandes buscou refletir sobre as práticas de tortura nos espaços socioeducativos em meio fechado. Os achados de sua pesquisa são surpreendentes, a começar pela constatação de que “não há relatório do MEPCT/RJ sobre fiscalização no sistema socioeducativo sem a presença de relatos do uso da violência” (FERNANDES, 2021, p. 210). Em particular, quanto ao armamento menos letal, acumulam-se relatos de (ab)usos em seu emprego – em especial, do *spray* de pimenta –, como se depreende pelas informações obtidas pelo Mecanismo, das quais procuramos destacar as mais contundentes:

“Foi relatado também o uso de *spray* de pimenta pelos agentes, inclusive relatando uma situação em que assistiam jogo de futebol e após o grito de gol, os agentes jogaram *spray* de pimenta no alojamento trancado. Acrescentaram que também se faz o uso de armas não letais, embora negado pela direção.” (MEPCT/RJ, ESE, 08.08.2012, p. 17).

“As agressões ocorrem cotidianamente sem motivo aparente, o esculacho e o tapa na cara são práticas corriqueiras, os adolescentes afirmam ocorrer inclusive episódios descritos como ‘corredor polonês’, nos quais os agentes formam uma fila para que os adolescentes passem um a um sendo agredidos com murros. Ademais, os meninos voltaram a mencionar o uso do spray de pimenta, alguns ainda tinham camisas com marcas do spray.” (MEPCT/RJ, ESE, 13.02.2014, p. 5).

Ao contrário do que poderia imaginar uma suposição de senso comum, não são apenas os meninos que são expostos a esses tipos de abusos e violência; também as meninas em cumprimento de medida socioeducativa em meio fechado são afetadas pelo uso de armamento menos letal:

“Durante a nossa visita, as adolescentes discorreram sobre diversas situações de violência na unidade. Segundo as adolescentes, existe um contexto cotidiano de violência física e psicológica contra as mesmas. Foi relatado que o uso de espargidor de pimenta (spray) é constante e que inclusive um dos agentes diz ‘vou temperar vocês’ (sic). Disseram ainda que a prática da bailarina (portando roupas íntimas sendo algemada a uma grade na ponta dos pés) ainda é uma realidade no cotidiano das adolescentes.” (MEPCT/RJ, PACGC, 27.09.2016, p. 19).

Como Ionara Fernandes demonstra, o uso indiscriminado do spray de pimenta nos ambientes socioeducativos se converte em instrumento de tortura contra os adolescentes internos¹⁴, e esse instrumento potencializa a violência enquanto lógica que movimenta (e subverte) o cotidiano institucional fluminense da socioeducação.

É intuitivo que esse contexto – que é agravado e que pode se tornar dramático, a depender das circunstâncias, pelo emprego de armamento menos letal – impacta profundamente o desenvolvimento infanto-juvenil, como constatou o Min. Ricardo Lewandowski em seu voto na ADI 3446/DF:

“Com efeito, professores da Universidade de Harvard já demonstraram que essa institucionalização, com a consequente privação, na infância, de suporte psicológico e das experiências comuns às pessoas, produz danos ao desenvolvimento da criança (NELSON, Charles A., FOX, Nathan A. e ZEANAH, Charles H. *Romania's Abandoned Children: Deprivation, Brain Development, and the Struggle for Recovery*. Cambridge: Harvard Univ. Press, 2014).

14. FERNANDES, 2021, p. 258.

FERRAZ, Hamilton Gonçalves; CHIES-SANTOS, Mariana. “Vou temperar vocês”: um estudo de caso sobre a responsabilidade do Judiciário no combate às práticas de tortura no sistema socioeducativo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 190. ano 30. p. 275-307. São Paulo: Ed. RT, mai/jun. 2022.

Conforme explicam, existe uma experiência compartilhada pela qual todos os seres humanos devem passar. A consistência do afeto que recebem as crianças é da máxima relevância para a formação de pessoas saudáveis e capazes de estabelecer relações sociais profundas. Essa experiência é de suma importância para o desenvolvimento sensorial e emocional. Sem ela, os órgãos, assim como o sistema nervoso, podem, sobretudo em épocas críticas do desenvolvimento infantil, sofrer danos permanentes.

Segundo um dos mais recentes e abrangentes estudos internacionais sobre violência na infância, crianças sujeitas à institucionalização em geral não têm suas necessidades satisfeitas, e estão mais sujeitas a riscos de violência, abuso físico e sexual, tortura e crueldade, além de, tipicamente, terem seu desenvolvimento prejudicado (Know violence in childhood. 2017. Ending violence in Childhood. Global Report 2017. New Delhi, India, p. 56. [...]).

Os riscos ligados à institucionalização dos jovens são corroborados por pesquisas empíricas realizadas no Brasil. Exemplificativamente, em pesquisa realizada na casa de acolhimento Nova Semente, extensão do complexo Penitenciário situado na cidade de Salvador/BA, constatou-se comprometimento do desenvolvimento infantil e seus aspectos cognitivo, motor, afetivo e social (SANTOS, Denise et al. Crescimento e Desenvolvimento de Crianças na Casa de Acolhimento no Contexto Prisional. 6º Congresso Ibero-Americano de Pesquisa Qualitativa em Saúde).¹⁵

Diante de tudo isso, desde um ponto de vista mais assumidamente consequencialista – que também deve ser levado em conta quando do exercício da jurisdição constitucional –, a admissão e emprego irrestritos de armamento menos letal no sistema socioeducativo apontam para elevados riscos reais de danos irreparáveis sobre a população adolescente em cumprimento de medidas socioeducativas em meio fechado.

Num contexto socioeducativo geral em que diversos pesquisadores vêm constatando a “colonização da justiça juvenil pela justiça penal adulta” (SOUZA, 2019, p. 252; SILVA, 2020, p. 205-22; GISI, TONCHE, ALVAREZ, OLIVEIRA, 2017), na ausência de limites à autorização, aquisição e emprego do armamento menos letal no sistema socioeducativo, promove-se o risco de comprometer irreversivelmente as vidas e a saúde dos adolescentes internados – o que é contraditório com o sentido da própria jurisprudência recente do STF, como bem

15. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3446/DF Min. Ricardo Lewandowski (Voto). Sessão de Julgamento 08.08.2019, DJE 04.09.2020, p. 3-4. Disponível em: [https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753361118]. Acesso em: 17.12.2021.

FERRAZ, Hamilton Gonçalves; CHIES-SANTOS, Mariana. “Vou temperar vocês”: um estudo de caso sobre a responsabilidade do Judiciário no combate às práticas de tortura no sistema socioeducativo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 190. ano 30. p. 275-307. São Paulo: Ed. RT, maio/jun. 2022.

demonstram a ADI 3446 e o HC 143.988/ES. Impacto nacional: notas sobre o emprego de armas menos letais nos sistemas socioeducativos dos demais Estados.

A situação do Estado do Rio de Janeiro é emblemática, e a singularidade do caso fluminense (tanto em termos normativos quanto empíricos) exige que se considere o impacto deste debate em nível nacional.

5.2.2. *Projetos de Lei no Congresso*

No que diz respeito a projetos de lei de abrangência nacional, ao menos duas propostas destacam-se no Congresso: o Projeto de Lei 6.433/2016, de autoria do Deputado Cajar Nardes (PR-RS), que, embora hoje arquivado, previa a possibilidade de uso de armas de eletrochoque e de fogo em situações específicas por agentes socioeducadores¹⁶; e o Projeto de Lei 1.555/2019, de autoria do Deputado Delegado Antônio Furtado (PSL-RJ), que, por sua vez, rechaça a possibilidade de emprego de armas de fogo ou choque, mas autoriza escudos, capacetes, *spray* de pimenta e algemas¹⁷. O referido projeto aguarda parecer do Relator na Comissão de Seguridade Social e Família (CSSF).

5.2.3. *Breve painel geral dos demais Estados da Federação*

Há de se destacar, ainda, uma escassez significativa de dados mais detalhados ou sistematizados a respeito de diversos Estados brasileiros – escassez esta que é reflexo da grande invisibilidade e indiferença para com o tratamento infracional conferido a adolescentes em nosso país (GISI; VINUTO, 2020). Desse modo, neste último tópico, busca-se trazer, ilustrativamente, casos mais significativos de outros sistemas socioeducativos estaduais que se assemelham ao cenário do Rio de Janeiro.

Na Região Nordeste, destacam-se, similarmente ao caso fluminense, os Estados do Ceará, Paraíba e Alagoas, nos quais se acumulam relatos de maus-tratos, abusos, violações e, como um padrão de atuação, o emprego excessivo do *spray* de pimenta por parte de agentes socioeducativos – instrumento este que parece

16. CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2017, paginação irregular. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/noticias/521738-seguranca-publica-aprova-uso-de-arma-de-choque-contradolescente-infrator-internado/]. Acesso em: 07.10.2021.

17. CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2019, paginação irregular. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/noticias/558683-proposta-disciplina-atuacao-coercitiva-de-agente-socioeducativo/]. Acesso em: 07.10.2021.

FERRAZ, Hamilton Gonçalves; CHIES-SANTOS, Mariana. "Vou temperar vocês": um estudo de caso sobre a responsabilidade do Judiciário no combate às práticas de tortura no sistema socioeducativo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 190. ano 30. p. 275-307. São Paulo: Ed. RT, maio/jun. 2022.

não ser questionado pelas autoridades estaduais¹⁸. Os três Estados figuram em Relatório sobre Adolescentes Privadas de Liberdade, do Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (2019), o qual acrescenta relato de ocorrência em Pernambuco:

“Um fato de grave impacto nessa inspeção foi a constatação de que um dos responsáveis pela segurança na Unidade demonstrava comportamento excessivamente agressivo. Foram identificados diversos relatos sobre um episódio ocorrido em janeiro de 2018, no qual houve ‘bateção de grade’ e a equipe de segurança acionou a Polícia Militar. Nessa ocasião, houve grande utilização de spray de pimenta. Também foi constatado que um dos motoristas era muito agressivo e que já teria entrado na unidade falando de forma ameaçadora com as meninas, assim como o fato de que agentes normalmente estão de posse de spray de pimenta e cassetetes, ‘para conterem a agitação’ (sic).” (MNPCT, 2019, p. 112)¹⁹

Na Região Centro-Oeste, Distrito Federal, Goiás e Mato Grosso possuem casos de agressões e tortura com emprego de armamento menos letal²⁰; neste último Estado, a situação é mais grave e urgente, uma vez que, conforme noticiado recentemente, o sistema socioeducativo Mato-Grossense recebeu, por doação da

-
18. Quanto ao Estado do Ceará, conferir: CONSELHO NACIONAL DE DIREITOS HUMANOS, *et al.*, 2019. Disponível em: [<http://cedecaceara.org.br/site/wp-content/uploads/2019/02/Relatorio-CNDH-PFDC-e-CONANDA-sobre-medidas-cautelares-socioeducativo-Ceara.pdf>]. Acesso em: 07.10.2021; ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO CEARÁ, 2020. Disponível em: [<https://www.al.ce.gov.br/index.php/ultimas-noticias/item/90970-1109gs-projeto-de-indicacao-del-cavalcante>]. Acesso em: 07.10.2021; sobre o Estado da Paraíba: PBAGORA, 2017. Disponível em: [<https://www.pbagora.com.br/noticia/paraiba/agentes-da-fundac-treina-uso-de-sprays-de-pimenta/>]. Acesso em: 07.10.2021; finalmente, em relação ao Estado do Alagoas. G1 AL, 2017. Disponível em: [<https://g1.globo.com/al/alagoas/noticia/justica-mantem-decisao-que-libera-uso-de-spray-de-pimenta-em-unidades-de-internacao-de-menores.gh.html>]. Acesso em: 07.10.2021.
 19. BRASIL. Mecanismo Nacional de Proteção e Combate à Tortura, 2019, p. 112. Disponível em: [<https://mnpctbrasil.files.wordpress.com/2020/03/relatc393rio-adolescentes-privadas-de-liberdade.pdf>]. Acesso em: 07.10.2021.
 20. PASTORAL CARCERÁRIA, 2021, paginação irregular. Disponível em: [<https://carceraria.org.br/combate-e-prevencao-a-tortura/inspecao-no-case-de-luziania-revela-que-jovens-nao-tem-acesso-ao-banheiro-durante-o-dia>; <https://g1.globo.com/df/distrito-federal/noticia/jovem-e-agredido-por-agente-em-centro-de-internacao-no-df.gh.html>]. Acesso em: 07.10.2021.

Polícia Civil daquele Estado, 55 armas de fogo a atenderem seu sistema socioeducativo²¹, o que ignora jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que proíbe este tipo de armamento (ADI 5359).

Na Região Sudeste, para além do caso do Rio de Janeiro, o Estado do Espírito Santo é o que demonstra maior grau de adesão ao emprego de armamento menos letal (alcançado, erroneamente, pelo Estado como “Tecnologia Não Letal”), a partir da Instrução de Serviço 0661 (“Instrução”), de 28 de agosto de 2019, do Instituto de Atendimento Socioeducativo do Espírito Santo (IASSES)²². Em que pese seu maior nível de detalhe e cuidado técnico, a Instrução não restringe a conteúdo o emprego desse tipo de tecnologia, uma vez que, apesar de estipular parâmetros gerais de proporcionalidade em seu emprego e disciplinar sua aquisição, é o art. 15 que elenca o tipo de armamento que pode ser utilizado:

“Art. 15. São modelos de TNL que poderão ser utilizados pelo IASSES:

I – espargidores de uso manual;

II – dispositivos eletrônicos para gravação de imagens e áudio para registro de ações táticas;

III – dispositivos de dispersão e evacuação de áreas;

IV – equipamentos de proteção respiratória.”

Na “Nota Técnica sobre a Utilização da Tecnologia Não Letal (TNL) na Política de Socioeducação”, inúmeras entidades se manifestaram contra a Instrução, denunciando sua incompatibilidade com as diretrizes normativas e principiológicas da Proteção Integral e desvirtuamento da finalidade socioeducativa que deve inspirar toda execução de medidas em âmbito infracional²³.

Em São Paulo, apesar de a Fundação Casa afirmar a *ultima ratio* da tecnologia defensiva não letal – que, no Caderno Técnico da Superintendência de Segurança, parece se limitar ao emprego de escudos e algemas em nível 5 (máximo) de

21. BRASIL. Governo do Mato Grosso, 2021, paginação irregular. Disponível em: [http://www.mt.gov.br/-/16504957-policia-civil-doa-55-armas-de-fogo-que-atenderao-o-sistema-socioeducativo]. Acesso em: 07.10.2021.

22. DIÁRIO OFICIAL DOS PODERES DO ESTADO DE VITÓRIA (ES), 2019, p. 38-39. Disponível em: [https://ias.es.gov.br/Media/ias/Arquivos/IS%20n%C2%BA%200661.pdf]. Acesso em: 07.10.2021.

23. SEDH, 2020. Disponível em: [https://sedh.es.gov.br/Media/sedh/Documentos%202020/Nota%20T%C3%A9cnica%20sobre%20a%20utiliza%C3%A7%C3%A3o%20da%20TNL%20na%20Socioeduca%C3%A7%C3%A3o%20(2).pdf]. Acesso em: 07.10.2021.

uso da força²⁴ –, recentemente, a Defensoria Pública daquele Estado denunciou o Brasil à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) diante de agressões a adolescentes institucionalizados no Complexo Raposo Tavares, ocorridas entre 2015 e 2017.

Assim, o quadro geral que se apresenta²⁵ – a despeito das limitações dos dados disponíveis – é de uma preocupante vulgarização tanto na aquisição quanto no emprego de armas menos letais no sistema socioeducativo brasileiro, em que o presente caso do Rio de Janeiro não é excepcional ou isolado, mas um exemplo concreto das consequências do (ab)uso da tecnologia menos letal sobre adolescentes institucionalizados.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Judiciário, através do Supremo Tribunal Federal, perdeu uma oportunidade importante de extirpar uma norma que potencializa, reforça e naturaliza a violência institucional indiscriminada no Sistema Socioeducativo fluminense, subvertendo seus propósitos legais, constitucionais e convencionais de promover, justamente, a socioeducação – isto é, a reinserção social do adolescente, que tem direito a uma vida livre de violências, constrangimentos e abusos. Essa perda de oportunidade faz recair sobre a Corte significativa parcela de responsabilidade político-criminal pela legitimação, do plano normativo ao plano empírico, da tortura praticada no sistema socioeducativo através do abuso na utilização de tal armamento sobre adolescentes aos quais se atribui a prática de ato infracional.

O Decreto 41.553/2008 do Estado do Rio de Janeiro está longe de ser uma norma garantidora de direitos: sua abertura excessiva é uma legitimação irrestrita à tortura, uma afronta a princípios e direitos humanos e fundamentais. Mantido, seguirá contribuindo para práticas cada vez mais intensas e enraizadas de violências promovidas pelo Estado no âmbito da socioeducação, além de reforçar uma lógica de banalização da violência replicada em praticamente todos os demais sistemas socioeducativos do País.

24. FUNDAÇÃO CASA, 2020. Disponível em: [https://fundacaocasa.sp.gov.br/wp-content/uploads/2021/04/Caderno_Superintendencia_Seguranca.pdf]. Acesso em: 07.10.2021.

25. Os Relatórios do Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura também contribuem para, pontualmente, acrescentar nesse panorama, em que são constatados abusos de toda sorte praticados em outros sistemas socioeducativos do País. Por todos, conferir: BRASIL. Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura, 2018. Disponível em: [<https://mnpctbrasil.files.wordpress.com/2019/09/relatrioanual20172018.pdf>]. Acesso em: 07.10.2021.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO CEARÁ. Regulamentação do uso de EPIs para agentes socioeducativos é sugerida em projeto. *Agências de Notícias da Assembleia*, 11 de setembro de 2020, paginação irregular. Disponível em: [https://www.al.ce.gov.br/index.php/ultimas-noticias/item/90970-1109gs-projeto-de-indicacao-del-cavalcante]. Acesso em: 07.10.2021.
- BRASIL. Governo do Mato Grosso. Polícia Civil doa 55 armas de fogo que atenderão o Sistema Socioeducativo. *Notícias Polícia Civil MT*, 16 de fevereiro de 2021, paginação irregular. Disponível em: [http://www.mt.gov.br/-/16504957-policia-civil-doa-55-armas-de-fogo-que-atenderao-o-sistema-socioeducativo]. Acesso em: 07.10.2021.
- BRASIL. Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura. *Relatório anual de 2017*. MNPCT, 2018. 166p. Disponível em: [https://mnpctbrasil.files.wordpress.com/2019/09/relatrioanual20172018.pdf]. Acesso em: 07.10.2021.
- CÂMARA DOS DEPUTADOS. Proposta disciplina atuação coercitiva de agente socioeducativo. *Agência Câmara de Notícias*, 29 de maio de 2019, paginação irregular. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/noticias/558683-proposta-disciplina-atuacao-coercitiva-de-agente-socioeducativo/]. Acesso em: 07.10.2021.
- CÂMARA DOS DEPUTADOS. Segurança Pública aprova uso de arma de choque contra adolescente infrator internado. *Agência Câmara de Notícias*, 30 de agosto de 2017, paginação irregular. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/noticias/521738-seguranca-publica-aprova-uso-de-arma-de-choque-contr-adolescente-infrator-internado/]. Acesso em: 07.10.2021.
- CONECTAS. Corte IDH faz audiência pública sobre violações em presídios brasileiros; relembre “supercaso” que está no tribunal. *Revista Conectas*, 01 de junho de 2021, paginação irregular. Disponível em: [https://www.conectas.org/noticias/corte-idh-faz-audiencia-publica-sobre-violacoes-em-presidios-brasileiros-relembre-supercaso-que-esta-no-tribunal/]. Acesso em: 03.08.2021.
- CONSELHO NACIONAL DE DIREITOS HUMANOS, et al. *Relatório de Monitoramento das Medidas Cautelares 60-15 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos* (CIDH) outorgadas em face das violações de direitos humanos do Sistema Socioeducativo do estado do Ceará. Outubro de 2019. 64p. Disponível em: [http://cedecaceara.org.br/site/wp-content/uploads/2019/02/Relatorio-CNDH-PFDC-e-CONANDA-sobre-medidas-cautelares-socioeducativo-Ceara.pdf]. Acesso em: 07.10.2021.
- CONSELHONACIONALDEJUSTIÇA. *Regras de Pequim: regras mínimas das Nações Unidas para a administração da justiça de menores*. Coordenação: Luís Geraldo Sant’Ana Lanfredi. Brasília: CNJ, 2016. 21p. Disponível em: [https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/2166fd6e650e326d77608a013a6081f6.pdf]. Acesso em: 07.10.2021.

- CORRÊA, Eduardo Pitrez de Aguiar. A doutrina da nulidade por vagueza da Suprema Corte Norte-Americana – the void – vagueness doctrine. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 10, n. 41, p. 69-90, abr.-jun. 2011.
- DIÁRIO OFICIAL DOS PODERES DO ESTADO DE VITÓRIA (ES). *Secretaria de Estado de Direitos Humanos (SEDH)*, 30 de agosto de 2019, 38-39p. Disponível em: [https://ias.es.gov.br/Media/ias/Arquivos/1S%20n%C2%BA%200661.pdf]. Acesso em: 07.10.2021.
- FEINGENBAUM, Anna. Agentes antimotim: o caso pró-regulamentação. *SUR* 22, v. 12, n. 22, 2015. 14p. Disponível em: [https://sur.conectas.org/wp-content/uploads/2015/12/07_SUR-22_PORTUGUES_ANNA-FEINGENBAUM.pdf]. Acesso em: 03.08.2021.
- FERNANDES, Ionara dos Santos. *Torturas no sistema socioeducativo do Rio de Janeiro*. Tese de Doutorado Universidade Federal Fluminense. Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito. 2021.
- FUNDAÇÃO CASA. *Caderno técnico: superintendência de segurança, conceitos, diretrizes e procedimentos*. São Paulo: SUPSEG, 2020. Disponível em: [https://fundacaocasa.sp.gov.br/wp-content/uploads/2021/04/Caderno_Superintendencia_Seguranca.pdf]. Acesso em: 07.10.2021.
- G1 AL. Justiça de Alagoas mantém decisão que libera uso de spray de pimenta em unidades de internação de menores. *G1*, 08.09.2017, paginação irregular. Disponível em: [https://g1.globo.com/al/alagoas/noticia/justica-mantem-decisao-que-libera-uso-de-spray-de-pimenta-em-unidades-de-internacao-de-menores.ghtml]. Acesso em: 07.10.2021.
- GISI, Bruna; VINUTO, Juliana. Transparência e garantia de direitos no sistema socioeducativo: a produção de dados sobre medidas socioeducativas. *Boletim do IBCCRIM*, São Paulo, ano 28, n. 337, 2020.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. 240p.
- MINISTÉRIO DA DEFESA. *Caderno de Instrução Tecnologia Menos Letal*. Exemplar-mestre. 1. ed., 2017. 68p. Disponível em: [https://bdex.eb.mil.br/jspui/bitstream/1/820/1/EB70-CI-11.415%20Tecnologia%20Menos%20Letal.pdf]. Acesso em: 28.07.2021.
- PASTORAL CARCERÁRIA. Inspeção no Case de Luziânia revela que jovens não tem acesso ao banheiro durante o dia. *Revista Pastoral Carceraria*, 07 de abril de 2021, paginação irregular. Disponível em: [https://carceraria.org.br/combate-e-prevencao-a-tortura/inspecao-no-case-de-luziania-revela-que-jovens-nao-tem-acesso-ao-banheiro-durante-o-dia]. Acesso em: 07.10.2021.
- PBAGORA. Agentes da Fundac treinam uso de sprays de pimenta. *Redação PBAGORA*, 30 de outubro de 2017, paginação irregular. Disponível em: [https://www.pbagora.com.br/noticia/paraiba/agentes-da-fundac-treinam-uso-de-sprays-de-pimenta/]. Acesso em: 07.10.2021.

- PEREZ, Marcos Augusto. *O controle jurisdicional da discricionariedade administrativa: métodos para uma jurisdição ampla das decisões administrativas*. Tese de Livre-Docência. Universidade de São Paulo. Faculdade de Direito. São Paulo, 2018. 359p. Disponível em: [https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/livredocencia/2/tde-22042019-144541/publico/O_controle_jurisdicional_da_discricionariedade_administrativa_tese_MAP.pdf]. Acesso em: 03.08.2021.
- PHR. *Lethal in disguise: the health consequences of crowd-control weapons*. INCLO. 53p. Disponível em: [https://www.aclu.org/sites/default/files/field_document/weaponreport_final_web_1.pdf]. Acesso em: 29.07.2021.
- RIO DE JANEIRO (ESTADO). Mecanismo Estadual de Prevenção e Combate à Tortura do Rio de Janeiro. *Presídios com nome de escola: inspeções e análises sobre o sistema socioeducativo do Rio de Janeiro*. Organização: Mecanismo Estadual de Prevenção e Combate à Tortura do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: MEPCT/RJ, 2017. 125p. Disponível em: [https://elasistem.files.wordpress.com/2017/12/relatc3b3rio-temc3a1tico-2017-presc3addios-com-nome-de-escola_-inspec3a7c3b5es-e-anc3a1lises-sobre-o-sistema-socioeducativo-do-rio-de-janeiro.pdf]. Acesso em: 07.10.2021.
- SEDH. *Nota técnica sobre a utilização da “tecnologia não letal” – TNL na Política de Socioeducação*, 2020. Disponível em: [[https://sedh.es.gov.br/Media/sedh/Documentos%202020/Nota%20T%C3%A9cnica%20sobre%20a%20utiliza%C3%A7%C3%A3o%20da%20TNL%20na%20Socioeduca%C3%A7%C3%A3o%20\(2\).pdf](https://sedh.es.gov.br/Media/sedh/Documentos%202020/Nota%20T%C3%A9cnica%20sobre%20a%20utiliza%C3%A7%C3%A3o%20da%20TNL%20na%20Socioeduca%C3%A7%C3%A3o%20(2).pdf)]. Acesso em: 07.10.2021.
- SILVA, Carlos Frederico Braga da. Decifra-me ou te devoro! A prevalência da racionalidade penal moderna entre os sistemas de ideias na Justiça Juvenil. In: FULLIN, Carmen; MACHADO, Maíra Rocha; XAVIER, José Roberto Franco (Org.). *A racionalidade penal moderna: reflexões teóricas e explorações empíricas desde o sul*. São Paulo: Almedina, 2020.
- SILVA, Robson Rodrigues da. *Nota Técnica Sobre Emprego De Munição De Impacto Controlado Em Manifestações Democráticas*. GAJOP, 2020. 12p. Disponível em: [<https://gajop.org/wp-content/uploads/2021/06/NOTA-TE%CC%81CNI-CA-SOBRE-EMPREGO-DE-MUNIC%CC%A7A%CC%83O-DE-IMPACTO-CONTROLADO-EM-MANIFESTAC%CC%A7O%CC%83ES-DEMOCRA%CC%81TICAS-1.pdf>]. Acesso em: 03.08.2021.
- SOUZA, Flora Sartorelli Venâncio. *Entre leis, práticas e discursos: justiça juvenil e recrudescimento penal*. São Paulo: IBCCRIM, 2019.
- TONCHE, J., ALVAREZ, M. C., OLIVEIRA, T. A teoria da “Racionalidade Penal Moderna” e os desafios da justiça juvenil: entrevista com Álvaro Pires. *Plural*, v. 24, n. 1, p. 124-160, 2017. Disponível em: [<https://www.revistas.usp.br/plural/article/view/137506/133166>]. Acesso em: 17.12.2021.
- UNITED NATIONS. *Guidance on less-lethal weapons in law enforcement*. United Nations Publication: New York and Geneva, 2020. Disponível em: [<https://>

www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CCPR/LLW_Guidance.pdf. Acesso em: 03.08.2021.

UNITED NATIONS. *Resource book on the use of force and firearms in law enforcement*. UNODC: New York, 2017. 198p. Disponível em: [https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/17-03483_ebook.pdf]. Acesso em: 03.08.2021.

Jurisprudência

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CORTE IDH). *Caso “Instituto de Reeducação do Menor vs. Paraguai*. Sentença de 02 de setembro de 2004 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas). Disponível em: [<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/1384a89a0996f1ea-1767dc3533187a82.pdf>]. Acesso em: 17.12.2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3446/DF Min. Ricardo Lewandowski (Voto). Sessão de Julgamento 08.08.2019, *DJE* 04.09.2020. Disponível em: [<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753361118>]. Acesso em: 17.12.2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Agravo em Recurso Extraordinário 1.161.625/RJ. Parecer da Procuradoria Geral da República, de 03 de julho de 2019. Recorrente: Ministério Público do Rio de Janeiro. Recorrido: Estado do Rio de Janeiro. Ministro Relator: Min. Celso de Mello. 2ª Turma. Disponível em: [<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15340558470&ext=.pdf>]. Acesso em: 07.10.2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas Corpus 143.641/SP Rel. Min. Ricardo Lewandowski (Voto). Segunda Turma, Sessão de Julgamento 20.02.2018, *DJE* 09.10.2018. Disponível em: [<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748401053>]. Acesso em: 28.12.2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas Corpus 143.988/ES. Min. Ricardo Lewandowski (Voto). Segunda Turma, Sessão Virtual de 14.08.2020 a 21.08.2020, *DJE* 04.09.2020, p. 16-17. Disponível em: [<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753732203>]. Acesso em: 17.12.2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas Corpus 143.988/ES. Min. Gilmar Mendes (Voto). Segunda Turma, Sessão Virtual de 14.08.2020 a 21.08.2020, *DJE* 04.09.2020. Disponível em: [<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753732203>]. Acesso em: 17.12.2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas Corpus 143.988/SP Rel. Min. Luiz Edson Fachin (Voto). Segunda Turma, Sessão Virtual de 14.08.2020 a 21.08.2020, *DJE* 04.09.2020. Disponível em: [<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753732203>]. Acesso em: 28.12.2021.



PESQUISAS DO EDITORIAL



ÁREAS DO DIREITO: Penal; Direitos Humanos

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- Julgamentos de crimes de tortura e proteção deficiente de direitos fundamentais: análise qualitativa de casos colhidos da jurisprudência de tribunais de justiça brasileiros, de Eliezer Gomes da Silva e Dircéia Moreira – *RBCCrim* 120/261-296;
- Para além de "menores" e "loucos": elementos para um conceito teleológico-funcional redutor de imputabilidade no Direito Penal, de Hamilton Gonçalves Ferraz – *RBCCrim* 187/27-68;
- Punir adolescentes na França e no Brasil: legislações, instituições e equilíbrio entre sanção e educação, de Mariana Chies Santiago Santos e Juliana Vinuto – *RBCCrim* 173/487-516; e
- Tortura e tratamento desumano e degradante: um enfoque jurídico-penal, de Ingo Wolfgang Sarlet e Jayme Weingartner Neto – *Doutrinas Essenciais Direito Penal e Processo Penal* 5 e *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional* 8/615-630.

O CONCEITO DE "ESQUERDA PUNITIVA" E SUA UTILIZAÇÃO COMO "TUTORIA ARROGANTE": TENSÕES A PARTIR DA CRIMINALIZAÇÃO DA LGBTFOBIA

THE CONCEPT OF "PUNITIVE LEFT" AND ITS USE AS AN "ARROGANT TUTORING": TENSIONS FROM THE LGBTPHOBIA CRIMINALIZATION

VICTOR SUGAMOSTO ROMFELD

Doutorando e Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Especialista em Direito Homoafetivo e Gênero pela Universidade Santa Cecília (UNISANTA). Especialista em Direito Penal e Criminologia pelo Instituto de Criminologia e Política Criminal (ICPC). Graduado em Direito pela UFPR.

Lattes: [<http://lattes.cnpq.br/5489849519424963>].

ORCID: [<https://orcid.org/0000-0003-2386-7080>].

DOI: [<https://doi.org/10.54415/rbccrim.v190i190.80>].

victorromfeld@gmail.com

Recebido em: 01.12.2021

Aprovado em: 07.02.2022

Última versão do autor: 16.02.2022

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: O objeto do artigo está centrado no conceito desenvolvido por Karam em sua produção acadêmica. A hipótese é de que a concepção de "esquerda punitiva" é utilizada como forma de censurar os movimentos sociais (especialmente o LGBT) em sua luta contra o fim da violência, além de reduzir as complexidades que perpassam a disputa em torno da criminalização da LGBTfobia e a consequente instrumentalização do sistema penal. A investigação da referida hipótese empregará a metodologia de revisão bibliográfica. Conclui-se que o conceito de "esquerda punitiva" é limitado e insuficiente para compreender as nuances que envolvem o debate sobre a criminalização da LGBTfobia no Brasil.

ABSTRACT: The object of the article is centered on the concept developed by Karam in her academic production. The hypothesis is that the concept of "punitive left" is used as a way to censor social movements (especially the LGBT) in their fight against the end of violence, in addition to reducing the complexities that permeate the dispute around the LGBTphobia criminalization. The investigation of that hypothesis will employ the literature review methodology. It is concluded that the concept of "punitive left" is limited and insufficient to understand the nuances surrounding the debate on the criminalization of LGBTphobia in Brazil.

PALAVRAS-CHAVE: Esquerda punitiva – Criminologia crítica – Criminalização – LGBTfobia – Homotransfobia.

KEYWORDS: Punitive left – Critical criminology – Criminalization – LGBTphobia – Homotransphobia.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Precauções metodológicas: obstáculos na realização de pesquisa bibliográfica. 3. Esquerda punitiva: etiquetando desviantes. 3.1. Maria Lúcia Karam em três momentos: de 1996 a 2021. 3.2. Adeptos do pensamento de Karam. 3.3. Repercussões do conceito para a criminalização da LGBTfobia. 4. Crítica da crítica: podem os subalternos falar e os privilegiados escutar?. 4.1. Abolicionistas contra feministas? Superando dicotomias simplistas. 4.2. Criminologia crítica contra movimentos sociais: a “síndrome do chefe da escola”. 4.3. Falsas equivalências e propostas deficitárias. 5. Conclusões. 6. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Inicialmente, é importante recordar que a criminalização da LGBTfobia no Brasil passou a ser discutida na esfera do Poder Legislativo a partir de 2001, com a proposição do Projeto de Lei (PL) 5003, de autora da Deputada Federal Iara Bernardi (PT/SP). Por diversas razões, a pauta se deslocou ao Poder Judiciário, quando finalmente, em 2019, o Supremo Tribunal Federal (STF) julgou a ADO 26 e o MI 4.733, reconhecendo a mora do Poder Legislativo em editar legislação específica sobre a matéria determinando que, na pendência de aprovação, condutas homofóbicas e transfóbicas fossem enquadradas na Lei Antirracismo (Lei 7.716/89).

Nesse contexto, houve intensos debates na comunidade jurídica brasileira, sobretudo nas ciências criminais, ensejando uma polarização entre aqueles que defendiam a criminalização da LGBTfobia e aqueles que a criticaram. Um dos principais argumentos mobilizados para criticá-la consistiu em classificar movimentos LGBT como integrantes da “esquerda punitiva”, conceito cunhado por Maria Lúcia Karam na década de 1990. Assim, o objeto do artigo está centrado nesse conceito, elaborado na produção acadêmica de Karam. A hipótese lançada é que ele tem sido manejado como forma de censura dos movimentos sociais – no presente caso, os movimentos LGBT –, reduzindo as complexidades dessa reivindicação a partir de uma “tutoria arrogante” (FLAUZINA, 2016).

Para investigar a referida hipótese, será utilizada a metodologia de revisão bibliográfica, devidamente explicada no tópico subsequente, com o intuito de analisar o conceito desenvolvido por Karam. O conjunto de escritos obtido será confrontado com produções teóricas crítico-feministas vinculadas às ciências

criminais, realizando uma “crítica da crítica” que expõe as limitações e insuficiências do conceito mencionado para compreender a criminalização da LGBTfobia.

2. PRECAUÇÕES METODOLÓGICAS: OBSTÁCULOS NA REALIZAÇÃO DE PESQUISA BIBLIOGRÁFICA

O primeiro passo da pesquisa seria fazer um levantamento da produção bibliográfica de Karam sobre a “esquerda punitiva”, a fim de verificar seu posicionamento ao longo das décadas, após a publicação do célebre artigo em 1996 na *Revista Discursos Sediciosos*. No entanto, a revisão bibliográfica esbarrou em um primeiro obstáculo: Maria Lúcia Karam é uma pesquisadora que não possui currículo cadastrado na plataforma Lattes. O acesso a um eventual currículo nessa plataforma poderia facilitar o trabalho de revisão bibliográfica, uma vez que ali estariam concentrados todos os textos, artigos e livros de Karam que eventualmente abordassem a “esquerda punitiva”.

Para solucionar esse impasse, recorremos à sua recente obra (KARAM, 2021) que (re)apresenta o conceito após 25 anos da primeira publicação. Nesse livro, Karam faz referência a diversos escritos de sua autoria, nos quais tangenciou a temática. Desse modo, a revisão bibliográfica da produção de Karam será feita tendo como referência o artigo inaugural (publicado em 1996), sua obra mais recente (publicada em 2021) e os textos referenciados pela própria autora neste livro, publicados entre as referidas datas. Assim, é possível ao menos ter uma visão panorâmica de sua produção acadêmica, sobretudo aquela que versa sobre a “esquerda punitiva”.

3. ESQUERDA PUNITIVA: ETIQUETANDO DESVIANTES

Ana Flauzina, ao discorrer sobre as táticas de resistência de movimentos sociais (feministas, negros e LGBTs) às violências estruturais que os atingem, faz críticas contundentes ao que denomina “clube criminológico”, do qual se considera uma visitante. Assume uma postura enquanto intelectual e militante negra que dialoga com as próprias contradições dos referidos movimentos ao instrumentalizarem as criminalizações, distanciando-se do que chama de “esquerda acadêmica, sensível e iluminada”. Na mesma oportunidade, recorda que, ao longo das décadas, a criminologia crítica brasileira desenvolveu uma relação ambígua com os movimentos sociais, cujos passos em prol de determinadas tipificações penais (a exemplo do feminicídio) são rotulados como equívocos, ingênuos, incoerentes e irresponsáveis, numa espécie de “tutoria arrogante”

(FLAUZINA, 2016, p. 95). Para abordarmos o conceito de “esquerda punitiva”, e posteriormente tecer críticas em sintonia com as colocações de Flauzina, é essencial: i) recuperar os escritos de Karam; ii) mapear autoras e autores adeptos da crítica de Karam; iii) pontuar as repercussões desta crítica para a criminalização da LGBTfobia.

3.1. *Maria Lúcia Karam em três momentos: de 1996 a 2021*

Embora pesquisadores das ciências criminais costumem citar o primeiro artigo de Karam sobre a “esquerda punitiva” sem cautelas teórico-metodológicas, é importante recordar – como bem apontado por Eduarda Gindri – que o texto deve ser interpretado no contexto em que foi publicado (GINDRI, 2018, p. 86-93). Qual seja, na primeira edição da revista carioca *Discursos Sediciosos*, oportunidade na qual Karam se refere aos conflitos advindos dos engajamentos políticos dos agentes da revista no campo burocrático, em especial porque parte desses agentes participou dos mandatos do governo de Leonel Brizola, no Rio de Janeiro (RJ).

Mesmo que Karam apresente exemplos de movimentos sociais que demandam punição de determinadas condutas, a crítica de Karam estaria focada em uma disputa mais ampla, relacionada à esfera das políticas de segurança pública do Rio de Janeiro nos anos 1990, ao se opor aos setores de esquerda coniventes com intervenções penais da guerra às drogas e da violência policial (GINDRI, 2018, p. 92).

De qualquer forma, o texto inaugural de Karam é dividido em quatro partes. Na primeira, a autora situa historicamente o interesse da esquerda (mencionada no singular) pela repressão à criminalidade a partir dos anos 1970, apontando movimentos populares como exemplo de tal afinidade (primeiro o feminista, depois os ecológicos). Partindo de tal constatação, a jurista recorda que setores progressistas passaram a disputar mecanismos repressores para que se dirigissem ao combate da “criminalidade dourada”, ou seja, aquela voltada aos abusos do poder político e econômico. Karam critica essa estratégia afirmando que a pena privativa de liberdade, em sociedades capitalistas, consiste em manifestação de poder que atinge prioritariamente os excluídos e apenas excepcionalmente os poderosos, e, por isso, o uso do sistema penal contra esse grupo acabaria por legitimar o mesmo sistema que mantém e reproduz mecanismos de dominação (KARAM, 1996, p. 79-81).

Adiante, a jurista aponta as novas preocupações da esquerda com a criminalidade de massas e a criminalidade organizada, passando a incorporar uma

gramática de repressão a comportamentos que poriam ideais de paz e tranquilidade em xeque. Karam deduz que esse giro punitivo da esquerda teria ocorrido pela conquista de cargos políticos no aparelho de Estado, passando a aderir aos anseios por mais segurança e mais repressão (KARAM, 1996, p. 83). Na terceira parte, identifica outro anseio punitivo de setores progressistas, focado no combate à violência e à corrupção policial, que seguiria uma linha de individualização e demonização de alguns agentes que cometeriam condutas criminosas, sem perceberem que o apelo à ordem favoreceria a repressão formal – pelos órgãos estatais de repressão – e informal – mediante grupos de extermínio e linchamentos (KARAM, 1996, p. 87-88).

Ao final, Karam argumenta que a adesão dos setores de esquerda à ideologia da repressão surge em um período histórico no qual ganham força os sentimentos de insegurança e medo difuso, fazendo com que se tornem massa de manobra da “direita penal” e do sistema de dominação vigente. Sugere a retomada do caminho histórico das lutas da esquerda por transformação social e das utopias que as sustentam, advertindo, ainda, ser inviável alcançar sociedades mais generosas e solidárias utilizando dos mesmos métodos que se almeja superar, referentes à crueldade da repressão e do castigo (KARAM, 1996, p. 90-91).

É possível estabelecer um segundo momento na produção de Karam sobre a esquerda punitiva, no qual ela passa a tecer críticas específicas aos movimentos sociais, sobretudo feministas e LGBTs. Em 2006 – mesmo ano de promulgação da Lei Maria da Penha (LMP, Lei 11.340/2006) –, a jurista tece críticas quanto à intervenção do sistema penal em condutas que envolvam violência de gênero.

De acordo com Karam, movimentos sociais progressistas têm sido responsáveis pela desmedida expansão do poder punitivo, aplaudindo o maior rigor penal de várias legislações que culmina na supressão de direitos fundamentais daqueles que são submetidos ao cárcere (KARAM, 2006, p. 6). A autora vai além, insurgindo-se contra o afastamento da incidência da Lei 9.099/1995 (Lei dos Juizados Especiais) e contra uma série de aspectos da LMP¹, argumentando que viola o princípio da isonomia e, em determinados casos, discrimina as próprias mulheres por não permitir que tomem decisões por elas próprias (KARAM, 2006, p. 6-7). Ao final, conclui que “A repressão penal, qualquer que seja sua

1. Em 2019, Maria Lúcia Karam concedeu uma entrevista ao jornal *The Intercept Brasil*, defendendo que a Lei Maria da Penha e a legislação que tipificou o feminicídio seriam retrocessos. Em síntese, Karam sustenta que os direitos das mulheres se inserem nos direitos fundamentais, e qualquer criminalização seria, sempre, uma ameaça a esses direitos (LARA, 2019).

direção, em nada pode contribuir para o reconhecimento e garantia de direitos fundamentais, tampouco podendo trazer qualquer contribuição para a superação de preconceitos ou discriminações” (KARAM, 2006, p. 7).

Dez anos depois deste artigo, publicado no *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim)*, o caso do estupro coletivo de uma adolescente ocorrido no Rio de Janeiro (2016) fez com que Karam retomasse suas reflexões em coluna do site *Empório do Direito*, novamente para rechaçar movimentos feministas. Põe em dúvida a existência de uma “cultura do estupro”, considerando que a conduta seria objeto de intenso repúdio pela maioria da população brasileira, a ponto de presos condenados por esse delito terem que ser separados dos demais dentro das galerias dos presídios. A ex-juíza entende que movimentos feministas formularam um discurso manipulador para criar um clima artificialmente emocional, obstruindo medidas racionais e efetivas para um verdadeiro enfrentamento de condutas sociais machistas. Karam denuncia que a palavra da vítima nesses crimes costuma ser encarada como incontestável, lógica na qual se amparam as esquerdas em uma atuação pautada por “dois pesos e duas medidas”. Sobretudo, porque classificar o relato da vítima como inquestionável violaria o devido processo legal e o princípio da presunção de inocência, fazendo com que a esquerda – embora vinculada ao garantismo penal – adote práticas hipócritas de conferir tratamentos diferenciados para amigos e inimigos (KARAM, 2016).

No mesmo endereço eletrônico supracitado, Karam se pronunciou sobre as ações julgadas no STF que culminaram na criminalização da homotransfobia. Em suma, a criminóloga entende que a Lei Antirracismo (Lei 7.716/1989) não previu a punição de crimes resultantes de discriminação decorrente da sexualidade, muito menos teria estipulado uma cláusula genérica para tipificar quaisquer outras discriminações ou preconceitos. Por isso, defende que a posição adotada pela Corte Constitucional teria incorrido na analogia *in malam partem*, representando ofensa ao princípio da legalidade estrita em matéria penal. Para Karam, a pretendida criminalização “[...] é assustador exemplo de total descompromisso com o princípio da legalidade, de total descompromisso com os postulados do estado democrático, de total descompromisso com o primado dos princípios e normas garantidores de direitos fundamentais [...]” (KARAM, 2019). A jurista, ao finalizar seu texto, sentencia que o caso (criminalização da LGBTfobia) demonstra que defensores de direitos humanos transformam reivindicações político-sociais em injustos desejos punitivos, não hesitando em compactuar com a destruição de direitos fundamentais.

Adiante, um terceiro momento que consolida a produção de Karam pode ser fixado com a publicação de seu livro, em 2021. Nele, a autora apresenta com

maior densidade seus argumentos críticos em torno de setores sociais progressistas que instrumentalizam o sistema penal em prol de determinadas pautas. A jurista não apenas situa historicamente o debate em torno da esquerda punitiva como também expõe conceitos e propostas para abolir o poder punitivo estatal.

Partindo da conceituação de Carlos Vainer, Karam divide a esquerda punitiva em “esquerda de estado” e “esquerda social” (KARAM, 2021, p. 16): aquela, institucionalizada, seria formada por partidos políticos que disputam cargos eletivos no Estado, ao passo que esta seria composta de movimentos sociais, fóruns e outras entidades da sociedade civil. Para Karam, a esquerda de estado, ao ser eleita para assumir um governo, não consegue lidar com problemas sociais estruturais e acaba se rendendo às soluções criminalizantes. A esquerda social, por sua vez, teria sido tomada por ativistas de direitos humanos que – de forma paradoxal – passam a recorrer a um sistema responsável pela violação de direitos humanos fundamentais (KARAM, 2021, p. 23-27).

Em um ponto específico, Karam denuncia que a “esquerda social” adotaria práticas viciadas, fundadas na lógica “dois pesos e duas medidas” (ideia que já tinha sido contemplada em escritos anteriores): as reivindicações criminalizantes estão voltadas contra aqueles eleitos como inimigos, embora lamentem que o peso da reação punitiva recaia sobre quem consideram “amigos” (pessoas oprimidas), negando o anseio por igualdade que caracterizaria as esquerdas. Destaca outras contradições inerentes à referida esquerda: i) questionar testemunhos policiais (majoritariamente pobres, marginalizados e negros) em hipóteses de acusação por tráfico de drogas, mas dar valor inquestionável à palavra da vítima nos crimes sexuais; ii) lutar por direitos humanos, mas imputar exclusivamente aos policiais a responsabilidade pela violência institucional, sem perceber que a polícia é mera executora de uma política de estado apoiada pela sociedade e legitimada pelo Ministério Público e pelo Poder Judiciário (KARAM, 2021, p. 28-32).

Explorando essas contradições, Karam resgata o descompromisso da “esquerda social” com princípios garantidores de direitos fundamentais previstos nas constituições democráticas, colocando como exemplo a criminalização da homofobia e da transfobia. Nessa ocasião, a autora expõe que ativistas e movimentos sociais não se incomodam em desprezar o princípio da legalidade para conduzir seus desejos punitivos (KARAM, 2021, p. 33). No caso do reconhecimento da LGBTfobia como crime de racismo, Karam classifica esta pauta como uma pretensão malabarista que feriu o princípio da legalidade:

“Como negar a analogia? Por acaso, a homossexualidade e a transexualidade seriam uma raça? Uma cor? Uma etnia? Uma religião? Uma procedência

nacional? É de se supor que não. Se, ao contrário, se pretende e se proclama a criminalização porque discriminações e preconceitos em razão de homossexualidade e transexualidade são semelhantes a discriminações e preconceitos em razão de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, indubitavelmente se está utilizando de analogia.

[...]

A ‘esquerda social’ que reivindicou e obteve, por aquela via transversa, a criminalização da homofobia e da transfobia, desprezou a garantia básica, inseparável do conteúdo do princípio da legalidade e, assim, de qualquer estado democrático, de que nenhuma interpretação de dispositivos criminalizadores pode ultrapassar os limites expressa e taxativamente estabelecidos na lei, ninguém podendo ser punido por um comportamento apenas semelhante ou equivalente ao que é expressamente proibido.” (KARAM, 2021, p. 35-36)

Valendo-se do conceito elaborado pelo abolicionista Louk Hulsman, Karam registra que a “esquerda social”, ao se deparar com casos envolvendo violência contra minorias, apropria-se do “dialeto penal”, formulando um discurso manipulador que intensifica as reações punitivas e fortalece clamores por punições mais rigorosas (KARAM, 2021, p. 38-39). Outro aspecto explorado pela jurista tangencia o enfraquecimento de normas garantidoras de direitos humanos e o apelo à função simbólica de leis penais, fenômenos que não poderiam ser atribuídos exclusivamente aos males do capitalismo, mas também às esquerdas (de estado e social). Segundo a criminóloga, consolidou-se uma tendência recente de leitura das normas garantidoras de direitos humanos, a partir da qual seria possível extrair obrigações criminalizantes, quando, na realidade, a função das referidas normas seria unicamente destinada à restrição do poder punitivo estatal. Além da tendência mencionada, a utilização simbólica de leis penais confere uma falsa solução aos problemas sociais, dispensando a adoção de ações positivas (sociais, econômicas e políticas) que poderiam efetivamente enfrentar e transformar o fenômeno que se pretende combater. Karam encerra esse tópico afirmando que o conceito de direitos humanos seria incompatível com a privação da liberdade para comunicar que determinada conduta é maléfica ou negativa, causando sofrimento e arruinando a vida de determinadas pessoas (KARAM, 2021, p. 40-46).

Se, na primeira parte de sua obra, Karam se dedica às críticas das esquerdas na instrumentalização do sistema penal para lidar com problemas sociais, na segunda, a autora se debruça sobre possíveis caminhos alternativos para a transformação da sociedade, os quais escapam à lógica punitivista. Nesse percurso, sustenta que nenhuma concessão deve ser feita a propostas que legitimem

fontes de violência, opressão, marginalização e sofrimento, resguardando-se as garantias penais e processuais (KARAM, 2021, p. 67-68). De acordo com sua perspectiva, leis penais nada tutelam ou protegem, servindo tão somente para concretizar o exercício violento do poder punitivo (KARAM, 2021, p. 69-70). Em vez de focar criminalização de condutas, Karam, na esteira sugerida por outros criminólogos (a exemplo de Lola Anyiar de Castro), ressalta o conceito de dano social, que independe da intervenção do sistema penal para o enfrentamento de condutas, fatos e situações negativas (leis de controle não penal e meios de controle social informal) (KARAM, 2021, p. 72-73).

Suas propostas perpassam a justiça restaurativa e propostas concretas de des-criminalização, legalização e regulamentação (como no caso da produção e do consumo de drogas ilícitas). Entre os diversos tópicos abordados, interessa a este artigo o ponto referente a “violência doméstica, violência sexual, racismo e outras discriminações”. A ex-juíza defende que o combate dessas discriminações jamais poderá se dar através do violento, danoso e doloroso poder estatal punitivo. Quanto à violência doméstica e sexual, a autora entende que, por ocorrerem corriqueiramente no interior das famílias, o uso da justiça restaurativa se mostraria mais adequado. Também se colocariam medidas protetivas e assistenciais para as vítimas e a promoção de programas educativos para agressores. No que tange aos direitos LGBT, Karam defende que o reconhecimento legal e social da união de pessoas do mesmo sexo seria muito mais eficaz do que “inútil e danosa” criminalização da homofobia e da transfobia. No campo do racismo, declara que são decisivas as campanhas educativas, informativas e de sensibilização, voltadas a populações específicas com o objetivo de mudar culturas e contextos sociais e estruturais discriminatórios (KARAM, 2021, p. 102-105). Essas são, de modo geral, as linhas de pensamento de Karam a respeito do conceito de esquerda punitiva, sendo pertinente abordar na sequência os adeptos de tal conceito e as repercussões para o debate da criminalização da LGBTfobia.

3.2. *Adeptos do pensamento de Karam*

O primeiro texto produzido por Karam influenciou gerações de juristas progressistas e criminólogos críticos. É possível afirmar – ao menos no tocante ao âmbito acadêmico – que a posição crítica de Karam quanto à “esquerda punitiva” se tornou hegemônica, extrapolando o meio jurídico.

Helena Singer, pesquisadora do Núcleo de Estudos de violência da USP, compartilhando do diagnóstico de Karam, afirma que os discursos e as práticas sobre os direitos humanos não chegam à população sob a forma de igualdade, felicidade e liberdade, mas sim de culpabilização e punição (SINGER, 1998, p. 12).

A socióloga coloca que, se a prisão é um meio de controle social tão nocivo, por que movimentos sociais se empenham tanto em colocar racistas, sexistas, torturadores, corruptos na prisão, quando poderiam estar direcionando esforços em investimentos e propostas para educação e cidadania? (SINGER, 1998, p. 12-13). Singer conclui que o potencial revolucionário dos direitos humanos não se mostra compatível com o autoritarismo inerente ao sistema penal, limitado à responsabilização individual. No mesmo sentido, as reflexões de Cristina Rauter, ao denunciar o clamor popular pela solução de problemas sociais através da via penal. Sobretudo, porque o sistema de justiça criminal não teria trazido benefícios humanitários, mas se tornado um violador sistemático de direitos humanos com um número crescente de pessoas encarceradas (RAUTER, 2006, p. 92).

Partindo desse cenário, diversos pesquisadores retomaram o conceito de Karam para refletir sobre as demandas contemporâneas que procuram acionar o sistema penal. Nesse sentido, fala-se em uma “nova esquerda punitiva” tomando como referência a criminalização da homofobia e do feminicídio, demandas que seriam sintomáticas de “velhas incoerências”: i) essas tipificações alcançariam as mesmas pessoas subalternizadas e excluídas socialmente; ii) a mera proposta de criminalização não é capaz de solucionar a contradição estrutural do sistema; iii) a racionalidade penal moderna teria contaminado setores progressistas a ponto de solapar o desenvolvimento de soluções alternativas (BAZO, 2016, p. 83-84). Bazo conclui que

“Enquanto o movimento feminista se esquece de que lutou contra a discriminação de gênero perpetuada pelo mesmo aparelho que agora demanda em seu favor, o movimento LGBT ignora o fato de que o Direito Penal não está apto a promover a afirmação da igualdade das minorias” (BAZO, 2016, p. 86).

As críticas de Bazo são compartilhadas por Amaral e Pilau, que apontam a subversão da esquerda punitiva na utilização dos direitos humanos para embasar a criação de tipos penais em uma estratégia de “furor criminalizante” que põe em risco as liberdades essenciais do Estado de Direito (PILAU; AMARAL, 2015, p. 150-151). Esses autores criticam a criminalização do feminicídio alegando ser espantoso que setores e forças políticas (incluindo o movimento feminista) endossem um mecanismo reprodutor de desigualdade e sofrimento, sob um pragmatismo hipócrita que anuncia novos inimigos para a coesão social (PILAU; AMARAL, 2015, p. 153).

As teorizações de Karam também serviram como substrato para críticas direcionadas à LMP. Nilo Batista, por exemplo, no ano seguinte à publicação da lei, afirmou que houve uma opção retributivista-aflitiva ao prever a vedação de penas substitutivas (BATISTA, 2007, p. xvi). Batista acrescenta que a LMP está em sintonia com a

expansão do poder punitivo, contribuindo para o fenômeno do encarceramento em massa, uma vez que é previsível que um determinado perfil de agressores de mulheres (pobres e negros) esteja vulnerável perante o sistema penal, sendo incompreensível que o movimento de mulheres reforce e legitime a hegemonia neoliberal através de um Estado penal (BATISTA, 2007, p. xxi-xiii). Uma das orientandas de Nilo Batista – Isabella Miranda –, em obra monográfica, desenvolve a argumentação supracitada no sentido de que a LMP conteria demandas de neocriminalização ao impossibilitar a aplicação de penas restritivas de direito aos agressores, numa clara opção político-criminal de castigar e punir os homens, quando outros ramos do Direito poderiam ser mobilizados num viés de positividade de direitos para concretizar a igualdade entre os gêneros (MIRANDA, 2016, p. 86).

No mesmo sentido caminha a pesquisa desenvolvida por Marília Montenegro. A criminóloga pernambucana afirma que o discurso feminista se aliou ao discurso do Direito Penal na pretensão de emancipar as mulheres, mas ignorando que este é repleto de seletividade, de simbolismos, responsável por inferiorizar historicamente o gênero feminino. Além disso, pontua que a maior crítica à LMP consiste em conferir um tratamento diferenciado para a mesma situação: quando a mulher é vítima de uma agressão doméstico-familiar, haverá um maior rigor penal (com o afastamento da incidência da Lei dos Juizados Especiais) se compararmos ao homem vítima do mesmo crime no mesmo contexto (MONTENEGRO, 2015, p. 29). Para a autora, a utilização do Direito Penal com viés protetivo às mulheres consistiria em um paradoxo, pelo duplo movimento de descriminalização de determinadas condutas (como o aborto) e criminalização de outras (a exemplo do assédio sexual) (MONTENEGRO, 2015, p. 60).

Montenegro ainda destaca que a lei, ao ser intitulada com o nome de uma vítima específica, perderia o caráter de impessoalidade ao exigir que todas as vítimas sejam percebidas como Maria da Penha, ou seja, vítimas de seus algozes que desejam a todo custo a punição – tornando regra a exceção, visto que a maioria das mulheres não quer a prisão do companheiro, mas apenas que a violência não se repita (MONTENEGRO, 2015, p. 109-110). Ademais, a autora alerta para o risco de a lei atingir aqueles que são vulneráveis, sem capacidade de articulação perante o sistema penal (MONTENEGRO, 2015, p. 186), quando os conflitos de gênero poderiam ser solucionados com ações de prevenção e educação que passem longe de mecanismos punitivos (MONTENEGRO, 2015, p. 193).

3.3. *Repercussões do conceito para a criminalização da LGBTfobia*

Conforme exposto, o conceito formulado por Karam costuma ser utilizado para criticar demandas de movimentos sociais rotuladas como punitivistas, como

a LMP e a criminalização do feminicídio e da LGBTfobia. A própria criminóloga elaborou um texto específico para rechaçar a criminalização da homotransfobia. A partir dessa concepção (esquerda punitiva), alguns pesquisadores passaram a questionar a necessidade da referida criminalização entendendo ser inviável investir em uma pauta punitivista, ao passo que outros reconhecem a importância da demanda, apesar das limitações da instrumentalização do sistema penal para combater discriminações fundadas em orientação sexual e identidade de gênero.

Desde um ponto de vista crítico da criminalização, entende-se que o “movimento homossexual” estaria se colocando como uma das esquerdas punitivas, aderindo acriticamente o discurso conservador de lei e ordem, acreditando que o direito penal seria um instrumento legítimo para solucionar problemas decorrentes de uma sociedade estruturalmente desigual (RIBEIRO, 2014, p. 131-132). Nessa perspectiva, conclui-se que a criminalização da homofobia não seria a melhor estratégia política para promover a cidadania das pessoas LGBT (RIBEIRO, 2014, p. 137). Particularmente, considerando a “seletividade genética” do direito penal – que se manifesta desde as primeiras obras que sistematizaram os saberes penais como o *Malleus Maleficarum* – e a existência de tipos penais que podem enquadrar violências praticadas contra a população LGBT (SILVA, 2015, p. 11). No que diz respeito à decisão do STF, ela é considerada um perigoso precedente por transgredir postulados básicos da dogmática penal, principalmente o princípio da legalidade (ARAÚJO, FIGUEIREDO, 2020).

Coloca-se, ainda, que os altos índices de violência contra pessoas LGBT se devem a uma estrutura social antecedente ao sistema penal, permeada pela heterossexualidade compulsória, sendo ingênuo imaginar que questões estruturais seriam solucionadas através da criminalização. Nesse sentido, as reais dificuldades não seriam normativas (inexistência de tipificação específica), mas de aplicação prática, considerando o funcionamento cissexista das agências do sistema penal responsáveis pela investigação e instrução processual (FERNANDES, 2019, p. 27). Fernandes menciona as décadas de produção criminológica acumulada constatando que processos de vitimização e criminalização operam diferencialmente, sendo incongruente negociar com um sistema historicamente incumbido de demarcar relações de dominação, produzindo violências sistêmicas à população LGBT. Nas palavras da referida autora:

“A crença no aprisionamento como solução para demandas que nos convocam a fissurar diferenciações de base estrutural soa como mais do mesmo. Assim foi, guardadas as diferenças de pauta, com o feminicídio; com o racismo: não há sequer uma pesquisa que revele que esses fatos têm sido coibidos pela possibilidade do cárcere. Por que achar que, agora, será diferente?

[...]

Assim, negociar o reconhecimento de direitos através do recrudescimento penal é assumir as consequências naturais do sistema prisional por excelência racista e cisheteronormativo. É admitir que se demanda uma resposta que será, necessariamente, seletiva e, portanto, reprodutora das históricas matrizes de opressão de raça, classe e sexualidade em todos os níveis de sua intervenção – da vitimização à criminalização: um sistema que nunca pôde diminuir os ataques contra os grupos minoritários e ainda autoriza as opressões contra os mesmos; e no qual são mantidos os ciclos de privilégios e vantagens históricas de que usufruem os grupos hegemônicos” (FERNANDES, 2019, p. 28)

Desde um ponto de vista favorável à criminalização, é possível constatar uma pluralidade de posições, que se mostram heterogêneas, porque reúnem pensadores que acreditam nas funções declaradas do sistema penal e outros que, ao mesmo tempo, reconhecem as críticas desse sistema, mas acreditam em avanços proporcionados pela criminalização da homotransfobia.

Para Amaral, a mera previsão de um delito (tipificando a homofobia) seria capaz de intimidar aqueles que reiteradamente praticam condutas discriminatórias, considerando que as transformações espontâneas da sociedade não se mostraram capazes de extirpar o preconceito contra pessoas LGBT (AMARAL, 2010, p. 55). Gorga, por sua vez, destaca a necessidade da tutela penal das discriminações voltadas à sexualidade em termos dogmáticos, uma vez que a orientação sexual é um bem jurídico individual essencial. E, diante dos crescentes índices de violência contra um grupo vulnerável, bem como da carência de tutela por parte de outros ramos do ordenamento jurídico, restaria a atuação do direito penal para proteger a discriminação propriamente dita e incorporar agravantes em crimes existentes (GORGA, 2015, p. 70-71).

Na mesma linha de raciocínio, para Roger Raupp Rios, a legislação penal antidiscriminatória contra a homofobia cumpriria funções insubstituíveis, com caráter pedagógico e simbólico, no sentido de que em sociedades democráticas e pluralistas, o respeito à diversidade se mostra um bem jurídico relevante. Na mesma oportunidade, o próprio autor reconhece que a tipificação deve estar acompanhada de medidas externas ao direito, perpassando educação, política e serviços públicos (RIOS, 2015, p. 342). Em outro texto, feito em coautoria com Lawrence Estivalet de Mello, aposta na possibilidade de construção de uma política criminal alternativa para o combate à discriminação homofóbica (RIOS, MELLO, 2015), valendo-se das reflexões de Baratta, não sendo incoerente que as classes subalternas reivindiquem criticamente a criminalização.

Nicolau e Andrade assumem uma posição intermediária. De um lado, questionam se um ramo seletivo na punição pode ser utilizado para fins emancipatórios,

em especial na tensão entre a desconstrução de identidades (no viés da teoria *queer*) e a criminalização circunscrita de determinadas fobias, sob o risco de proteger algumas identidades e não outras (NICOLAU, ANDRADE, 2018, p. 421). De outro, apontam as possibilidades limitadas de explorar o direito penal no campo *queer*: não através da criação de tipos penais autônomos – pelas próprias exigências da dogmática penal na delimitação de condutas e sujeitos a serem protegidos –, mas da inserção de agravante genérica – de modo a não excluir qualquer identidade – e da “discriminação ao grupo LGBT+” na Lei 7.716/1989 (NICOLAU, ANDRADE, 2018, p. 422).

4. CRÍTICA DA CRÍTICA: PODEM OS SUBALTERNOS FALAR E OS PRIVILEGIADOS ESCUTAR?

A revisão bibliográfica referente ao conceito de “esquerda punitiva” e suas repercussões para os movimentos feministas e LGBT demonstra a existência de tensões entre perspectivas criminalizantes (LMP, criminalização do feminicídio e da LGBTfobia) e perspectivas críticas ao sistema penal e sua instrumentalização por parte de tais movimentos. Se o primeiro texto de Karam buscou discutir pautas de esquerda perante o sistema penal em uma conjuntura política regional e delimitada no tempo, os escritos posteriores foram elaborados no sentido de direcionar as críticas aos movimentos feministas e LGBT. Essas críticas, da forma como foram apresentadas, não buscaram estabelecer um diálogo horizontal e produtivo entre academia e movimentos sociais, mas etiquetar como desviantes e punitivistas aqueles que, ao negociarem intervenções através do sistema penal, distanciaram-se dos princípios da criminologia crítica.

Nessas circunstâncias, é pertinente trazer à tona as reflexões de Flauzina, classificando a reação de determinados criminólogos críticos (representados pelo pensamento de Karam) como uma “tutoria arrogante”. A partir dessa lógica, quaisquer demandas que extrapolassem os horizontes abolicionistas a serem alcançados são rotuladas como equívoco, ingenuidade ou irresponsabilidade (FLAUZINA, 2015, p. 95). A postura ambígua assumida por representantes da criminologia crítica aos movimentos sociais nos remete às reflexões filosóficas de Spivak. Em seu ensaio “Pode o subalterno falar?”, a autora se debruça sobre a condição da intelectualidade ocidental quando se trata da relação com a alteridade e a falta de espaço de fala por parte do subalterno – em especial, o subalterno feminino, sem história e sem a possibilidade de falar no contexto da produção colonial (SPIVAK, 2010). Em diálogo que complementa a discussão travada por Spivak, Mailô Andrade afirma que a crítica criminológica, enquanto saber contra

hegemônico, deveria reconhecer epistemes diversas, ouvindo novas vozes para pensar as demandas dos grupos (situados às margens) que se relacionam com o sistema penal (ANDRADE, 2020, p. 2325). Entretanto, as críticas criminológicas tecidas aos movimentos sociais põem em xeque a capacidade de escuta daqueles que se situam como representantes da intelectualidade da criminologia crítica. As insuficiências das referidas críticas podem ser destrinchadas em três pontos, abordados na sequência.

4.1. *Abolicionistas contra feministas? Superando dicotomias simplistas*

As críticas de Karam à LMP e à criminalização do feminicídio – endossadas por diversos pesquisadores citados neste artigo – apontam que os debates se estabeleceram de forma dicotômica, tendo como referência as demandas mencionadas. Defendê-las significa legitimar não apenas o sistema penal em sua totalidade, mas também discursos punitivistas subscritos por setores conservadores. Criticá-las, por seu turno, significa aproximar-se da coerência dos postulados libertários da “verdadeira” criminologia crítica (aqui, citada propositalmente no singular), que repudiam toda e qualquer intervenção do sistema penal para lidar com problemas sociais, numa perspectiva abolicionista do cárcere.

Percebe-se, por conseguinte, que o conceito de Karam modulou os debates a serem travados, simplificando posições entre “ser punitivista” (e, consequentemente, feminista e/ou LGBT) e “ser antipunitivista” (logo, abolicionista). Entretanto, a dicotomia instalada por Karam e chancelada por teóricos (dentro e fora do Direito) praticamente esvaziou a complexidade das discussões em prol de um etiquetamento de quem não estaria efetivamente comprometido com a abolição do sistema penal. Além disso, a crítica pelo prisma da “esquerda punitiva” incorre em uma série de omissões que podem ser apontadas.

Inicialmente, é recorrente – por parte de Karam e dos adeptos do seu pensamento – a menção do movimento feminista no singular, como se fosse uma entidade monolítica, homogênea e a-histórica, quando, na realidade, é inerente ao feminismo(s) a pluralidade de perspectivas (teóricas e epistemológicas).

No que diz respeito às reivindicações penais, ao contrário do que insinua Karam, não há um consenso absoluto nos feminismos. Por isso, como bem colocado por Ludmila Carneiro, existem feminismos minimalistas e feminismos abolicionistas. Para essa vertente, a afirmação de direitos através do sistema penal pode resultar em efeitos inversos àqueles desejados, principalmente considerando a lógica patriarcal e seletiva que informa o funcionamento do referido sistema. Para aquela vertente, mulheres e outros grupos vitimizados ainda necessitam

utilizar o sistema penal para se defender de grupos hegemônicos situados em posições de privilégio, sendo uma estratégia de luta que não necessariamente deixa de ter o abolicionismo como objetivo (CARNEIRO, 2014, p. 620-622).

A mesma lógica vale para o abolicionismo penal: ainda que o objetivo (de abolição das prisões) seja comum, seus defensores partem de pontos de vista completamente distintos, sendo inviável resumir os abolicionismos penais a um viés exclusivamente acadêmico. Feminismos e abolicionismos podem ser compreendidos simultaneamente como campo de estudos e como movimentos sociais. Essas nuances, todavia, passam totalmente despercebidas nos escritos de Karam e de seus seguidores, os quais dificilmente delimitam seus referenciais quando se trata de abolicionismo(s) e feminismo(s), campos que apresentam convergências e (principalmente) divergências, sejam elas internas, sejam elas no confronto entre perspectivas abolicionistas e feministas.

Quando Karam se mostra perplexa quanto à instrumentalização do direito penal por parte de movimentos feministas, faltam-lhe referenciais teóricos dos feminismos brasileiros e suas interlocuções com a criminologia (resultando, posteriormente, nas criminologias feministas). É que, no Brasil, um dos caminhos de resistência encontrados pelas feministas se deu mediante a institucionalização de suas demandas, desde a participação na Constituinte de 1988, construindo-se um enredo que inicia nas reivindicações por construção de delegacias especializadas de atendimento à mulher, estendendo-se à legislação que tipificou o feminicídio (MARTINS, GAUER, 2020, p. 151-152). Ao criticar a inaplicabilidade da Lei 9.099/95 para os casos que envolvem a LMP, Karam demonstra que desconhece ou ignora a vasta bibliografia feminista sobre as problemáticas dos Juizados Especiais Criminais (JECrim), responsável por “reprivatizar” conflitos de gênero (MARTINS, GAUER, 2020, p. 160), renovando um modelo de sistema de justiça alimentado por violências estruturais. Como bem explicam Luanna Tomaz e Thula Pires:

“Além do aspecto estruturante que o punitivismo tem na formação social brasileira, as demandas de recrudescimento penal refletem também uma tentativa de resposta ao fato de que, durante muitos anos, os casos relacionados à violência contra a mulher sequer eram atendidos ou terminavam com absolvições por teses como da ‘legítima defesa da honra’, mesmo após a edição da Lei Maria da Penha. O tratamento dado pelo sistema de justiça aos casos de violência não só (re)produziam justificativas públicas para perpetuação e naturalização das violências do cisheteropatriarcado racista, como perversamente terminavam culpabilizando as mulheres pelas violências sofridas.

Essa situação ganhou nova dimensão quando esses conflitos passaram a ser incorporados pelos Juizados Especiais Criminais, já que, como tinham em

sua maioria penas de até dois anos, pela Lei 9.099/95 enquadravam-se como crimes de menor potencial ofensivo. O modelo adotado pela Lei 9.099/95 foi questionado pelos movimentos diante dos constrangimentos feitos para que as mulheres desistissem da ação ou aceitassem acordos de cestas básicas.

[...]

Renovava-se o modelo de (in)justiça criminal que historicamente trabalhou para a imunização racial e socialmente informada de determinados autores de violência (homens, brancos, cisheterossexuais e proprietários) e sobre-responsabilização racial e socialmente informada de vítimas (mulheres, negras, transvestigêneres). De um lado, a resposta foi clara no sentido de se opor aos posicionamentos vacilantes dos magistrados e do sistema de justiça na proteção de mulheres e responsabilização de autores e, de outro, negligenciadas as críticas de que tal modelo reforçava o racismo cisheteronormativo do sistema de justiça criminal” (SOUZA, PIRES, 2020, p. 135-136).

A crítica via “esquerda punitiva” costuma afirmar que demandas punitivistas aproximariam feministas da direita penal. No entanto, o que esse raciocínio omite é justamente a constatação em sentido oposto: demandas como a LMP e, recentemente, a criminalização do feminicídio, selaram uma convergência pragmática (ainda que por fundamentos distintos) entre setores paladinos da expansão penal e abolicionistas radicais, pois ambos são convergentes no sentido de ser inapropriada a intervenção penal. Soraia da Rosa Mendes sintetiza essas críticas, rebatendo-as nos seguintes termos: i) o feminicídio não se equipara ao homicídio ou às suas qualificadoras, por representar um fenômeno que ultrapassa a privação da vida de um ser humano; ii) o Estado não pode violar a Constituição ao não resguardar adequadamente bens, valores ou direitos por lhes conferir uma proteção deficiente, num viés do minimalismo penal (MENDES, 2017, p. 212-213).

Segundo Mendes, desconsiderar as contribuições feministas ao debate sobre os limites do direito penal, etiquetando superficialmente concepções de feminismo como punitivistas, na melhor das hipóteses, careceria de profundidade teórica, e, na pior delas, caracterizaria resquícios machistas de um discurso que se intitula de “esquerda” (MENDES, 2017, p. 215). Em especial, porque discursos feministas costumam recorrer ao direito penal de forma crítica e realista a partir da violência concreta, vivida historicamente pelas mulheres, motivo pelo qual o rótulo (“esquerda punitiva”) seria inadequado.

Essas questões, todavia, nem sempre são levadas em consideração por parcela dos abolicionistas. Embora não mencionada por Karam e seus adeptos, há uma crítica feminista que se contrapõe à crítica abolicionista. Smaus denuncia que abolicionistas, ao insistirem que as mulheres devem compreender seus esforços

por uma sociedade sem violências (logo, sem tipificações na esfera penal), valem-se de um velho clichê patriarcal de que as mulheres devem pôr em segundo plano os seus próprios interesses em detrimento de interesses de uma coletividade abstrata (SMAUS, 1993, p. 10-11). Apesar de ter se tornado lugar comum entre criminólogos críticos e abolicionistas afirmar que o feminismo permaneceu indiferente à crítica criminológica (BATISTA, 2007, p. xi), Smaus demonstra o inverso, ou seja, que tendências críticas e abolicionistas não se ocuparam dos problemas feministas (SMAUS, 1993, p. 12). As críticas formuladas por Karam – que posteriormente se transformaram em um rótulo – confirmam esse diagnóstico, expondo as limitações (e, em determinados casos, a arrogância) de uma crítica criminológica pouco disposta a compreender, de fato, as disputas feministas que se travam no Direito, incluindo-se o direito penal.

Acompanhando a linha argumentativa de Smaus, Alda Facio e Rosalía Camacho apontam as insuficiências da criminologia crítica, ao pretender falar pela totalidade dos marginalizados sem observar as relações de poder a partir de outras desigualdades.

“Mesmo as teorias sobre o controle social que são escritas a partir ‘dos marginalizados’, não fazem referências às mais marginalizadas dos marginalizados, nem às relações de poder que se dão entre homens marginalizados por classe, etnia, idade, preferência sexual, deficiência visível, etc., e mulheres dessa mesma classe, setor ou grupo discriminado, contribuindo assim à marginalização e silenciamento das mulheres desses grupos, mais, pior ainda, contradizendo seus próprios princípios de partir do ponto de vista do marginalizado e, por fim, caindo no erro de não ver a totalidade da realidade.

Isto nos leva a fazer uma crítica a essas(es) especialistas pela sua responsabilidade como divulgadoras(es) do paradigma dominante neste patriarcado, que já tem mais de 30 séculos. [...] Se é bem certo que a maioria dos e das criminólogas críticas têm dado grandes contribuições ao pensamento criminológico, ao adotar o ponto de vista dos homens das classes subalternas, mostrando assim que o ponto de vista das classes dominantes não era ‘o’ ponto de vista e que, além disso, essa forma de ver a realidade servia muito bem aos interesses das classes privilegiadas, igualmente certo é que aprenderam de memória seu papel sexual e deixaram inquestionado o conteúdo sexista de suas afirmações, o que tem servido muito bem ao sexo dominante” (FACIO, CAMACHO, 1995, p. 63-64).

Assim, diante das omissões discursivas elencadas, nota-se que o conceito de “esquerda punitiva” foi mobilizado de tal forma a contrapor abolicionistas e feministas, como se apenas houvesse discordâncias inconciliáveis, sem pontos de

convergência. Lógica que ignora as próprias insuficiências teóricas do abolicionismo para a realidade brasileira, as contribuições feministas para a crítica do sistema penal, além de silenciar os feminismos abolicionistas, sendo Angela Davis o maior expoente nesse sentido (DAVIS, 2018). Por isso, afirmei, no início do tópico, que a narrativa de Karam teria ensejado uma dicotomia superficial entre abolicionismos e feminismos, a qual precisa ser superada.

A superação perpassa não somente pela mudança de postura por parte da criminologia crítica – de levar os feminismos a sério –, como também a necessária atenção às pesquisas empíricas produzidas na intersecção entre abolicionismos e feminismos. Nesse sentido, Gindri e Budó investiram na análise de discurso do movimento feminista em *blogs* (ciberfeminismo, a partir de seis endereços virtuais), para compreender os sentidos movimentados sobre a função do direito penal. As pesquisadoras constataram que: i) há um marcante reforço simbólico quanto ao uso de leis penais para a defesa dos direitos das mulheres; ii) funções reais de prevenção, punição, segurança e proteção seriam potencialmente alcançadas pela LMP; iii) reconhece-se, por outro lado, a ineficácia do sistema penal, destacando o caráter deficitário e problemático da punição como se a LMP não integrasse o referido sistema (GINDRI, BUDÓ, 2016, p. 261). Ainda que a pesquisa tenha um alcance limitado quanto aos sites analisados, ela demonstra a superficialidade do rótulo de “esquerda punitiva”, que apressadamente associa e resume todo e qualquer feminismo a uma espécie rasteira de punitivismo.

Também é proveitosa a pesquisa desenvolvida por Luanna Tomaz e Thula Pires, ao analisarem artigos enviados para dois importantes eventos nacionais em 2018 e para o Dossiê “Gênero e Sistema Punitivo” da *Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim)*. Se, por um lado, as autoras mencionam que as mulheres têm absorvido as críticas ao sistema penal, por outro, passados mais de dez anos da LMP e cinco da lei que criminalizou o feminicídio, grande parte dos artigos continua enclausurada nas mesmas perguntas: as referidas leis são punitivistas? (SOUZA, PIRES, 2020, p. 143). As conclusões dos artigos examinados pelas pesquisadoras se mostram igualmente insuficientes a partir de constatações superficiais e genéricas, tais como: os feminismos cederam ao punitivismo; as leis foram ineficazes; as leis fazem uso de um direito penal simbólico; as mulheres não querem prisão dos agressores, mas o fim da violência (SOUZA, PIRES, 2020, p. 146). Diante de tal diagnóstico, as autoras concluem que “Em verdade, as ciências criminais não se preocuparam muito ao longo do tempo com as demandas de mulheres em situação de violência de gênero e continuam a ter dificuldade de lidar com esse debate” (SOUZA, PIRES, 2020, p. 152).

A despeito de a dicotomia simplista entre feminismos e abolicionismos aparentemente estar desconectada do objeto deste artigo (criminalização da LGBTfobia), é importante ressaltar que movimentos feministas e LGBT não são estanques (diante da existência de mulheres lésbicas, bissexuais e transgênero que se inserem em ambos os movimentos). Ademais, as críticas feitas à criminalização da LGBTfobia são muito próximas daquelas enfrentadas pelos feminismos, sendo profícuo o diálogo entre as demandas dos referidos movimentos.

4.2. *Criminologia crítica contra movimentos sociais: a "síndrome do chefe da escola"*

Ana Flauzina, em texto já mencionado neste artigo, aponta que a criminologia crítica sempre teve uma relação ambígua com os movimentos sociais. Isso fica evidente quando observamos a linguagem adotada por Karam e seus seguidores ao rotular como punitivistas aqueles que destoam da “verdadeira” e coerente crítica criminológica. Ativistas feministas e LGBTs, ao mobilizarem esforços para criminalizar condutas que põem suas vidas em risco, passam a ser coniventes e corresponsáveis pela expansão do poder punitivo. Mais do que isso, as expressões utilizadas indicam que os referidos grupos vulneráveis estão em uma posição de inferioridade cognitiva, ao não perceberem que estão sendo enganados no momento em que aderem a um sistema intrinsecamente seletivo e perverso, legitimando as violências estruturais que pretendem combater.

Seguindo esse raciocínio, autoras e autores dos escritos apontados no item 3 do artigo se sentem bastante confortáveis em classificar “o movimento” (seja feminista, seja LGBT) como ingênuo, histérico, irresponsável, paradoxal e contraditório – ao pautar uma agenda descriminalizante e criminalizante. Além disso, esse “movimento” contaria com um discurso manipulador para gerar comoção social e se valeria de práticas hipócritas fundadas na lógica “amigo vs. inimigo”, criando normas penais para identificar um algoz (homens machistas e homotransfóbicos) que garantiria a coesão interna desses grupos na luta contra um inimigo comum.

Karam se mostra ainda mais rígida ao criticar “o movimento LGBT” em 2019, oportunidade na qual o STF decidiu sobre a criminalização da homotransfobia, compreendida como espécie do crime de racismo. A criminóloga alega que essa pauta representaria um “exemplo assustador” de total descompromisso com princípios básicos do direito penal (principalmente com o princípio da legalidade estrita), tratando-se de uma pretensão malabarista que contribui para a destruição dos direitos humanos. Karam destaca que a aqueles que se intitulam

defensores dos direitos humanos transformam reivindicações político-sociais em injustos desejos punitivos, não hesitando em compactuar com a violação de normas basilares do Estado de Direito (KARAM, 2019).

A linguagem manuseada por Karam e pelos demais críticos da criminalização da LGBTfobia não estabelece um diálogo autêntico e horizontal com os movimentos sociais e com intelectuais que divirjam de sua crítica. Ao contrário, coloca-se de forma impositiva, estigmatizante e autoritária, como uma “tutoria arrogante” que estabelece uma linha divisória entre falas autorizadas e falas não autorizadas no campo criminológico. Em outras palavras, entre uma versão oficial e legítima da criminologia crítica e subversões desse discurso, as quais não estariam aptas a representar fidedignamente um viés crítico em criminologia. Curioso notar que, ao etiquetar ativistas e intelectuais como punitivistas e desviantes da cartilha de princípios da referida corrente teórica, a criminologia crítica esvazia suas potencialidades e os sentidos (críticos) que lhe adjetivam. German e Romfeld denunciam esse comportamento, questionando os limites de diálogo entre a criminologia crítica e os setores sociais rotulados como “esquerda punitiva”:

“O que se pode observar é que o referido termo muitas vezes é utilizado de forma mecanicista, autoritária e preconceituosa, servindo não como um elemento de construção coletiva das lutas sociais, mas como um fator que acirra ainda mais as divergências.

Os setores identificados como *esquerdas punitivas* geralmente se encontram em situação de maior vulnerabilidade social, a qual se reflete em maiores índices de vitimização. A resposta da punição é imediatista e sedutora, no entanto, o que pode ser oferecido como alternativa, diante dela? Em muitos espaços, infelizmente, o que resta é hostilidade e preconceito.

Não por um acaso, muitos movimentos de minorias têm uma certa aversão em relação à criminologia crítica: longe de ser um espaço de acolhimento, empatia e de construção de lutas coletivas, acaba-se propagando exclusão e opressão. Em outras palavras, as demandas empiricamente justificadas das vítimas são ignoradas e/ou desqualificadas como uma pauta típica da *esquerda punitiva*. Situação que, sem dúvida, reflete a falta de permeabilidade que debates de opressões têm nesse ramo do conhecimento, supostamente crítico” (GERMAN, ROMFELD, 2017, p. 429).

A partir do momento em que intelectuais do campo criminológico-crítico se dispõem a enfrentar problemas sociais complexos (em especial, a LGBTfobia) simplesmente replicando críticas nos moldes propostos por Karam, esgotam-se

as possibilidades de diálogo e a construção de alternativas reais ao sistema penal. Criminólogos críticos, na pretensão de falar por todas as pessoas oprimidas, menosprezam a inteligência de integrantes de grupos minoritários, fazendo com que suas produções intelectuais estejam restritas a uma “criminologia de gabinete” que debate uma sociedade dos sonhos completamente abstrata (GUILHERME, 2017, p. 169-170). Ao se preocuparem mais com a dicotomia na qual o debate foi enclausurado (criminalizar vs. não criminalizar), sem ao menos propor caminhos para a formulação de políticas criminais para grupos vulneráveis, esses teóricos reproduzem um comportamento denominado por Paula Alves – a partir de pesquisa empírica realizada com a técnica *snowball* – como a “síndrome do chefe da escola”.

“A ‘criminologia de síndrome do chefe da escola’ pode ser compreendida como um exercício pedagógico orientado por um projeto de poder aplicado ao âmbito acadêmico, quer seja um exercício por parte daqueles discursos que se atribuem etiquetas, quer seja por parte daqueles que não se colocam em alocações disciplinares. O que pode ser compreendido como ‘projeto de poder no âmbito acadêmico’? Consiste no domínio da capacidade técnica e poder social daquele que dispõe de capital cultural. [...] É o poder de dizer o saber e até mesmo de transmitir capital a outras gerações” (ALVES, 2016, p. 139-140).

Partindo de tal conceito, verifico que os mesmos argumentos utilizados em 1996 (alguns deles, excessivamente genéricos) são reapresentados (depois de mais de 20 anos) à comunidade LGBT (e, também, às feministas) sem que alternativas minimamente robustas e convincentes sejam expostas. Esse cenário reforça o argumento de que o quadro da criminologia produzida no campo jurídico parte de narrativas críticas de matriz cisheteronormativa e branca (ALVES, 2016, p. 143), pois desconsiderou a totalidade das produções feministas, negras e LGBT sobre discriminações e o uso do direito penal. Em relação ao objeto deste artigo, constata-se uma profunda incompreensão (por parte de Karam e seus seguidores, críticos da criminalização da homotransfobia) sobre a história do movimento LGBT brasileiro e suas pautas, as quais certamente não podem ser reduzidas à mera ampliação do poder punitivo.

Se, por um lado, uma parcela considerável dos intelectuais vinculados à criminologia crítica se presta à tarefa de rotular pessoas LGBT como punitivistas, domados por um suposto furor criminalizante, por outro, é preciso alertá-los sobre o papel que têm desempenhado nas lutas antidiscriminatórias. Qual seja, o papel de exercer a crítica pela crítica, sem nenhuma construção, diálogo ou formulação de respostas político-criminais. Assim como Ana Flauzina, prefiro

caminhar ao lado daquelas e daqueles que estão nas trincheiras imersos em contradições, recusando-me a referendar a falácia de que reivindicações dos movimentos sociais (criminalização do racismo, do feminicídio e das fobias LGBT) representam o ápice do “apocalipse criminológico” (FLAUZINA, 2016, p. 102).

Ao etiquetarem ativistas e intelectuais subversivos – que não integram o seu “clubes criminológico” –, possivelmente esses teóricos não percebam que representam o que Paulo Iotti chama de “esquerda idílica”, a qual

“[...] fica presa a uma espécie de platônico mundo das ideias, mas que nada, de concreto, fazem para mudar o sistema penal que tanto criticam, aparentemente esperando algum milagre divino para que o sistema penal desapareça e algo maravilhoso surja em seu lugar” (VECCHIATTI, 2019).

Na contramão do rótulo punitivista, Renan Quinalha também empreendeu esforços para demonstrar que há uma contradição aparente entre criticar o direito penal e defender a punição de crimes de ódio às pessoas LGBT, uma vez que se busca forjar uma posição que concilie os imperativos do direito internacional dos direitos humanos (para proteção de “minorias”) e a superação da racionalidade penal (QUINALHA, 2015).

Nesse contexto, Quinalha esclarece que a inexistência de alternativas acaba militando a favor da busca por uma solução tradicional (defender a criminalização da LGBTfobia), sobretudo porque no Brasil não há condições políticas para investir em propostas que desestabilizem padrões culturais e educacionais homotransfóbicos, extrapolando uma questão meramente jurídico-penal. Para Quinalha,

“Se todos os crimes em nossa sociedade recebem em troca uma sanção penal, como argumentar para as vítimas da violência homotransfóbica que, agora que é a vez de apurar os crimes cometidos contra eles, devemos forjar maneiras alternativas de justiça ou manter a impunidade porque inexistente tipificação penal específica?” (QUINALHA, 2015).

A provocação de Iotti e o questionamento de Quinalha não são enfrentados pela criminologia crítica, que insiste em argumentos abstratos sem dialogar com a realidade enfrentada pelas pessoas LGBT no Brasil, ao mencionar o expansionismo penal, o uso simbólico da criminalização, a ineficácia desse meio para combater a LGBTfobia e a violação ao princípio da legalidade no julgamento da ADO 26 e do MI 4733 perante o STF. Essas críticas são sintomáticas da superficialidade dogmática e criminológica do debate da criminalização da LGBTfobia,

restrito à dualidade “abolicionismo/punitivismo” (ROMFELD, 2020a, p. 12). No que diz respeito às discussões jurídicas travadas a partir do julgamento das ações constitucionais supracitadas, um estudo empírico aventou a hipótese – tendo como referência artigos publicados em três portais jurídicos relevantes – de que a maioria dos juristas brasileiros se posicionou contrário à criminalização da LGBTfobia, com argumentos estritamente vinculados à dogmática penal e sem quaisquer referências a um direito penal constitucionalizado, bem como aos estudos LGBT, antirracistas e feministas que tangenciam as controvérsias sobre a criminalização das opressões (ROMFELD, 2021, p. 825-826).

O rótulo de punitivista atribuído indistintamente a militantes LGBT reforça uma postura de aversão aos movimentos sociais como um todo, que passam a ser tutelados de forma arrogante a partir de críticas insuficientes do ponto de vista dogmático e criminológico. Para além dessa perspectiva, insisto que, quando Karam e seus seguidores citam “o movimento LGBT”, estão desconsiderando sua pluralidade e sua história, que não pode ser resumida a uma pauta específica, conforme indicam pesquisadores que estudam a história do movimento LGBT (SIMÕES, FACCHINI, 2009). Ademais, quando manifestam seu inconformismo com a forma pela qual conquistas jurídicas se deram no Brasil, ignoram a conjuntura político-jurídica nacional que fechou praticamente todas as portas institucionais aos movimentos LGBT (SILVA, BAHIA, 2015, p. 186-187), fazendo com que as disputas fossem judicializadas, incluindo-se a criminalização da LGBTfobia (CARDINALI, 2018, p. 113-170).

4.3. *Falsas equivalências e propostas deficitárias*

Um terceiro agrupamento de críticas que pode ser direcionado ao conceito de “esquerda punitiva” tangencia o que chamo de “falsas equivalências” e “propostas deficitárias”, expressões que sintetizam críticas a serem apresentadas separadamente.

É possível dizer que se tornou um lugar comum afirmar que, ao instrumentalizarem o direito penal para combater discriminações (machismo, racismo e LGBTfobia, sobretudo), movimentos sociais de viés progressista e libertário estariam aderindo cegamente às pautas típicas da “direita penal”, numa aparente fusão com os movimentos de “lei e ordem”. Essa lógica, de acordo com a posição defendida neste artigo, parte de falsas equivalências: defender a criminalização da LGBTfobia (por exemplo) não pode ser equiparada aos movimentos reacionários que buscam o combate implacável à corrupção, ao tráfico de drogas, aos crimes patrimoniais, aos casos midiáticos, propondo redução de garantias constitucionais e medidas mais extremas como a pena de morte. Equiparar uma (das

diversas) pauta(s) dos movimentos LGBT que possui viés criminalizante às reivindicações repressoras (como se fossem sinônimos), na melhor das hipóteses, pode representar uma desatenção teórica e analítica, e, na pior delas, má-fé e reprodução da LGBTfobia estrutural. Há diversas razões que justificam as críticas às falsas equivalências.

Primeiramente, ativistas e juristas que integram grupos minoritários (LGBTs, feministas, negros), se comparados aos movimentos de “lei e ordem”, sequer possuem tamanha representação política nas instituições do Estado brasileiro, muito menos a mesma capacidade de articulação e as posições de privilégio suficientes para mobilizar a maquinaria do Estado para punir aqueles que os violam. Nesse contexto, Camila Prando se propõe a investigar quais as premissas ocultas nos discursos sustentados pelos juristas quando desqualificam demandas direcionadas à política da justiça criminal por parte de movimentos sociais em geral, lançando a hipótese de que as ordens raciais, de gênero, classe e sexualidade condicionam a lente dos juristas na compreensão sobre as articulações dos movimentos sociais na política da justiça criminal. Nas palavras de Prando:

“A ampla divulgação da tese da esquerda punitiva, apresentada em conjunto com os acúmulos da sociologia da punição, e sua vulgarização, propagaram assertivas nos círculos críticos criminológicos tais como: os movimentos sociais que fazem demandas ao sistema de justiça criminal desconhecem o seu funcionamento; os movimentos não sabem quais são os efeitos nocivos deste mesmo sistema de justiça criminal; ou, no limite, são agrupamentos com demandas históricas (sic) e conservadoras. Todos esses dogmas, repetidos com autoridade científica, produzem no campo das Ciências Criminais um interdito para que se discuta a sério os movimentos sociais, e os movimentos de vítimas em particular, e suas articulações com política da justiça criminal.

No modo como foi apropriado e disseminado, a tese da “esquerda punitiva” tornou-se um espaço propício para o interdito a este debate e converteu-se em uma bandeira nos círculos criminológicos, retomada sempre que diante de qualquer manifestação acadêmica ou política disposta a compreender ou a se articular de algum modo com o Sistema de Justiça Criminal. Esse interdito se dirige indistintamente a agrupamentos políticos e acadêmicos, sejam eles do campo progressista ou conservador, impedindo o campo criminológico de compreender as várias dimensões e nuances das demandas formuladas por grupos sociais distintos.

[...]

É um exercício retórico, mas que pode nos aguçar o espanto, pensar lado a lado, hoje, a operação Lava-Jato e os grupos dos painéis, de um lado, e a Lei Maria da Penha e os movimentos feministas, de outro. Os primeiros,

não informados pelas condições estruturais da sociedade (como é o caso dos movimentos anticorrupção pautados em argumentos morais individualistas), os seguintes estruturalmente informados pela desigualdade e politicamente engajados em promoção de igualdade (como grande parte dos movimentos feministas)” (PRANDO, 2020, p. 2195-2197).

Especificamente no que tange ao movimento LGBT, tenho dificuldades para estabelecer uma métrica segundo a qual lésbicas, gays, bissexuais, transexuais e travestis estariam em condições de absoluta igualdade em comparação aos setores sociais e políticos reacionários (a exemplo da conhecida bancada “BBB” no Congresso Nacional – boi, bala e Bíblia). Raciocínio simplista que, além de rebaixar a complexidade das discussões que atravessam a criminalização da homotransfobia, ignora as violências históricas (sobretudo, nos níveis estrutural e institucional) que perpassam os grupos LGBT na história brasileira recente, os quais foram alvo de políticas estatais repressoras no período da ditadura militar (QUINALHA, 2021). A alegação equivocada de que pessoas LGBT seriam cúmplices de um coro por “lei e ordem” oculta e silencia a realidade cotidiana brutal que atinge essa população, marcada por insegurança, conflito, medo e invisibilidade (RIOS, MELLO, 2015).

A falsa equivalência entre os referidos movimentos costuma ser acompanhada por uma constatação da insuficiência da estratégia utilizada, qual seja, de fortalecimento de um direito penal meramente simbólico. Possivelmente, não há a compreensão, dentro dos movimentos LGBT, de que a tipificação de condutas homotransfóbicas será capaz de, num passe de mágica, reduzir drasticamente os índices de violência contra esse grupo vulnerável. Para Karam e para os adeptos do seu pensamento, é como se os movimentos LGBT estivessem disputando, com a criminalização, as funções da pena – prevenção geral e especial –, na pretensão tecnicista de reafirmar a vigência da norma que pune comportamentos LGBTfóbicos, adentrando no simbolismo do direito penal.

Esse ponto de vista, todavia, não parece compreender que a criminalização da LGBTfobia não se esgota em uma discussão jurídica nem está limitada ao debate clássico das funções da pena. Sociedades contemporâneas, a exemplo da brasileira, ainda estão permeadas pelo dialeto penal, e, por isso, o sistema penal permanece enquanto espaço social e político a ser disputado, “para combater e reverter a opinião pública hoje predominante, que não apenas naturaliza, mas até mesmo difunde a ideologia homofóbica, em processo similar ao ocorrido em torno da criminalização do racismo e da violência doméstica” (RIOS, MELLO, 2015). Diversamente do que afirma Karam, movimentos sociais não depositam no sistema penal a esperança da solução definitiva para problemas decorrentes

de violências estruturais: reivindicar as criminalizações significa travar disputas no campo da linguagem, do discurso, da narrativa imposta pela lei, na lei, e por quem a impõe – como ocorreu em diversas conquistas legislativas capitaneadas pelos movimentos feministas (ANDRADE, 2020, p. 2313-2314).

Ainda sobre questões relacionadas à lei penal, a criminalização da LGBTfobia (através do julgamento da ADO 26 e do MI 4733) foi acusada de pôr em xeque a garantia constitucional da legalidade estrita em matéria penal. Apesar de não ignorar a complexidade desta crítica na seara da dogmática penal², é imprescindível recordar que, a partir do Código Penal (em 1940), os principais debates sobre responsabilidade, imputabilidade e os chamados “crimes passionais” foram encabeçados por homens juristas que transitavam entre a esfera pública e os aparatos burocráticos de Estado (PRANDO, 2020, p. 2205). Esses debates não podem ser considerados uma expressão autoevidente da técnica jurídica, pois são resultantes de disputas de teses jurídicas inseridas num determinado contexto histórico e atravessadas pelas compreensões de mundo dos homens que tinham acesso privilegiado à formulação de políticas na esfera criminal. Pautas contestatórias – como aquelas mencionadas – desestabilizam consensos sobre os sentidos de violência, responsabilidade e crime, tensionando a tecnicidade e a suposta neutralidade da dogmática penal (PRANDO, 2020, p. 2205-2206).

Em vista disso, ao equipararem a criminalização da LGBTfobia às pautas de movimentos genuinamente punitivistas, os juristas que endossam a crítica de Karam incorrem em falsas equivalências. Se a disputa por um direito penal

2. Conforme afirmei anteriormente, a criminalização da LGBTfobia realizada pelo julgamento do STF costuma ensejar posições dicotômicas que limitam as nuances do debate, o qual certamente extrapola uma disputa entre “punitivismo e abolicionismo”, ou, ainda, ofensa ou cumprimento do princípio da legalidade. Há críticos da criminalização – como Dissenha e Martins – que apontam não ser possível comparar o caso Ellwanger com o da ADO e do MI que resultaram na criminalização da LGBTfobia, pois, naquele caso, a ampliação do tipo de racismo se deu por conta de interpretação teleológica, ao passo que na ADO houve ampliação do alcance do tipo para uma figura jamais projetada no seu conteúdo (DISSENHA, MARTINS, 2020, p. 413-417). Entre aqueles que defendem a decisão do STF, também há diferenças nas posições. Para Paulo Iotti, o STF não teria legislado, nem teria feito analogia ao reconhecer a homotransfobia como crime de racismo social e a população LGBT como grupo racializado (VECCHIATTI, 2022). Rios e Mello, apesar de também se manifestarem de forma favorável à criminalização, entendem que a modalidade de discriminação (homotransfóbica) se conformaria à proibição penal de discriminação por motivo de sexo (e não por raça), e que a criminalização deve estar conjugada com políticas públicas no âmbito dos direitos sociais, para alcançar os objetivos antidiscriminatórios almejados (RIOS, MELLO, 2020, p. 339-340).

simbólico é problemática e nebulosa em termos de resultados para proteção da população LGBT, qual (ou quais) seriam o(s) simbolismo(s) da ausência da criminalização de condutas homotransfóbicas em um dos países mais violentos para a comunidade LGBT? Como bem esclarece Ludmila Carneiro, “Absurdo é criticar o uso simbólico do direito penal quando a sua ausência, por si só, já possui um simbolismo” (CARNEIRO, 2014, p. 625).

Não bastassem as falsas equivalências pressupostas na crítica formulada por Karam e seus seguidores, um aspecto marcante está relacionado às propostas colocadas como alternativas às criminalizações. Karam realça um tópico para abordar “violência doméstica, violência sexual, racismo e outras discriminações” (KARAM, 2021, p. 102). Embora agrupados em uma mesma categoria, trata-se de fenômenos distintos que, no máximo, poderiam estar agrupados no direito antidiscriminatório, paradigma não abordado pela autora. As propostas listadas para combater a violência de gênero perpassariam os mecanismos de justiça restaurativa, medidas protetivas e assistenciais para as vítimas, programas educativos para ofensores e campanhas de sensibilização. Curioso notar que todas essas medidas (de cunho alternativo) estão previstas na LMP, severamente criticada por Karam, que possui uma interpretação peculiar dessa lei como se ela se resumisse aos seus dispositivos penais. As alternativas são elencadas de forma genérica, sem quaisquer citações a pesquisas acadêmicas e empíricas robustas que têm sido feitas, sobretudo no tocante aos grupos para autores de violência doméstica (MARTINS, 2020).

É significativo que Karam, ao tratar dos “direitos LGBTQI+” em um parágrafo de cinco linhas, afirme que medidas de intervenção positiva – como o reconhecimento legal e social das uniões de pessoa do mesmo sexo – seriam mais eficazes do que “a inútil e danosa criminalização da homofobia e da transfobia” (KARAM, 2021, p. 104). Em escrito específico sobre a temática, Romfeld coloca a hipótese de que a união civil entre pessoas do mesmo sexo não se revelou suficiente para conter o aumento dos homicídios LGBTfóbicos que se deu a partir de 2015 (ROMFELD, 2020b, p. 94). Ou seja, aparentemente, o reconhecimento do direito à união estável – e, posteriormente, ao casamento – para pessoas LGBT no Brasil não representou a automática redução dos índices de violência contra essa parcela da população, sendo indispensável estruturar propostas concretas no âmbito da política criminal para combater a LGBTfobia. Isso não quer dizer que essas propostas estariam necessariamente vinculadas à expansão do direito penal (como costuma insinuar Karam), pois há pesquisadores debruçados sobre um viés de políticas públicas LGBT para enfrentamento da violência (FEITOSA, 2017).

Nessa seara, não basta mencionar os “outros ramos do direito”, ou, ainda, “a educação” como resposta invariável de combate à discriminação homotransfóbica. É preciso aprofundamento nessa temática, destacando estudos que se propõem a aplicar metodologias para a desconstrução dos preconceitos relacionados à orientação sexual e à identidade de gênero (JESUS, 2015), numa interlocução transversal entre Direito e Pedagogia. Assim, será possível desenvolver alternativas efetivas que superem as propostas deficitárias corriqueiramente apresentadas por representantes da criminologia crítica.

5. CONCLUSÕES

Após 25 anos do texto inaugural sobre o conceito de “esquerda punitiva”, poucos avanços foram feitos em relação à política criminal a ser utilizada por grupos de mulheres, negros e LGBTs. A despeito de Karam ter apresentado uma crítica mais extensa em sua recente obra, a autora não incorporou as críticas ao seu conceito, sequer citando contribuições criminológicas vindas das margens, ou seja, de militantes e intelectuais integrantes das referidas minorias. A linguagem utilizada pela criminóloga ao prescrever orientações perante a instrumentalização do sistema penal (com uso de termos como “qualquer”, “nenhuma”, “nunca”, “jamais”, “sempre”), demonstra pouca abertura para o diálogo com os movimentos adjetivados de punitivistas. A partir das reflexões e das críticas pontuadas neste artigo, é possível concluir que o conceito de “esquerda punitiva” tem sido utilizado por parte do campo criminológico – pretensamente crítico – como uma forma de “tutoria arrogante”.

Ainda que movimentos feministas tenham sido etiquetados dessa forma anteriormente aos movimentos LGBT, o debate sobre a criminalização da LGBTfobia no Brasil é sintomático do posicionamento arrogante assumido por parcela considerável da criminologia crítica. A partir do momento em que a criminalização é considerada um dos caminhos institucionais a serem disputados, movimentos LGBT passam a ser classificados como traidores da versão oficial da crítica criminológica. Entre subversões desse discurso (advindas daquelas e daqueles que defendem a criminalização) e a subversão dos dogmas dessa corrente teórica, pessoas LGBT são corresponsáveis pela expansão do direito penal e, consequentemente, pelas elevadas taxas do encarceramento brasileiro. Acusações feitas, por um lado, com respaldo teórico questionável e, por outro, sem respaldo empírico: afinal, após a decisão tomada pelo STF em 2019, teria o sistema penal se convertido em instância de punição máxima de indivíduos LGBTfóbicos, os quais teriam sido encarcerados em massa independentemente de sua classe social, etnia, gênero e sexualidade? Depois de tantos anos apresentando a mesma

objeção, com os mesmos argumentos, seria recomendável que essa parcela da criminologia crítica investisse em um movimento interno de autocrítica, revisitando seus dogmas e, principalmente, suas práticas destoantes das teorias libertárias que defendem.

Desde o seu surgimento, a criminologia crítica se apresentou como uma corrente teórica engajada na defesa de classes operárias e grupos oprimidos. No entanto, a defesa desse “oprimido” (ao menos no tocante à realidade brasileira) se deu tendo como referência um “outro” distante, no máximo, um amontoado de corpos negros homogeneizados por um destino fatal e inevitável de comporem majoritariamente as estatísticas de vítimas (seja do homicídio, seja do encarceramento em massa), sem explicações pormenorizadas sobre a vinculação destes fenômenos ao racismo estrutural. Mesmo nessa lógica de denúncia das violências que perpassam o sistema de justiça criminal, LGBTs continuam ocupando um “não lugar” histórico de invisibilidade.

Quando esses oprimidos abstratos se convertem em oprimidos concretos, de carne e osso, rotulados e rotuladas socialmente de forma estigmatizante como “bichas”, “viados”, “sapatãs”, “travas”, “travecos” e passam a entender que parcela do sistema que historicamente lhes oprimiu pode ser instrumentalizada de forma tática na luta contra a LGBTfobia, o entusiasmo inicial de alguns criminólogos críticos se converte em aborrecimento, espanto e desconfiança. As oprimidas e os oprimidos que saíram dos seus armários podem não estar dispostas e dispostos a comungar da cartilha de princípios instituída pelo “clube criminológico”. Para essas pessoas, restará o acréscimo de mais um rótulo por parte dos privilegiados que, reiteradamente, desautorizam a fala e se recusam à escuta.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALVES, Paula Pereira Gonçalves. *Trocando em miúdos: narrativas brasileiras em torno da criminologia*. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Estadual Paulista. Franca, 2016, 190f.
- AMARAL, Augusto Jobim do; PILAU, Lucas Batista. Feminismos e esquerda punitiva: por uma criminologia de libertação do poder punitivo. *Panóptica*, v. 10, n. 2, p. 146-157, jul.-dez. 2015.
- AMARAL, Sylvia Maria Mendonça do. Crimes contra homossexuais: intolerância e preconceito. *Revista Jurídica Consulex*, ano XIV, n. 334, p. 55, dez. 2010.
- ANDRADE, Mailô de Menezes Vieira. Podem os privilegiados escutar?: provocações dos feminismos marginais à crítica criminológica. *Revista Direito & Práxis*, Rio de Janeiro, v. 11, n. 4, p. 2302-2329, 2020.

- ARAÚJO, Fábio Roque da Silva; FIGUEIREDO, Raquel El-Bacha. A criminalização da homofobia pelo Supremo Tribunal Federal e os possíveis limites na formação dos precedentes penais. *Revista Thesis Juris – RTJ*, São Paulo, v. 9, n. 1, p. 53-72, jan.-jun. 2020.
- BATISTA, Nilo. Só Carolina não viu – Violência doméstica e políticas criminais no Brasil: In: MELLO, Adriana Ramos de (Org.). *Comentários à Lei de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- BAZO, Andressa Loli. A nova esquerda punitiva. *Revista Liberdades*, São Paulo, n. 22, p. 77-88, maio-ago. 2006. Disponível em: [https://www.ibccrim.org.br/media/posts/arquivos/27/RevistaLiberdades%2022_06_ESCOLAS01.pdf]. Acesso em: 25.10.2021.
- CARDINALI, Daniel Carvalho. *A judicialização dos direitos LGBT no STF: limites, possibilidade e consequências*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018.
- CARNEIRO, Ludmila Gaudad Sardinha. Em busca dos direitos perdidos: ensaio sobre abolicionismos e feminismos. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 15, n. 107, p. 605-630, out. 2013-jan. 2014.
- DAVIS, Angela. *Estarão as prisões obsoletas?* Trad. Marina Vargas. Rio de Janeiro: Difel, 2018.
- DISSENHA, Rui Carlos; MARTINS, Camila Saldanha. Do caso Ellwanger à criminalização da homofobia: a atividade legislativa do Supremo Tribunal Federal e a violação da reserva absoluta da lei em matéria penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 72, ano 28, p. 383-419, out. 2020.
- FACIO, Alda; CAMACHO, Rosalía. Em busca das mulheres perdidas – Ou uma aproximação – crítica à criminologia. *Mulheres: vigiadas e castigadas*. São Paulo: CLADEM-Brasil, 1995.
- FEITOSA, Cleyton. *Políticas públicas LGBT e construção democrática no Brasil*. Curitiba: Appris, 2017.
- FERNANDES, Luciana Costa. Criminalização da LGBTQI+fobia no Brasil pós-democrático: possíveis discussões a partir da crítica criminológica. *Boletim do IBCCrim*, São Paulo, ano 27, n. 322, p. 27-29, set. 2019.
- FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. O feminicídio e os embates das trincheiras feministas. *Revista Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade*, v. 23/24, p. 95-106, 2016.
- GERMAN, Mariana David; ROMFELD, Victor Sugamoto. Esquerda punitiva e criminologia crítica: um diálogo possível? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 134, ano 25, p. 411-435, ago. 2017.
- GINDRI, Eduarda Toscani. *As disputas dóxicas no campo da no campo da Revista Discursos Sediciosos (1996-2016): metacriminologia, engajamento político, e os debates sobre raça e gênero*. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de Brasília, 2018, 159f.

- GINDRI, Eduarda Toscani; BUDÓ, Marília de Nardin. A função simbólica do direito penal e sua apropriação pelo movimento feminista no discurso de combate à violência contra a mulher. *Revista Direitos Fundamentais e Democracia*, v. 19, n. 19, p. 236-268, jan.-jun. 2016.
- GORGA, Maria Luiza. Discriminação sexual e a necessidade de tutela penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 23, v. 113, p. 41-76, mar.-abr. 2015.
- GUILHERME, Vera M. *Para além da criminologia de gabinete: os visitantes do Presídio Central de Porto Alegre e seus saberes*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.
- JESUS, Jaqueline Gomes de. *Homofobia: identificar a prevenir*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Metanoia, 2015.
- KARAM, Maria Lúcia. A esquerda punitiva. *Revista Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade*, v. 1, p. 79-92, 1996.
- KARAM, Maria Lúcia. *A esquerda punitiva: 25 anos depois*. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2021.
- KARAM, Maria Lúcia. *A pretendida criminalização da homofobia e da transfobia e a destruição das normas garantidoras de direitos humanos fundamentais*. Disponível em: [<https://emporiiodireito.com.br/leitura/a-pretendida-criminalizacao-da-homofobia-e-da-transfobia-e-a-destruicao-das-normas-garantidoras-de-direitos-humanos-fundamentais>]. Acesso em: 19.10.2021.
- KARAM, Maria Lúcia. *Ainda sobre a esquerda punitiva*. Disponível em: [<http://emporiiodireito.com.br/esquerda-punitiva-maria-lucia-karam/>]. Acesso em: 19.10.2021.
- KARAM, Maria Lúcia. Violência de gênero: o paradoxal entusiasmo pelo rigor penal. *Boletim do IBCCrim*, São Paulo, ano 14, n. 168, p. 6-7, nov. 2006.
- LARA, Bruna de. *Entrevista: Lei Maria da Penha e Lei do Feminicídio são retrocessos*, diz Juíza Maria Lúcia Karam. Disponível em: [<https://theintercept.com/2019/12/18/entrevista-lei-maria-da-penha-e-lei-do-feminicidio-sao-retrocessos-diz-juiza-maria-lucia-karam/>]. Acesso em: 21.10.2021.
- MARTINS, Daniel Fauth Washington. *Desarmando masculinidades: uma análise crítica da experiência dos grupos para autores de violência doméstica no Estado do Paraná*. Dissertação (Mestrado em Direito). Curitiba, Universidade Federal do Paraná, 2020, 364f.
- MARTINS, Fernanda; GAUER, Ruth M. C. Poder punitivo e feminismo: percursos da criminologia feminista no Brasil. *Revista Direito & Práxis*, Rio de Janeiro, v. 11, n. 1, p. 145-178, 2020.
- MENDES, Soraia da Rosa. Feminismos e esquerda punitiva: uma contribuição feminista e garantista ao debate. In: VASCONCELOS, Fernando Antônio de; ÁVILA, Gustavo Noronha de; RIBEIRO, Luiz Gustavo Gonçalves (Coord.). *Direito penal, processo Penal e Constituição I*. Florianópolis: CONPEDI, 2017.

- MIRANDA, Isabella. *Em briga de marido e mulher, ninguém mete a colher?: uma análise das políticas criminais de violência doméstica sob a perspectiva da criminologia crítica e feminista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.
- MONTENEGRO, Marília. *Lei Maria da Penha: uma análise criminológico-crítica*. Rio de Janeiro: Revan, 2015.
- NICOLAU, Camila Christiane Rocha; ANDRADE, Andressa Paula de. Reflexão sobre a teoria queer, a fobia ao grupo LGBTQ+ e a proteção pelo Direito Penal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 995, ano 107, p. 407-425, set. 2018.
- PRANDO, Camila Cardoso de Mello. Os juristas e as políticas de justiça criminal: quem tem medo da esfera pública? *Revista Direito & Práxis*, Rio de Janeiro, v. 11, n. 4, p. 2188-2211, 2020.
- QUINALHA, Renan. *Em defesa da criminalização da homotransfobia*. Disponível em: [<http://www.justificando.com/2015/07/08/em-defesa-da-criminalizacao-da-homotransfobia/>]. Acesso em: 05.11.2021.
- QUINALHA, Renan. *Contra a moral e os bons costumes: a ditadura e a repressão à comunidade LGBTQ*. São Paulo: Companhia das Letras, 2021.
- RAUTER, Cristina. O clamor pela solução penal de questões sociais. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 3, n. 5, p. 85-84, jan.-jun. 2006.
- RIBEIRO, Victor. A (im)possibilidade da construção da “cidadania gay” a partir da criminalização da homofobia. *GETPol – Anais Colóquio do Grupo de Estudos de Teoria Política*, v. 2, n. 1, p. 129-138, 2014.
- RIOS, Roger Raupp; MELLO, Lawrence Estivalet de. Criminalização da Homotransfobia no Supremo Tribunal Federal (ADO 26): do “racismo social” à discriminação sexista. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 169, ano 28, p. 321-345, jul. 2020.
- RIOS, Roger Raupp; MELLO, Lawrence Estivalet de. Direito da antidiscriminação, criminalização da homofobia e abolicionismo penal. *Revista Crítica do Direito*, n. 5, v. 65, p. 99-121, abr.-jul. 2015.
- RIOS, Roger Raupp. Perspectivas e tensões no desenvolvimento dos Direitos Sexuais no Brasil. *Revista Informação Legislativa*. Brasília, ano 52, n. 207, p. 331-353, jul.-set. 2015.
- ROMFELD, Victor Sugamoto. Criminalização da LGBTQfobia: narrativas jurídicas em disputa no julgamento da ADO 26 e do MI 4733. In: TOMAZONI, Larissa Ribeiro; PRATA, Marcela; ABIKO, Paula Yurie (Org.). *Mulheres e o direito: um chamado real à visibilidade* (volume 2). Curitiba: Sala de Aula Criminal, 2021.
- ROMFELD, Victor Sugamoto. Criminalizar ou não criminalizar a LGBTQfobia? Uma crítica da crítica criminológica. In: QUEIROZ, João Pedro Pereira de; COSTA, Regina Alice Rodrigues A. (Org.). *Gênero, direitos humanos e política social*. Recife: FASA, 2020a.

- ROMFELD, Victor Sugamoto. Para além da união estável e do casamento homoafetivo: a criminalização da LGBTIfobia a partir do direito da antidiscriminação. In: GITIRANA, Júlia Heliodoro Souza; BOTTINI, Julia de Mello; WIECZORKOWSKI, Stela Franco (Org.). *Olhares plurais e sistema de justiça: violências, poder e narrativa – Memórias do I Seminário do Observatório dos Direitos de Gênero*. Curitiba: Julia de Mello Bottini, 2020b.
- SILVA, André Vaz Porto. Contra a criminalização da homofobia. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, v. 23, n. 268, p. 10-11, mar. 2015.
- SILVA, Diogo Bacha e; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Necessidade de criminalizar a homofobia no Brasil: porvir democrático e inclusão de minorias. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, Curitiba, v. 60, n. 2, p. 177-207, maio-ago. 2015.
- SIMÕES, Júlio Assis; FACCHINI, Regina. *Na trilha do arco-íris: do movimento homossexual ao LGBT*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2009.
- SINGER, Helena. Direitos humanos e volúpia punitiva. *Revista USP*, São Paulo, n. 37, p. 10-19, mar.-maio 1998.
- SMAUS, Gerlina. Abolicionismo: el punto de vista feminista. Trad. Mary Beloff. *No Hay Derecho*, Buenos Aires, p. 10-12, n. 7, 1993.
- SOUZA, Luanna Tomaz; PIRES, Thula Oliveira. É possível compatibilizar abolicionismos e feminismos no enfrentamento às violências cometidas contra as mulheres? *Revista Direitos Culturais*, Santo Ângelo, v. 15, n. 35, p. 129-157, jan.-abr. 2020.
- SPIVAK, Gayatri Chakravorty. *Pode o subalterno falar?* Trad. Sandra Regina Goulart Almeida, Marcos Pereira Feitosa, André Pereira Feitosa. Belo Horizonte: UFMG, 2010.
- VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. *Maioria histórica do STF considera homotransfobia como crime de racismo: resposta a críticas*. Disponível em: [<http://www.justificando.com/2019/05/27/maioria-historica-do-stf-considera-homotransfobia-como-crime-de-racismo-respostas-a-criticas/>]. Acesso em: 05.11.2021.
- VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti (Org.). *O STF e a Hermenêutica Penal que gerou o reconhecimento da homotransfobia como crime de racismo (sem legislar nem fazer analogia)*. Bauru: Spessotto, 2022.



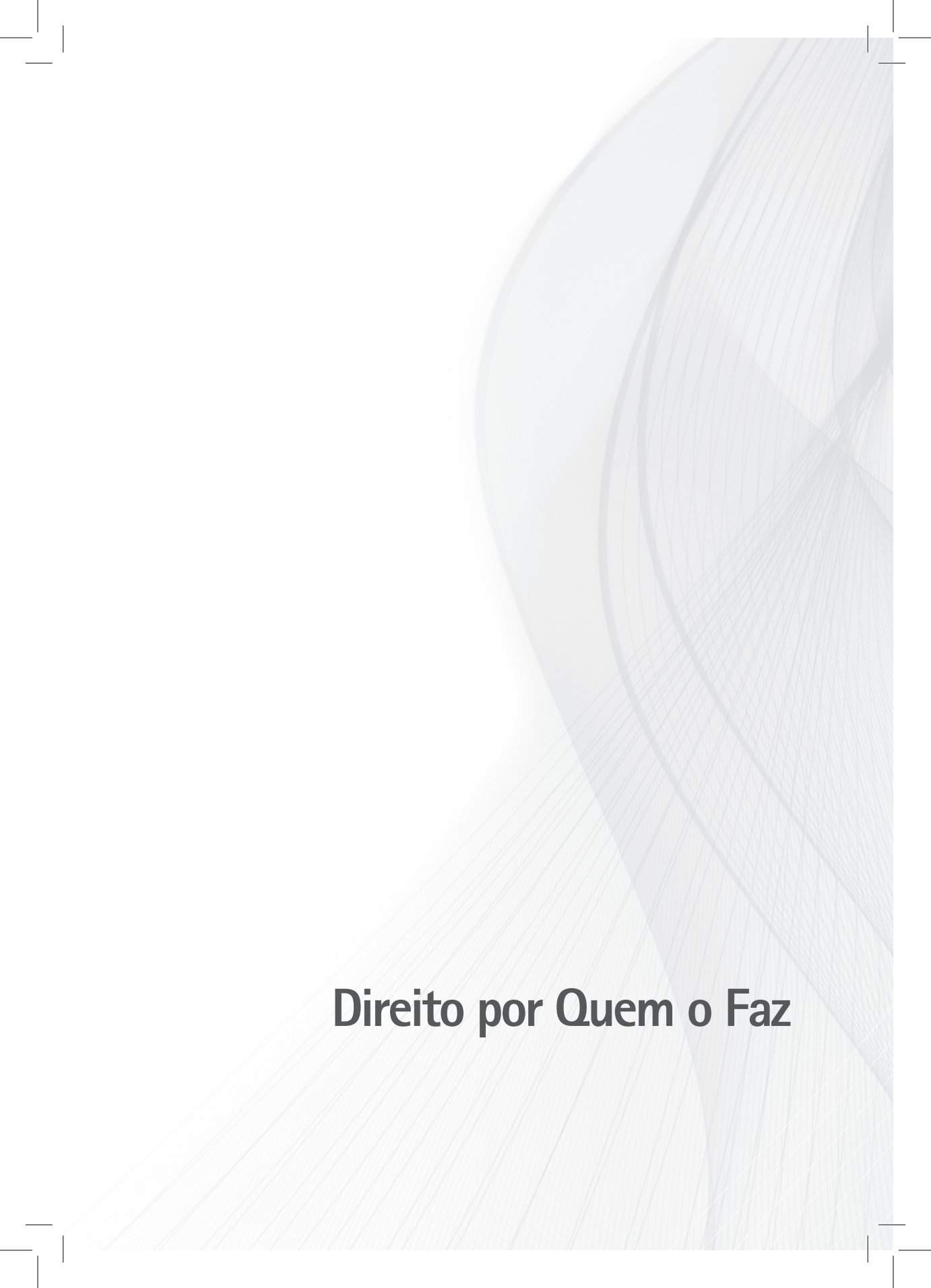
PESQUISAS DO EDITORIAL



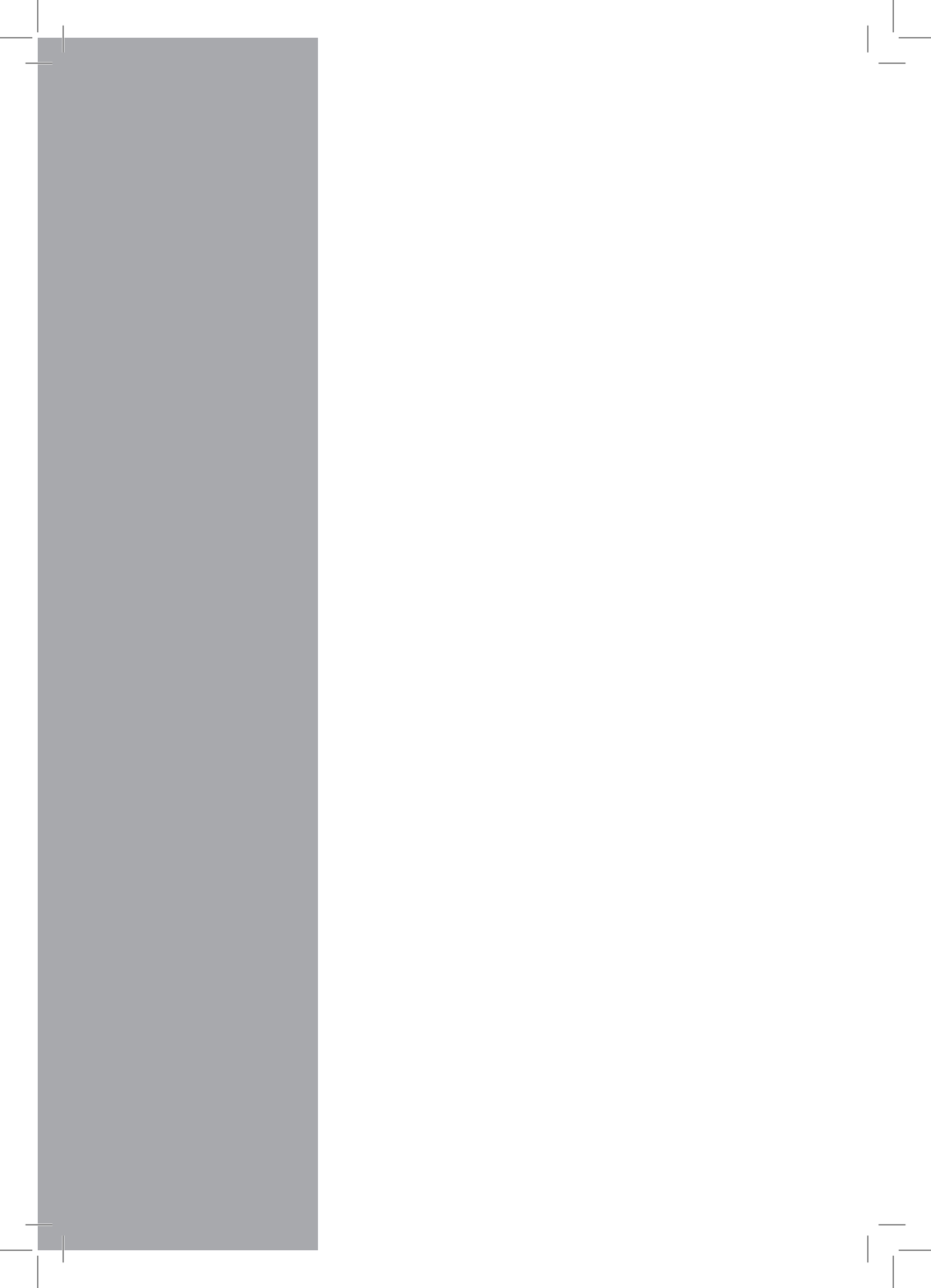
ÁREA DO DIREITO: Penal

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- A criminalização da homotransfobia e o novo alcance interpretativo do racismo no âmbito dos julgamentos da ADO 26/DF e MI 4.733/DF do Supremo Tribunal Federal do Brasil, de Carolina Reis Jatobá Coêlho – *RDAI* 14/395-408;
- Aproximações entre Direito Penal e direito da antidiscriminação: um (novo?) modelo normativo para pensar a criminalização da LGBTIfobia no Brasil, de Victor Sugamoto Romfeld – *RBCCrim* 170/73-103;
- Esquerda punitiva e criminologia crítica: um diálogo possível?, de Mariana David German e Victor Sugamoto Romfeld – *RBCCrim* 134/411-435; e
- Sobre a criminalização da homofobia: perspectivas desde a criminologia *queer*, de Salo de Carvalho – *RBCCrim* 99/187-212 e *Doutrinas Essenciais Direito Penal e Processo Penal* 5.

The background features a large, light gray circle on the right side, partially overlapping a larger, semi-transparent circle. A series of thin, curved lines radiate from the bottom right towards the center, creating a sense of motion or depth. The overall color palette is monochromatic, using shades of gray and white.

Direito por Quem o Faz



PARECER – DA PENA CURTA DE PRISÃO: EXCEPCIONALIDADE NÃO CONFIGURADA

*LEGAL OPINION – SHORT PRISON SENTENCE:
UNCONFIGURED EXCEPTIONALITY*

GERALDO PRADO

Doutor em Direito. Investigador integrado do *Ratio Legis* – Centro de Investigação e Desenvolvimento em Ciências Jurídicas da Universidade Autónoma de Lisboa [Projeto: *Corpus Delicti* – Estudos de Criminalidade Organizada Transnacional] e Professor Visitante da Universidade Autónoma de Lisboa.
Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0340918656718376>
Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-4738-780X>
geraldoprado@terra.com.br

Autor convidado

ÁREAS DO DIREITO: Penal; Processo

RESUMO: O presente estudo é fruto de consulta que me foi formulada a partir de um caso concreto e discute o caráter excepcional da pena curta de prisão. Com efeito, o trabalho pretende verificar, no acórdão do Tribunal de Justiça, a existência de uma relação de proporcionalidade na aplicação de pena curta de prisão não substituída por medidas alternativas conforme a regra legal e o princípio constitucional da individualização da pena.

PALAVRAS-CHAVE: Pena de prisão curta – Culpabilidade – Regime de cumprimento de pena – Proporcionalidade.

ABSTRACT: The present work is the result of a consultation that was made to me from a specific case and discusses the exceptional character of the short prison sentence. In fact, the work intends to verify, in the judgment of the Court of Justice, the existence of a proportionality relationship in the application of a short prison sentence not replaced by alternative measures according to the legal rule and the constitutional principle of individualization of punishment.

KEYWORDS: Short prison sentence – Culpability – Prison conditions – Proportionality.

SUMÁRIO: 1. Consulta. 2. Medir a pena, medir a culpa. 3. Quesito. 4. Referências bibliográficas.

Recurso autuado sob n. ..., em trâmite perante a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça.¹

[...] será possível medir-se a pena? Há, portanto, um grande problema não resolvido na medida da pena. Afinal, como medimos a pena? Juarez Tavares – *Crime: crença e realidade*

O tema da relação entre o tempo e a pena, da utilização do tempo como pena, ou seja, do tempo como algo mais que a medida da pena, nos remete necessariamente à relação entre o tempo e o direito.

Ana Messuti – *O tempo como pena*

Parecer emitido *pro bono* em virtude da relevância da matéria.

Estudo em homenagem a Juarez Tavares. A dogmática penal costuma ser avara com a teoria da pena. Não é o caso de Juarez, que não permite a dissociação entre teoria e prática neste campo marcado pelas sérias consequências sociais das decisões judiciais.

1. CONSULTA

O culto advogado Diogo Rudge Malan formula consulta sobre questões atinentes ao regime jurídico-constitucional brasileiro da aplicação da pena de prisão de curta duração, no que concerne ao caso concreto adiante mencionado.

A. está condenado a 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de detenção, em regime semiaberto,² por força da extensão da decisão proferida no Agravo em Recurso Especial X, interposto pelo coacusado B.

Indaga o Consulente, de forma objetiva, sobre:

(i) a possibilidade de conhecimento das teses relativas ao cabimento do regime inicialmente aberto de cumprimento da pena e da substituição da pena corporal, em sede de Agravo Regimental, por se tratar de matéria de ordem pública, portanto cognoscível de ofício;

1. Agravo em Recurso Especial X. Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça. Agravante: A.
2. Agravo em Recurso Especial X. Decisão monocrática do Min. Relator. Agravante: B. Data da decisão: 25.10.2021. A pena foi imposta em condenação pela prática do crime definido no art. 90 da Lei 8.666/93: Art. 90. Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação: (Revogado pela Lei 14.133, de 2021) Pena – detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa. (Revogado pela Lei 14.133, de 2021)

- (ii) a necessidade de que a redução da pena para dois anos e oito meses de prisão, feita em sede de AgR em REsp, enseje uma nova e fundamentada individualização da pena do acusado;
- (iii) o preenchimento de todos os requisitos legais – objetivos e subjetivos – no caso concreto para o acusado obter regime inicialmente aberto de cumprimento da pena e substituição da pena corporal por penas alternativas.

O escopo do presente estudo limita-se à análise teórica acerca da aplicação da pena na hipótese mencionada, considerada a matéria fática conforme documentação fornecida pelo Consultente.

2. MEDIR A PENA, MEDIR A CULPA

2.1. O caso concreto é paradigmático. Passados quase 40 anos da Reforma Penal de 1984 e depois de sucessivos ciclos políticos que marcaram esse período e refletiram de forma significativa no funcionamento do sistema penal brasileiro, a questão sobre a constitucionalidade, legalidade, conveniência e adequação da pena de prisão de curta duração parece voltar à ordem do dia.

Em geral, a matéria é tratada como um problema de fixação da duração da pena aplicada em cada caso à pessoa condenada pela prática de uma infração penal.

Por esse ângulo, a rigor, a análise jurídica deveria se debruçar sobre a correta interpretação judicial dos elementos empíricos que ensejaram o arbitramento da sanção penal na hipótese submetida à apreciação, interpretação que deve ser considerada justificada quando adequada aos parâmetros definidos pelo artigo 59 do Código Penal (CP).³

Ao revés, a sanção imposta em sentença ou acórdão que esteja em desacordo com os critérios estabelecidos pela lei penal, quando excessiva ou desproporcional, deve ser considerada violadora da garantia constitucional da justa

3. Art. 59, CP. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: (Redação dada pela Lei 7.209, de 11.7.1984) I – as penas aplicáveis dentre as cominadas; (Redação dada pela Lei 7.209, de 11.7.1984) II – a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; (Redação dada pela Lei 7.209, de 11.7.1984) III – o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; (Redação dada pela Lei 7.209, de 11.7.1984) IV – a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível. (Redação dada pela Lei 7.209, de 11.7.1984)

individualização da pena, conforme o disposto nos incisos XLVI e XLVII, do artigo 5º da Constituição.⁴

2.2. Daí que a doutrina penal costuma enfrentar o assunto a partir da referência sugerida pelo citado artigo 59 do CP, levando em consideração o rico patrimônio teórico construído em torno da ideia-chave de que, se o juiz atenderá à culpabilidade do agente, é esta “medida da culpabilidade” o parâmetro a ser observado para determinar a “medida da pena” cabível no caso concreto.

2.3. Penalistas se debruçam sobre as diversas teorias da culpabilidade, acerca dos conceitos diferenciados da própria noção de culpabilidade, refletem sobre os fins da pena e, por derradeiro, teorizam sobre os critérios legais e supralegais que devem orientar o julgador e a julgadora no momento em que fixam a pena no caso concreto. Este tende a ser o percurso dogmático que quase sem exceção guia os juristas pelas brumas da análise da etapa derradeira da “sentença condenatória”.

2.4. A doutrina penal, como regra geral, portanto, parte da premissa de que é possível “medir a culpabilidade” e empregar essa medida como régua para também “medir a pena” a ser arbitrada na condenação.

2.5. As teorias da culpabilidade e da pena e os critérios legais e supralegais de sua fixação são importantes, sem dúvida, e a elas e a eles o presente estudo dedicará atenção mais à frente.

2.6. No entanto, já a indiciar que uma *mensuração* do gênero era uma tarefa impossível, com risco de, levada a cabo como profissão de fé, produzir resultados práticos irracionais e desumanos, no longínquo ano de 1976 o saudoso penalista Aníbal Bruno advertia quanto à gravidade da imposição de pena de prisão de curta duração, sob qualquer aspecto em contradição com os propósitos que estão na base das teorias penais que inspiram os Códigos contemporâneos.

Sublinhava, com efeito, Aníbal Bruno:

“Sobre as penas curtas de prisão, a condenação é geral. Afirma-se hoje que elas não corrigem, mas aprofundam mais ainda o desajuste do criminoso. Pela sua curta duração, não permitem que alcancem qualquer resultado útil as práticas

4. Art. 5º, CR. 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: [...] XLVI – a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos; XLVII – não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis;

corretivas do tratamento penal. E ainda mais, levam o pequeno delinquente ao convívio com criminosos mais experimentados e endurecidos, que criam em volta dele uma atmosfera de estímulo ao crime e de aperfeiçoamento dos seus meios.”⁵

2.7. Voltaremos ao tema da contradição entre a pena de prisão de curta duração e as finalidades da sanção penal.

Nesse momento, mais do que isso, interessa destacar que esse evidente retrocesso – Aníbal Bruno escreve em julho de 1976 – pode ser percebido como devoção acrítica a equivocados dogmas normativos e epistemológicos. O texto decisório oculta a contradição normativa e epistêmica e a oculta sob a forma de uma pseudotécnica de fixação da pena que discursivamente procura justificar que um réu primário, condenado pela prática de crime cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa, merece ser castigado com a efetiva privação de sua liberdade por curto período.

Entre 1976 e 1984, ainda ao tempo da ditadura militar e quando estávamos bem distantes da catastrófica situação atual do sistema prisional brasileiro, formou-se alargado consenso de que deveríamos caminhar na direção de um modelo que em primeiro lugar privilegiasse na punição a “harmônica *integração social do condenado* e do internado”, como expressamente veio a estabelecer o artigo 1º da Lei 7.210/84, nossa Lei de Execução Penal (LEP).⁶

Aníbal Bruno advertia quanto à pena de prisão de curta duração: nesse caso, é contraditório pretender *integrar socialmente* o condenado o dessocializando.

2.8. No caso concreto, aos olhos do juiz sentenciante o “merecimento de pena”, da curta pena de prisão imposta, corresponderia a uma hipotética culpabilidade mais acentuada que teria sido “aferida” a partir de considerações sobre a condição social, grau de instrução, nível profissional, condição financeira e oportunidades sociais do condenado.⁷

Segundo o juiz, “a conduta social reprovável do réu” não autorizava a substituição da pena privativa de liberdade por sanção restritiva de direitos.

5. BRUNO, Aníbal. *Das penas*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976. p. 62.

6. Art. 1º, LEP. A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.

7. Processo Y. Vigésima Sétima Vara Criminal da Comarca da Capital do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Sentença. Acusado(s): A. e outro(s). Data: 11.01.2016. fls. 1409-1417.

Ainda não é momento, no presente estudo, para mencionar que sequer a reforma legal derivada da Lei 9.714/98, que alterou os artigos 44 e 45 do CP,⁸ foi alvo de algum tipo de efetiva *explicação* judicial, salvo a genérica referência a uma “conduta social reprovável do réu” a “não indicar que tal substituição seja

8. Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: (Redação dada pela Lei 9.714, de 1998) I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos; (Redação dada pela Lei 9.714, de 1998) II – o réu não for reincidente em crime doloso; (Redação dada pela Lei 9.714, de 1998) III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente. (Redação dada pela Lei 9.714, de 1998) § 1º (VETADO) (Incluído pela Lei 9.714, de 1998) § 2º Na condenação igual ou inferior a um ano, a substituição pode ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos; se superior a um ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos. (Incluído pela Lei 9.714, de 1998) § 3º Se o condenado for reincidente, o juiz poderá aplicar a substituição, desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime. (Incluído pela Lei 9.714, de 1998) § 4º A pena restritiva de direitos converte-se em privativa de liberdade quando ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta. No cálculo da pena privativa de liberdade a executar será deduzido o tempo cumprido da pena restritiva de direitos, respeitado o saldo mínimo de trinta dias de detenção ou reclusão. (Incluído pela Lei 9.714, de 1998) § 5º Sobrevida condenação a pena privativa de liberdade, por outro crime, o juiz da execução penal decidirá sobre a conversão, podendo deixar de aplicá-la se for possível ao condenado cumprir a pena substitutiva anterior. (Incluído pela Lei 9.714, de 1998).

Art. 45. Na aplicação da substituição prevista no artigo anterior, proceder-se-á na forma deste e dos arts. 46, 47 e 48. (Redação dada pela Lei 9.714, de 1998) § 1º A prestação pecuniária consiste no pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social, de importância fixada pelo juiz, não inferior a 1 (um) salário mínimo nem superior a 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos. O valor pago será deduzido do montante de eventual condenação em ação de reparação civil, se coincidentes os beneficiários. (Incluído pela Lei 9.714, de 1998) § 2º No caso do parágrafo anterior, se houver aceitação do beneficiário, a prestação pecuniária pode consistir em prestação de outra natureza. (Incluído pela Lei 9.714, de 1998) § 3º A perda de bens e valores pertencentes aos condenados dar-se-á, ressalvada a legislação especial, em favor do Fundo Penitenciário Nacional, e seu valor terá como teto – o que for maior – o montante do prejuízo causado ou do provento obtido pelo agente ou por terceiro, em consequência da prática do crime. (Incluído pela Lei 9.714, de 1998) § 4º (VETADO) (Incluído pela Lei 9.714, de 1998)

suficiente”,⁹ sendo de se presumir que a “conduta social” referida seja o crime, que foi reprovado com pena inferior a quatro anos de prisão, em regime semiaberto.

Por ora, fiquemos por aqui.

2.9. Sem entrar no mérito da correção da aferição do “merecimento concreto de pena” e relembrando uma vez mais a advertência de Aníbal Bruno, cabe perguntar: se a pena curta de prisão é “dessocializadora” e não “ressocializadora”, como esse tipo de pena pode ser o resultado de uma “medida de culpabilidade”? Uma *mensuração* do gênero, se possível de ser executada, pode conduzir a um resultado *negativo*? A uma pena que *dessocializa* no lugar de *ressocializar*?

Vista a coisa por outro ângulo: será que a decisão em questão – e outras do mesmo gênero – expressa “argumentos de autoridade” que se justificam e se bastam a si mesmos, sem necessidade de recorrer aos dados da realidade, às circunstâncias do caso concreto e a parâmetros legais de arbitramento de pena? O percurso racional de motivação da fixação da pena, definido no art. 59 do CP, é algo ilusório, não exequível, e possibilita, pois, fixar *qualquer* pena desde que prevista no preceito sancionatório?

Mais uma forma de expressar a mesma observação: será a tarefa de arbitrar penas algo puramente intuitivo, emocional, fruto da experiência judicante pessoal do magistrado?

Categorias como “medir”, “mensuração”, “culpabilidade”, “fins da pena”, “prevenção geral” entram em questão. Se elas não correspondem a realidades sensíveis e experiências sociais que possam ser compreendidas e compartilhadas, a mera referência a essas categorias nas decisões penais funcionaria como “fachada discursiva” para a imposição caprichosa de castigos.

Qualquer que seja a pena eleita pelo juiz em semelhante hipótese seria insuscetível de correção pelo tribunal, porque a afirmação, por exemplo, de que a “substituição da prisão por sanção alternativa não seria suficiente à reprovação da conduta” bastaria por si mesma. O controle recursal incidiria somente no caso de imposição de pena fora da escala das penas abstratamente cominadas à específica infração penal.

2.10. É o caso de reprovar uma tal conclusão solipsista. O saber jurídico-penal repudia uma solução arbitrária do gênero. A Constituição e as leis não amparam

9. Processo Y. Vigésima Sétima Vara Criminal da Comarca da Capital do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Sentença. Acusado(s): A. e outro(s). Data: 11.01.2016. Fls. 1409-1417.

a pena arbitrada por intuição ou emoção, escorada tão somente na reprodução de palavras do texto legal.

Reconhecendo, como sublinhado no início deste estudo, que o caso é paradigmático e que, portanto, fica *a priori* excluída a hipótese de uma decisão sobre a pena deliberadamente enviesada, uma explicação teórica possível para um desacordo tão gritante entre o modelo de punição conformado à Constituição e sua concretização em franca oposição à Constituição exige passos atrás na premissa de que “a pena do agente deve corresponder à medida de sua culpabilidade”, fórmula da qual deveriam derivar soluções, e não problemas.

Há, no entanto, dificuldades no caminho. Essas dificuldades necessitam ser identificadas para que possam ser superadas.

E o princípio da controvérsia está bem representado pela pergunta de Juarez Tavares, inscrita em um contexto que se orienta à crítica do caráter arbitrário de fixação da pena. Afinal, “será possível medir-se a pena?”¹⁰

É por aqui que se deve começar.

2.11. Medir a pena é medir o tempo. Há na pretensão de medir a pena uma base, um ponto de partida, que tem a ver com a capacidade de “mensuração de um objeto”. Antes da “medida da pena” ter sido incorporada ao discurso jurídico e à experiência trivial da sociedade contemporânea, a ideia mesma da *medição* ganhou foro qualitativo e se impôs como forma de raciocínio independente das suas origens.

A realidade (ou ao menos alguns de seus aspectos) poderia ser *medida*, *mensurada* e isso seria útil e conveniente.

2.12. Em seu *O tempo como pena*, Ana Messuti propõe uma referência que pode ajudar a entender a *naturalização* do ato de *medir* para além da mensuração de objetos que têm extensão e que são providos de uma “medida natural”, como é o caso do espaço.¹¹

2.13. Referindo-se a Platão em *Protágoras, ou os sofistas*, Ana Messuti inicia sua reflexão não pela noção de “medida”, mas pela de “valor”, indagando de que maneira é possível “determinar o valor relativo de um prazer ou de uma pena, se não mediante uma estimativa quantitativa?”, para na sequência postular que na Antiguidade a referida noção estava associada à ideia de “precisão”.¹²

10. TAVARES, Juarez. *Crime: crença e realidade*. Rio de Janeiro: Da Vinci Livros, 2021. p. 91.

11. MESSUTI, Ana. *O tempo como pena*. Trad. Tadeu Antonio Dix Silva e Maria Clara Veronesi de Toledo. São Paulo: Editora RT, 2003. p. 36.

12. MESSUTI, Ana. *O tempo como pena*. Trad. Tadeu Antonio Dix Silva e Maria Clara Veronesi de Toledo. São Paulo: Editora RT, 2003. p. 35-36.

2.14. Essa “precisão”, salienta Ana Messuti, vinculava-se a outra noção, a de “intensidade”, que no âmbito específico de interesse deste estudo relaciona-se com a ideia de “medida como proporção”. Assevera a mencionada autora: “Para que o ato da pena seja um ato ‘com medida’ deve ser proporcional ao ato do delito”.¹³

Não havia aqui, claramente, relação entre *medição* de um objeto real ou simbólico (a dor sofrida pela vítima do crime) e a noção de *duração*, de uma *extensão temporal*. A justaposição do crime ao castigo era (e é) impossível, porque se tratava de condutas de natureza diversa, ainda quando sacrificassem bens *equivalentes* (o homicídio e a pena de morte).

O que se poderia aferir, supunha-se, era uma relação de *intensidade*, um raciocínio fundado em tese na proporcionalidade da intensidade da dor sofrida e causada, que aparentemente no direito arcaico ocidental tinha o significado do “olho por olho”.

Mesmo na Antiguidade ocidental, sabemos que os critérios de aferição das lesões e de decisão acerca da natureza e intensidade da resposta social (jurídico-penal, diríamos hoje) foram se tornando mais complexos. Temas como “intencionalidade” da ação lesiva e “previsibilidade” do resultado danoso e, ainda, relativos à “conveniência” da própria punição conforme o interesse prevalente no grupo social, modificaram sensivelmente as estruturas de arbitramento de responsabilidade e a noção arcaica de proporcionalidade do castigo ao ato do delito foi se afastando da concepção que supostamente orientava as práticas primitivas.¹⁴

2.15. Por sua vez, a “medida da pena” como extensão no tempo e, pois, como “duração”, é uma ideia moderna que surgirá fruto da adoção de espécies de castigo cuja execução não era mais instantânea ou imediata. Nesse ponto, a professora da Universidade de Buenos Aires chama atenção para a relação moderna entre tempo e direito e a utilização do tempo como pena.

Afirma Ana Messuti: “A pena é um dos casos em que o direito subordina o tempo aos fins que almeja.”¹⁵

13. MESSUTI, Ana. *O tempo como pena*. Trad. Tadeu Antonio Dix Silva e Maria Clara Veronesi de Toledo. São Paulo: Editora RT, 2003. p. 36.

14. PRADO, Geraldo. A doutrina do corpo de delito. *A cadeia de custódia da prova no processo penal*. 2. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2021. (Capítulo 3). p. 63-87.

15. MESSUTI, Ana. *O tempo como pena*. Trad. Tadeu Antonio Dix Silva e Maria Clara Veronesi de Toledo. São Paulo: Editora RT, 2003. p. 42.

O excepcional *Pena y estructura social*, escrito em momentos distintos, nos explosivos anos 30 do século passado, por Georg Rusche e Otto Kirchheimer, expoentes da Escola de Frankfurt, é revelador de *como* o direito, especialmente o penal, subordina o tempo subjetivo aos fins almejados e como o tempo foi convertido no poderoso dispositivo de punição dos dias atuais.¹⁶

2.16. Ainda que se possa concordar com a citada autora sobre a prevalência, no Mundo Antigo, de uma subjetividade orientada a determinar o valor do prazer ou de uma pena, fato é que hoje está muito claro que a mensuração da realidade e o protagonismo da quantificação na sociedade ocidental é algo muito mais recente.

2.17. Alfred W. Crosby, em seu *A mensuração da realidade: a quantificação e a sociedade ocidental (1250-1600)*, conta a história da conversão de uma sociedade que vai se tornando complexa, citadina e tecnológica na medida em que o elemento qualitativo que orientava as relações interpessoais em contextos mais simples cede ao novo paradigma quantitativo.¹⁷

2.18. Naturalizamos hoje a medida do tempo, a medida do espaço e a medida (extensão e peso) das coisas, mas não nos damos conta de que na maior parte de nossa história os grupos humanos não dispunham de relógios, calendários, mapas, balanças e metros e que falar em “medida do tempo” na Antiguidade é algo no mínimo arriscado.

2.19. Alfred Crosby salienta que os “textos de Platão e Aristóteles celebram uma abordagem *não* metrológica, ou até *antimetrológica*, e têm a vantagem adicional de ser representativos do apogeu do modo de pensar de nossos ancestrais” (grifos do autor).¹⁸

2.20. Especialmente na seguinte passagem, Alfred Crosby fornece as pistas da transição entre a hegemonia da descrição e análise para o protagonismo da quantificação, oferecendo-nos a explicação para essa espécie de compulsão do ato de “medir” que domina o ser humano nos nossos dias. Vejamos:

“Aristóteles, ‘O Filósofo’, como o chamava a Europa medieval, considerava a descrição e a análise mais úteis em termos qualitativos do que em termos quantitativos.

16. RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Pena y estructura social*. Trad. Emilio García Méndez. Bogotá: Editorial Temis, 1984.

17. CROSBY, Alfred W. *A mensuração da realidade: a quantificação e a sociedade ocidental (1250-1600)*. Trad. Vera Ribeiro. São Paulo: UNESP, 2001.

18. CROSBY, Alfred W. *A mensuração da realidade: a quantificação e a sociedade ocidental (1250-1600)*. Trad. Vera Ribeiro. São Paulo: UNESP, 2001. p. 25.

Nós diríamos que o peso, a dureza, a temperatura ‘e outros contrários sensíveis’ são quantificáveis, mas isso não está implícito nem nessas qualidades nem na natureza da mente humana. Nossos psicólogos infantis declaram que os seres humanos, mesmo na primeira infância, exibem indícios de ser inatamente dotados da capacidade de contar entidades descontínuas [...] mas o peso, a dureza e outros que tais não nos parecem ser quantidades de entidades descontínuas. São estados, e não coleções; e, o que é pior, muitas vezes são mudanças fluidas. *Não podemos contá-los tal como são; temos de vê-los com os olhos da mente, quantificá-los de modo arbitrário, e depois contar as quantidades [...]*

O que se pode medir em termos de quantidades não é tão simples quanto pensamos nós, que temos a vantagem retrospectiva dos erros de nossos ancestrais. Por exemplo, no século XIV, quando os estudiosos do Merton College, de Oxford, começaram a pensar nos benefícios de medir não apenas o tamanho, mas também qualidades fugidias como o movimento, a luz, o calor e a cor, eles foram em frente, deram asas à imaginação e falaram em quantificar a certeza, a virtude e a graça”¹⁹ [grifo nosso].

2.21. Ainda que seja possível quantificar – e medir – ondas invisíveis e objetos infinitamente minúsculos ou distâncias siderais não apreensíveis pelos sentidos, o protagonismo da “mensuração” não dispensa as características do objeto da análise. Este deve ser *mensurável* de alguma maneira e, para isso, como em todos os casos de quantificação, é necessário definir parâmetros e elementos de comparação que de fato sejam *comparáveis*.

2.22. O “conhecimento” efetivo do objeto e a natureza de suas propriedades em condições de permitir a realização de comparação, à luz de critérios objetivos, aceitos em uma determinada “comunidade”, são pressupostos para qualquer mensuração.

2.23. A questão é que “culpabilidade”, o que quer que possa significar, não preenche as condições de mensurabilidade. Quantificar a culpabilidade e quantificar a virtude são tarefas para as quais ainda não foram descobertos instrumentos ou definidas metrologias capazes de evitar o domínio de caprichos e arbitrariedades.

2.24. Juarez Tavares examina um paradoxo contemporâneo. O autor assinala que enquanto a física e a mecânica quântica modernamente inclinam-se pelo reconhecimento do papel da “indeterminação” de certos estados e fenômenos, questionando seculares juízos de absoluta certeza, “a ciência jurídica se orientou

19. CROSBY, Alfred W. *A mensuração da realidade: a quantificação e a sociedade ocidental (1250-1600)*. Trad. Vera Ribeiro. São Paulo: UNESP, 2001. p. 26.

PRADO, Geraldo. Parecer – Da pena curta de prisão: excepcionalidade não configurada. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 190. ano 30. p. 347-383. São Paulo: Ed. RT, maio/jun. 2022.

pelo princípio de que a culpabilidade pode ser medida e, conseqüentemente, a dosimetria da pena pode corresponder à gravidade do fato”.²⁰

Acrescento que essa obsessão *metrológica* do direito, ainda que em descompasso com a física contemporânea, é reforçada, por um lado, pelo senso comum de que “tudo é mensurável”; e, por outro, porque ao menos em termos retóricos é necessário sustentar que o Direito se orienta à *segurança* de determinadas relações e situações e que a *certeza jurídica* é o seu fim último.

Precisão, certeza, medida e segurança introduzem-se assim no vocabulário jurídico mesmo quando a certeza e a precisão são inalcançáveis, a segurança é ilusória e a medida não se conforma em face do incomensurável.

Quando o poder das palavras parece subjugar a realidade é necessário colocá-lo em perspectiva.

2.25. E é o “poder” que define as pautas punitivas. Porque punir e como punir são decisões políticas, o que não significa dizer que são decisões arbitrárias e indomesticáveis. Ao contrário, na vigência do estado de direito e sob o império do princípio da dignidade da pessoa humana as decisões políticas que veiculam dor e sofrimento não estarão legitimadas fora do marco da estrita necessidade.

Essa “estrita necessidade” é, pois, a fórmula em disputa.

Passemos à sua análise na relação que estabelece com a ideia de “segurança”.

2.26. Ao comparar as distintas penas hoje cominadas em abstrato – e mesmo não incriminações – por diferentes ordenamentos jurídicos para o mesmo tipo de conduta, Juarez Tavares põe em evidência o “juízo normativo de valor” não universal e, pois, não padronizável, das punições prescritas a condutas equivalentes.²¹

2.27. Em um mesmo ordenamento jurídico o tratamento diferenciado atribuído pelo legislador a condutas dolosas e culposas, que pode chegar a estabelecer punição mais rigorosa para estas em detrimento daquelas, igualmente confirma a tese do professor da UERJ de que o “juízo normativo de valor é puramente aleatório, porque todo enunciado axiológico não tem base empírica, é *resultado de uma crença*” [grifo nosso].²²

2.28. Um dos graves problemas, relativamente à crença de que a punição é fonte ou causa de segurança jurídica, repousa na suposição de que sociedades que mais punem são necessariamente sociedades mais seguras.

20. TAVARES, Juarez. *Crime: crença e realidade*. Rio de Janeiro: Da Vinci Livros, 2021. p. 93.

21. TAVARES, Juarez. *Crime: crença e realidade*. Rio de Janeiro: Da Vinci Livros, 2021. p. 93.

22. TAVARES, Juarez. *Crime: crença e realidade*. Rio de Janeiro: Da Vinci Livros, 2021. p. 93.

Juarez Tavares apresenta o interessante resultado do censo da criminalidade na Alemanha e revela que, no ano de 2019, teriam sido cometidas 5.436.401 (cinco milhões, quatrocentos e trinta e seis mil, quatrocentos e uma) infrações penais, que geraram cerca de 729.000 (setecentas e vinte e nove mil) condenações, deixando um déficit superior a 4.700.000 (quatro milhões e setecentos mil) delitos não punidos.²³

2.29. A evidente desproporção real entre infrações e punições, no entanto, não interfere na forte circulação da ideia de que o modelo alemão rechaça a impunidade, inspirando abaixo da linha do Equador a sensação de que por aqui é diferente, que na América do Sul reina um estado de impunidade que deve ser combatido.

2.30. Na América Latina, a circulação de ideias no campo penal e a imitação de modelos são mais poderosos que o estudo comparativo a partir da diferenciação de contextos e do levantamento de dados que permita confirmar ou não as hipóteses afinal convertidas em políticas punitivas.

E isso não se dá apenas no tocante ao exemplo alemão, referido por Juarez Tavares.

2.31. A confiança de que a “certeza da punição” é o motor da segurança jurídica e impulsiona a crença na validade dos valores compartilhados pela comunidade é possivelmente uma das maiores contribuições da “importação/imitação” da decisão política de incrementar a repressão penal à moda estadunidense, indiscutível líder mundial no quesito “encarceramento de seres humanos”, respondendo com dois milhões de presos em um universo de onze milhões de pessoas encarceradas em todo o mundo.²⁴

2.32. A propósito dessa crença, Jorge L. Esquirol cunhou a categoria das “ficções do direito latino-americano”.

A busca dos Estados latino-americanos por incorporar as pautas teórico-práticas europeias e norte-americanas no tema da repressão penal, ignorando as realidades locais e apelando – e no direito penal *como se apela ao germanismo jurídico!* – a “vocabulários e referências bastante exóticos e indiretos”,²⁵ concorre

23. TAVARES, Juarez. *Crime: crença e realidade*. Rio de Janeiro: Da Vinci Livros, 2021. p. 94.

24. WORLD PRISION BRIEF (WPB). *Mudanças nos padrões de encarceramento*. Disponível em: [https://www.prisonstudies.org/ten-country-prisons-project/mudan%C3%A7as-nos-padr%C3%B5es-de-encarceramento]. Acesso em: 17.01.2022.

25. ESQUIROL, Jorge L. *Las ficciones del derecho latinoamericano*. Bogotá: Siglo del Hombre Ed. Y Universidad de los Andes, 2014. p. 43.

para a crença nativa de um “falidismo”, como espécie de “incapacidade congênita” de nossas instituições de controlar o crime, o que, em tese, o punitivismo norte-americano lograria alcançar com relativo êxito.²⁶

2.33. Jorge Esquirol sublinha que nessa disputa global pela hegemonia de sistemas jurídicos, que é tudo menos algo política e economicamente desinteressado, *vendem-se* “supersistemas jurídicos de fábula (especialmente no Norte)”, cuja máxima que sintetizaria seu funcionamento seria, segundo o mesmo autor, “se cometes um delito serás responsabilizado”.²⁷

A realidade, no entanto, desacredita o discurso hegemônico, apontando muito mais na direção de um enviesamento racial e de controle da pobreza, no modelo penal norte-americano, do que em um sistema paradigmático de igualdade perante a lei.²⁸

2.34. Nesse sentido, não custa recuperar a análise de Loïc Wacquant, que acerca do referido modelo sublinhou:

“*Expansão horizontal* via dilatação da suspensão condicional da pena, reestruturação da liberdade condicional e ampliação das bases de dados eletrônicas e genéticas, para propiciar maior vigilância à distância. O resultado desse ‘alastramento’ da rede penal é que hoje 6,5 milhões de norte-americanos estão sob supervisão da justiça criminal, o que representa, na população masculina, um em cada vinte adultos (mais de 35 anos), um em nove adultos negros e um a cada três negros com 18 a 35 anos.”²⁹

2.35. De toda maneira, não parece difícil de entender que a punição da totalidade dos crimes praticados em determinado período em qualquer sociedade é fruto de um delírio. Instrumentalizar o conceito de segurança jurídica e certeza da punição a partir dessa premissa conduz a raciocínios e práticas bastante problemáticos, isso porque qualquer juiz ou juíza, em qualquer lugar do mundo, deparar-se-á com o déficit visível de punição que a sua região apresenta – nessa relação imaginária com sociedades que punem a imensa maioria das infrações penais –, déficit que hipoteticamente poderia ser *compensado* pela decisão *rigorosa* do caso concreto.

26. ESQUIROL, Jorge L. *Las ficciones del derecho latinoamericano*. Bogotá: Siglo del Hombre Ed. Y Universidad de los Andes, 2014. p. 35, 39, 43 e 284-291.

27. ESQUIROL, Jorge L. *Las ficciones del derecho latinoamericano*. Bogotá: Siglo del Hombre Ed. Y Universidad de los Andes, 2014. p. 14.

28. WACQUANT, Loïc. *As duas faces do gueto*. São Paulo: Boitempo, 2008. p. 123.

29. WACQUANT, Loïc. *As duas faces do gueto*. São Paulo: Boitempo, 2008. p. 123.

Essa *compensação* operada no âmbito da punição nos casos concretos – e o caso ora examinado é exemplar a respeito – é talvez um dos produtos mais perversos da circulação meramente simbólica dos modelos penais, porque é internalizada de tal maneira pelo magistrado e pela magistrada sentenciante a ponto de, em condenações pela prática de determinados crimes, funcionar como meta-critério de exasperação da sanção penal.

2.36. Trata-se de uma forma de escapar à determinação jurídica de uma responsabilidade pelo ato, que no Estado de Direito significa responsabilidade *daquele acusado* pela prática do *específico crime* objeto da imputação processual, para converter-se em responsabilidade do acusado pela prática de uma *espécie de crime* – corrupção, fraude, homicídio, tráfico de drogas – que, segundo o juiz do caso concreto, é punida com menos frequência do que deveria.

O raciocínio punitivo *compensatório* invariavelmente se traduz por meio de expressões linguísticas que, remetendo ao acusado, o *culpabilizam* pela suposta impunidade alheia.

Assim, para ficarmos no exemplo da sentença examinada, “condição social, grau de instrução, nível profissional, condição financeira e oportunidades sociais do condenado”³⁰ são referências a classes de pessoas. Pessoas assim, esse é o raciocínio subliminar contido na decisão, frequentemente escapam à punição.

Como *esse* acusado não escapou é *justo*, supõe o magistrado, que sirva de exemplo para a sua classe. Esse é o real sentido da expressão “exemplarmente punido”, que costuma engrossar o glossário das sentenças arbitrárias.

2.37. Sem embargo do que essa *compensação punitiva* possa significar em termos de ajustamento às teorias da culpabilidade, no plano do discurso dos penalistas, algo que pode ser visto no excelente *Teorias da pena*, de Tatjana Hörnle,³¹ fato é que a fachada das referências “pessoais” do condenado esconde uma generalização incompatível com o princípio constitucional da individualização da pena.

Trata-se de uma *condenação de classe social*. Esse é seu teor e é inconstitucional como seria se as referências dissessem respeito a alguém que fizesse parte dos grupos sociais vulneráveis.

2.38. A nitidez dessa inconstitucionalidade é percebida e denunciada nos dias atuais, mas tem uma história que a vincula ao direito penal do autor que é bem mais

30. Processo Y. Vigésima Sétima Vara Criminal da Comarca da Capital do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Sentença. Acusado(s): A. e outro(s). Data: 11.01.2016. Fls. 1409-1417.

31. HÖRNLE, Tatjana. *Teorias da pena*. Trad. Tatiana Stoco e Silvio Leite Guimarães, com colaboração de Patrícia Pimentel de Oliveira. In: STOCO, Tatiana (Org.). *Dois estudos: teoria da pena e culpabilidade*. São Paulo: Marcial Pons, 2020. p. 17-67.

antiga que a própria concepção normativa da culpabilidade. Uma história que evoca um certo caráter revolucionário e igualitário, notando em diferenças pessoais sem relação com a infração penal concreta os elementos que supostamente autorizam punição mais acentuada pela condução da vida ou pela origem social.

Assim, é o médico iluminista Jean Paul Marat, em seu *Plan de legislación criminal*, de 1780, com o qual concorreu ao prêmio sugerido por Voltaire e concedido por Frederico II, da Prússia, que, reprovando as penas cruéis e postulando a *proporcionalidade* do castigo,³² mesmo assim advertirá que “filhas amadas”, “homens que nadam no supérfluo” ou criados “no sentimento de honra” são mais *culpados* que “filhas maltratadas”, “homens pobres ou abandonados à natureza”, quando punidos por libertinagem, furto ou calúnia.³³

Nilo Batista, outra mente genial do direito penal brasileiro, identificará o “olhar reprovador sobre os acusados”, desdobramento constatável do conceito de “reprovabilidade” proposto por Reinhard Frank na transformação do conceito de culpabilidade apresentado em 1907, como herdeiro da visão exposta por Marat.³⁴

2.39. A “culpabilidade como reprovabilidade” de Frank, ilustrada na diferença de merecimento de punição do esforçado caixeiro viajante e do janota aventureiro, bem a percebeu Nilo Batista, em verdade oculta “determinações sociais e mentalidades morais” imprestáveis para “demarcar a base referencial da reprovação”.³⁵

Os juízos morais como “clara expressão de um senso ético comum”,³⁶ quando não, expressão de um “moralismo vulgar”,³⁷ atentam contra a liberdade que a Constituição assegura a todas as pessoas para conduzir as suas vidas.

32. MARAT, Jean Paul. *Plan de legislación criminal*. Trad. A. E. L. Buenos Aires: Hammurabi, 2000. p. 78.

33. MARAT, Jean Paul. *Plan de legislación criminal*. Trad. A. E. L. Buenos Aires: Hammurabi, 2000. p. 81.

34. BATISTA, Nilo. Cem anos de reprovação. In: NASCIMENTO, André (Org.). *Cem anos de reprovação: uma contribuição transdisciplinar para a crise da culpabilidade*. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 164.

35. BATISTA, Nilo. Cem anos de reprovação. In: NASCIMENTO, André (Org.). *Cem anos de reprovação: uma contribuição transdisciplinar para a crise da culpabilidade*. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 164.

36. BATISTA, Nilo. Cem anos de reprovação. In: NASCIMENTO, André (Org.). *Cem anos de reprovação: uma contribuição transdisciplinar para a crise da culpabilidade*. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 165.

37. BATISTA, Nilo. Cem anos de reprovação. In: NASCIMENTO, André (Org.). *Cem anos de reprovação: uma contribuição transdisciplinar para a crise da culpabilidade*. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 169.

2.40. Em obra de referência no direito brasileiro sobre a aplicação da pena, Tatiana Stoco retrata essa história da “censura pessoal como censura ao mundo interior”, que segundo a autora, remonta ao início do século XIX,³⁸ e, na análise de decisões condenatórias recentes, Tatiana Stoco percebe na citada censura “resquícios de um conceito de culpabilidade referido à *moralidade*” (grifo da autora).³⁹

A proposta teórica de Tatiana Stoco para enfrentar as permanências desse direito penal do autor consiste em adotar “uma posição clara quanto ao sentido de culpabilidade *pelo fato*” (grifo da autora),⁴⁰ cuidando o “Estado de defender a ordem externa”,⁴¹ porém eximindo-se de “tutelar moralmente os indivíduos”.⁴²

2.41. As mencionadas análises – Nilo Batista, Tatiana Stoco – são coerentes com aquela deduzida linhas atrás, que identifica na remissão às circunstâncias pessoais desatreladas da realização do injusto penal um esforço ilegítimo de compensação punitiva.

2.42. Em favor de ambas as teses pela inconstitucionalidade da decisão de fixação da pena no caso concreto há, ainda, o fato de que a segurança e certeza jurídicas em harmonia com a Constituição devem ser aquelas que concorrem para interpretação/aplicação da Constituição que estabeleça que ambas as categorias – e mesmo a “precisão” referida por Ana Messuti – sejam, em realidade, elementos do direito do condenado em limitar o exercício do poder punitivo.

2.43. Com efeito, cuida-se de direito subjetivo.

Nessa linha as condições pessoais – estado da pessoa –, não podem justificar tratamento desigual em tema de liberdade.

Não se trata de tomar o referido princípio a partir do senso comum, para conferir interpretação reducionista, conforme o axioma tratar os iguais igualmente e tratar desigualmente os desiguais, cláusula vazada em termos tão genéricos que pode abrigar qualquer significado, até aqueles frontalmente contrários ao ideário político do constitucionalismo contemporâneo.

38. STOCO, Tatiana. *Culpabilidade e medida da pena*: uma contribuição à teoria de aplicação da pena proporcional ao fato. São Paulo: Marcial Pons, 2019. p. 58.

39. STOCO, Tatiana. *Culpabilidade e medida da pena*: uma contribuição à teoria de aplicação da pena proporcional ao fato. São Paulo: Marcial Pons, 2019. p. 59.

40. STOCO, Tatiana. *Culpabilidade e medida da pena*: uma contribuição à teoria de aplicação da pena proporcional ao fato. São Paulo: Marcial Pons, 2019. p. 61.

41. STOCO, Tatiana. *Culpabilidade e medida da pena*: uma contribuição à teoria de aplicação da pena proporcional ao fato. São Paulo: Marcial Pons, 2019. p. 66.

42. STOCO, Tatiana. *Culpabilidade e medida da pena*: uma contribuição à teoria de aplicação da pena proporcional ao fato. São Paulo: Marcial Pons, 2019. p. 67.

2.44. Assim é que, de acordo com a perspectiva penal, que é a que interessa ao caso, e sob o enfoque das técnicas de garantia dos direitos fundamentais, a *igualdade* considera a posição da pessoa humana no sistema político e a sua primazia axiológica: as pessoas como *valor*, tomando-se em conta as suas variadas identidades e a pluralidade de pontos de vista expressados por elas, segundo Luigi Ferrajoli.⁴³

Nesse contexto, salienta o mestre peninsular, a pluralidade de pontos de vista gerados pelas variadas identidades das pessoas requisita a *tolerância* como princípio, que deve ser compreendida como atribuição de idêntico valor a cada pessoa, dispositivo essencial para assegurar os direitos fundamentais, evitar discriminações e privilégios e cooperar para o pleno desenvolvimento da dignidade da pessoa humana.

Isto é, os direitos fundamentais são o *fundamento*, pressuposto básico, do estado de direito e se colocam em oposição aos poderes absolutos e arbitrários, que têm por escopo, justamente, *desigualar*, tal seja, imprimir tratamento diferenciado ao caso concreto a partir de diferenças pessoais consideradas intoleráveis pelo prisma do poder.⁴⁴

2.45. A questão do *fundamento* é central para a técnica jurídica da garantia da *igualdade*. A identificação do fundamento, por sua vez, reclama a adoção de critérios a partir da comparabilidade, baseada em um *ponto de referência* (*tertius comparationis*) que seja o conceito supraordenado comum.

Sob esse conceito supraordenado comum, lecionam Bodo Pieroth e Bernhard Schlink, “caem as diferentes pessoas, grupos de pessoas ou situações tratadas de maneira juridicamente diferente”, em virtude do qual seria possível reconhecer a “razão para a preferência”, isto é, para que essas pessoas, grupos ou situações sejam tratadas diferentemente.⁴⁵

De outro modo, o *essencialmente igual* acaba sendo tratado de uma maneira *arbitrariamente desigual*.

O Tribunal Constitucional Federal alemão estipulou que entre os critérios para se considerar justificada, jurídico-constitucionalmente, a desigualdade de

43. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*: Teoría del garantismo penal. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez e otros. 5. ed. Madrid: Trotta, 2001. p. 906.

44. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*: Teoría del garantismo penal. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez e otros. 5. ed. Madrid: Trotta, 2001. p. 906.

45. PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos Fundamentais*: Direito Estadual II. Trad. António Francisco de Sousa e António Franco. Lisboa: Lusíada, 2008. p. 134.

tratamento, a mais elevada intensidade da desigualdade, marco proibitivo da produção de efeitos jurídicos, há de levar em conta a hipótese em que o tratamento desigual *dificulte o exercício das liberdades protegidas jurídico-fundamentalmente*.⁴⁶

Postular tratamento mais gravoso na aplicação da pena em razão de condições pessoais, quaisquer que sejam elas, condições que não influenciaram na realização do injusto penal, não encontra *fundamento*, revela propensão ao abuso de situação jurídica e confronta o direito fundamental à liberdade, de que o condenado é titular.

2.46. O foco do parecer é o caso concreto.

Já se viu que a *régua* empregada na sentença para fixar a pena – condições pessoais do condenado desligadas da prática concreta do injusto penal – viola a Constituição quer no tocante à individualização da pena, que não pode pretender ser compensatória da sensação de impunidade do magistrado relativamente à espécie de delito, quer porque exerce censura moral sobre a orientação imprimeida pelo condenado à sua própria vida, igualmente sem relação com o referido injusto.

2.47. As decisões proferidas no caso não assumiram, ao menos de forma expressa, um compromisso com o futuro. Ao contrário, as decisões colocaram-se favoravelmente à ideia de retribuição e abdicaram de prognosticar algum propósito de (re)socialização do condenado.

Assim é que o Acórdão da apelação francamente admite “o caráter retributivo da sanção” a que confere destaque.⁴⁷

2.48. Ao abdicar de uma direção da execução da pena voltada ao futuro, a decisão condenatória reafirmada em segundo grau limita a temática do presente estudo. Não se tratará aqui da tormentosa questão da probabilidade de eventos futuros e da expectativa de comportamento do condenado na execução penal, matéria teoricamente abordada com maestria por Juarez Tavares.⁴⁸

2.49. Ao caminhar pelos trilhos da retribuição, sem prejuízo da flagrante contravenção ao disposto no artigo 1º da LEP, já referido, o Acórdão delimitou a discussão em torno da categoria da “proporcionalidade”, igualmente mencionada

46. PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos Fundamentais: Direito Estadual II*. Trad. Antônio Francisco de Sousa e Antônio Franco. Lisboa: Lusíada, 2008. p. 136.

47. Processo Y. Apelação Criminal. Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Acórdão. Apelante(s): A. e outro(s). j. 08.08.2017. fls. 2630-2631.

48. TAVARES, Juarez. *Crime: crença e realidade*. Rio de Janeiro: Da Vinci Livros, 2021. p. 95.

neste parecer, quer por sua evocação na obra de Marat, quer pelo destaque parcial que lhe conferem Nilo Batista, Tatiana Stoco e também o próprio Juarez Tavares.⁴⁹

Antes de esclarecer em que termos a “proporcionalidade” será objeto de análise, vale sublinhar, no tocante à legalidade, que o fato de a decisão colegiada do Tribunal de Justiça ter abandonado qualquer propósito de ressocialização – ou, na posição defendida neste parecer, o propósito de evitar a dessocialização do condenado – comprova a advertência de Marco Alexandre de Souza Serra.

Com efeito, sustenta o autor que o “princípio da legalidade tem se manifestado menos como um princípio real de funcionamento do que como uma instância ideológica de legitimação. Pois na realidade tal princípio não corresponde, senão parcialmente, ao funcionamento concreto do sistema penal.”⁵⁰

2.50. É o caso. Bastaria aplicar o art. 1º da LEP para evitar a contradição entre uma pena de prisão de curta duração e seus efeitos estritamente dessocializadores, impondo-se sua substituição por penas alternativas e o ajustamento do eventual regime inicial para o aberto, na forma dos artigos 33, § 2º, alínea c,⁵¹ e 36 do CP.⁵²

2.51. Acerca dos efeitos de dessocialização da pena de prisão, há pouco a dizer que não seja de conhecimento geral.

49. TAVARES, Juarez. *Crime: crença e realidade*. Rio de Janeiro: Da Vinci Livros, 2021. p. 96.

50. SERRA, Marco Alexandre de Souza. *Economia política da pena*. Rio de Janeiro: Revan, 2009. p. 268.

51. Art. 33, CP. A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado. (Redação dada pela Lei 7.209, de 11.7.1984) [...] § 2º – As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso: (Redação dada pela Lei 7.209, de 11.7.1984) [...] c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

52. Art. 36, CP. O regime aberto baseia-se na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado. (Redação dada pela Lei 7.209, de 11.7.1984) § 1º – O condenado deverá, fora do estabelecimento e sem vigilância, trabalhar, freqüentar curso ou exercer outra atividade autorizada, permanecendo recolhido durante o período noturno e nos dias de folga. (Redação dada pela Lei 7.209, de 11.7.1984) § 2º – O condenado será transferido do regime aberto, se praticar fato definido como crime doloso, se frustrar os fins da execução ou se, podendo, não pagar a multa cumulativamente aplicada. (Redação dada pela Lei 7.209, de 11.7.1984)

A situação real do sistema penitenciário brasileiro que já estava comprometida quando ainda ostentávamos a quarta maior população aprisionada do planeta, por certo não melhorou ao assumirmos agora a terceira posição, com viés de alta, conforme dados do INFOPEN.⁵³

Os relatórios de organismos internacionais seguem sendo produzidos e divulgados, com a notícia de torturas e mortes nos Presídios de todo o País.

Assim, se em 2015 vistorias do enviado especial da Comissão de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas estavam a denunciar a prática de tortura nas prisões brasileiras, o quadro piorou sensivelmente depois e seguiu agravando-se, distante o governo brasileiro sequer de se aproximar das metas de garantir o encarceramento digno a quem quer que seja.⁵⁴

O documento de janeiro de 2017 fala por si, convindo ressaltar:

“Outro aspecto importante ressaltado é que a impunidade em casos de tortura por agentes públicos no Brasil continua sendo a regra, e não a exceção, o que contribui para que se crie um clima de impunidade que alimenta a continuação de violações de direitos humanos.

[...]

OSPT [Subcomitê sobre a Prevenção da Tortura] constatou que a superlotação endêmica, as condições chocantes de detenção, os problemas de assistência médica aos presos, a falta de acesso à educação, a violência generalizada entre detentos e a falta de supervisão adequada dos presos (o que leva à impunidade) são alguns dos problemas principais ainda não resolvidos pelo Brasil para enfrentar a crise prisional e combater a tortura nos presídios.

Em suas visitas a diferentes delegacias, prisões, centros de detenção provisória, instalações para adolescentes e hospitais penitenciários, o Subcomitê encontrou uma atmosfera geral de intimidação e repressão.

Relatos de detentos sujeitando outros detentos à tortura e facções criminosas com significativo controle de certos presídios são frequentes, segundo esses especialistas internacionais. O SPT e o relator especial receberam relatos de

53. INFOPEN. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*: período de julho a dezembro de 2019. Atualizado em 25 de junho de 2020. Disponível em: [http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/infopen]. Acesso em: 22.01.2022.

54. INCALCATERRA, Amerigo. ONU: impunidade por tortura nas prisões é regra no Brasil. Entrevista com Amerigo Incalcatterra, representante do Alto Comissariado da ONU para os Direitos Humanos. *Exame*, 23.01.2017. Disponível em: [https://exame.abril.com.br/brasil/onu-impunidade-por-tortura-nas-prisoas-e-regra-no-brasil/]. Acesso em: 19.12.2017.

prática de tortura e tratamento degradante e cruel durante apreensões e em presídios que envolvem o uso de choques elétricos, balas de borracha, sufocamento, espancamento com barras de ferro e palmatória, técnicas conhecidas como telefone – que consiste em dar golpes na orelha da vítima – e o pau de arara. Segundo ressaltou o relator especial, o objetivo desses atos seria obter uma confissão, pagamento de suborno, ou uma forma de castigo ou intimidação.”⁵⁵

2.52. Não é de estranhar que em um clima de encarceramento massivo a violência prisional prospere. Afinal, os dados do próprio sistema, conforme relatório do INFOPEN, apontam para uma “taxa de ocupação” correspondente a 170,74%.⁵⁶ Em suma, há quase um preso a mais por cada encarcerado.

O Relatório da Anistia Internacional é ainda mais incisivo.

Muito embora pelo ângulo da assunção de suas responsabilidades, tradicionalmente o governo brasileiro prometa “melhoras que estejam em condições de transformar o sistema prisional medieval”, penso que também é conveniente recordar a mitologia autoritária referida por Rubens Casara,⁵⁷ para ter claro que é parcela do Poder Judiciário que, ao encarcerar massiva e desnecessariamente e não reprimir a tortura e os homicídios cometidos nas prisões por agentes do Estado, está a enviar ao público em geral que ele, Poder Judiciário, por muitas das suas práticas, forma parte das “causas contrariantes à mudança prisional”.

Quando se cogita de um setor significativo do Estado e da sociedade, como é o caso da Justiça Criminal, independentemente da inclinação inquisitória do modelo vigente e de sua recriminação por toda uma geração de juristas com formação e profissão de fé no Estado de Direito, as forças de resistência à mudança estão presentes e atuam em todos os âmbitos, o que leva a crer que mudanças institucionais “ocorrem durante períodos de tempo mais longos”, como adverte Wolfgang Streeck,⁵⁸ confrontando-se com “causas contrariantes que as desaceleram”.

55. INCALCATERRA, Amerigo. ONU: impunidade por tortura nas prisões é regra no Brasil. Entrevista com Amerigo Incalcaterra, representante do Alto Comissariado da ONU para os Direitos Humanos. *Exame*, 23.01.2017. Disponível em: [https://exame.abril.com.br/brasil/onu-impunidade-por-tortura-nas-prisoas-e-regra-no-brasil/]. Acesso em: 19.12.2017.

56. INFOPEN. Taxa de aprisionamento e déficit de vagas por ano. INFOPEN. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*: período de julho a dezembro de 2019. Atualizado em 25 de junho de 2020. Disponível em: [http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/infopen]. Acesso em: 22.01.2022.

57. CASARA, Rubens R. R. *Mitologia processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2015.

58. STREECK, Wolfgang. *Tempo Comprado: a crise adiada do capitalismo democrático*. Trad. Marian Toldy e Teresa Toldy. Lisboa: Conjuntura Actual Editora, 2013. p. 16-18.

2.53. O encarceramento por curto período é uma dessas causas contrariantes à mudança do sistema prisional.

Por esse ângulo, das causas que desaceleram as mudanças institucionais favoráveis aos direitos humanos no Sistema Prisional, poucos exemplos são mais eloquentes do que o da impunidade dos policiais militares de São Paulo pelo extermínio de 111 presos em Carandiru, fatos que conferiram à unidade prisional merecida (má) reputação ao nível internacional, como destaca o Relatório 2016/17 da Anistia.⁵⁹

A constante desatualização de dados prisionais milita em desfavor de uma política pública antropologicamente amiga.

Com efeito, César Muñoz sublinhará que a espantosa proporção de “presos provisórios”, 40% da população carcerária total, segundo a estatística oficial recém-divulgada, definha indefinidamente, carentes esses presos de um regime jurídico-processual que estabeleça de forma cogente prazos máximos para o aprisionamento provisório.⁶⁰

À distância, é improvável que um observador sequer acredite no alto grau de deterioração e violência do sistema penal – deterioração que aflige a quase totalidade das unidades indistintamente, isto é, em todo território nacional – e menos ainda que os homicídios dentro das cadeias sejam praticados às dezenas, em ações dos grupos criminosos que, de dentro dos cárceres, são os verdadeiros controladores e gestores de várias das prisões brasileiras.

Por isso, o grau de confiança de que gozam internacionalmente as organizações de direitos humanos dedicadas a examinar *in loco* as condições carcerárias funcionam como referência em termos de informações fiáveis.

2.54. O Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (ACNUDH) tem buscado perante as autoridades brasileiras definir protocolos de investigação das responsabilidades dos que causaram a morte de 60 pessoas privadas de liberdade durante rebeliões ocorridas em unidades prisionais de Manaus (Amazonas), no Brasil, para ficar em outro exemplo dessa triste reputação internacional.⁶¹

59. AMNISTÍA INTERNACIONAL. Brasil 2016-2017. *Informe 2016/17 Amnistía Internacional*. La situación de los derechos humanos en el mundo. Disponível em: [https://www.amnesty.org/en/countries/americas/brazil/report-brazil/]. Acesso em: 19.12.2017.

60. MUÑOZ, César. As condições prisionais pioram no Brasil. *Human Rights Watch*. 08.12.2017. Disponível em: [https://www.hrw.org/pt/news/2017/12/08/312429]. Acesso em: 19.12.2017.

61. ACNUDH (Escritório Regional para América do Sul do Alto Comissário das Nações Unidas para os Direitos Humanos). *Brasil: ONU-Direitos Humanos cobra medidas*

A situação caótica do sistema prisional tem demandado ações em nível internacional, na busca por sensibilizar as autoridades brasileiras de todos os setores da administração pública – Executivo, Legislativo e Judiciário – quanto à necessidade de interromper o processo de encarceramento em massa e melhorar de modo significativo as condições de execução das medidas de privação da liberdade.

Entre as iniciativas fundadas no Protocolo Opcional para a Convenção Contra a Tortura e outros Meios Cruéis e Degradantes, em seguida às vistorias realizadas por observadores internacionais,⁶² estão as ações no âmbito do sistema regional de direitos humanos.

2.55. Não há como concluir este tópico sem mencionar, a título de fecho, a opinião de Juarez Tavares, autor do parecer que subsidiou a ação no STF, que reconheceu o Estado de Coisas Inconstitucional das unidades de aprisionamento.

Afirmou Juarez Tavares:

“Já no que se refere às teorias da prevenção especial positiva, foco principal da discussão, impõe-se concluir – tendo em vista os dados apresentados anteriormente – que o sistema prisional brasileiro não apresenta as condições mínimas para a realização do projeto técnico-corretivo de ressocialização, reeducação ou reinserção social do sentenciado.”⁶³

[...]

Isso posto, quanto à segunda indagação feita pelo consulente, concluo que o encarceramento no Brasil, levando em conta a sua atual configuração, contribui – ao contrário do que se apregoa manifestamente – para o aumento da prática delitiva e, por sua vez, impacta negativamente na segurança pública.⁶⁴

contra violência em presídios após rebelião em Manaus. 04.01.2017. Disponível em: [http://acnudh.org/pt-br/brasil-onu-direitos-humanos-cobra-medidas-contra-violencia-em-presidios-apos-rebeliao-em-manaus/]. Acesso em: 19.12.2017.

62. UNITED NATIONS. *Optional Protocol to the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*. Visit to Brazil undertaken from 19 to 30 October 2015: observations and recommendations addressed to the State party. Disponível em: [http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPPRiCAqhKb7yhsqvDz3SQy0TX%2F2ipA5CN39ga3g0pUa9A8tPel9Tu7aPZ%2BQG9TYikL%2FUxDFbQLw1cHpAMYWohyyjdes45lKe2%2F2fzSSGcWiTpOkZXB-ddofOL]. Acesso em: 19.12.2017.
63. TAVARES, Juarez. A situação carcerária no Brasil. In: TAVARES, Juarez; PRADO, Geraldo. *O direito penal e o processo penal no Estado de Direito: análise de casos*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016 (Capítulo 5). p. 239.
64. TAVARES, Juarez. A situação carcerária no Brasil. In: TAVARES, Juarez; PRADO, Geraldo. *O direito penal e o processo penal no Estado de Direito: análise de casos*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016 (Capítulo 5). p. 245.

[...]

[Conclusões:]

c. O sistema carcerário nacional, além de não possuir as condições mínimas para a concretização do projeto corretivo previsto nas normas nacionais e internacionais, apresenta uma eficácia invertida, isto é, atua de forma deformadora e estigmatizante sobre o condenado.”⁶⁵

2.56. Assentado o caráter dessocializador do encarceramento, cabe examinar a coerência interna de decisão de fixação da sanção penal e verificar se a recusa na substituição da pena de prisão de curta duração é desproporcional à punição concretizada.

A interessante discussão sobre a responsabilidade criminal definida a partir da ideia de proporcionalidade ultrapassa os limites do presente estudo.

Uma determinada pena foi aplicada. 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de detenção. Arbitrou-se regime de sua execução mais rigoroso que o contemplado em lei, fixando-se o semiaberto. Não foi deferida a substituição da prisão por penas restritivas de direitos. O condenado é primário e o crime não foi cometido mediante violência ou grave ameaça à pessoa, circunstâncias legais que impediriam a substituição.

2.57. Não se vai aqui percorrer os caminhos sinuosos da doutrina penal, que ora não se detém diante da aparente impossibilidade de estabelecer relação – a proporcionalidade requisita uma determinada *relação* entre elementos – entre situações que não são assemelhadas, ora não avança diante da impossibilidade de se reduzir quantitativamente um fato que não se presta a essa redução, como leciona Juarez Tavares.⁶⁶

65. TAVARES, Juarez. A situação carcerária no Brasil. In: TAVARES, Juarez; PRADO, Geraldo. *O direito penal e o processo penal no Estado de Direito: análise de casos*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016 (Capítulo 5). p. 258.

66. TAVARES, Juarez. *Crime: crença e realidade*. Rio de Janeiro: Da Vinci Livros, 2021. p. 96. Releva aqui também destacar, como exceção ao enfrentamento das dificuldades teóricas a respeito dos critérios para a aplicação da pena, a análise levada a cabo por Salo de Carvalho, que parte da diferenciação entre os modelos jurídicos dos países de tradição romano-germânica e anglo-saxônicos, com ênfase nos movimentos racionalizadores que em tese caracterizam os primeiros (CARVALHO, Salo. Critérios para cálculo da pena-base: ponto de partida, termo médio e regras de quantificação. In: BEDÊ JÚNIOR, Américo; CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós (Coord.). *Sentença criminal e aplicação da pena: ensaios sobre discricionariedade, individualização e proporcionalidade*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 607).

2.58. Sabemos que os norte-americanos tiveram que enfrentar esse problema nas últimas décadas, confrontados com a imensa discricionariedade nas punições a afetar a já capenga racionalidade de seu sistema de justiça, recordista de prisões.

2.59. A propósito das agruras com que historicamente se deparam os juristas norte-americanos, vale citar trecho da obra que, editada em 1973, veio a inspirar a profunda reforma no sistema de penas daquele país.

Assim é que no ainda mais longínquo 1973, antes de Aníbal Bruno, Marvin E. Frankel disparou:

“Para reiterar isso por repetição, meu primeiro ponto básico é o seguinte: os poderes quase totalmente descontrolados e abrangentes que damos aos juízes na elaboração de sentenças são aterrorizantes e intoleráveis para uma sociedade que professa devoção ao Estado de Direito.”⁶⁷

2.60. Em 1968, no alvorecer do movimento *Law and Order*, pelo visto tão ao gosto de parte dos juristas práticos nativos, Herbert L. Packer referia-se à necessidade de estabelecer limites ao poder discricionário na apenação, mas, em realidade, como sublinhado, esses limites, apoiados em uma concepção moralizante, eram mais limites na base e menos no teto da punição.

Em antecipação aos delírios punitivos de nossos contemporâneos Herbert Packer sustentava:

“As punições devem ser individualizadas, mas dentro de limites, limites que têm a ver tanto com a necessidade de dissuasão quanto com julgamentos sobre moralidade comparativa, bem como com as dificuldades relativas de prever comportamento futuro.”⁶⁸

[...]

“O legislador não pode cominar quantos anos, meses e dias cada pessoa condenada pela prática de cada delito deve passar na prisão. Ele pode saber apenas

67. Tradução livre. No original: “To underscore it by repetition, my first basic point is this: the almost wholly unchecked and sweeping powers we give to the judges in the fashioning of sentences are terrifying and intolerable for a society that professes devotion to the rule of law” (FRANKEL, Marvin E. *Criminal sentences: Law without Order*. New York: Hill and Wang, 1973 [first printing]. p. 5).

68. Tradução livre. No original: “Punishments must be individualized but within limits, limits having to do both with the need for deterrence and with judgements about comparative morality, as well with the relative difficulties of predicting future behavior” (PACKER, Herbert L. *The limits of the criminal sanction*. Stanford: Stanford University Press, 1968 [original printing]. p. 140).

sobre delitos, não sobre infratores. O juiz que fixa a pena do infrator sabe de ambos, mas não está na melhor posição para determinar quantos anos, meses e dias o infrator individual deve cumprir. Ele só pode prever como o infrator provavelmente responderá à punição; o que realmente vai acontecer com o infrator, que mudanças de personalidade ele pode ou não sofrer, são coisas que jazem no futuro.”⁶⁹

[...]

“Esta proliferação excede em muito a capacidade do legislador de fazer discriminações racionais de seriedade, por qualquer critério. O Código Penal Modelo [*Model Penal Code*] propôs que para infrações penais que exigem prisão por mais de um ano (crimes [*felonies*]) deveria haver apenas três categorias legislativas, com penas máximas de cinco anos, dez anos e prisão perpétua.”⁷⁰

2.61. Políticas e propostas tão antagônicas, sem dúvida, contribuíram para desorganizar o sistema de penas ou passar uma imagem, efetivamente correta, de um sistema sem critérios.

Não se deve, no entanto, tomar a tormentosa prática penal norte-americana em consideração, no campo da punição, sem levar em conta o papel que o *plea bargaining* passou a cumprir nesta tradição.

2.62. Conferir algum equilíbrio ao regime de penas era fundamental para viabilizar os negócios penais em contexto de ao menos relativo *fair trial*.

Com efeito, desde a entrada em vigor das *U. S. Sentencing Guidelines*, em 1987, o regime jurídico de aplicação de pena em âmbito federal, nos Estados Unidos da América, derivou para um modelo que impactou positivamente o Sistema de Justiça Penal naquele país ao tornar previsíveis as respostas penais em cada caso.

69. Tradução livre. No original: “The legislature cannot prescribe how many years, months, and days each person convicted of each offense should spend in prison. It can know only about offenses, not about offenders. The judge who sentences the offender knows about both, but he is not in the best position to determine how many years, months, and days the individual offender should serve. He can only predict how the offender is likely to respond to punishment; what will actually happen to the offender, what changes of personality he may or may not undergo, are things that lie in the future” (PACKER, Herbert L. *The limits of the criminal sanction*. Stanford: Stanford University Press, 1968 [original printing]. p. 141).

70. Tradução livre. No original: “This proliferation far exceeds the capacity of the legislature to make rational discriminations of seriousness, by whatever criteria. The Model Penal Code has proposed that for offenses requiring imprisonment for more than a year (felonies) there should be only three legislative categories, carrying maxima of five years, ten years, and life imprisonment” (PACKER, Herbert L. *The limits of the criminal sanction*. Stanford: Stanford University Press, 1968 [original printing]. p. 141-142).

Evidentemente, dado o protagonismo do *plea bargaining* na solução dos casos penais, também nesse campo a previsibilidade das sanções surtiu efeitos positivos. Salienta Diego Zysman Quirós que as partes não trabalham mais “na obscuridade”, sabem com perfeição o que estão negociando, e os juízes têm clareza para se posicionar quanto à razoabilidade dos acordos, cuja proposta depende da prévia demonstração, pela acusação, de que há *sufficient factual basis*.

De toda maneira, fica claro o que é negociável (a imputação ou a pena) e em que limites (legalidade no contexto da reserva legal). Conforme Diego Zysman Quirós:

“Los fiscales poseen amplia discreción para iniciar y conducir los casos penales y ello incluye la posibilidad de negociar los cargos y las penas a imponer con el imputado. De esta forma, el *plea bargaining* se convierte en un proceso de negociación que garantiza ciertas concesiones al imputado si éste asume su culpabilidad. Ello puede llevar a una reducción en los cargos (*charge bargain*), una recomendación al tribunal de una pena en concreto (*sentence bargain*) o una combinación de ambas.”⁷¹

2.63. O pragmatismo inspirador de soluções visando a otimização do modelo penal negocial serviu, ainda, ao propósito de conferir um mínimo de racionalidade ao que era quase judicialmente intuitivo ou emocional.

Convém ressaltar que, nesse contexto, a proporcionalidade é tratada como técnica que pondera as lesões próprias de cada tipo de injusto penal na relação com outros tipos de injusto ou, nas palavras de Andreas von Hirsch:

“A proporcionalidade na teoria da fixação da pena não se preocupa com essa relação prospectiva entre os meios e os fins, mas opera de forma retrospectiva. Ela se refere à relação entre a severidade da punição a ser imposta e a gravidade da infração por cuja prática o réu é condenado.”⁷²

71. QUIRÓS, Diego Zysman. *Castigo y determinación de la pena en los Estados Unidos: un estudio sobre las United States Sentencing Guidelines*. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 153-154.

72. Tradução livre. No original: “Proportionality in sentencing theory is concerned not with such a prospective means-ends relationship, but operates instead *retrospectively*. It concerns the relationship between the severity of the punishment to be imposed, and the gravity of the offence for which the defendant stands convicted” (HIRSCH, Andreas von. *Deserved Criminal Sentences: An Overview*. Oxford, Portland, Oregon: Hart Publishing, 2019. p. 21).

2.64. Mesmo considerando que uma relação entre tipos de injusto penal não configura critério inteiramente satisfatório para cominar as penas para os diversos injustos penais e, comparativamente entre eles, viabilizar a classificação em grupos de crimes, conforme a gravidade, dada a mencionada incomensurabilidade do objeto, a proposta teórica de Andreas von Hirsch sugere regras interessantes, sobre as quais convém refletir.

Pensando em um âmbito de limitação e justificação do exercício do poder de punir estas propostas merecem ser consideradas. Assinala o autor:

“O modelo Wasik-von Hirsch compreende os seguintes elementos:

– As sanções não privativas de liberdade devem ser classificadas em ‘severidade’ de acordo com a gravidade dos crimes praticados pelo autor do fato. Sanções ‘intermediárias’ – isto é, sanções não privativas de liberdade do espectro médio de severidade – devem ser aplicadas apenas para crimes de gravidade média, e não para crimes menos graves.

– A substituição seria permitida entre sanções de grau comparável de gravidade, mas com limitações baseadas em políticas (discutidas abaixo) sobre a extensão que essa substituição pode ter.

– Haveria restrições significativas sobre a severidade das sanções de reserva [*back-up sanctions*] que podem ser usadas contra infratores que violarem as condições da imposição de uma sanção não privativa de liberdade.

Tal esquema tem uma série de vantagens. Primeiro, ele é capaz de restringir o uso do encarceramento. O encarceramento, como sanção severa, seria reservado para crimes que estariam no espectro de maior gravidade. As infrações de gravidade intermediária e as menos graves deveriam, de modo geral, ser punidas com penas não privativas de liberdade.”⁷³

73. Tradução livre. No original: “The Wasik-von Hirsch model embodies the following elements: – Non-custodial sanctions are to be graded in severity according to the seriousness of the offender’s crimes. ‘Intermediate’ sanctions—that is, non-custodial sanctions of the middle range of severity—should thus be employed only for crimes of medium seriousness, and not for lesser crimes. – Substitution would be permitted among sanctions of comparable degrees of onerousness, but with policy-based limitations (discussed below) on how extensive that substitution may be. – There would be significant restrictions on the severity of the back-up sanctions that may be used against offenders who violate the conditions of a non-custodial sentence. Such a scheme has a number of advantages. First, it is capable of restricting the use of imprisonment. Imprisonment, as a severe sanction, would be reserved for crimes of higher ranges of gravity. Offences of intermediate and lesser seriousness should generally draw noncustodial penalties” (HIRSCH, Andreas von. *Deserved Criminal Sentences: An Overview*. Oxford, Portland, Oregon: Hart Publishing, 2019. p. 87-88).

2.65. Observa-se, de plano, um propósito convergente com o da reforma penal brasileira de 1998, tal seja, configurar um estatuto de penas leves e médias regido pelo princípio básico da recusa à imposição da pena de prisão de curta duração.

2.66. Por esse ângulo, parece estar claro que a orientação constitucional brasileira, no que concerne à aplicação da pena, é a de que a legalidade limita o exercício do poder punitivo.

O artigo 44 do CP cumpre essa função, concretizando o mandamento constitucional da individualização da pena por meio da imposição de barreiras àquela dotada do caráter de irreversibilidade: a pena de prisão.

2.67. O encarceramento é irreversível. A pena de multa adimplida pode ser restituída à pessoa na hipótese de revisão absolutória da condenação. O mesmo ocorre com as demais penas pecuniárias.

Mesmo a irreversibilidade da pena de prestação de serviços à comunidade pode ser razoavelmente compensada via reparação por perdas e danos.

A pena de prisão, no entanto, não comporta compensação. Ainda que a Constituição assegure a indenização daquele condenado por erro judiciário,⁷⁴ não há relação possível de se estabelecer entre dias, meses e anos de encarceramento ilegal e valores econômicos, revelando a arbitrariedade dos critérios o caráter indesejável da punição privativa da liberdade.

2.68. É interessante que, em geral, a doutrina penal dedicada à aplicação da pena raramente dê atenção aos “falsos positivos”, partindo sempre da premissa de que o definitivamente condenado é de fato o sujeito penalmente responsável.

O problema dos falsos positivos, mesmo à vista dos casos hoje quase diários de anulações baseadas em provas científicas, parece não mobilizar os juristas a ponto de os levar a considerar esse fator com elemento adicional, sério e grave, a funcionar como critério impeditivo da aplicação de penas de prisão de curta duração que podem ser substituídas por outras medidas penais.

2.69. Gabriel Ignácio Anitua chama atenção para investigações desenvolvidas nos Estados Unidos da América a partir de 1982, sugestivamente a pedido de empresa – *Rand Corporation* –, sobre estratégias de neutralização de hipotéticos

74. Art. 5º, CR. 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: [...] LXXV – o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença.

criminosos habituais, que apontaram significativos números de “falsos positivos” (4% em uma estimativa; 30% em outra).⁷⁵

Patamares elevados de “falsos positivos”, em especial em contextos de julgamentos criminais superficiais e acelerados, recomendam evitar penas de prisão. Aliás, Gabriel Anitua assevera com toda razão que “[é] verdade que o problema político e em última instância moral não se circunscreve a esses falsos positivos e se são muitos ou poucos. Um só caso seria insuportável para tal sistema democrático.”⁷⁶

2.70. Esse conjunto de fatores pesa decisivamente para estabelecer alguns princípios, relativamente às penas de curta duração: a) para evitar o dano irreversível causado pela possibilidade de “falso positivo”, a pena de prisão *substituível* em tese por restritiva de direitos deve ser preferencialmente substituída. Para isso, há de se considerar, em primeiro lugar, a quantidade de pena, porque esse é o critério principal definido pelo legislador; b) a pena aplicada deve evitar dessocializar o condenado. Se da análise das condições pessoais do condenado puder ser aferido que este ou esta encontra-se integrado à sociedade, a pena curta não deve proporcionar sua dessocialização.

2.71. Os princípios anteriormente mencionados derivam diretamente das regras constitucionais que, na individualização da pena, preconizam a limitação do exercício do poder punitivo, e, quanto ao direito à indenização por erro judiciário, proscrevem danos irreversíveis ao sujeito.

A natureza constitucional desses princípios orienta a interpretação do próprio princípio da legalidade das penas,⁷⁷ no sentido de estabelecer: a) que somente a expressa vedação legal à substituição, como é o caso dos incisos I e II do art. 44 do CP,⁷⁸ pode interditar, em caráter cogente, a conversão da pena de prisão

75. ANITUA, Gabriel Ignacio. *Castigo, cárceles y controles*. Buenos Aires: Ediciones Didot, 2011. p. 106-107.

76. ANITUA, Gabriel Ignacio. *Castigo, cárceles y controles*. Buenos Aires: Ediciones Didot, 2011. p. 108.

77. Art. 5º, CR. 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: [...] XXXIX – não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

78. Art. 44, CP. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: (Redação dada pela Lei 9.714, de 1998) I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou

em outra medida; b) a interpretação de termos e expressões abertos ou ambíguos vedando a substituição deve ser restritiva, cumprindo ao juiz ou à juíza o ônus argumentativo de demonstrar que a não substituição não dessocializará o condenado (inciso III do art. 44 do CP).⁷⁹

As condições ou circunstâncias pessoais do condenado que não guardam relação com a prática do crime não podem ser consideradas para agravar a pena, mesmo dentro da escala penal do preceito sancionatório, sob pena de violar o direito constitucional da pessoa de livremente dirigir sua vida – autodeterminação, com a consequente separação dos planos da moral e do direito.

2.72. Nesse sentido, uma das possibilidades de operação do juízo de proporcionalidade, no processo de fixação da pena, ocorre em âmbito interno, na análise da relação estabelecida entre a pena eleita, seu regime inicial e a possibilidade de substituição.

2.73. Exercitar o juízo de proporcionalidade nessa esfera limitada é possível, necessário e obrigatório e constitui matéria de ordem pública, dada a natureza cogente dos mandamentos constitucionais incidentes na espécie.

Enquanto não transitada em julgado a condenação, o tribunal ao qual couber processar e julgar o recurso deve deliberar acerca do juízo de proporcionalidade, aferindo se a fundamentação decisória para a não substituição da pena curta de prisão por outra medida penal e a adequação ao regime inicial aberto atendem aos critérios de excepcionalidade mencionados.

O ponto de partida é negativo. Presume-se violadora da Constituição a decisão condenatória que impõe pena de prisão de curta duração e não a substitui, cumprindo ao sentenciante a demonstração cabal e motivada das causas que justificam a vedação à substituição e a conformidade da sua decisão aos critérios anteriormente mencionados.

2.74. A rigor, seria desnecessário pontuar que os elementos que caracterizam a infração penal não são, eles próprios, fatores a serem considerados para não permitir a substituição da pena curta de prisão, porque se trata de reserva de lei.

grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos; (Redação dada pela Lei 9.714, de 1998) II – o réu não for reincidente em crime doloso; (Redação dada pela Lei 9.714, de 1998)

79. Art. 44, CP. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: (Redação dada pela Lei 9.714, de 1998) [...] III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente. (Redação dada pela Lei 9.714, de 1998)

Somente o legislador pode vedar, em caráter cogente, a substituição com base em elementos que definem o tipo de injusto penal, o que no caso está previsto no inciso I do art. 44 do CP.

Aliás, a menção no Acórdão à transcendência dos danos sofridos pela Petrobras tem a mesma natureza *compensatória* referida aos crimes em espécie que é violadora do direito constitucional à individualização da pena.

Não se substitui a pena, tampouco se abranda o regime, em compatibilidade com a exigência legal, não por causa do injusto penal concreto reprovado, e sim como compensação pelos danos causados à empresa, “que vem sofrendo vários prejuízos, com reflexos até na grave crise econômica que assola o país [...]” (?!).⁸⁰

O princípio constitucional da intranscendência da pena é violado às escâncaras.

2.75. No caso concreto, é flagrantemente desproporcional a fixação da responsabilidade penal do acusado em 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de detenção e a proibição da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Os motivos alegados na sentença confessam o propósito de dessocialização, em contrariedade ao preceito constitucional de individualização da pena e à regra da LEP que orienta a punição ao fim de integração social do condenado.

Vale observar que a decisão condenatória reconhece a primariedade de A. e sua condição de integrado à sociedade, aliás, como o faz o Acórdão condenatório, que igualmente de forma expressa admite a intenção de segregar e dessocializar o condenado.

2.76. Como matéria de ordem pública, o ajustamento da sanção penal conforme juízo de proporcionalidade, limitando o abuso repressivo consistente na aplicação da pena de prisão de curta duração e a caprichosa fixação de regime mais gravoso – semiaberto – deveria ter sido objeto de consideração judicial na decisão que estendeu a A. a redução de pena deferida a coacusado.

A análise da proporcionalidade da pena fixada na sentença ou acórdão não está sujeita à preclusão porque o excesso punitivo caracteriza abuso de poder.

Como em virtude da interposição de Agravo Regimental a decisão condenatória não transitou em julgado, caberá ao tribunal de ofício ou a requerimento do agravante eliminar o excesso punitivo, afastando a vedação e substituindo a pena de prisão de curta duração, sem prejuízo de decisão eventualmente ainda mais favorável ao acusado, nos limites da matéria submetida ao colegiado.

80. Processo Y. Apelação Criminal. Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Acórdão. Apelante(s): A. e outro(s). j. 08.08.2017. fls. 2630-2631.

PRADO, Geraldo. Parecer – Da pena curta de prisão: excepcionalidade não configurada. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 190. ano 30. p. 347-383. São Paulo: Ed. RT, maio/jun. 2022.

Vale ressaltar que a decisão impugnada pelo Consulente (por A.) deixou de enfrentar o tema, malgrado tenha havido provocação.

Em vista do exposto, entendo que é possível passar à resposta aos quesitos.

3. QUESITO

O Consulente formula os seguintes quesitos:

1º: sobre a possibilidade de conhecimento das teses relativas ao cabimento do regime inicialmente aberto de cumprimento da pena e da substituição da pena corporal, em sede de Agravo Regimental, por se tratar de matéria de ordem pública, portanto cognoscível de ofício:

Resposta: Respondido no corpo do parecer. Trata-se de matéria de ordem pública, supraordenada à análise da individualização da pena fixada na condenação e à proibição do excesso.

2º: sobre a necessidade de que a redução da pena para dois anos e oito meses de prisão, feita em sede de AgR em REsp, enseje uma nova e fundamentada individualização da pena do acusado:

Resposta: Respondido no corpo do parecer. A modificação da pena fixada em sentença e acórdão, ao aprofundar a distância quantitativa do marco legal impeditivo da substituição da pena de prisão, exige fundamentação para a renovada recusa porque acentua o ônus argumentativo de explicitação da eventual exceção. A decisão impugnada não cumpriu com as exigências constitucionais.

3º: sobre o preenchimento de todos os requisitos legais – objetivos e subjetivos – no caso concreto para o acusado obter regime inicialmente aberto de cumprimento da pena e substituição da pena corporal por penas alternativas:

Resposta: Respondido no corpo do parecer. As circunstâncias invocadas na sentença e no Acórdão para não substituir a curta pena de prisão aplicada não guardam relação com o concreto injusto penal objeto da reprovação. Aquelas de natureza pessoal, mencionadas na sentença, inserem-se no legítimo âmbito de autodeterminação de A. e, portanto, não servem à interdição da substituição.

Ao revés, a primariedade, os antecedentes e o próprio *quantum* de punição apontam na direção da inconstitucional e indesejável dessocialização do condenado, na contramão dos fins definidos pelo art. 1º da LEP.

Convém concluir o estudo lembrando a advertência de Nilo Batista:

“Quando se habilita poder punitivo a partir de uma consideração moral sobre o sujeito, está-se, na verdade, penalizando o ser; está-se, na verdade, praticando

uma culpabilização de autor não muito diferente daquela baseada na perigosidade; está-se, na verdade, regressando à Inquisição.”⁸¹

Conclui Juarez Tavares que a “crença na pena se estende [...] também à sua dosimetria”.⁸² É imperativo evitar os efeitos humanamente desastrosos de se levar essa crença às mais absurdas consequências.

Ressalvado melhor entendimento, este é o parecer.

Rio de Janeiro, 16 de janeiro de 2022.

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ACNUDH (Escritório Regional para América do Sul do Alto Comissário das Nações Unidas para os Direitos Humanos). *Brasil: ONU-Direitos Humanos cobra medidas contra violência em presídios após rebelião em Manaus*. 04.01.2017. Disponível em: [<http://acnudh.org/pt-br/brasil-onu-direitos-humanos-cobra-medidas-contra-violencia-em-presidios-apos-rebeliao-em-manaus/>]. Acesso em: 19.12.2017.
- AMNISTÍA INTERNACIONAL. Brasil 2016-2017. *Informe 2016/17 Amnistía Internacional*. La situación de los derechos humanos en el mundo. Disponível em: [<https://www.amnesty.org/en/countries/americas/brazil/report-brazil/>]. Acesso em: 19.12.2017.
- ANITUA, Gabriel Ignácio. *Castigo, cárceles y controles*. Buenos Aires: Ediciones Didot, 2011.
- BATISTA, Nilo. Cem anos de reprovação. In: NASCIMENTO, André (Org.). *Cem anos de reprovação: uma contribuição transdisciplinar para a crise da culpabilidade*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.
- BRUNO, Aníbal. *Das penas*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976.
- CARVALHO, Salo. Critérios para cálculo da pena-base: ponto de partida, termo médio e regras de quantificação. In: BEDÊ JÚNIOR, Américo; CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós (Coord.). *Sentença criminal e aplicação da pena: ensaios sobre discricionariedade, individualização e proporcionalidade*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2021.
- CASARA, Rubens R. R. *Mitologia processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2015.
- CROSBY, Alfred W. *A mensuração da realidade: a quantificação e a sociedade ocidental (1250-1600)*. Trad. Vera Ribeiro. São Paulo: UNESP, 2001.

81. BATISTA, Nilo. Cem anos de reprovação. In: NASCIMENTO, André (Org.). *Cem anos de reprovação: uma contribuição transdisciplinar para a crise da culpabilidade*. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 180.

82. TAVARES, Juarez. *Crime: crença e realidade*. Rio de Janeiro: Da Vinci Livros, 2021. p. 97.

- ESQUIROL, Jorge L. *Las ficciones del derecho latinoamericano*. Bogotá: Siglo del Hombre Ed. Y Universidad de los Andes, 2014.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: Teoría del garantismo penal*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez e otros. 5ª ed. Madrid: Trotta, 2001.
- FRANKEL, Marvin E. *Criminal sentences: Law without Order*. New York: Hill and Wang, 1973 [first printing].
- HIRSCH, Andreas von. *Deserved Criminal Sentences: An Overview*. Oxford, Portland, Oregon: Hart Publishing, 2019.
- HÖRNLE, Tatjana. Teorias da pena. Trad. Tatiana Stoco e Silvio Leite Guimarães, com colaboração de Patrícia Pimentel de Oliveira. In: STOCO, Tatiana (Org.). *Dois estudos: teoria da pena e culpabilidade*. São Paulo: Marcial Pons, 2020.
- INCALCATERRA, Amerigo. ONU: impunidade por tortura nas prisões é regra no Brasil. Entrevista com Amerigo Incalcaterra, representante do Alto Comissariado da ONU para os Direitos Humanos. In: EXAME. Data: 23.01.2017. Disponível em: [<https://exame.abril.com.br/brasil/onu-impunidade-por-tortura-nas-prisoas-e-regra-no-brasil/>]. Acesso em: 19.12.2017.
- INFOPEN. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: período de julho a dezembro de 2019*. Atualizado em 25 de junho de 2020. Disponível em: [<http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/infopen>]. Acesso em: 22.01.2022.
- MARAT, Jean Paul. *Plan de legislación criminal*. Trad. A. E. L. Buenos Aires: Hammurabi, 2000.
- MESSUTI, Ana. *O tempo como pena*. Trad. Tadeu Antonio Dix Silva e Maria Clara Veronesi de Toledo. São Paulo: Editora RT, 2003.
- MUÑOZ, César. As condições prisionais pioram no Brasil. *Human Rights Watch*. 08.12.2017. Disponível em: [<https://www.hrw.org/pt/news/2017/12/08/312429>]. Acesso em: 19.12.2017.
- PACKER, Herbert L. *The limits of the criminal sanction*. Stanford: Stanford University Press, 1968 [original printing].
- PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos fundamentais: direito estadual II*. Trad. António Francisco de Sousa e António Franco. Lisboa: Lusíada, 2008.
- PRADO, Geraldo. A doutrina do corpo de delito. In: *A cadeia de custódia da prova no processo penal*. 2. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2021 (Capítulo 3).
- QUIRÓS, Diego Zysman. *Castigo y determinación de la pena en los Estados Unidos: un estudio sobre las United States Sentencing Guidelines*. Madrid: Marcial Pons, 2013.
- RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Pena y estructura social*. Trad. Emilio García Méndez. Bogotá: Editorial Temis, 1984.
- SERRA, Marco Alexandre de Souza. *Economia política da pena*. Rio de Janeiro: Revan, 2009.

- STOCO, Tatiana. *Culpabilidade e medida da pena: uma contribuição à teoria de aplicação da pena proporcional ao fato*. São Paulo: Marcial Pons, 2019.
- STREECK, Wolfgang. *Tempo comprado: a crise adiada do capitalismo democrático*. Trad. Marian Toldy e Teresa Toldy. Lisboa: Conjuntura Actual Editora, 2013.
- TAVARES, Juarez. A situação carcerária no Brasil. In: TAVARES, Juarez; PRADO, Geraldo. *O direito penal e o processo penal no Estado de Direito: análise de casos*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016 (Capítulo 5).
- TAVARES, Juarez. *Crime: crença e realidade*. Rio de Janeiro: Da Vinci Livros, 2021.
- UNITED NATIONS. *Optional Protocol to the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*. Visit to Brazil undertaken from 19 to 30 October 2015: observations and recommendations addressed to the State party. Disponível em: [http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPPrICAqhKb7yhsgvDz3SQy0TX%-2F2ipA5CN39ga3g0pUa9A8tPel9Tu7aPZ%2BQGi9TYikL%2FUxDFbQLw-1cHpAMYWohyyjdes45lKe2%2F2fzSSGcWiTpOkZXBddofOL]. Acesso em: 19.12.2017.
- WACQUANT, Loïc. *As duas faces do gueto*. São Paulo: Boitempo, 2008.
- WORLD PRISON BRIEF (WPB). *Mudanças nos padrões de encarceramento*. Disponível em: [https://www.prisonstudies.org/ten-country-prisons-project/mudan%C3%A7as-nos-padr%C3%B5es-de-encarceramento]. Acesso em: 17.01.2022.



PESQUISAS DO EDITORIAL

ÁREAS DO DIREITO: Penal; Processo

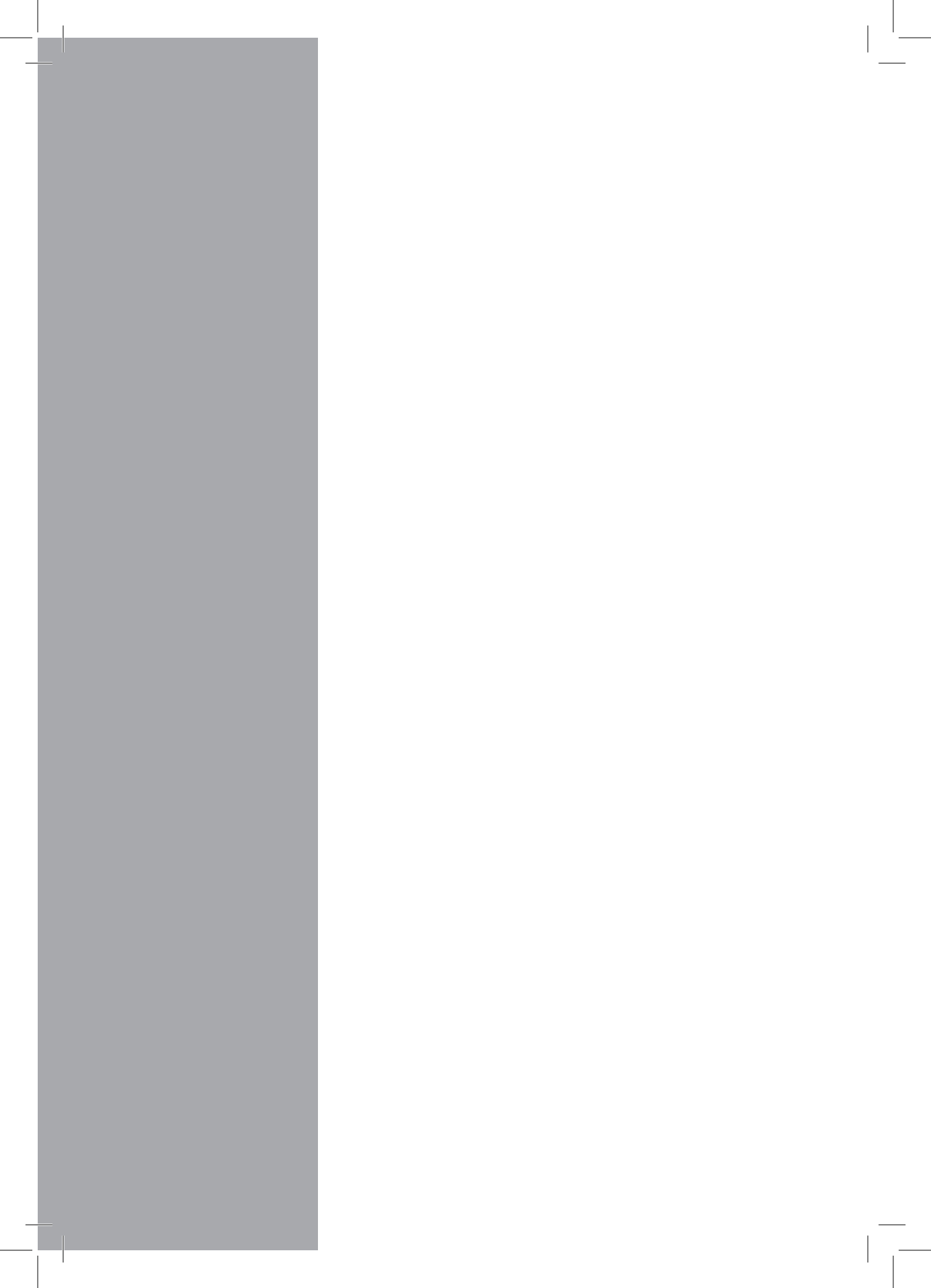
Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- As penas privativas da liberdade e sua execução, de Valentim Alves da Silva – *Doutrinas Essenciais Processo Penal* 6/1283-1293;
- Execução da pena privativa de liberdade: consequências na progressão do regime penitenciário, decorrentes da prática de falta grave, durante o cumprimento da pena, de Mario Helton Jorge – *RT* 858/447-454;
- Os regimes de cumprimento de pena e o exame criminológico, de Sérgio Marcos de Moraes Pitombo – *Doutrinas Essenciais Processo Penal* 6/1205-1211; e
- Teorias da determinação da pena: análise dos critérios de relevância para a individualização judicial *theory of sentence determination: analysis of relevant criteria for a judicial customization*, de Tatiana de Oliveira Stoco – *RBCCrim* 104/53-99 e *Doutrinas Essenciais Direito Penal e Processo Penal* 2.

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

Índice

Alfabético–remissivo



AUTORES

A

ABADE, Denise Neves

- Integração de gênero à luz dos direitos fundamentais nas respostas do sistema judicial ao crime organizado, p. 239

B

BELLÉ, Cathiani M.

- Teoria significativa do delito e inteligência artificial: uma releitura do conceito de ação nos crimes de preconceito, p. 93

C

CAMPOS, Niully Nayara Santana

- A Lei Maria da Penha em diálogo com a justiça restaurativa: resgate da voz da vítima como forma de ressignificar violências, p. 197

CHIES-SANTOS, Mariana

- “Vou temperar vocês”: um estudo de caso sobre a responsabilidade do Judiciário no combate às práticas de tortura no sistema socioeducativo, p. 275

COSTA, Daniela Carvalho Almeida da

- A Lei Maria da Penha em diálogo com a justiça restaurativa: resgate da voz da

vítima como forma de ressignificar violências, p. 197

D

DEVOS, Bryan Alves

- Ética e direito penal: condições para reconciliar uma relação conturbada, p. 63

F

FERRAZ, Hamilton Gonçalves

- “Vou temperar vocês”: um estudo de caso sobre a responsabilidade do Judiciário no combate às práticas de tortura no sistema socioeducativo, p. 275

K

KHALED JR., Salah Hassan

- Ética e direito penal: condições para reconciliar uma relação conturbada, p. 63

M

MARQUES, Leonardo Augusto Marinho

- Dados pessoais no processo penal: tutela da personalidade e da inocência diante da tecnologia, p. 117

MORAIS, Flaviane de Magalhães Barros Bolzan de

- Dados pessoais no processo penal: tutela da personalidade e da inocência diante da tecnologia, p. 117

P

PASSEGGI, Alicia Violeta Botelho Sgadari

- Aportes possíveis da responsabilidade penal de dirigentes empresariais à problemática da autoria de agentes públicos em crimes contra a Administração Pública, p. 17

PRADO, Geraldo

- Parecer – Da pena curta de prisão: Excepcionalidade não configurada, p. 347

R

RAMOS, Samuel Ebel Braga

- Teoria significativa do delito e inteligência artificial: uma releitura do conceito de ação nos crimes de preconceito, p. 93

ROMFELD, Victor Sugamoto

- O conceito de “esquerda punitiva” e sua utilização como “tutoria arrogante”:

tensões a partir da criminalização da LGBTfobia, p. 309

S

SARKIS, Jamilla Monteiro

- Dados pessoais no processo penal: tutela da personalidade e da inocência diante da tecnologia, p. 117

SOUZA, Selma Leite do Nascimento Sauerbronn de

- Governança digital e intersetorialidade: ferramentas de gestão de desempenho no sistema socioeducativo na pandemia de Covid-19, p. 159

V

VALENTE, Ana Cláudia Souza

- Governança digital e intersetorialidade: ferramentas de gestão de desempenho no sistema socioeducativo na pandemia de Covid-19, p. 159

VERAS NETO, Francisco Quintanilha

- Ética e direito penal: condições para reconciliar uma relação conturbada, p. 63

TEMAS

A

Ação – Teoria significativa do delito e inteligência artificial: uma releitura do conceito de ação nos crimes de preconceito, p. 93

Adolescentes – “Vou temperar vocês”: um estudo de caso sobre a responsabilidade do Judiciário no combate às práticas de tortura no sistema socioeducativo, p. 275

Armas menos letais – “Vou temperar vocês”: um estudo de caso sobre a responsabilidade do Judiciário no combate às práticas de tortura no sistema socioeducativo, p. 275

Autoria – Aportes possíveis da responsabilidade penal de dirigentes empresariais à problemática da autoria de agentes públicos em crimes contra a Administração Pública, p. 17

problemática da autoria de agentes públicos em crimes contra a Administração Pública, p. 17

Criminalidade econômico-financeira – Aportes possíveis da responsabilidade penal de dirigentes empresariais à problemática da autoria de agentes públicos em crimes contra a Administração Pública, p. 17

Criminalização – O conceito de “esquerda punitiva” e sua utilização como “tutoria arrogante”: tensões a partir da criminalização da LGBTfobia, p. 309

Criminologia crítica – O conceito de “esquerda punitiva” e sua utilização como “tutoria arrogante”: tensões a partir da criminalização da LGBTfobia, p. 309

Culpabilidade – Parecer – Da pena curta de prisão: excepcionalidade não configurada, p. 347

C

Crime organizado – Integração de gênero à luz dos direitos fundamentais nas respostas do sistema judicial ao crime organizado, p. 239

Crimes contra a administração pública – Aportes possíveis da responsabilidade penal de dirigentes empresariais à

D

Dados pessoais da pessoa imputada – Dados pessoais no processo penal: tutela da personalidade e da inocência diante da tecnologia, p. 117

Direito penal – Aportes possíveis da responsabilidade penal de dirigentes empresariais à problemática da autoria de

agentes públicos em crimes contra a Administração Pública, p. 17

- Ética e direito penal: condições para reconciliar uma relação conturbada, p. 63

Direitos de personalidade – Dados pessoais no processo penal: tutela da personalidade e da inocência diante da tecnologia, p. 117

Direitos fundamentais – Integração de gênero à luz dos direitos fundamentais nas respostas do sistema judicial ao crime organizado, p. 239

E

Esquerda punitiva – O conceito de “esquerda punitiva” e sua utilização como “tutoria arrogante”: tensões a partir da criminalização da LGTBfobia, p. 309

Ética – Ética e direito penal: condições para reconciliar uma relação conturbada, p. 63

F

Fatores de violência – Integração de gênero à luz dos direitos fundamentais nas respostas do sistema judicial ao crime organizado, p. 239

G

Gênero – Integração de gênero à luz dos direitos fundamentais nas respostas do sistema judicial ao crime organizado, p. 239

Gestão de conflitos – A Lei Maria da Penha em diálogo com a justiça restaurativa: resgate da voz da vítima como forma de ressignificar violências, p. 197

Governança digital – Governança digital e intersetorialidade: ferramentas de gestão de desempenho no sistema socioeducativo na pandemia de Covid-19, p. 159

H

Homotransfobia – O conceito de “esquerda punitiva” e sua utilização como “tutoria arrogante”: tensões a partir da criminalização da LGTBfobia, p. 309

I

Inteligência artificial (IA) – Teoria significativa do delito e inteligência artificial: uma releitura do conceito de ação nos crimes de preconceito, p. 93

Intersetorialidade – Governança digital e intersetorialidade: ferramentas de gestão de desempenho no sistema socioeducativo na pandemia de Covid-19, p. 159

J

Justiça juvenil – “Vou temperar vocês”: um estudo de caso sobre a responsabilidade do Judiciário no combate às práticas de tortura no sistema socioeducativo, p. 275

Justiça Restaurativa – A Lei Maria da Penha em diálogo com a justiça restaurativa: resgate da voz da vítima como forma de ressignificar violências, p. 197

L

Lei Maria da Penha – A Lei Maria da Penha em diálogo com a justiça restaurativa: resgate da voz da vítima como forma de ressignificar violências, p. 197

LGBTfobia – O conceito de “esquerda punitiva” e sua utilização como “tutoria arrogante”: tensões a partir da criminalização da LGBTfobia, p. 309

M

Mulher – Integração de gênero à luz dos direitos fundamentais nas respostas do sistema judicial ao crime organizado, p. 239

N

Novas tecnologias – Governança digital e intersetorialidade: ferramentas de gestão de desempenho no sistema socioeducativo na pandemia de Covid-19, p. 159

O

Organizações complexas – Aportes possíveis da responsabilidade penal de

dirigentes empresariais à problemática da autoria de agentes públicos em crimes contra a Administração Pública, p. 17

Organizações criminosas – Integração de gênero à luz dos direitos fundamentais nas respostas do sistema judicial ao crime organizado, p. 239

P

Pandemia – Governança digital e interseccionalidade: ferramentas de gestão de desempenho no sistema socioeducativo na pandemia de Covid-19, p. 159

Pena de prisão curta – Parecer – Da pena curta de prisão: excepcionalidade não configurada, p. 347

Poder judiciário – “Vou temperar vocês”: um estudo de caso sobre a responsabilidade do Judiciário no combate às práticas de tortura no sistema socioeducativo, p. 275

Política de igualdade de gênero – Integração de gênero à luz dos direitos fundamentais nas respostas do sistema judicial ao crime organizado, p. 239

Presunção de inocência – Dados pessoais no processo penal: tutela da personalidade e da inocência diante da tecnologia, p. 117

Proporcionalidade – Parecer – Da pena curta de prisão: excepcionalidade não configurada, p. 347

Publicidade – Dados pessoais no processo penal: tutela da personalidade e da inocência diante da tecnologia, p. 117

R

Realismo marginal – Ética e direito penal: condições para reconciliar uma relação conturbada, p. 63

Regime de cumprimento de pena – Parecer – Da pena curta de prisão: excepcionalidade não configurada, p. 347

S

Sistema socioeducativo – Governança digital e intersetorialidade: ferramentas de gestão de desempenho no sistema socioeducativo na pandemia de Covid-19, p. 159

T

Tecnologia – Dados pessoais no processo penal: tutela da personalidade e da inocência diante da tecnologia, p. 117

Teoria significativa do delito – Teoria significativa do delito e inteligência

artificial: uma releitura do conceito de ação nos crimes de preconceito, p. 93

Tortura – “Vou temperar vocês”: um estudo de caso sobre a responsabilidade do Judiciário no combate às práticas de tortura no sistema socioeducativo, p. 275

U

Utilitarismo reformado – Ética e direito penal: condições para reconciliar uma relação conturbada, p. 63

V

Violência doméstica e familiar – A Lei Maria da Penha em diálogo com a justiça restaurativa: resgate da voz da vítima como forma de ressignificar violências, p. 197

Voz da vítima – A Lei Maria da Penha em diálogo com a justiça restaurativa: resgate da voz da vítima como forma de ressignificar violências, p. 197

NORMAS DE PUBLICAÇÃO – REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

*Política editorial determinada pela equipe editorial em conformidade
com o conselho editorial da RBCCRIM, sujeita à revisão periódica.*

1. DADOS GERAIS DO PERIÓDICO

- **Nome:** Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCRIM)
- **Responsável:** Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM)
- **Formato:** impresso (Editora Thomson Reuters)
- **Ano de criação:** 1992 (sem interrupções)
- **Periodicidade:** mensal
- **Recebimento de manuscritos:** fluxo contínuo e editais especiais
- **ISSN:** 1415-5400
- **Qualis:** A1

2. LINHA EDITORIAL

A Revista Brasileira de Ciências Criminais visa à publicação de **trabalhos científicos** relacionados às **ciências criminais**, essencialmente compreendidas entre as áreas de Direito Penal, Direito Processual Penal e Criminologia, além de seus pontos de transdisciplinaridade com outras esferas do conhecimento, como a psicologia, a medicina, a antropologia, a sociologia etc.

Com o objetivo de abranger tal escopo editorial, o periódico é dividido nas seguintes **seções**:

- a) *Direito Penal*: abrangendo Teoria Geral, Parte Especial, Legislação Penal Especial e Direito Penal Econômico;
- b) *Processo Penal*;
- c) *Crime e Sociedade*;

Ademais, a RBCCRIM, almejando a interlocução entre a estruturação de uma sólida doutrina nas ciências criminais e seu impacto na prática judicial, também publica **comentários críticos a decisões jurisprudenciais**, preferencialmente aquelas emanadas dos tribunais superiores e internacionais. Tais contribuições integram a seção *Direito em Ação – Comentário Jurisprudencial*. Além disso, também são publicados **Pareceres** acerca da aplicação prática de teorias relevantes às ciências criminais.

Por fim, visando à divulgação de importantes trabalhos científicos publicados em âmbito nacional e internacional, especialmente pesquisas acadêmicas, há a seção **Resenhas Críticas**, em que se apresentam breves comentários a tais publicações, ensejando críticas e incentivo ao debate científico. Ocasionalmente, também serão admitidas e publicadas **entrevistas** avaliadas pela coordenação como relevantes à promoção do debate científico concorrente ao escopo do periódico.

3. REGRAS PARA SUBMISSÃO

O envio dos trabalhos deverá ser feito por correio eletrônico da RBCCrim, para o endereço revista@ibccrim.org.br e mediante o preenchimento do formulário <http://bit.ly/30JvSo>. Recomenda-se a utilização de processador de texto Microsoft Word (formatos .doc). Caso seja usado outro processador de texto, os arquivos devem ser gravados no formato RTF (de leitura comum a todos os processadores de texto).

3.1. Condições para submissão

- a) É exigida **titulação mínima de mestrado (de autores e coautores)** para submissão de artigos ao processo de avaliação.
- b) O artigo deve ser inédito; portanto, não publicado em nenhum outro periódico científico e/ou canais de comunicação. Vale ressaltar que ineditismo não deve ser confundido com originalidade, podendo o tema tratado pelo artigo já ter sido abordado por outros autores(as) e/ou publicações;
- c) Todos os artigos serão submetidos à inspeção com programa antiplágio. Não são considerados inéditos os textos: divulgados na *internet*; já publicados no exterior (ainda que em outra língua); publicados em anais de eventos científicos. Serão considerados inéditos os artigos que consistam em versões reduzidas de dissertações de mestrado ou teses de doutorado, embora publicados integralmente em bancos de teses de programas de pós-graduação e os publicados anteriormente em anais de eventos científicos, mas que apresentem efetivos aprimoramentos em razão de debates e estudos posteriores (destacar tais modificações à equipe editorial no e-mail da submissão). Alterações não justificadas em trabalhos já publicados, só serão toleradas até o limite de 30% de coincidência de caracteres.
- d) Assim, em qualquer das hipóteses acima referidas, quando trabalho idêntico ou substancialmente semelhante tiver sido publicado pelo autor em outro veículo de comunicação, ainda que em outro idioma, esse fato deve ser declarado expressamente no texto e informado ao editor no momento da submissão, **sob pena de proibição de novas submissão pelo período de um ano**.
- e) Traduções de artigos também poderão ser submetidas à apreciação do periódico, desde que acompanhadas da autorização de seus respectivos autores e, quando necessário, do periódico que detenha seus direitos de publicação. No entanto, a decisão sobre a sua publicação ou não será prerrogativa da coordenação da Revista.

- f) Uma vez submetido um artigo para avaliação, objetivando sua possível publicação, é vedada a submissão simultânea do mesmo trabalho a outro periódico ou publicação, sob pena de impedimento de submissão de novos trabalhos a este periódico pelo período de um ano;
- g) Após o recebimento e cadastramento do trabalho, entraremos em contato para acusar a recepção e solicitar eventuais informações faltantes.

4. ELEMENTOS FORMAIS OBRIGATÓRIOS

- a) Os artigos deverão ser precedidos de uma página de apresentação, na qual se fará constar obrigatoriamente: título do trabalho, nome do autor (ou autores), qualificação (situação acadêmica, títulos com ano de obtenção, instituições às quais pertença e a principal atividade exercida), endereço completo para correspondência, telefone, e-mail, link para o currículo LATTES e número do ORCID.
- b) Os trabalhos devem ter entre 20 a 40 páginas, com tolerância de duas para mais ou duas para menos; e resenhas críticas (até 15 páginas). Os parágrafos devem ser justificados. Não devem ser usados recuos, deslocamentos, nem espaçamentos antes ou depois.
- c) Como fonte, usar a Times New Roman, corpo 12. Os parágrafos devem ter entrelinha 1,5; as margens superior e inferior 2,0 cm e as laterais 3,0 cm. A formatação do tamanho do papel deve ser A4.
- d) Os parágrafos devem ser justificados. Não devem ser usados deslocamentos, nem espaçamentos antes ou depois de cada tópico; devem ter entrelinha 1,5; as margens superior e inferior 2,0 cm e as laterais 2,5 cm. A formatação do tamanho do papel deve ser A4.
- e) Os trabalhos podem ser escritos em português, espanhol, inglês, francês, alemão ou italiano. Em qualquer caso, deverão ser indicados, no idioma do artigo e em inglês, o título do trabalho, o respectivo resumo (até 200 palavras) e cinco palavras-chave.
- f) Os artigos devem possuir os seguintes elementos em português e inglês: título/*title*; resumo/*abstract*; palavras-chave/*keywords*; sumário (apenas em português ou na língua original do artigo).
- g) A numeração do sumário deverá obrigatoriamente ser feita em algarismos arábicos. É vedada a numeração dos itens em algarismos romanos. No sumário deverão constar os itens com até três dígitos. Exemplo:

Sumário: 1. Introdução – 2. Responsabilidade civil ambiental: legislação: 2.1 Normas clássicas; 2.2 Inovações: 2.2.1 Dano ecológico; 2.2.2 Responsabilidade civil objetiva. Considerações finais. Referências.
- h) Os artigos deverão conter itens específicos para introdução, considerações finais (conclusões) e referências.

- i) A Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim) não se responsabilizará por realizar qualquer complemento nos trabalhos, tais como inserção de sumário, resumo ou palavras-chave, que ficam à elaboração exclusiva do autor do artigo.
- j) O título do artigo não deverá ser excessivamente extenso, mas necessariamente precisa apresentar de modo claro a temática e a delimitação de seu objeto.
- k) A qualificação/afiliação do(s) autor(es) deve obedecer ao seguinte critério: iniciar com a titulação acadêmica (da última para a primeira); caso exerça o magistério, inserir os dados pertinentes, logo após a titulação; em seguida, completar as informações adicionais (associações ou outras instituições de que seja integrante e seu respectivo estado da federação e a cidade); finalizar com a função ou profissão exercida (que não seja na área acadêmica). Deverá ser indicado e-mail para contato. Exemplo:

Doutor em Direito Processual Penal pela PUC-SP. Professor em Direito Processual Penal na Faculdade de Direito da USP. Membro do IBDP. Juiz Federal em Londrina. ORCID. E-mail.
- l) Solicita-se que o autor informe em nota de rodapé qualquer financiamento ou benefícios recebidos de fontes comerciais (por ex., se o artigo é fruto de parecer contratado), e que declare não haver conflito de interesses que comprometam a cientificidade do trabalho apresentado. Se o trabalho for resultante de pesquisas financiadas por órgãos de fomento (desconsiderar bolsas de iniciação científica, mestrado e doutorado ou de editais destinados aos programas como o PROEX, PROAP, PROSUP e versões semelhantes dos órgãos estaduais de fomento), deverá haver tal informação em nota de rodapé, especificando o edital de que resulta o financiamento.
- m) As Referências deverão seguir o padrão da norma NBR 6023/2018 (da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT). 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.

5. CIENTIFICIDADE

Os artigos deverão apresentar caráter científico, definindo e esclarecendo um (ou mais) problema específico, resumizando os estudos prévios sobre a temática e informando aos leitores o estado em que se encontra uma determinada área de investigação. Além disso, o trabalho deve buscar identificar relações, contradições, lacunas e inconsistências na literatura e indicar sugestões para a resolução dos problemas identificados.

Preferencialmente, serão publicados artigos que apresentem contribuição inédita e efetiva às ciências criminais, a partir de referências sólidas e/ou pesquisa empírica inédita. Assim, o trabalho deverá ser uma fonte confiável para o leitor conhecer o estado atual de cada área acerca da temática abordada, é necessária a referência a todas as informações nele inseridas e, ainda, precisam ser identificados e justificados os métodos de correção estatística que eventualmente sejam utilizados.

5.1. Pressupostos de Integridade Ética em Pesquisa

- a) Autoria: Todas as pessoas que contribuíram para a pesquisa devem ser indicadas. Cada autor deve ter participado suficientemente do trabalho para poder assumir publicamente a responsabilidade pelo seu conteúdo. Sua participação deve incluir: a) a concepção ou delineamento ou ainda análise e interpretação dos dados, ou ambos; b) redação do manuscrito ou sua revisão, quando inclua 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>.

5.2 *Responsabilidade editorial*

- a) O parecer cego deve ser feito com rigor, objetividade, imparcialidade e presteza. O interesse em realizar a melhor avaliação deve prevalecer em face de outros interesses, como o cumprimento estrito de prazos estipulados. As divergências de juízos não devem ser tomadas como razões suficientes para a emissão de parecer desfavorável.
- b) O revisor deve tratar com confidencialidade e não fazer uso próprio das informações a que tenha tido acesso no exercício de sua função de avaliador.
- c) O revisor deverá abster-se de sua função de avaliador, por potencial conflito de interesse, quando mantiver colaboração científica regular, em atividade de pesquisa, publicação, orientação ou tutoria, ou quando tiver relação familiar ou afetiva com algum dos pesquisadores responsáveis pela proposta submetida à sua avaliação.
- d) Todos os casos em que se verificarem violações de natureza ética, serão devidamente apurados pela coordenação da Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim) mediante estudo, debate e encaminhamento das providências cabíveis.

5.3 *Política de Privacidade*

- a) Os nomes e endereços informados nesta revista serão usados exclusivamente para os serviços prestados por esta publicação, não sendo disponibilizados para outras finalidades ou a terceiros.
- b) Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim) adota o sistema de controle duplo-cego por pares, de modo que há anonimato entre os avaliadores e autores, respeitando o sigilo sobre os dados do redator do parecer no momento do encaminhamento ao autor.
- c) Com relação aos pareceres eventualmente emitidos pelos avaliadores da Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim), embora utilize-se o sistema de controle duplo-cego (em que autor e revisores não têm informações recíprocas no momento da avaliação), após a finalização do processo editorial, a partir do momento da tomada da decisão final pela equipe editorial, não há proibição de publicização do parecer pelo seu autor (parecerista). Por exemplo, autoriza-se (e sugere-se) a publicação do conteúdo das avaliações no sistema PUBLONS. Ou seja, os direitos autorais sobre os pareceres são dos seus respectivos autores (pareceristas). O direito de anonimato em relação à avaliação é disponível ao parecerista, que pode optar por publicar posteriormente o parecer emitido.
- d) A partir dessa lógica, deve-se ressaltar que os autores dos artigos submetidos não podem dar publicidade a eventuais pareceres recebidos, salvo em caso de autorização expressa do parecerista.
- e) Por fim, ao submeter o artigo para o processo editorial da Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim), o autor está ciente e autoriza eventual divulgação do parecer emitido por qualquer avaliador do periódico, por exemplo, no sistema PUBLONS.

6. RESENHAS CRÍTICAS, PARECERES, COMENTÁRIOS JURISPRUDENCIAIS E ENTREVISTAS

- a) Resenhas de livros: não serão aceitas resenhas meramente descritivas. Serão publicadas somente **resenhas críticas** de livros de interesse jurídico e científico para o escopo editorial do periódico, com a citação de outras referências, e não somente um resumo do trabalho específico. O tamanho do texto deve respeitar os limites e requisitos das informações necessárias para a boa compreensão do texto analisado (Item 2, b).
- b) Os comentários jurisprudenciais poderão ser enviados à Revista e serão publicados, respeitando as regras acima, com o limite de páginas reduzido a 20 laudas. Deve haver uma análise crítica do julgado, a partir de referências doutrinárias representativas acerca da temática em estudo.
- c) Os pareceres deverão abordar caso relevante e atual de concretização prática acerca de discussão teórica importante às ciências criminais. Deverá ser embasado em referências consistentes e atualizadas. Se houver qualquer tipo de financiamento, isso deve ser exposto em nota de rodapé, de modo a atestar eventuais conflitos de interesse.
- d) As entrevistas com pesquisadores de renome poderão ser propostas ou enviadas à revista, com base na avaliação combinada dos seguintes critérios:
 - Representa um avanço no conhecimento que merece ser divulgado para a sociedade?
 - Contribui para a popularização do conhecimento científico?
 - Apresenta inovações significativas?
 - Pode ter impacto na sociedade ou na definição de políticas públicas?
 - Além do público-alvo (jornalistas), a entrevista poderá ser utilizada também por tomadores de decisão, pesquisadores, estudantes e público em geral?
 - Tamanho: deve ser composta por 4 a 10 questões e o texto deve conter o máximo de 15.000 caracteres com espaço;
 - Idioma: poderão ser encaminhadas nos idiomas português, inglês ou espanhol;
 - Imagem: deverão, obrigatoriamente, ser acompanhadas pela foto do entrevistado que deve ser enviada em arquivo anexo (.jpg ou .gif), com boa resolução (acima de 100 KB) e com autorização prévia do entrevistado. Caso seja de interesse deste, pode ser incluída também uma imagem que complemente o conteúdo da entrevista;
 - Dados sobre o entrevistado: breve texto com dados sobre o entrevistado, contendo informação sobre o currículo, incluindo instituição a qual está afiliado, produção científica resumida, formação acadêmica, outros;

- Lead: as entrevistas deverão estar acompanhadas do lead que consiste em um pequeno texto que fornece ao leitor a informação básica sobre o tema. O lead deve conter informação que responda às seguintes questões: “O quê” e/ou “Quem?”, “Quando?”, “Onde?”, “Como?”, e “Por quê?”.
- e) A avaliação das resenhas, comentários jurisprudenciais, pareceres e entrevistas serão realizadas pela equipe editorial da RBCCRIM, a partir da relevância, cientificidade e pertinência do trabalho, além da titulação do autor, sem envio à análise cega por pares.

7. PROCESSO DE AVALIAÇÃO E PUBLICAÇÃO

- a) Controle preliminar formal (*desk review*): Recebido o manuscrito, inicialmente haverá um controle preliminar realizado pelos editores (chefe, assistentes, executivos ou editores associados) do periódico, o que condicionará seu envio para o controle por pares. Em tal momento, a avaliação se limitará aos aspectos formais essenciais do artigo, conforme as regras expostas anteriormente, analisando-se os seguintes aspectos:
1. O trabalho obedece às normas de publicação da Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim)?
 2. O trabalho é compatível com a linha editorial do periódico?
 3. O trabalho apresenta linguagem adequada e científica, sem erros excessivos? (considerar que haverá revisão gramatical e de ortografia se aprovado)
 4. O trabalho é inédito?
 5. A temática abordada é atual e/ou relevante?
 6. O artigo utiliza referências atualizadas e de autores nacionais e estrangeiros representativos na temática abordada?
- b) Em caso de rejeição preliminar, o autor será notificado, mediante o envio do parecer emitido com os motivos da recusa. Em tal situação, o artigo poderá ser submetido novamente à avaliação para volume posterior, se mantido o ineditismo e corrigidas as deficiências indicadas.
- c) No curso da avaliação por pares, havendo dois pareceres discordantes sobre a publicação ou não do trabalho, este será encaminhado a um terceiro parecerista. Em casos excepcionais, poder-se-á encaminhar o trabalho para um parecerista convidado, desde que a especificidade do tema e o notório conhecimento do parecerista na área assim o justifique. Do mesmo modo, se por inércia dos avaliadores a conclusão da análise restar pendente por prolongado período e por empate de decisões contrárias, a coordenação da Revista poderá desempatar com a elaboração de um parecer de Minerva.
- d) Na avaliação do parecerista, os trabalhos poderão ser rejeitados, aprovados ou aprovados com ressalvas (com sugestões para correções necessárias). Nesta última

hipótese, o autor será informado acerca das correções sugeridas, podendo corrigi-las ou manter justificadamente seu formato original. Em qualquer situação, a decisão final acerca da publicação do trabalho é da equipe editorial do periódico, que poderá condicionar a sua publicação à realização de mais de uma rodada de correções, caso as justificativas apresentadas para a não adoção das recomendações não pareçam consistentes e satisfatórias.

- e) Em todos os casos, os pareceres anônimos (sem identificação do avaliador) ficam à disposição dos autores.

8. DIREITOS AUTORAIS

- a) Os direitos autorais dos artigos publicados são do autor, com direitos do periódico sobre a primeira publicação.

Os autores somente poderão utilizar os mesmos resultados em outras publicações indicando claramente este periódico como o meio da publicação original. Se não houver tal indicação, considerar-se-á situação de autoplágio.

Portanto, a reprodução, total ou parcial, dos artigos aqui publicados fica sujeita à expressa menção da procedência de sua publicação neste periódico, citando-se o volume e o número dessa publicação. Para efeitos legais, deve ser consignada a fonte de publicação original.

9. REVISÃO, DIAGRAMAÇÃO, IMPRESSÃO E PUBLICAÇÃO

Finalizado o processo editorial de seleção dos artigos, os trabalhos aprovados e selecionados para o respectivo volume são enviados para a revisão e diagramação, realizadas ao encargo do IBCCRIM e da Editora Revista dos Tribunais (RT).

Assim, são realizadas a revisão gramatical e ortográfica, bem como a formatação (diagramação) dos arquivos, que retornam ao IBCCRIM. Em seguida, em data próxima à publicação, haverá novo contato com o autor para a análise das sugestões de correção pós-revisão e verificação da formatação, com prazo de 3 (três) dias para resposta. Em caso de inércia, as correções sugeridas pela revisão serão integralmente aceitas. Nesse momento, solicita-se que o autor se abstenha de realizar alterações profundas no texto, mas somente realize a revisão sugerida e atualizações indispensáveis.

No que tange à revisão de ortografia, o IBCCRIM adota a correção ortográfica (ortografia, acentuação, hifenização etc.) do mais recente Acordo Ortográfico (2009) em vigor (obrigatório desde 01/01/2016), até mesmo para citações de originais anteriores ao Acordo. Exceção é feita a documentos antigos em contextos nos quais a preservação da grafia original tem importância e significado historiográfico e/ou linguístico etc.

Em seguida, os artigos, com as aprovações e rejeições dos autores às sugestões de revisão, são encaminhados para a diagramação final e publicação.

A Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim) adota postura de integral respeito ao autor, de modo a vedar qualquer alteração sem sua aprovação (salvo a falta de resposta

no prazo determinado), ainda que aparentem ser “meras correções ortográficas”. Qualquer atitude distinta a tal diretriz é repudiada pela equipe editorial do periódico.

10. CRITÉRIOS DE ESPERA E PREFERÊNCIA PARA PUBLICAÇÃO

- a) A publicação dos trabalhos aprovados pelo controle por pares e selecionados pelos editores do periódico segue a ordem cronológica de submissão e aprovação, com exceção de autores convidados. Contudo, em razão das regras impostas pela comissão Qualis/CAPES, existem critérios para avaliação e publicação preferencial, que podem ser atendidos pelos autores visando à maior agilidade na publicação de seu trabalho.
- b) Em razão das regras de exogenia, artigos de autores representantes do Estado de São Paulo são limitados a 25% do total de trabalhos publicados por volume, de modo que há uma fila específica para artigos que se enquadrem em tal circunstância;
- c) Diante das regras de qualidade impostas, cada volume publicado conterá entre 50 a 60% dos artigos com autor (ao menos um) que possua titulação de doutor, de modo que há limitação à publicação de trabalhos sem autoria de autor com essa titulação;
- d) Artigos em coautoria entre professores permanentes de Programas de Instituições de Ensino Superior de diferentes unidades da federação, com filiação devidamente identificada;
- e) Artigos originais de profissionais vinculados a Instituições de Ensino Superior estrangeiras;
- f) Artigos em inglês ou em outras línguas, ainda que o autor seja brasileiro;
- g) Artigos resultantes de pesquisas financiadas por órgãos de fomento (desconsiderar bolsas de iniciação científica, mestrado e doutorado ou de editais destinados aos programas como o PROEX, PROAP, PROSUP e versões semelhantes dos órgãos estaduais de fomento) devidamente identificados no texto (especificar o edital de que resulta o financiamento em nota de rodapé).
- h) Além de tais hipóteses, podem ser publicados com preferência trabalhos que abordem temática de iminente atualidade e que possam se tornar obsoletos em razão do decurso da demora para publicação. Tal situação é determinada por decisão da equipe editorial da Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim) e pode ser sugerida pelos pareceristas em sua avaliação.
- i) Vale ressaltar, contudo, que os critérios expostos neste tópico determinam a preferência do artigo no processo de avaliação e publicação, mas não são requisitos indispensáveis. Por exemplo, embora textos com autoria de escritor com titulação de doutor tenham preferência, não há impedimento para publicação de artigos sem tal característica. Todos serão submetidos ao controle por pares, que adotará idênticos parâmetros na seleção, visando à produção científica de qualidade no periódico.

10.1 Autores convidados

Conforme decisão de sua equipe editorial, a Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim) poderá convidar autores para publicar artigos sobre temáticas específicas, em razão de sua relevância, atualidade e marcante contribuição crítica às ciências criminais. Em tal situação, excepcionalmente, não haverá controle por pares (*double blind peer review*) e atenção à fila de aprovados para publicação. Conforme regra da Qualis/CAPES, o percentual de artigos de autores convidados fica limitado a 25% por volume.

10.2 Volumes e dossiês especiais

A Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim) poderá publicar volumes especiais ou dossiês específicos em seus volumes ordinários, em razão da relevância e da pertinência da temática, conforme decisão da equipe editorial e de seu conselho editorial. O volume ou dossiê poderá ficar sob responsabilidade de um editor associado que possua relevante conhecimento sobre o tema. Em tal situação, haverá divulgação de edital contendo as informações necessárias, como regras e prazos para submissão. De todo modo, haverá o controle por pares (*double blind peer review*).

DIRETRIZES AO CORPO DE AVALIADORES – REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

*Diretrizes determinadas pela equipe
editorial em conformidade com o conselho editorial da
RBCCRIM, sujeitas à revisão periódica.*

1. COMPOSIÇÃO DO CORPO DE AVALIADORES

O corpo de avaliadores da RBCCRIM é composto por mestres, doutorandos e doutores, com distinto conhecimento acerca das ciências criminais. **Os artigos submetidos são avaliados por pareceristas de igual ou superior titulação ao autor de maior titulação.**

Interessados em compor o corpo de pareceristas e contribuir com a RBCCRIM que cumpram os requisitos abaixo (item 2) deverão se cadastrar por meio do seguinte link: https://docs.google.com/forms/d/1q8yIS1jaoaNiYyEPjEhr_nJVOaMpnB3t7FLxGnH4dwo/view-form?edit_requested=true

Como contraprestação à contribuição realizada pelo parecerista, serão fornecidas, conforme solicitação, **declaração de sua participação no corpo permanente e individuais por parecer emitido** (para fins de preenchimento e comprovação em Lattes nos campos *Revisor de Periódico* e *Produção Técnica – Parecer*, sem divulgação do título do artigo avaliado). **As declarações serão emitidas uma vez ao ano (mês de dezembro)**, englobando todos os pareceres emitidos no período, salvo casos de urgência motivada.

Além disso, o parecerista que respeitar integralmente as regras contidas nestas Diretrizes e no documento de Política Editorial da RBCCRIM, especialmente com a atenção aos prazos para resposta, **receberá um código de acesso da versão digital do volume referente à avaliação realizada** (fornecido diretamente pela Editora RT e mediante requisição).

Por fim, a cada quatro (4) pareceres realizados adequadamente e com respeito ao prazo determinado, o avaliador terá direito a **um exemplar impresso da RBCCRIM**, conforme disponibilidade no estoque do IBCCRIM. O exemplar deverá ser retirado pessoalmente (ou por terceiro com autorização por escrito) na sede do IBCCRIM em São Paulo, pois não haverá pagamento de custas e disponibilidade para postagem nos correios.

Na versão impressa da revista será publicada a lista dos avaliadores que efetivamente emitiram pareceres referentes ao respectivo volume/mês.

Para fins de determinação do volume (mês) em que houve a colaboração do parecerista, por se tratar de periódico de fluxo contínuo (salvo em caso de dossiês temáticos), serão adotados os seguintes critérios:

- a) se, na decisão editorial (após o recebimento de todos os pareceres) o artigo for aprovado, considerar-se-á o volume (mês) em que o artigo for publicado;
- b) se, na decisão editorial (após o recebimento de todos os pareceres) o artigo for rejeitado, considerar-se-á o volume (mês) em que o artigo for rejeitado pela decisão final da equipe editorial.

Portanto, por exemplo, embora o parecerista tenha enviado a avaliação em um determinado mês (junho), se houver pareceres divergentes (sendo necessária a redistribuição a novo avaliador) e a rejeição ocorrer em agosto, considerar-se-á que todos os avaliadores contribuíram ao volume da RBCCRIM de agosto.

2. REQUISITOS PARA INGRESSO NO CORPO DE AVALIADORES

O pesquisador interessado em compor o corpo de pareceristas e contribuir com a RBCCRIM deverá:

- a) possuir currículo LATTES atualizado (se brasileiro);
- b) Possui número de registro ORCID
- c) possuir a titulação de mestre ou estar cursando doutorado em Direito ou áreas afins;
- d) possuir conhecimento específico acerca das ciências criminais, demonstrado a partir de titulação, experiência na pesquisa e docência ou sólida produção bibliográfica, relacionados à área das ciências criminais;
- e) atestar disponibilidade para a realização de **dois pareceres por bimestre** com respeito aos prazos e regras da RBCCRIM.

Em razão das regras determinadas pela Qualis/CAPES, haverá preferência a pesquisadores com doutorado finalizado, professores de Programas de Pós-Graduação e não vinculados ao estado de São Paulo (regra de exogenia).

3. DIRETRIZES PARA REALIZAÇÃO DA AVALIAÇÃO

Em razão dos prazos exigidos para a publicação da Revista, e a fim de evitar atrasos na resposta aos autores e no próprio encaminhamento dos textos à Editora, o parecer deve ser enviado no **prazo máximo de 15 (quinze) dias**. Caso haja qualquer dificuldade no atendimento do mencionado prazo, deve-se notificar o periódico para que se busque a solução adequada. O envio do parecer deve ser **em formato DOC (WORD), e não em PDF**, pois posteriormente os dados do avaliador precisam ser suprimidos para o envio anônimo ao autor.

Se houver qualquer identificação do autor do artigo ou sua temática apresentar complexidade que deva ser analisada por avaliador específico, tal fato deve ser informado imediatamente, a fim de que se encaminhe o trabalho a outro parecerista. Contudo, deve-se considerar

que existem limites para a quantidade de recusas à avaliação pelo parecerista, o que pode resultar no afastamento do avaliador do corpo permanente.

Assim, após a leitura do trabalho encaminhado, deve-se **preencher o formulário constante no modelo de parecer**, manifestando a avaliação do artigo. Na confecção da justificativa do parecer, poder-se-á utilizar o espaço necessário. Além disso, também pode ser realizada a avaliação do texto por meio da **ferramenta de revisão do WORD**, com sugestões de alterações e comentários, desde que atente-se à exclusão de qualquer dado que possa identificar o parecerista. Isso não afasta a necessidade de preenchimento e justificação do parecer.

Para a realização da avaliação, impõe-se o conhecimento prévio das regras contidas no documento referente à Política Editorial da RBCCRIM, que pode ser acessado no link: https://www.ibccrim.org.br/rbccrim_normas_publicacao

Considerando tais diretrizes e os critérios elencados no modelo de parecer, deve-se iniciar a avaliação pelos “critérios de exclusão” (parte 1), que determinam aspectos formais indispensáveis ao artigo científico, sob pena de rejeição preliminar, o que, de qualquer modo, precisa ser motivado no campo de justificação (parte 3). Se considerado apto em tal análise, deve-se realizar a avaliação qualitativa conforme os “critérios de avaliação” (parte 2), determinando-se uma nota ao artigo, e, ao final, motivando-se tal decisão. Por fim, deve-se apontar o parecer final e os demais aspectos acessórios.

A ausência de justificativa ou sua inconsistência acarreta a invalidade do parecer! A mera marcação dos critérios e definição de nota é insuficiente, sendo necessária a motivação específica, onde deve-se descrever brevemente o conteúdo fundamental do trabalho analisado e sua adequação aos critérios determinados.

4. REGRAS SOBRE DISPONIBILIDADE E PRAZOS DE RESPOSTA

Cada integrante do corpo permanente de avaliadores da RBCCRIM deverá estar disponível para emitir até dois pareceres por bimestre no prazo de 15 dias a partir do recebimento da solicitação.

Em caso de não realização do parecer em razão da temática específica do artigo enviado necessitar **avaliador *ad hoc***, tal situação deverá ser motivada especificamente no formulário de avaliação.

A cada período de atividade de 12 meses, o avaliador poderá solicitar a **suspensão temporária** de encaminhamento de novos artigos para avaliação pelo prazo de até 3 meses, sem afastamento do corpo de avaliadores permanentes.

Em caso de inatividade por 2 meses (não resposta às solicitações) ou duas negativas injustificadas consecutivas, descumprimento das regras e desrespeito reiterado dos prazos, o avaliador será **imediatamente afastado** do corpo permanente de pareceristas da RBCCRIM, sem prejuízo de posterior reingresso quando atestada a necessária disponibilidade.

5. PRESSUPOSTOS DE INTEGRIDADE ÉTICA AOS AVALIADORES

(Versão inspirada nas diretrizes adotadas e sugeridas pela Revista Teoria Jurídica Contemporânea, periódico do PPG em Direito da UFRJ. Disponível em: <<https://revistas.ufrj.br/index.php/rjur/about/editorialPolicies>>. Acesso em: 16 mar. 2016).

O parecer cego deve ser feito com rigor, objetividade, imparcialidade e presteza. A avaliação deve ser realizada com o objetivo de aprimorar a produção científica do Direito.

O parecerista não deve utilizar critérios distintos daqueles determinados no modelo de parecer da RBCCRIM. Um trabalho não deve ser rejeitado por discordâncias pessoais do avaliador (salvo se o trabalho sustentar posições avessas e incompatíveis às diretrizes regimentais e políticas do IBCCRIM) ou formalidades distintas das requeridas pelo periódico, mas devem ser considerados somente critérios científicos para o aprimoramento das ciências criminais.

O revisor deverá abster-se de sua função de avaliador, por potencial conflito de interesse, quando manter colaboração científica regular, em atividade de pesquisa, publicação, orientação ou tutoria, ou quando tiver relação familiar com algum dos pesquisadores responsáveis pela proposta submetida à sua avaliação. “Há conflito potencial de interesses nas situações em que a coexistência entre o interesse que deve ter o pesquisador de fazer avançar a ciência e interesses de outra natureza, ainda que legítimos, possa ser razoavelmente percebida, por ele próprio ou por outrem, como conflituosa e prejudicial à objetividade e imparcialidade de suas decisões científicas, mesmo independentemente de seu conhecimento e vontade”

6. PRINCÍPIOS PARA UMA BOA AVALIAÇÃO¹

Confidencialidade: é essencial que a confidencialidade do processo de correção do artigo seja respeitada, durante a avaliação e mesmo após a divulgação dos resultados. Por isso, requer-se do(a) avaliador(a) que mantenha o sigilo a respeito dos trabalhos avaliados, evitando-se comentar ou divulgar, verbalmente ou por escrito, qualquer questão relacionada aos artigos avaliados. O anonimato, garantido pelo processo de avaliação cega (*double blind peer review*) deve ser protegido mesmo após a entrega do parecer. O respeito a esse princípio do processo de avaliação é considerado essencial.

Imparcialidade: a produção intelectual na área das ciências sociais aplicadas, como é o direito, é historicamente marcada pela tensão entre a cientificidade e os valores ou preferências, sejam eles políticos, religiosos ou éticos. É um grande desafio, portanto, avaliar um trabalho carregado por tais tensões. Por isso, recomenda-se uma “autovigilância” constante no processo de avaliação, para que preferências como convicções políticas ou outras convicções subjetivas não contaminem a correção do artigo. Isso não implica conceder, no processo

1. Recomendações adaptadas do Guia de avaliação de TCC do programa de pós-graduação lato sensu da FGV Direito SP | GVlaw, disponível online.

de avaliação, que qualquer tipo de trabalho ou argumentação é aceitável, mas apenas a busca por uma aferição imparcial e objetiva da qualidade, rigor e fundamentação dos argumentos apresentados.

Fundamentação: a melhor forma de garantir-se imparcialidade na avaliação do artigo é fundamentando-se, de forma clara e objetiva, as percepções sobre o trabalho e decisões tomadas a partir daí. Para tanto, é fundamental que os(as) avaliadores(as) se familiarizem com a política editorial da RBCCrim e suas diretrizes. É importante que a avaliação ocorra de forma fundamentada nestes parâmetros. A avaliação deve, necessariamente, ser exercida a partir das mesmas normas e diretrizes divulgadas ao tempo da submissão do artigo ao processo avaliação.

Respeito aos prazos: o processo de avaliação deve obedecer a prazos para que sejam reunidas as condições mais céleres possíveis de resposta aos(as) autores(as). Atrasos podem gerar graves consequências para os(as) autores(as) e para a RBCCrim como um todo, tais como prejuízos ao cronograma de produtividade acadêmica exigida pelos programas de pós-graduação ou morosidade para a confecção antecipada dos próximos números da revista. Não há impedimento à comunicação de indisponibilidade ou afastamento temporário, sem prejuízo de posterior reingresso quando atestada a necessária disponibilidade.

Feedback Construtivo

A avaliação de um trabalho acadêmico implica em um importante exercício de empatia, colaboração e autoconhecimento. O feedback pode alcançar diferentes resultados, a depender da forma que foi emitido: pode ser encorajador e oferecer uma boa contribuição para o artigo, ou ser destrutivo e desestimular o destinatário, sem oferecer qualquer contribuição científica/acadêmica útil para o trabalho. Portanto sugerimos que, ao dar feedback sobre o trabalho sob sua avaliação, leve em consideração as seguintes sugestões:

- (I) **Comece ressaltando os pontos positivos:** iniciar uma avaliação ressaltando os pontos fortes do artigo pode auxiliar o destinatário a receber melhor as críticas colocadas, com a segurança de que outros aspectos foram levados em conta. O feedback deve sempre ser equilibrado e levar em conta a integralidade do artigo. Muitas vezes, o ato de apenas enumerar o que está errado desestimula o receptor que se sente desprestigiado e não favorece uma avaliação justa, tendo em vista que é focada apenas nos erros.
- (II) **Seja específico e ofereça alternativas:** é muito importante evitar comentários genéricos, que dificultam a compreensão do que pode ser desenvolvido pelo(a) autor(a). Comentários como “muito bom”, “muito ruim”, “terrível” etc, costumam não apontar nenhuma direção e não fornecem uma colaboração efetiva. Sugestões objetivas facilitam a compreensão e dão ao(à) autor(a) a oportunidade de corrigir seus erros e aprimorar suas habilidades para as próximas pesquisas. A especificidade também auxilia o receptor da informação a entender os critérios para a sua avaliação e a aceitar isso como uma colaboração, não como uma punição.

- (III) **Seja mais descritivo e gentil:** assumir uma postura avaliativa muito assertiva pode prejudicar a forma com que essa informação será recebida pelo(a) autor(a). Não podemos esquecer que, para além da avaliação final, esse momento integra uma relação de troca e crescimento com um(a) autor(a) que não espera de uma instituição acadêmica uma contribuição pouco construtiva e hostil. O anonimato garantido pela “avaliação cega” não pode nos fazer esquecer de que, “do outro lado” do Formulário de Avaliação haverá um autor(a) que receberá os comentários.
 - (IV) **Evite adjetivos:** Normalmente, uma avaliação bem fundamentada e construtiva se caracteriza por trazer poucos adjetivos. Simplesmente dizer que um determinado argumento é “ruim” ou “frágil” é diferente de demonstrar, concretamente, a contradição lógica implicada por esse mesmo argumento. A adjetivação, com frequência, fala menos do artigo e mais das preferências do(a) avaliador(a), pouco contribuindo, portanto, para a compreensão, pelo(a) autor(a), sobre as forças e deficiências de seu artigo.
 - (V) **Ofereça uma contribuição:** cada pessoa possui uma forma de desenvolver seu raciocínio e uma maneira de escrever. Avaliar não significa impor sua forma de desenvolver a pesquisa, mas sim colocar ao(à) pesquisador(a) uma opção de como o estudo poderia ser melhor desenvolvido. Ainda que esse feedback implique apontar um erro, colocar isso como uma sugestão facilita a absorção da informação, pois muitas vezes a crítica direta desperta a resistência do receptor.
-

CONDIÇÕES PARA SUBMISSÃO (*CHECK LIST*)

(ou “como evitar uma rejeição preliminar”)

* requisitos básicos que não excluem a necessidade de integral atenção às demais regras da Política Editorial da RBCCRIM (https://www.ibccrim.org.br/rbccrim_normas_publicacao)

- ✓ O artigo é inédito e livre de plágio? Ele não está sendo avaliado para publicação por outra revista? Quando um trabalho idêntico ou semelhante tiver sido publicado em meio distinto (ainda que em outro idioma), esse fato deve ser informado ao editor no momento da submissão.
- ✓ O formulário de submissão foi preenchido em sua integralidade? <http://bit.ly/30JjvSo>.
- ✓ O trabalho aborda temática relacionada às ciências criminais e é compatível com a linha editorial da RBCCRIM?
- ✓ O texto é precedido de título, resumo (até 200 palavras) e cinco palavras-chave, todos no idioma do artigo e em inglês, além de sumário (no idioma do artigo)?
- ✓ O artigo é dividido em tópicos e apresenta itens específicos para introdução, considerações finais (ou conclusões) e referências?
- ✓ O trabalho tem entre 20 e 40 páginas sem espaçamentos entre os parágrafos, 1.5 de entrelinha, fonte Times New Roman (tamanho 12 no corpo) e margens superior e inferior 2,0 cm e as laterais 3,0 cm?
- ✓ A qualificação do(a)(s) autor(a)(es), número de ORCID e seu e-mail estão indicados?
- ✓ Os autores e coautores possuem titulação mínima de mestrado?
- ✓ Se houver financiamento, os dados do edital estão indicados em nota de rodapé?
- ✓ Se houver apresentação de resultados de pesquisa empírica inédita envolvendo seres humanos, há a indicação em nota de rodapé da aprovação por comitê de ética?
- ✓ O artigo utiliza referências atualizadas e de autores nacionais e estrangeiros representativos na temática abordada?
- ✓ O trabalho respeita integralmente as demais regras da Política Editorial da RBCCRIM?

EDITAL III – CHAMADA DE ARTIGOS DOSSIÊS – 2022



DOSSIÊ "CRIMINOLOGIA CULTURAL" – RBCCRIM Nº (193)

Com o objetivo de adequar-se às melhores práticas de periódicos internacionais e incentivar a democratização do conhecimento aplicado aos artigos direcionados à **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, periódico científico **QUALIS A1**, a Equipe Editorial da RBCCRIM torna público que receberá, no período determinado abaixo, artigos científicos a serem publicados no volume 193, sobre o tema: "Criminologia Cultural"

Editores(as)-Associados(as):

Prof. Dr. Salah H. Khaled Jr.

(Universidade Federal do Rio Grande – FURG)

Endereço para acessar este cv: <http://lattes.cnpq.br/6155872393221444>

Prof. Dr. José Antônio Gerzson Linck

(Universidade La Salle – UNILASALLE)

Endereço para acessar este cv: <http://lattes.cnpq.br/6669388540100428>

Prof. Dra. Michelle Brown

(Universidade do Tennessee, EUA)

- **Ementa:** Subculturas, resistência e reação social; Fenomenologia da violência, primeiro plano do crime e ação-limítrofe; Pânico moral, criminalização da cultura e movimentos sociais; Meios de comunicação e representação da criminalidade; Crime, modernidade tardia e capitalismo global; Criminologia Cultural, guerra e terrorismo; Crime, cultura de consumo e comodificação da transgressão; Criminologia Cultural e estudos urbanos; Metodologias da Criminologia Cultural; Criminologia Cultural e estudos étnico-raciais; Criminologia Cultural e feminismos; Criminologia cultural, teorias queer e estudos de gênero; Criminologia Cultural e Criminologia Verde; Intersecções entre a Criminologia Cultural e a justiça social; Criminologia Cultural e Política Criminal; Inserção da Criminologia Cultural no campo teórico criminológico; Estudos psicanalíticos, violência urbana e psicologia

social; Criminologia Cultural, transdisciplinaridade e arte; Criminologia Cultural e interdisciplinaridade.

- **Prazo submissão: 01 de abril de 2022**

Normas:

Os artigos deverão ser cadastrados e enviados pelo site do IBCCRIM (<https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/pagina/7>) contendo folha de rosto com informação sobre o Dossiê ao qual é submetido.

Os textos devem respeitar todas as regras determinadas na Política Editorial da RBCCRIM (<https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/pagina/7>), sob pena de ser rejeitado preliminarmente. A avaliação será feita por meio do sistema de *controle duplo-cego por pares*, de acordo com as diretrizes da Qualis/CAPES.

A equipe editorial da RBCCRIM poderá encaminhar artigos submetidos à chamada geral de fluxo contínuo, que abordem temática relacionada a algum dos dossiês, para a sua avaliação conjunta; os textos já aprovados e em fila para publicação que tratem do tema de algum dos dossiês poderão ser nele publicados.

EDITAL IV – CHAMADA DE ARTIGOS DOSSIÊS – 2022



DOSSIÊ “DOSSIÊ JUSTIÇA RESTAURATIVA” – RBCCRIM Nº (195)

Com o objetivo de adequar-se às melhores práticas de periódicos internacionais e incentivar a democratização do conhecimento aplicado aos artigos direcionados à **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, periódico científico **QUALIS A1**, a Equipe Editorial da RBCCRIM torna público que receberá, no período determinado abaixo, artigos científicos a serem publicados no volume 195, sobre o tema: “**Dossiê Justiça Restaurativa**”

Editores(as)-Associados(as):

Prof. Dr. Daniel Achutti

(Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – Porto Alegre/RS)

Endereço para acessar este CV: <http://lattes.cnpq.br/4216504259102555>

Profa. Dra. Raffaella Pallamolla

(Universidade La Salle – Canoas/RS)

Endereço para acessar este CV: <http://lattes.cnpq.br/9298767854135130>

- **Ementa:** O dossiê pretende explorar o desenvolvimento da justiça restaurativa – em termos teóricos e práticos – no campo da justiça criminal e juvenil, com ênfase no Brasil e na América Latina. O intuito é observar se a justiça restaurativa tem sido capaz de incorporar as particularidades desses contextos periféricos, relacionados à justiça social. Especialmente em relação ao caso brasileiro, esta publicação pretende verificar se a justiça restaurativa se mostra um espaço adequado para discutir características da sociedade brasileira responsáveis pela manutenção de desigualdades sociais, refletidas na atuação do sistema penal, a exemplo do racismo estrutural, da violência de gênero e da violência institucional. Pretende, ainda, especificamente em relação à aplicação da justiça restaurativa aos conflitos criminais, discutir seu papel na redução do superencarceramento e da seletividade penal, suas possibilidades de impactar no desfecho do processo penal e sua relação com o acordo de não-persecução penal e outros institutos de natureza consensual existentes no Brasil e na América Latina. Busca, também, analisar quais os movimentos e

teorias influenciaram a introdução e o desenvolvimento da justiça restaurativa nos contextos mencionados.

- **Prazo submissão: 01 julho de 2022**

Normas:

Os artigos deverão ser cadastrados e enviados pelo site do IBCCRIM (<https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/pagina/7>) contendo folha de rosto com informação sobre o Dossiê ao qual é submetido.

Os textos devem respeitar todas as regras determinadas na Política Editorial da RBCCRIM (<https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/pagina/7>), sob pena de ser rejeitado preliminarmente. A avaliação será feita por meio do sistema de *controle duplo-cego por pares*, de acordo com as diretrizes da Qualis/CAPES.

A equipe editorial da RBCCRIM poderá encaminhar artigos submetidos à chamada geral de fluxo contínuo, que abordem temática relacionada a algum dos dossiês, para a sua avaliação conjunta; os textos já aprovados e em fila para publicação que tratem do tema de algum dos dossiês poderão ser nele publicados.

A GARANTIA DA MOTIVAÇÃO E O ARTIGO 935 DO CÓDIGO CIVIL: A INCONSTITUCIONALIDADE DA VINCULAÇÃO DO JUÍZO CÍVEL ÀS SENTENÇAS DO TRIBUNAL DO JÚRI

*REASONED DECISIONS AND THE ARTICLE 935 OF THE BRAZILIAN CIVIL CODE:
UNCONSTITUTIONALITY OF THE BINDING EFFECTS FROM
THE JURY'S DECISIONS TO THE CIVIL JUSTICE*

DANIEL DE OLIVEIRA PONTES

Mestrando em Direito Processual na Universidade
do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Advogado.
danielop@globo.com

Data de recebimento: 01.11.2017

Data de aprovação: 12.11.2017 e 16.11.2017

ÁREAS DO DIREITO: Processual; Civil; Penal

RESUMO: No presente artigo, destaca-se a problemática dos julgamentos do Tribunal do Júri, em que os jurados decidem por íntima convicção e em sigilo. Diante dessas peculiaridades, pretende-se analisar se as sentenças prolatadas nesse rito especial do processo penal podem repercutir no cível, em especial pela garantia da motivação das decisões jurisdicionais.

PALAVRAS-CHAVE: Motivação – Garantias – Júri – Vinculação – Inconstitucionalidade.

ABSTRACT: The present work seeks to analyze this problem regarding Jury's decisions, because they are confidential and unjustified. Such characters could prevent the application of the article 935 to obey the right of the parts to reasoned decisions.

KEYWORDS: Decisions – Rights – Jury – Binding – Unconstitutionality.

SUMÁRIO: 1. Introdução e delimitação do tema. 2. O conteúdo da garantia da motivação em um Direito Processual constitucionalizado. 2.1. O neoconstitucionalismo e seu impacto no Direito Processual. 2.2. O princípio da motivação como garantia estrutural da prestação jurisdicional. 3. O artigo 935 do Código Civil e a influência do juízo penal no cível. 4. Os julgamentos no Tribunal do Júri: a peculiaridade do sigilo do voto e da soberania dos veredictos. 5. A inconstitucionalidade da incidência do artigo 935 do CC nos casos de Tribunal do Júri frente à garantia da motivação. 6. Conclusões. 7. Referências.

1. INTRODUÇÃO E DELIMITAÇÃO DO TEMA

Ao longo do tempo, o exercício do poder jurisdicional já comportou relações diversas com a exigência da fundamentação de seus atos: a íntima convicção, a prova tarifada e o livre convencimento motivado. No Código de Processo Civil (CPC) atual, afloram críticas de que não haveria liberdade na formação do convencimento, de modo que nos encaminharíamos para um novo momento histórico, tendo em vista que o direito processual deve servir como mecanismo de controle às decisões judiciais.¹

Seja como for, é indubitoso que, no atual estado de coisas, a motivação se tornou uma garantia estruturante do processo, que legitima o próprio exercício da jurisdição pelo agente público.

7. REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista de Direito Administrativo*, v. 240, p. 242, abr.-jun. 2005.
- CALAMANDREI, Piero. *Procedure and democracy*. Trad. John Clarke Adams e Helen Adams. New York: New York University Press, 1956.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.
- GALDINO, Flavio. A evolução das ideias de acesso à justiça. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flavio (Org.). *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*. São Paulo: Ed. RT, 2015. v. 2.
- PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- STRECK, Lenio Luiz. O novo Código de Processo Civil (CPC) e as inovações hermenêuticas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 52, n. 206, p. 33-51, abr.-jun. 2015.
- TIMOTEO, Gabrielle. Normativos internacionais e escravidão. *Revista Hendu*, n. 4, p. 70-83, 2013. Disponível em: [www.periodicos.ufpa.br/index.php/hendu/article/view/1716/2137]. Acesso em: 27.10.2017.

1. STRECK, Lenio Luiz. O novo Código de Processo Civil (CPC) e as inovações hermenêuticas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 52, n. 206, p. 33-51, abr.-jun. 2015.

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

